Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

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

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

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

Jurisp. Mineira	Belo Horizonte	a. 53	nº 160	abr. a jun. 2002

ENVIAMOS EM PERMUTA

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 nº 1 1950-2002
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Trimestral.

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

CDU 340.142(815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Presidente: Desembargador
GUDESTEU BIBER SAMPAIO

Primeiro Vice-Presidente: Desembargador
JOSÉ GUIDO DE ANDRADE

Segundo Vice-Presidente: Desembargador
MÁRCIO ANTÔNIO ABREU CORRÊA DE MARINS

Terceiro Vice-Presidente: Desembargador
ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Corregedor-Geral de Justiça: Desembargador
MURILO JOSÉ PEREIRA

COMPOSIÇÃO DE CÂMARAS E GRUPOS - DIAS DE SESSÃO

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL - Terças-feiras

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

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - Terças-feiras

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

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

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras

Desembargadores
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa** - Presidente
Nilo **Schalcher Ventura**
Aloysio Pereira **Nogueira**
Lucas Sávio de Vasconcellos **Gomes**
Kildare Gonçalves **Carvalho**

QUARTA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras

Desembargadores
Bady Raimundo **Curi** - Presidente
Mário Lúcio **Carreira Machado**
José Tarcízio de **Almeida Melo**
Hyparco de Vasconcellos **Immesi**
Jurema Brasil Marins Miranda

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

QUINTA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras

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

SEXTA CÂMARA CÍVEL - Segundas-feiras

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

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

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - Segundas-feiras

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

OITAVA CÂMARA CÍVEL - Segundas-feiras

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

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

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - Terças-feiras

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

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - Quintas-feiras

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

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - Terças-feiras

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

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA
(Sessão na 1ª segunda-feira do mês)

Desembargadores
Gudesteu Biber Sampaio - Presidente
José **Guido de Andrade** - Primeiro Vice-Presidente
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Segundo Vice-Presidente
Murilo José **Pereira** - Corregedor-Geral de Justiça
Antônio Hélio Silva - Terceiro Vice-Presidente
Joaquim **Herculano Rodrigues**
Mário Lúcio **Carreira Machado**
José Antonino Baía Borges
Lucas Sávio de Vasconcellos **Gomes**
José Francisco Bueno
Célio César Paduani

CORTE SUPERIOR
(Sessões nas 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Desembargadores
Gudesteu Biber Sampaio - Presidente
José **Guido de Andrade** - Primeiro Vice-Presidente
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Segundo Vice-Presidente
Murilo José **Pereira** - Corregedor-Geral de Justiça
Hugo Bengtsson Júnior - Presidente do TRE (até 25.04.02)
Orlando Adão de **Carvalho** - Vice-Presidente do TRE
Presidente do TRE (a partir de 26.04.02)
Antônio Hélio Silva - Terceiro Vice-Presidente
Vice-Presidente do TRE (a partir de 26.04.02)
Lúcio Urbano Silva Martins
Sérgio Lellis Santiago
Francisco de Assis **Figueiredo**
Bady Raimundo **Curi**
Cláudio Renato dos Santos **Costa**
Odilon Ferreira da Silva
Petrônio José **Garcia Leão**
Kelsen do Prado **Carneiro**
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa**
Sérgio Antônio de **Resende**
Armando **Pinheiro Lago**
Roney Oliveira
Zulman da Silva **Galdino**
Nilo **Schalcher Ventura**
Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Luiz Carlos Biasutti
Aluízio Alberto da Cruz **Quintão**
José Tarcízio de **Almeida Melo**

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

Revista Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Diretor
Des. JOSÉ GUIDO DE ANDRADE
Primeiro Vice-Presidente do TJMG

Diretor-Geral do TJMG
Luiz Carlos G. Elói

Comissão de Divulgação e Jurisprudência

Des. Guido de Andrade - Presidente
Des. Garcia Leão
Des. Abreu Leite
Des. Isalino Lisbôa
Des. Almeida Melo
Des. Aluízio Quintão
Des. Sérgio Lellis Santiago
Des. Zulman Galdino
Des. Sérgio Resende
Des. Mercêdo Moreira

Superintendente da Secretaria Judiciária
Des. Hugo Bengtsson

Secretária Judiciária
Vilma Silveira Couto

Assessora Especial da Secretaria Judiciária
Marina de Souza

Diretora de Jurisprudência
Maria Helena Duarte

Redatores

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

Revisores

Pedro Jorge Fonseca - Coordenador
Eudes José da Silva Melo
Maria Célia da Silveira
Maria Mônica Ribeiro Rocha
Tadeu Rodrigo Ribeiro

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

Odin Americano Brandão - Coordenador
Maria de Fátima Almeida Machado

REDAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Rua Timbiras, 1.802
Telefone: (31) 3274-1732
Belo Horizonte - 30140-061 - MG - Brasil
ditex@tjmg.gov.br

Sumário

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Márcio Sollero - Nota biográfica - Des. José Altivo Brandão Teixeira **03**

O caso da Comarca da Capital - Dr. Marcos Henrique Caldeira Brant **05**

DOUTRINA

Medida socioeducativa de internação: excepcionalidade - Dra. Flávia Birchal de Moura **09**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

1 CORTE SUPERIOR

Reclamação - Lei de Organização Judiciária (LC nº 59/2001) - Art. 8º, incisos I, II, §§ 2º e 3º - Inteligência - Classificação - Comarcas de entrância especial - Cidades com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes - Falta de nominação no corpo da lei - Critério populacional - Critério genérico - Procedência da reclamação **23**

Mandado de segurança - Autoridade coatora - Erro na qualificação - Ilegitimidade passiva - Denegação da ordem **42**

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Adoção internacional - Menor sob cuidados de casal estrangeiro desde o nascimento - Fixação da residência no Brasil com visto permanente - Vínculos afetivos consolidados - Inexistência de fato que possa resultar em perigo físico e moral para o adotando - Ausência de indicação da criança e laudo de habilitação fornecido pela CEJA - Aproximação precoce entre

adotantes e adotando - Preterição de casais brasileiros - Fatos irrelevantes diante da preservação do interesse do menor - Concessão da adoção .. **46**

Servidor público municipal - Vantagem funcional - Progressão horizontal - Ação de indenização - Art. 26 da Lei nº 5.447/88, do Município de Belo Horizonte - Inteligência do art. 37, XIV, da CF **50**

Execução fiscal - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Decisão não sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório - Título executivo - Argüição de nulidade - Petição nos próprios autos da execução - Exceção de pré-executividade - Possibilidade - Crédito tributário - Depósito integral procedido em ação declaratória com pedido de tutela antecipada - Suspensão da exigibilidade tributária **58**

Servidor público - Salário-família percentual - Supressão motivada por aposentadoria - Direito líquido e certo ao seu restabelecimento - Direito adquirido - Caracterização **62**

Tributo - Pagamento - Retenção de veículo - Auto de infração lavrado - Ilegalidade **66**

Monitória - Procedimento contra a Fazenda Pública - Impossibilidade - Inteligência do art. 730 do CPC **68**

Prefeito - Contas - Julgamento pela câmara municipal - Fundamentação - Princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório - Observância **73**

Execução fiscal - Moratória - Indeferimento - Impugnação junto ao Conselho de Contribuintes apresentada anteriormente - Crédito tributário pendente de julgamento na esfera administrativa - Apreciação - Princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório - Observância **82**

Acórdão - Publicação da súmula - Recurso - Trânsito em julgado - Publicação das notas taquigráficas - Desnecessidade **90**

Falência - Depósito bancário - Restituição - Possibilidade **91**

Estatuto da Criança e do Adolescente - Estabelecimento que explora comercialmente diversões eletrônicas - Permanência de menores desacompanhados dos pais ou responsável - Alvará de autorização - Inexistência - Autuação por infração às normas do art. 149, I, *d*, c/c o art. 258 da Lei nº 8.069/90 -

Audiência de instrução e julgamento - Exegese dos arts. 196 e 197 do ECA - Oitiva de testemunha - Inteligência do art. 130 do Código de Processo Civil - Provas desnecessárias - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Auto de infração - Obediência às formalidade legais - Nulidade - Inexistência **103**

ICMS - Serviços de comunicação - Prestação onerosa - TV a cabo - Lei complementar nº 87/96 - Lei Federal nº 8.977/95 - Incidência do tributo **107**

Ação civil pública - Taxa de iluminação pública - Inconstitucionalidade - Interesses individuais plúrimos e disponíveis - Ilegitimidade ativa do Ministério Público **112**

Apostilamento - Cargo comissionado - Exercício por mais de uma década - Servidor público - Falta do requisito básico da titularidade de cargo efetivo **114**

Comissão parlamentar de inquérito - Função fiscalizadora de atos políticos - Apreciação dos mesmos fatos em ação civil pública - *Bis in idem* - Não-configuração - Processo político-administrativo - Ausência de irregularidades **118**

ICMS - Microempresa e empresa de pequeno porte do Estado de Minas Gerais - Lei nº 13.437/99 e Decreto nº 40.987/00 - Ausência de inconstitucionalidade **122**

Execução fiscal - Prévio processo tributário administrativo - Juntada - Desnecessidade - Inteligência do art. 41 da Lei nº 6.830/80 - Certidão da dívida ativa - Presunção de certeza e liquidez - Título executivo hábil para instruir a petição inicial - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Sentença - Duplo grau de jurisdição - Não-sujeição **126**

Litispendência - Identidade de ações - Ausência - Partes diferentes - Descaracterização da litispendência **128**

Falência - Impossibilidade jurídica do pedido - Inexistência - Provas - Negócios jurídicos - Prova testemunhal - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Título executivo - Protesto - Intimação - Inteligência do art. 14 da Lei nº 9.492/97 - Representante legal da empresa devedora - Intimação pessoal - Desnecessidade - Inépcia da inicial - Ausência - Contrato de prestação de serviços - Indexação em dólares - Possibilidade - Contrato de franquia - Natureza híbrida - Conteúdo econômico - Caráter negocial - Formalização por meio de contrato mercantil **130**

Cláusulas restritivas - Impenhorabilidade, incomunicabilidade e inalienabilidade - Cancelamento - Impossibilidade - Inteligência do art. 1.676 do Código Civil **135**

Farmácia - Drogaria - Técnico responsável - Farmacêutico inscrito no Conselho Regional de Farmácia - Presença obrigatória - Inteligência do art. 15 da Lei nº 5.991/73 - Estabelecimentos que não atendem às normas legais pertinentes - Alvará sanitário - Emissão - Impossibilidade - Funcionamento sem a devida licença - Aplicação de multa - Imposição **137**

Estatuto da Criança e do Adolescente - Infração administrativa - Prazo para defesa - Intimação - Inteligência do *caput* do art. 195 e seu inciso I da Lei nº 8.069/90 - Autuado - Comparecimento para contestar a autuação - Art. 214 do CPC - Aplicabilidade - Citação - Nulidade - Inocorrência **140**

Reclamatória trabalhista - Pedido de reintegração ao trabalho - Inadmissibilidade **142**

Prescrição - Ação contra a Fazenda Pública - Prazo prescricional de cinco anos - Inteligência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 - Art. 177 do Código Civil Brasileiro - Inaplicabilidade **144**

Responsabilidade civil - Veículo - Transferência - Ausência de registro no órgão público - Acidente de trânsito - Danos causados pelo novo proprietário - Antigo proprietário - Ilegitimidade passiva - Adquirente - Parte passiva legítima - Objeto do instrumento particular - Prova supletiva - Parágrafo único do art. 135 e art. 136 e seus incisos do Código Civil - Art. 332 do CPC - Inteligência **147**

Água potável - Esgoto - Remuneração do serviço - Taxa - Preço público - Inconfundibilidade - Execução fiscal - Certidão da dívida ativa - Presunção de liquidez, certeza e exigibilidade - Prévia apresentação de cópias do processo administrativo - Desnecessidade - Crédito que não deriva de infração - PTA - Desobrigatoriedade - Legislação municipal - Concessão aos contribuintes usuários de prazo para reclamação da conta - Prazo *in albis* - Débito concretizado - Serviço essencial - Fornecimento obrigatório independentemente da falta de pagamento - Crédito tributário - Elisão *ex officio* - Extinção do processo nos termos dos arts. 618, I, e 267, I, do CPC - Impossibilidade **149**

ICMS - Substituição tributária - Base de cálculo - Estimativa - Venda por preço inferior - Tributação definitiva **154**

Exceção de suspeição - Ministério Público e juiz singular - Concessão de tutela antecipada - Impossibilidade de gerar suspeição por prejulgamento - Residência funcional - Imóvel locado pelo Poder Executivo da comarca - Vedação legal - Ausência de suspeição **159**

Policial militar - Remuneração básica - Lei Delegada nº 43/2000 - Mandado de segurança **163**

Herança - Renúncia - Herdeiro renunciante casado sob o regime de comunhão universal de bens - Ato alienativo - Consentimento do cônjuge não herdeiro - Necessidade - Ausência - Nulidade - Inventário - Cônjuge do herdeiro - Citação - Desnecessidade - Renúncia translativa - Termo judicial - Possibilidade - Renúncia *in favorem* - Manifestação por intermédio de procurador - Procuração com poderes específicos (§ 1º do art. 1.295 do Código Civil) - Validade - Partilha - Homologação - Sentença - Terceiro prejudicado - Recurso - Apelação - Cabimento **167**

Execução fiscal - Adiantamento de despesas de transporte ao oficial de justiça - Súmula 190 do STJ - Art. 39 da Lei nº 6.830/80 (LEF) - Distinção entre custas e emolumentos **171**

ISSQN - Serviços postais - Serviço não incluído na lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68 com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87 - Intermediação mediante franquia - Não-incidência **173**

Contribuição de melhoria - Obra de recuperação asfáltica - Valorização imobiliária não caracterizada - Edital contendo os elementos delineados nos incisos I, II e III do art. 82 do CTN - Ausência de publicação - Cobrança indevida **175**

Magistério - Regente de ensino - Classificação como professor - Habilitação específica na área pretendida - Necessidade - Prescrição - Inocorrência - Pedido administrativo - Prazo prescricional - Interrupção - Manifestação do Ministério Público - Ausência - Nulidade - Rejeição **178**

Registro de imóveis - Dúvida - Imóvel rural - Área inferior ao módulo rural local fixado pelo Incra - Ação de divisão - Sentença - Coisa julgada - Pretensão do requerente - Legitimação - Documentação incompleta - Indeferimento - Apelação - Recurso cabível **181**

Taxa florestal - Constitucionalidade - Fato gerador - Contribuinte - Base de cálculo **184**

Serviço funerário - Interesse local - Competência do município - Delegação - Concessão - Permissão - Particular - Não-submissão às condições legais de se submeter ao processo de licitação - Ausência de direito líquido e certo para a prestação do serviço - Inteligência do inciso XIII do art. 5° da CF **186**

Vereador - Faltas às reuniões ordinárias além do número permitido na Lei Orgânica do Município - Ausência de justificativas legais - Perda do mandato eletivo - Ato declaratório - Resolução - Presidente da câmara municipal - Autoridade competente - Mandado de segurança - Inexistência de direito líquido e certo - Denegação da ordem **189**

Dotação orçamentária - Repasse mensal e regular pelo Executivo - Obrigatoriedade - garantia constitucional assegurada pelo art. 168 da Constituição Federal - Princípio da harmonia e independência entre os Poderes **193**

Registro de imóveis - Escritura pública - Documento não transcrito no registro imobiliário - Retificação - Procedimento previsto no art. 213 da Lei n° 6.015/73 - Impossibilidade **195**

Câmara municipal - Recursos correspondentes às dotações orçamentárias anuais - Percentuais cabíveis - Entrega dos duodécimos até o dia 20 de cada mês - Imposição constitucional **196**

Crédito tributário - Recolhimento extemporâneo - Juros de mora - Taxa Selic - Aplicabilidade - Inexistência de inconstitucionalidade ou ilegalidade - Execução fiscal - Embargos - ICMS declarado e não pago - Prova pericial - Condicionamento à demonstração do erro ou do engano - Cerceamento de defesa - Inocorrência **199**

Servidor público - Vencimentos - Reajustes diferenciados a determinada categoria de servidor - Possibilidade - Lei Delegada n° 38/97 - Caráter de revisão geral dos vencimentos do funcionalismo - Inexistência - Princípio da isonomia - Inaplicabilidade - Súmula n° 339 do STF - Inteligência **202**

Servidor público contratado - Período eleitoral - Dispensa - Impossibilidade - Inteligência do art. 73, V, da Lei n° 9.504/97 ..... **205**

Imunidade tributária - Telejornais - Não-incidência - Inteligência do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal - Prestação de serviços a terceiros - Atividade incluída na lista anexa do Decreto-lei n° 406/68 com a redação da Lei Complementar n° 56/87 - ISSQN - Incidência **207**

Desapropriação indireta - Indenização - DER - Estrada construída anos antes da aquisição do terreno lindeiro - Ilegitimidade ativa do adquirente **209**

Servidor público - Vencimentos - Proventos e pensão - Correlação - Inteligência do art. 40 e seus §§ 4° e 5° (hoje, §§ 7° e 8°) da Constituição Federal **213**

Execução fiscal - Direito patrimonial - Prescrição - Decretação de ofício - Impossibilidade - Inteligência dos arts. 166 do Código Civil e 128 do Código de Processo Civil - Precedentes jurisprudenciais (STJ) **215**

ITBI - Alíquota progressiva - Inconstitucionalidade - Imposto real - Fato gerador - Contribuinte - Adquirente do imóvel - Base de cálculo **217**

Prescrição - Dívida líquida de ente público - Decreto n° 20.910/32 - Reclamação administrativa - Suspensão do prazo prescricional - Inteligência dos arts. 4° e 6° do Decreto n° 20.910/32 - Juízo de primeiro grau - Extinção do processo em razão da prescrição - Não-julgamento das demais questões de mérito - Segunda instância - Apreciação apenas da questão relativa à prescrição **220**

Indenização - Auto de prisão em flagrante - Irregularidades - Fazenda Pública - Prescrição - Prisão e processo penal - Absolvição **227**

Investigação de paternidade - Alimentos - Fixação - Marco inicial - Data da citação - Registro civil de nascimento - Nome dos avós paternos - Averbação **231**

Ação popular - Convênio celebrado entre o Município e a Secretaria de Estado da Saúde - Transferência de recursos - Verba destinada ao combate à cólera - Irregularidades apuradas - Finalidade atendida - Termo de compromisso firmado pelo Prefeito visando à devolução da quantia recebida - Ausência de prejuízo ao erário - Inexistência de ato lesivo ao patrimônio público - Improcedência da ação **233**

Pensão especial - Vereador - Benefício previdenciário - Criação - Resolução da Câmara Municipal e Lei Orgânica do Município - Ausência de fonte de custeio - Afronta ao § 5° do art. 195 da CF e à Constituição Estadual - Pagamento - Impossibilidade **235**

Prefeito - Locação de imóvel - Finalidade precípua da Administração - Preço compatível com o valor do mercado - Licitação - Desnecessidade - Inteli-

gência do art. 24, X, da Lei nº 8.666/93 - Ato ilegal e lesivo ao erário municipal - Inexistência - Má-fé, dolo ou culpa na conduta do agente político - Não-comprovação - Improbidade administrativa - Inocorrência - Ressarcimento de danos - Descabimento - Ato administrativo - Ilegalidade ou legalidade - Controle jurisdicional - Moral administrativa - Interesse coletivo **238**

Anulatória de débito fiscal - IVVC-Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis - Valor recolhido - Lançamento fiscal - Divergência - Auto de infração baseado em documento de confiabilidade duvidosa - Nulidade da cobrança **241**

ISSQN - Exigência sobre a natureza do serviço, e não pela denominação escolhida pelo prestador - Conceito econômico - Base de cálculo - Preço do serviço - Alíquota **247**

Ação civil pública - Apelação - Recebimento no efeito meramente devolutivo - Exceção - Necessidade de se demonstrar a plausibilidade da reforma do julgado **249**

Execução fiscal - Penhora - Realização da quarta praça - Inadmissibilidade - Decisão mantida - Recurso improvido **251**

Mandado de segurança - Ato impugnado - Vício de consentimento - Anulação - Ausência de prova documental pré-constituída - Necessidade de instrução processual - Ação mandamental - Impossibilidade **253**

ISSQN - Empresa concessionária de telefones - Serviços de secretaria e expediente - Serviços internos de manutenção nos próprios equipamentos - Auto-serviço - Não-incidência do tributo - Serviço de publicidade - Pagamento do tributo - Repasse das quantias devidas à editora - Não-tributação - Linhas telefônicas - Bens móveis - Locação - Instalação, manutenção e reparos de aparelhos - Instalações telefônicas - Serviços prestados aos clientes - Incidência do tributo - Itens 85, 79 e 69 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68 ..... **255**

Servidor público - Extravio de bem - Procedimento administrativo - Conduta lícita da Administração - Dano moral - Inexistência - Responsabilidade objetiva do Estado - Inteligência do § 6º do art. 37 da Constituição Federal - Inocorrência de lesão ao direito do particular - Indenização - Descabimento - Patrimônio público - Proteção - Dever das entidades e dos agente públicos **261**

Execução fiscal - Imposto Predial e Territorial Urbano-IPTU - Lançamento realizado em nome do antigo proprietário, que transferiu a propriedade do imóvel a outrem - Créditos tributários - Sub-rogação na pessoa do adquirente - Prosseguimento da execução fiscal contra o atual proprietário - Admissibilidade - Arts. 129 e 130 do CTN - Art. 677, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro - Inteligência **270**

Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - Vício processual - Matéria de mérito - Discussão - Penhora - Segurança do juízo - Ausência - Inadmissibilidade **278**

Energia elétrica - Corte do fornecimento no mesmo dia do pagamento da conta - Casa às escuras em dia de reunião de aniversário - Constrangimento - Danos morais - Indeferimento da inicial - Impossibilidade - Cemig-Companhia Energética do Estado de Minas Gerais - Entidade da Administração indireta - Recurso - Julgamento - Competência do Tribunal de Justiça - Inteligência do art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais **280**

Tutela antecipada - Simples probabilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a se fazer - Concessão - Inadmissibilidade **282**

Sociedade de fato - Dissolução - Simples convivência *more uxorio* - Ausência de contribuição direta ou indireta da ex-companheira na formação do acervo patrimonial - Inexistência de bens adquiridos no período de convivência - Inteligência do art. 5º da Lei nº 9.278/96 e da Súmula nº 380 do STF - Improcedência do pedido - Fato constitutivo do direito alegado - Autor - Ônus da prova **285**

Execução fiscal - Crédito tributário - Prescrição - Prazo - Contagem - Inscrição em Dívida Ativa bem antes do prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 174 do CTN - Art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80 - Inaplicabilidade - Benefício de ordem - Vedação legal (art. 124, parágrafo único, do CTN) **288**

Inventário - Colação - Determinação judicial - Decisão interlocutória - Doação - Caráter remuneratório - Adiantamento de legítima **293**

Precatório complementar - Atualização complementar - Possibilidade - Decisão que determina se promova execução nos termos do art. 730 do CPC em face da divergência entre as partes quanto à complementação exigida - Efetivação nos próprios autos da desapropriação - Novo procedimento de execução - Desnecessidade **296**

Consignação em pagamento - Fundo de Participação dos Municípios - Banco do Brasil - Autorização para depositar determinada parcela em conta de construtora prestadora de serviços à municipalidade - Procurações outorgadas pelo prefeito - Revogação - Dúvida sobre quem deve receber o pagamento - Esclarecimento - Ação consignatória - Inteligência do art. 973, IV, do Código Civil **298**

Alimentos - Despacho do juiz de primeira instância - Fixação dos provisionais - Intimação do devedor para pagamento sob pena de se decretar sua prisão - Agravo de instrumento - Alegação de litispendência - Ausência de manifestação do juiz primevo - Apreciação da matéria pela segunda instância - Impossibilidade - Execução alimentícia - Inexistência - Prisão civil do devedor - Inviabilidade **301**

Mandado de segurança - Carência da ação - Inocorrência - Enfrentamento do mérito - Possibilidade - Acesso a escola pública e gratuita próxima à residência - Direito assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Art. 53, V, da Lei nº 8.069/90 - Inteligência - Concessão da segurança **304**

Casamento - Regime de bens - Comunhão universal - Mulher maior de 50 (cinqüenta) anos - Possibilidade - Inteligência do art. 5º, inciso I, da Constituição Federal/88 - Proibição contida no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil - Igualdade entre homem e mulher **307**

Contribuição previdenciária - Servidor público inativo - Lei Estadual nº 12.278/96 - Emenda Constitucional nº 20/98 ..... **309**

ICMS - Notas fiscais - Emissão por empresa cuja inscrição foi declarada inidônea - Operações de compra e venda realizadas antes do ato declaratório - Contribuinte de boa-fé - Operação anterior - Prova do pagamento do tributo - Inexigibilidade - Aproveitamento do crédito - Possibilidade **315**

Falência - Habilitação de crédito - Honorários advocatícios - Classificação - Privilegiado especial - Juízo de apelação - Inovação de tese - Inadmissibilidade - Prazo complementar - Inobservância - Intempestividade do apelo **319**

Cargo público - Pedido de reintegração - Policial civil - Transgressão disciplinar - Processo administrativo - Exclusão da corporação - Ato administrativo válido - Revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário - Impossibilidade **324**

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA

Policial militar - Curso de Habilitação de Oficiais da PMMG - Inscrição obtida mediante antecipação de tutela - Direito de freqüentar as aulas - Direito à formatura e aos demais benefícios conferidos pela habilitação enquanto durarem os efeitos da decisão judicial **326**

Responsabilidade civil do Estado - Estabelecimento prisional - Morte de preso - Culpa *in vigilando* - Indenização **328**

Cobrança - Serviços prestados ao município - Dívida contraída - Inadimplência - Alegada falta de empenho - Irrelevância - Pagamento devido **330**

União estável - Morte de companheiro - Direito sucessório - Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 - Ab-rogação - Inexistência - Herdeiro facultativo - Testamento público - Pedido de totalidade dos bens - Impossibilidade - Direito de usufruto - Reconhecimento - Pedidos sucessivos - Prejudicialidade **332**

Patrimônio cultural - Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte - Inclusão de imóveis no conjunto urbano da Praça da Liberdade e Avenida João Pinheiro - Ato legal - Indenização - Descabimento - Tombamento - Inexistência - Município - Legislação sobre seu peculiar interesse - Preservação do patrimônio cultural - Competência legislativa concorrente ou residual **338**

Servidor público estadual - Desvio de função não caracterizado - Diferença de vencimentos - Indenização - Descabimento **344**

Alimentos - Oferta - Interditando - Levantamento da quantia - Indeferimento - Preparo - Falta - Princípio da economia processual **346**

Falência - Duplicata sem aceite - Protesto - Comprovante da entrega da mercadoria - Confissão de recebimento pelo devedor - Acompanhamento - Título executivo extrajudicial - Inteligência do art. 1º, § 3º, do Dec.-lei nº 7.661/45 c/c o art. 15 da Lei nº 5.474/68 - Petição inicial - Pedido e causa de pedir - Presença - Indeferimento - Impossibilidade - Condição de comerciante do devedor - Prova - Desnecessidade - Art. 11 da Lei de Falências - Qualidade de credor - Ônus da prova - Falta de protesto específico - Impossibilidade jurídica do pedido - Inexistência **349**

Alimentos - Revisional - Existência posterior de outra família e filhos - Pensão - Obrigação concomitante da mãe - Adequação **353**

Doação modal - Doador - Sociedade civil - Donatário - Município - Descumprimento do encargo - Revogação - Presidente da entidade doadora - Legitimidade ativa de parte - Doação com encargo feita a ente público - Contrato civil, e não administrativo - Prescrição vintenária - Art. 178, § 6°, I, do Código Civil - Inaplicabilidade **355**

Alimentos - Ação proposta em face do avô - Ilegitimidade passiva - Inexistência - Pensão complementar - Possibilidade - Sucumbência - Justiça gratuita - Inteligência da Lei n° 1.060/50 ..... **358**

Divórcio - Partilha - Casamento - Regime de bens - Comunhão universal - Bens adquiridos após a separação de fato - Comunicabilidade - Oitiva de testemunha - Prova desnecessária - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Inocorrência **365**

Falência - Foro competente - Estabelecimento do devedor - Inteligência do art. 7° do Decreto-lei n° 7.661/45 ..... **369**

Servidor público estadual - Cargo de Secretário de Estado - Exercício eventual - Qüinqüênios - Adicional trintenário - Gratificação natalina - Supressão - Inadmissibilidade **371**

Sucessão - Direito de representação - Linha colateral - Filhos de irmão falecido - Art. 1.613, c/c 1.622, do Código Civil - Inteligência **373**

ISS - Montagem industrial - Material empregado não fornecido pelo usuário final - Obra de construção mecânica - Não-incidência do tributo - Execução fiscal - Certidão da dívida ativa - Valores atualizados - Desnecessidade **379**

Execução fiscal - Massa falida - Multa fiscal - Exclusão - Juros moratórios - Inexigibilidade - Inteligência dos arts. 23, 25 e 27, do Decreto-lei n° 7.661/45 (Lei de Falências) e das Súmulas n^{os} 565 e 192 do STF **382**

Locação - Locatário - Município - Ausência de pagamento dos aluguéis - Rescisão do contrato - Despejo - Condenação ao pagamento dos valores devidos - Locador - Desnecessidade de título de domínio do bem locado - Preliminares - Ilegitimidade ativa e passiva das partes - Impossibilidade jurídica do pedido - Rejeição **385**

Servidor público - Pagamento decorrente de relação empregatícia - Garantia constitucional - Decreto municipal que visa resguardar a Lei de Responsabilidade Fiscal - Impossibilidade de invalidar os créditos do servidor - Empenho - Decreto de anulação - Reconhecimento de débitos inscritos - Mera providência protelatória - Efeitos na esfera jurídica dos administrados - Inocorrência - Interesse patrimonial - Intervenção do Ministério Público - Desnecessidade **388**

Execução fiscal - Desistência da ação - Reconhecimento do pedido - Despesas e honorários - Pagamento pela parte que desistiu ou reconheceu - Inteligência do art. 26 da Lei n° 6.830/80 - Honorários de advogado - Fixação - Art. 20, § 4°, do CPC **392**

Pátrio poder - Restauração - Ação ajuizada pelos pais biológicos - Falecimento do adotante - Impossibilidade **394**

Ação civil pública - Meio ambiente - Água contaminada - Balneário - Presença de moluscos transmissores de esquistossomose - Interdição - Saúde da população - Liminar - Cabimento - Ministério Público - Legitimidade ativa **396**

Execução de título judicial - Fazenda Pública - Ações em que foi vencedora - Execução do débito principal e ônus da sucumbência - Excesso de execução - Redução ao *quantum* devido - Matéria de mérito - Embargos do devedor - Extinção da execução por ilegitimidade ativa *ad causam* da Fazenda Pública - Impossibilidade - Honorários de advogado - Cliente - Ente estatal - Parte legítima para executar honorários da sucumbência - Inteligência do art. 23 da Lei n° 8.906/94 (Estatuto dos Advogados) **403**

Ação civil pública - Propositura por pessoa física - Ilegitimidade ativa de parte - Extinção do processo **408**

Desapossamento ilícito - Ente público - Reivindicatória - Ausência - Indenização devida **409**

Execução fiscal - Ausência de citação do executado por edital - Nomeação de curador à lide - Impossibilidade - Direitos patrimoniais - Prescrição - Reconhecimento de ofício - Inadmissibilidade - Requerimento de prescrição por representante irregular - Deferimento - Insubsistência - Duplo grau de jurisdição - Inteligência do § 2° do art. 475 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei n° 10.352/2001 ..... **413**

Ação civil pública - Ilegitimidade passiva - Caracterização - Prefeito municipal - Pedido de afastamento - Provas - Necessidade **416**

Ação civil pública - Tutela antecipada - Matadouro municipal que coloca em risco a saúde da população - Possibilidade **419**

3 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Prefeito - Doação de terreno em desacordo com a lei - Ausência de licitação - Inexistência de dolo - Crime previsto no art. 1°, inciso X, do Decreto-lei n° 201/67 - Desconfiguração - Processo e julgamento - Competência **422**

Sentença criminal - Entrega em cartório e publicação quando o juiz não tem mais jurisdição na comarca - Incompetência do juiz - Nulidade absoluta - Conhecimento *ex officio* **425**

Denúncia - Rejeição posterior ao recebimento - Retratação pelo juiz singular - Impossibilidade - Pronúncia - Co-denunciado - Participação - Materialidade comprovada - Indícios suficientes da autoria - Impronúncia - Descabimento - Réu sem antecedentes - Aguardo do julgamento em liberdade **431**

Contravenção penal - Falta de habilitação para dirigir veículo - Menor - Ato infracional - Inexistência - Absolvição - Apelação criminal - Recurso ministerial desprovido **438**

Crime ambiental - Empresa privada - Poluição hídrica e atmosférica - Rio federal - Processo e julgamento - Competência da Justiça estadual comum - Decisão do juiz da vara criminal que declina de sua competência para a Justiça Federal - Recurso em sentido estrito - Cabimento **441**

Pronúncia - Incidente de insanidade mental - Instauração - Negativa pelo sumariante - Realização na segunda instância - Inquirição de testemunhas - Inversão da ordem - Inexistência - Oitiva de testemunha em outra comarca - Carta precatória - Acompanhamento de cópias das declarações prestadas na fase policial - Desnecessidade - Nulidade do processo por cerceamento de defesa - Inocorrência - Legítima defesa - Ausência - Absolvição sumária - Impossibilidade - Homicídio - Réu que não age com culpa - Desclassificação do crime para lesões corporais culposas - Inviabilidade - Facada - Hemorragia - *Causa mortis* - Inteligência do art. 13 do Código Penal - Surpresa - Qualificadora - Dúvida - Exame pelo Tribunal do Júri **449**

Nulidade processual - Inocorrência - Interrogatório - Presença do réu - Ata de audiência - Erro material - Intimação do advogado para todos os atos processuais - Apresentação de defesa prévia - Audiência de instrução - Não-comparecimento do defensor e do réu - Nomeação de defensor *ad hoc* - Cerceamento de defesa - Inexistência - Nulidade relativa - Defeito do ato - Prejuízo para a defesa não demonstrado - Prescrição - Aditamento da denúncia - Prazo prescricional - Interrupção - Furto qualificado e resistência - Prova da autoria - Condenação mantida - Pena - Aplicação correta **455**

Loteamento irregular - Art. 50, inciso I, da Lei n° 6.766/79 - Subdivisão de área rural para fins urbanos - Ausência de aprovação da prefeitura municipal e do registro no cartório de registro de imóveis - Finalidade urbana do loteamento - Configuração do delito - Localização - Zona rural ou urbana - Irrelevância - Promoção do loteamento - Vendas - Qualificadora do parágrafo único do inciso I do art. 50 da Lei n° 6.766/79 - Incidência **460**

Estupro - Autoria não comprovada - Decisão condenatória contra a evidência dos autos - Pedido revisional - Procedência - Absolvição do requerente **464**

Injúria - Difamação - Queixa parcialmente recebida **469**

Prefeito - Inversão de ordem de pagamento a credores do município - Art. 1°, XII, Dec.-lei 201/67 ..... **471**

Júri - Tentativa de homicídio qualificado - Motivo torpe - Desistência voluntária **474**

Júri - Primeira decisão cassada por ter sido manifestamente contrária à prova dos autos - Acusado submetido a novo julgamento - Interposição de apelação com base na alínea *a* do art. 593, III, do CPP - Nova análise do mérito - Pretensão - Inadmissibilidade - Art. 593, § 3°, parte final, do CPP - Homicídio - Quesito principal da excludente de ilicitude da legítima defesa putativa afirmado pelos jurados - Negativa dos demais - Erro derivado de culpa - Não-indagação - Tese defendida em plenário - Protesto defensivo feito oportunamente e consignado em ata **477**

Tóxico - Co-autoria - Simples cooperação entre os agentes - Reunião ocasional - Majorante do art. 18, III, da Lei n° 6.368/76 - Caracterização - Pena pecuniária - Fixação - Mínimo legal - Redução - Impossibilidade - Réu juridicamente miserável - Custas processuais - Súmula n° 58 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG - Requisitos do art. 44, III, do CP - Ausência - Substituição da pena - Inadmissibilidade **479**

Incêndio - Agente que ateia fogo em sua residência - Risco à incolumidade pública - Dolo de dano e de perigo - Configuração do delito - Casa habitada - Majorante prevista no art. 250, § 1°, II, *a*, do CP - Caracterização - Exclusão da condenação - Impossibilidade **482**

Júri - Absolvição sumária - Crime conexo - Absolvição na mesma sentença - Impossibilidade **485**

Maus-tratos - Filho de 6 meses de idade - Privação de alimentação adequada e dos cuidados mínimos necessários - Comprometimento físico grave que levou a criança à morte - Delito praticado na forma omissiva - Dolo de perigo - Condenação **489**

Uso de documento falso - Documento público - Pena mínima superior a um ano - Suspensão condicional do processo - Art. 89 da Lei n° 9.099/95 - Inadmissibilidade - Prova pericial - Prescindibilidade - Nota fiscal - Documento particular - Crime de sonegação fiscal - Absorção do delito de uso de documento falso - Pena fixada na sentença e prevista para o crime de sonegação fiscal - Identidade - Condenação mantida **492**

Pena - Substituição da pena corporal por restritiva de direitos - Prestação pecuniária - Multa estatal - Natureza jurídica - Diferença - Descumprimento da restrição - Conversão em pena privativa de liberdade - Possibilidade **497**

Sonegação de documento - Art. 314 do CP - Fundação - Ausência de ligação com o Poder Público - Administrador ou gerente - Desconsideração com o funcionário público **500**

Estupro - Violência presumida - Vítima menor de 14 anos - Consentimento para o ato sexual - Irrelevância - Dúvida quanto à idade da vítima - Circunstância que não descaracteriza o delito - Continuidade delitiva - Vítimas diversas - Impossibilidade - Progressão de regime - Admissibilidade **503**

Habeas corpus - Excesso de prazo - Sentença condenatória superveniente - Constrangimento ilegal - Elisão - Nulidades - Apreciação no âmbito do *writ* - Impossibilidade - Ordem denegada **515**

Júri - Tese defensiva - Legítima defesa da honra - Quesito obrigatório - Indeferimento pelo juiz - Protesto da defesa - Cerceamento de defesa - Nulidade **517**

Júri - Homicídio - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Apelação criminal - Recurso ministerial provido **521**

Habeas corpus - Auto de prisão em flagrante por suposto homicídio - Ausência das hipóteses de flagrância do art. 302 do CPP - Ilegalidade da prisão dos pacientes **523**

Seqüestro - Roubo - Concurso material - Subtração consumada - Privação da liberdade da vítima - Absorção - Inadmissibilidade - Pena - Fixação - Dosimetria - Falta de individualização - Sentença fundamentada - Nulidade - Inocorrência **527**

Carta testemunhável - Denegação de apelação - Recurso em sentido estrito - Interposição **530**

Prisão preventiva - Réu citado irregularmente - Não-comparecimento ao interrogatório - Medida injustificável - Constrangimento ilegal caracterizado **535**

Crime falimentar - Falta de apresentação de livros obrigatórios - Desvio de bens da massa falida - Inteligência dos arts. 186, VI, e 189, I, da Lei de Falências **537**

Revisão criminal - Crime de lesões corporais qualificadas (art. 129, § 1°, I, do CP) - Perdão judicial - Perdão do ofendido - Impossibilidade - Pedido indeferido - Réu reincidente - Regime prisional fechado - Alteração - Inviabilidade - Princípio da *res judicata* **540**

Liberdade provisória - Réu foragido - Decretação da prisão preventiva - Captura do réu - Concessão da liberdade provisória - Impossibilidade - Réu primário e de bons antecedentes - Prática de homicídio simples - Irrelevância **544**

Delito de trânsito - Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro - Prova - Inexistência - Absolvição - Pena - Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP desfavoráveis ao réu - Pena-base acima do mínimo legal - Fixação - Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes - Art. 67 do Código Penal - Substituição da pena - Réu portador do vírus HIV - Prisão domiciliar **546**

Crime contra a ordem tributária - Lei n° 8.137/90 - ICMS - "Calçamento" de notas fiscais - Inserção de dados inexatos - Omissão de operações comerciais - Sonegação fiscal - Autoria e materialidade comprovadas - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Possibilidade - *Sursis* - Afastamento **551**

Menor infrator - Ato infracional análogo ao crime do art. 214 do CP - Violência ou grave ameaça à pessoa - Internação - Medida socioeducativa cabível - Estabelecimento apropriado - Inexistência na comarca - Aguardo da transferência na cadeia pública local - Inteligência do art. 185, § 2º, da Lei nº 8.069/90 (ECA) - Apelação - Razões - Oferecimento após a apresentação da petição recursal - Obediência ao prazo legal - Possibilidade **555**

Crime de extorsão mediante seqüestro - Desistência voluntária - Admissibilidade - Desclassificação do delito para o previsto no art. 148, § 2º, do CP **558**

Quadrilha - Formação - Prova - Delação de co-réu - Demais elementos - Retratação - Validade - Porte de arma **564**

Regime prisional - Crime hediondo - Sentenciado que cumpriu 1/6 (um sexto) da pena - Sentença condenatória transitada em julgado - Fixação de regime fechado, e não integralmente fechado - Progressão de regime - Possibilidade **568**

Porte de arma - Tentativa de homicídio - Absorção do crime-meio pelo crime maior - Princípio da consunção - Concurso material - Inadmissibilidade - Pronúncia - Nulidade - Inocorrência - Qualificadora - Afastamento - Impossibilidade **571**

Recurso criminal - Júri - Sentença - Publicação na sessão de julgamento - Ciência às partes - Ministério Público - Prazo recursal - Início **574**

Júri - Reconhecimento de circunstância subjetiva pelo Conselho de Sentença - Quesito relativo à qualificadora objetiva dado por prejudicado - Não-cabimento - Anulação do julgamento **576**

Recurso em sentido estrito - Ministério Público - Pretensão - Extração de peça processual - Depoimento de testemunha para intentar contra ela ação de perjúrio - Matéria estranha ao conteúdo da pronúncia e relacionada a terceiro - Não-enquadramento na hipótese do item IV do art. 581 do CPP - Recurso não conhecido **579**

Peculato - Dinheiro pertencente a órgão estatal - Apropriação pelo agente no exercício de função pública - Praxe admitida na repartição - Conduta típica - Intenção de restituir - Irrelevância - Dolo genérico - Configuração do delito - Pena pecuniária **581**

Tóxicos - Uso próprio - Pluralidade de usuários - Arma perfurocortante - Art. 19 da Lei das Contravenções Penais **584**

Estupro - Forma simples - Crime hediondo - Conjunção coordenativa aditiva "e" - Pena - Regime integralmente fechado - Precedentes do STF **588**

Exceção de suspeição - Não-acolhimento por parte do magistrado - Atitude correta - Pedido indeferido **591**

Prisão civil - Alimentos - *Habeas corpus* - Cognoscibilidade - Garantias constitucionais do processo - Observância - Admissibilidade **593**

Livramento condicional - Prática de nova infração no curso do benefício - Prorrogação automática do prazo - Extinção da pena antes do trânsito em julgado da decisão do novo processo-crime - Impossibilidade **599**

Prisão preventiva - Ausência das hipóteses legais autorizativas - Ministério Público - Denúncia não oferecida - Inexistência de elementos suficientes para o início da ação penal - Constrangimento ilegal - Caracterização - *Habeas corpus* - Concessão da ordem **602**

Maus-tratos - Pai que excede em correção ou disciplina, aplicando em sua filha, de apenas dois anos, violenta surra a ponto de causar-lhe a morte - Delito caracterizado **605**

Habeas corpus - Trancamento da ação penal - Alegada ausência de justa causa - Regularidade do procedimento - Necessidade de um exame aprofundado das provas - Inadmissibilidade na estreita via do *writ* **608**

Habeas corpus - Pretensão do paciente - Possibilidade de ser postulada via ação revisional - Utilização do *habeas corpus* - Viabilidade - Produção antecipada de provas testemunhais - Suspensão do processo - Equívocos na condução do processo - Alegação de processo manifestamente nulo - Ausência de prejuízo às partes - Nulidade não vislumbrada *prima facie* - Coação ilegal - Inocorrência - Ordem denegada **611**

Habeas corpus - Incidente de insanidade mental - Instauração em plenário de julgamento do Tribunal do Júri - Suspensão do feito - Constatação da inimputabilidade do paciente - Pretendida decretação de nulidade da pronúncia e trancamento da ação penal - Inadmissibilidade - Ocorrência de preclusão *pro judicato* **614**

Habeas corpus - Impetração contra decisão dos Juizados Especiais Criminais - Julgamento - Competência das turmas recursais desses juizados - Jurisprudência do STJ **616**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Criminal - R*HC* - Atentado violento ao pudor praticado por padrasto ou concubino - Violência presumida - Trancamento da ação penal - Inépcia da denúncia - Falhas não vislumbradas - Decadência do direito de representação - Impossibilidade - Ação penal pública incondicionada - Recurso desprovido **621**

Penal - Processual - Homicídio qualificado - Ausência de motivos a justificar a custódia cautelar - Excesso de prazo no julgamento pelo Tribunal do Júri **626**

Processual Civil - Embargos de divergência (arts. 496, VIII, e 546, I, CPC) - Dano ao erário público - Ação civil pública - Legitimação ativa do Ministério Público Federal - Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90 (art. 1º) **632**

Tributário e Processual Civil - Embargos à execução - CDA - Requisitos atendidos - Taxa Selic - Aplicabilidade de multa - Redução - Empresa concordatária - Falta de prova - Recurso especial não conhecido em parte - Embargos de declaração - Omissão inocorrente - Inexistência de violação ao art. 535 do CPC **638**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Habeas corpus - Tribunal do Júri - Pretensão de anulação do julgamento em face da inexistência de prova da participação do paciente nos homicídios e da alegada nulidade da quesitação proposta aos jurados **643**

Direito Constitucional, Penal e Processual Penal - Jurisdição - Competência **653**

Recurso extraordinário - Entidade de educação - IPTU - Imunidade **665**

ICMS - Operações interestaduais - Artigo 155, § 2º, X, *b*, da Constituição **669**

LEGISLAÇÃO

DA UNIÃO

Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001 ..... **675**

Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001 ..... **677**

Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002 ..... **679**

Medida Provisória nº 28, de 04 de fevereiro de 2002 ..... **690**

DO ESTADO

Do Tribunal de Justiça

Ofício-Circular nº 118/GACOR/2001, de 20 de dezembro de 2001 ..... **691**

Ofício-Circular nº 119/GACOR/2001, de 20 de dezembro de 2001 ..... **697**

Portaria nº 022/GACOR/2002, de 18 de fevereiro de 2002 ..... **697**

Portaria Conjunta nº 25/2001, de 07 de dezembro de 2001 ..... **707**

Provimento nº 64/2002, de 29 de janeiro de 2002 ..... **708**

Provimento Conjunto nº 001/2002, de 15 de janeiro de 2002 ..... **709**

Resolução nº 290/95, de 05 de dezembro de 1995 ..... **693**

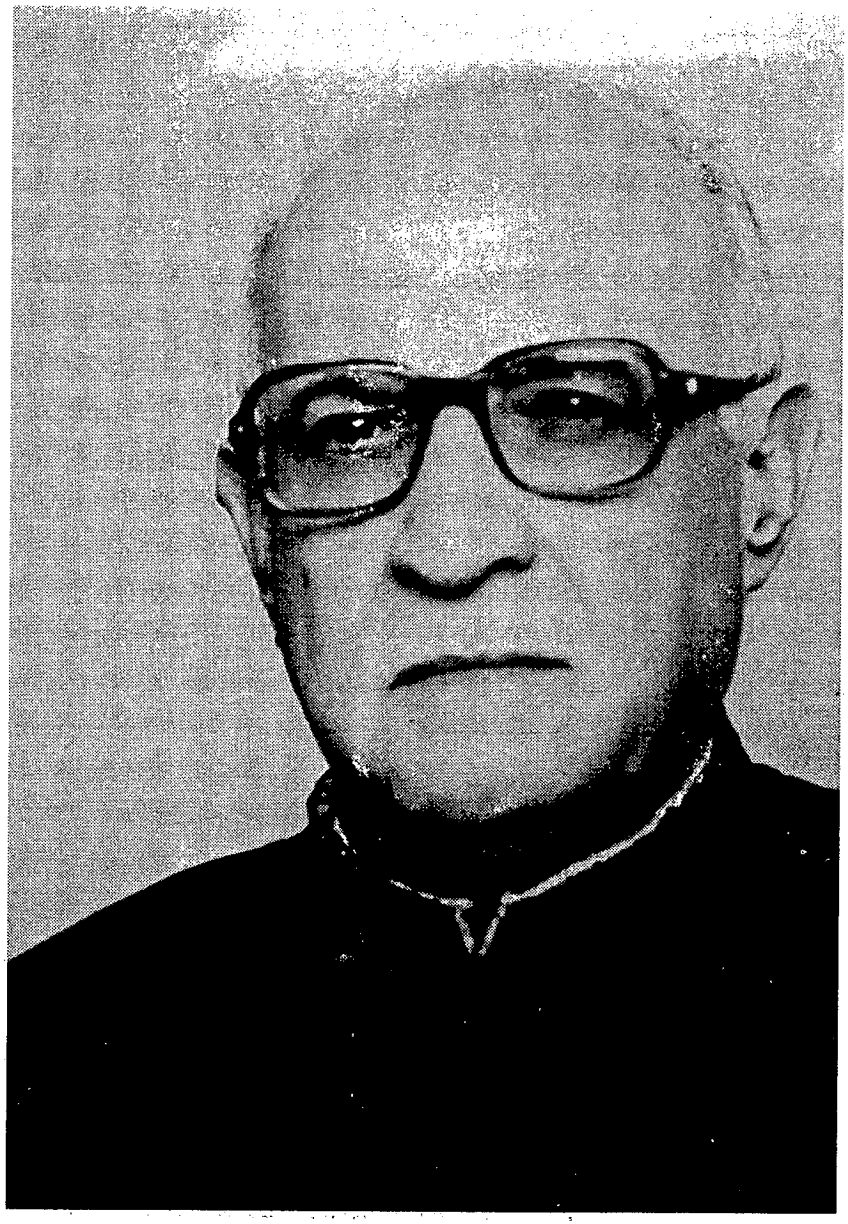
Resolução nº 386/2002, de 22 de março de 2002 ..... **714**

ÍNDICES

Índice numérico **723**

Índice alfabético e remissivo **729**

-:::-



Desembargador MÁRCIO SOLLERO

Memória do Judiciário Mineiro

NOTA BIOGRÁFICA

DESEMBARGADOR MÁRCIO SOLLERO

Des. José Altivo Brandão Teixeira (*)

O Desembargador Márcio Sollero nasceu em Ubá, em 08 de maio de 1917, filho do farmacêutico José Gonçalves Sollero e da Professora Guida Soares Sollero.

Pelo lado materno, descendia de pioneiros ubaenses originários de Mariana e de sesmeiros portugueses, naturais do Conselho de Bastos, de Portugal, cuja união formou a família Soares Moura. Sua mãe, Dona Guida, era também ligada por laços familiares aos Peixotos, que, partindo do Serro, radicaram-se em Ubá e, tanto quanto os Soares de Moura, brilharam intensamente no cenário político nacional.

Seu pai, o farmacêutico José Gonçalves Sollero, exerceu em Ubá as funções de Chefe do Executivo Municipal. Foi professor, coletor de rendas, conceituado musicista, compositor e regente.

Descendendo de tão ilustres troncos, o eminente Desembargador recebeu de seus pais inexcedíveis lições de vida, que o forraram, desde criança, para enfrentar, com formidável espírito de luta e galhardia, quaisquer adversidades.

Em Ubá, foi professor e Delegado de Polícia. Culto e dedicado, influenciou decisivamente na formação de gerações de ubaenses que, por obra de suas lições e exemplo pessoal, galgaram posições de destaque na vida social. Como denodado Delegado de Polícia, manteve a ordem e a segurança pública, agindo com energia, coragem e respeito às pessoas.

Como Juiz destacou-se pela probidade, equilíbrio e por sua vasta cultura. Exerceu a magistratura nas Comarcas de Miraí, Carandaí, Barbacena e Belo

---

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

Horizonte, granjeando a estima de seus jurisdicionados, e, após longa carreira, inclusive no Tribunal de Alçada, que presidiu de outubro/83 a fevereiro/84, ascendeu, por merecimento, ao Tribunal de Justiça, tomando posse como Desembargador em 08 de fevereiro de 1984. Seus votos, ainda hoje, são notados pela redação primorosa, pela argúcia e sabedoria das soluções e por impressionante cultura jurídica.

O ilustre falecido casou-se em 27.06.1946, com Dona Dalva Balbi Sollero e, com ela, formou um lar estável e feliz, que produziu cidadãos e cidadãs operosos e prestantes, que, nos seus diversos misteres, imprimem a marca de educação e da formação a eles repassadas e que neles se perpetuam.

Depois de exercer as funções de magistrado por 31 anos, aposentou-se, por implemento de idade, em 08 de maio de 1987.

Sem entregar-se ao descanso, que merecia, continuou prestando sua contribuição à entidade assistencial "Nutris", ligada aos membros do Judiciário Mineiro.

Faleceu em 17 de fevereiro de 2002.

No panteão ubaense, a efígie do Desembargador Márcio Sollero há de ocupar lugar de maior destaque: manteve o brilho de seus ancestrais, honrou seu pai e sua mãe, dignificou sua terra natal.

Como ubaense e ligado a ele por laços familiares e de amizade, herdados de meu pai e avós, cumpre-me o registro destas notas sobre a vida de tão conspícuo conterrâneo e magistrado, cujo passamento desfalca a Cidade de Ubá de um de seus mais ilustres varões e deixa desolados não somente seus filhos Maria Cristina, Maria Isabel, André Luiz, Márcio, José Maurício e Raul e seus irmãos José, Camilo, Amélia, Therezinha e Antônio, bem como seus concidadãos, que se sentem, de certa forma, também órfãos de sua sabedoria, de seu aviso e de seu conselho.

-:::-

O CASO DA COMARCA DA CAPITAL

Dr. Marcos Henrique Caldeira Brant (*)

Memória histórica constitui um direito informado pelo princípio da universalidade. Como afirma Von Goethe, "A reverência ao passado garante nosso futuro". Nos anais judiciários de Minas Gerais, pouco visitados, celebriza um interessante episódio, que vale a pena rememorá-lo.

O episódio, que ficou conhecido como "o caso da Comarca da Capital", foi protagonizado por duas grandes personalidades mineiras que se afirmaram no cenário político e jurídico nacional: Antônio Augusto de Lima (1859-1934) e Edmundo Pereira Lins (1863-1944).

Em 12 de dezembro de 1897, instalada oficialmente a nova Capital de Minas Gerais com o topônimo inicial de "Cidade de Minas" (somente em 12 de julho de 1901 foi alterado para Belo Horizonte), todos os poderes públicos foram definitivamente transferidos da velha e histórica Ouro Preto.

Augusto de Lima, então Juiz de Direito da Comarca de Ouro Preto, classificada como 4ª entrância, requereu sua remoção para a nova Capital, também de 4ª entrância. Assim, peticionou ao Presidente do Estado, Crispim Jacques Bias Fortes, protocolizando o pedido junto à Secretaria de Estado do Interior, em data de 21 de janeiro de 1898, ficando aí paralisado sem receber qualquer despacho.

Na data de 12 de março, foi baixado Decreto Presidencial nomeando o primeiro Juiz da Capital, Edmundo Lins, então ocupante do cargo de Diretor da Secretaria de Estado do Interior.

Dois dias após, em 14 de março, o pedido de remoção do Juiz Augusto de Lima foi despachado no seguinte teor: "Tendo sido provida a Comarca de Belo Horizonte no cargo de Juiz de Direito por nomeação, nada há a deferir quanto ao pedido de remoção que faz o requerente, Bias Fortes". Em 21 de março é instalada festivamente a Comarca de Belo Horizonte.

(*) Juiz de Direito da Comarca de Santa Luzia (MG).

A repercussão de tal fato no cenário político e jurídico foi grande. Vozes se levantaram irresignadas contra o ato do Governador, nítida manobra para afastar a pretensão de um antigo Juiz de Direito, de 4ª entrância, e nomear um Juiz avulso, então ocupante de cargo de confiança, de Diretor de Secretaria de Estado, e ex-Juiz de Direito da Comarca de Tiradentes, de 1ª entrância.

Atônito e fisgado em sua moral inviolável, Augusto de Lima, o Juiz preterido, corajosamente, intentou uma enérgica ação ordinária de nulidade contra o ato do Governo mineiro, por terem sido ignorados dispositivos constitucionais (arts. 15 e 63, CF/1891) e legais (art. 30, inc. I, Lei nº 18/1891), violando o direito de antiguidade dos magistrados. E, justificando sua irresignação, desabafou: "Eu não exerço simplesmente um direito de magistrado, cumpro, acima de tudo, um dever cívico, velando pela integridade, pela independência e pelo prestígio do Poder a que pertenço".

Em 06 de dezembro de 1899, a ação ordinária foi julgada procedente, em primeira instância, pelo Juiz substituto Mário Augusto Brandão de Amorim, declarando inconstitucional o Decreto de 12.03.1898, de conseqüência, reconhecendo e assegurando o direito de Augusto de Lima, Juiz de Direito de Ouro Preto, de ser investido e provido no cargo de Juiz de Direito de Belo Horizonte.

A erudita sentença do Juiz Mário de Amorim teve grande repercussão na comunidade jurídica mineira e nacional, recebendo o vitorioso Juiz Augusto de Lima inúmeras manifestações de apreço e solidariedade de juristas de expressão, unânimes no reconhecimento da justiça de sua causa. Dentre muitos: Rui Barbosa; Hermenegildo de Barros; Mendes Pimentel; Afonso Celso, Visconde de Ouro Preto; Tito Fulgêncio; Xavier da Veiga; Cesário Alvim; Virgílio de Melo Franco. A magistratura aliada à imprensa exultavam a vitória como sendo a consolidação das garantias e independência do Poder Judiciário.

Mas, como era esperado, o governo mineiro acabou apelando para o Tribunal da Relação, que, em data de 25 de julho de 1900, nas pessoas dos Desembargadores João Bráulio Moinhos de Vilhena (Presidente), Adolfo Augusto Olyntho, José Fernandes Torres, Ferreira Tinôco, Rezende Costa, Gama Cerqueira, Theophilo Pereira da Silva, F. Prestes Pimentel, E. Amorim e José Saraiva, deu provimento ao recurso para negar a competência do Poder Judiciário de apreciar o mérito do ato administrativo do Poder Executivo.

Desse acórdão, o Juiz Augusto de Lima manejou agravo para o Supremo Tribunal Federal, no Rio de Janeiro, que, por sua vez, negou provimento para confirmar a decisão do Tribunal da Relação de Minas Gerais, pontofinalizando a controvérsia.

Evidente que, nos dois julgamentos colegiados, as decisões foram políticas em prol do situacionismo, degringolando o Juiz e então ex-político Augusto de Lima. Se foi coisa de vindita pessoal, insatisfação ouropretana, restou numa iniqüidade, justamente com um homem que, quando Governador interino (março a julho de 1891), foi o autor da mudança da Capital mineira (movimento mudancista), por imperativo do progresso, num gesto de desassombro, enfrentando a pressão do meio, o comodismo e a procrastinação de muitos políticos. Razão que agora pagava seu alto preço.

Edmundo Lins permaneceu no cargo de Juiz de Direito de Belo Horizonte até setembro de 1903, quando, por ato do Presidente do Estado, Francisco Sales, foi promovido a Desembargador do Tribunal da Relação, alcançando a sua presidência em 1913. Foi professor catedrático na Faculdade Livre de Direito (hoje, UFMG) e seu Diretor. Mais tarde, em agosto de 1917, por ato do Presidente da República Wenceslau Brás, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, alcançando sua presidência em abril de 1931, até ser aposentado por limite de idade em novembro de 1937.

Augusto de Lima permaneceu como Juiz de Direito de Ouro Preto até janeiro de 1901 e, agastado com o episódio de sua preterição, acabou por abandonar a toga, transferindo-se para Belo Horizonte, sendo nomeado Diretor do Arquivo Público Mineiro, cargo que ocupou até 1910. Concomitantemente, ocupou o cargo de professor catedrático da Faculdade Livre de Direito (hoje, UFMG) e de jornalista. Foi membro da Academia Brasileira de Letras e a presidiu. Reingressou na política, elegendo-se Deputado Federal, 7ª a 13ª Legislaturas (1909-1929), desempenhando combativa ação parlamentar e inúmeras missões sociais, políticas e diplomáticas.

O Magistrado, político e poeta Augusto de Lima legou várias obras no campo político, do direito e da literatura, ressaindo uma interessantíssima obra, em prosa, intitulada "A Comarca da Capital de Minas e o Juiz de Direito de Ouro Preto", 2ª edição, Ouro Preto, Tip. Beltrão & Companhia, 1898. Muito cobiçava pelos bibliófilos. Uma verdadeira pérola da literatura mineira.

Mas quis o destino tributar uma sutil homenagem ao Juiz preterido. Desde julho de 1980, o moderno prédio do Fórum da já centenária Capital Belo Horizonte (Fórum Lafayette, Edifício Milton Campos) está localizado numa de suas principais vias arteriais. Qual seja: na Avenida Augusto de Lima.

-:::-

Doutrina

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: EXCEPCIONALIDADE

Dra. Flávia Birchal de Moura (*)

Introdução

A Constituição de 1988 deu especial atenção à criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente se concretizou como uma legislação contemporânea absolutamente comprometida com o princípio da dignidade da pessoa humana. Infelizmente a aplicação deste importante Estatuto não vem sendo corretamente realizada, pois a ausência de estudos teóricos, bem como uma prática malrealizada, em que princípios básicos são desrespeitados, tem ajudado bastante para que o adolescente infrator seja apontado pela mídia como um dos responsáveis pelo crescente aumento da violência e da marginalidade, como se os infratores maiores de idade não existissem ou representassem uma parcela mínima na marginalidade global. Esquecem os nossos meios de comunicação que o ECA não deixa impune o menor de 18 anos, pois elenca uma série de medidas socioeducativas para recuperá-lo e adequá-lo à vida em sociedade. Tal postura é mais de mídia, de *marketing*, que jornalística, por isso que não cumpre o papel de informar, mas de vender jornal ou audiência em programas sensacionalistas - apresentados por pessoas ignorantes da política penal vigente no Brasil, que não se destina à vingança, mas, sim, à recuperação social.

Ao pesquisarmos sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, achamos, em geral, estudos mais voltados para o lado sociológico. A escassa literatura analisando o tema sob o aspecto meramente legal indica que a abordagem dessa matéria há de ser mais ampla, com aplicação da teleologia jurídica: para a inteligência das normas regentes é indispensável ter em conta o espectro constitucional donde elas emanaram.

Pretendemos aqui mostrar duas medidas socioeducativas: internação e liberdade assistida, que estão entre as mais graves e de difícil aplicação prática dentro dos requisitos exigidos pelo Estatuto.

(*) Juíza de Direito na Comarca de Patrocínio (MG) e Professora de Direito do Menor e Processual Penal.

Natureza da medida socioeducativa

Em primeiro lugar é importante que analisemos a medida socioeducativa e sua natureza jurídica.

De acordo com a Constituição Federal, em seu art. 228, o menor de 18 anos é penalmente inimputável, ficando sujeito a legislação especial. Isto porque a responsabilização pela violação da norma pressupõe que o violador tenha maturidade espiritual suficiente para compreender a ilicitude de seu ato e inibi-lo.

O menor de 18 anos é ainda pessoa não amadurecida, em fase de transformação, pois tudo nele é provisório e sujeito a modificações, razão pela qual não pode ser objeto de sanção, devendo ser aplicada a ele uma medida de natureza cautelar, de proteção, fixada em favor de sua educação e socialização.

Tal divisão não é tão simples, posto que necessário analisar a finalidade da pena e da medida socioeducativa. Ambas possuem como fim a reintegração à sociedade, com o fim de fazer prestável à sociedade aquela pessoa que transgrediu a regra de observância geral obrigatória - afinal, é a sociedade responsável, por vias transversas, pelo quanto ignoram esses seres humanos. Trata-se de um programa reeducativo coercitivo, aplicado contra a vontade do transgressor, gerando também um efeito preventivo geral, uma vez que tal "obrigação" serve para desestimular futuras transgressões. A propósito, convém repensar o papel dos já referidos espetáculos televisivos que transformam em astros de televisão, revistas e jornais os delinqüentes - dando-lhes exposição pública capaz de estimular o mau caráter em má formação a imitar o mal feito como forma de atingir o estrelato.

Tanto a legislação penal como o ECA, ao preverem a pena e a medida socioeducativa, visam a dar resposta imediata à ação ilícita, impondo-as coercitivamente ao transgressor e objetivando a educação e ressocialização do infrator, defendendo, assim, a sociedade.

O menor não está isento de qualquer responsabilidade pelo ato ilícito que cometeu: apenas a ele não são aplicadas as normas penais vigentes, estando ele sujeito às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, apesar de possuírem uma abordagem diferente, são também impostas coercitivamente àquele menor, interferindo na sua liberdade individual, além de possuírem o caráter preventivo. Impunidade é diferente de inimputabilidade. As medidas socioeducativas são as respostas para a questão da punição do menor infrator.

Ensina o ilustre Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, no julgamento da Apelação Criminal nº 97.009613-5, do TJSC:

"*O artigo 228 da Constituição, ao conferir* inimputabilidade penal *até os dezoito anos, ressalvou sujeição* 'às normas da legislação especial'. Essas por sua vez, estabeleceram, como dito, a chamada responsabilidade penal juvenil (...). Aos adolescentes (12 a 18 anos) não se pode imputar (atribuir) responsabilidade frente a legislação comum. Todavia, podendo se lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do *Estatuto próprio, respondem se submetendo a medidas socioeducativas de inescondível caráter penal especial*" *(...)* "*Embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os apelantes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente e, por isso, respondem penalmente, face o nítido caráter retributivo e sócio-educativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, de boa política criminal, em que respostas justas e adequadas servem como elemento indispensável a prevenção e repressão da delinqüência juvenil*".

Assim concluiu o ilustre jurista FLÁVIO AMÉRICO FRASSETO, em seu "Esboço de um Roteiro para Aplicação das Medidas Socioeducativas", *in:* http://www.geraldoprado.com/esboco.htm:

"*Neste passo, viável afirmar-se que a pena é socioeducativa e que a medida socioeducativa é punitiva. Seus objetivos são os mesmos: defender a sociedade das condutas criminosas através da prevenção geral e da educação e ressocialização do infrator*".

Aplicação do Código Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente

Apesar de a finalidade da pena e da medida socioeducativa serem praticamente as mesmas, a forma de aplicação delas é completamente diferente.

No Sistema Penal há uma predominância do fato, enquanto no ECA a prioridade é a pessoa. No primeiro, as regras são predefinidas, para cada crime existe uma pena em abstrato, onde, mesmo sendo analisadas as condições da pessoa que praticou o crime, existe um limite na sanção que precisa ser respeitado. Já no segundo, a pessoa do infrator não é secundária, ao contrário, a ênfase é para ela, pois não há definição de limites pela lei, cabendo ao aplicador analisar a situação do menor infrator, bem como do ato infracional cometido, para depois definir a medida socioeducativa a ser aplicada, bem como a duração dela. O Estatuto define apenas o limite máximo, fazendo algumas proibições, principalmente em relação às medidas mais graves.

Essa diferença é importantíssima para alcançar a finalidade das medidas socioeducativas, ou seja, a educação e ressocialização, uma vez que abre caminho

para uma correta adequação da prestação jurisdicional ao caso concreto, à possibilidade de individualizar a reprimenda às condições peculiares de cada menor que cometeu um ato infracional. Não se pode esquecer que o adolescente é uma pessoa em desenvolvimento e deve ser tratado de maneira diversa do maior que comete um crime.

Ao serem aplicadas as medidas socioeducativas descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente, da maneira como ali disposto, está-se, na realidade, não só auxiliando o adolescente a retomar seu caminho longe da prática de atos infracionais, como também dando segurança à sociedade, posto que o que esta deseja é que a pessoa que cometeu um ilícito seja por ele punida, mas também seja reeducada para voltar a conviver dentro da comunidade sem praticar mais atos de tal natureza: afinal, uma sociedade não pode prescindir de qualquer de seus membros - sendo a finalidade do Direito, exatamente, garantir a vida harmônica quão profícua em sociedade.

Espera-se, portanto, do aplicador da lei, preparo e razoabilidade, capazes de permitir-lhe acertar na escolha da medida necessária para determinado caso concreto, uma vez que se assim não for o índice de criminalidade juvenil aumentará a cada dia.

Devido processo legal

O Estatuto da Criança e do Adolescente define como ato infracional "*a conduta descrita como crime ou contravenção penal*", em seu art. 103, e aos adolescentes (entre 12 e 18 anos) defere as garantias processuais (art. 110), dizendo que às crianças (menores de 12 anos) aplicam-se tão-somente as medidas de proteção (arts. 99 a 102 e 105).

Cumpridas as etapas processuais, cabe ao juiz analisar, de acordo com o art. 189 do referido Estatuto, a existência do ato infracional, comprovadas a autoria, materialidade e culpabilidade, concluindo pela condenação ou absolvição do adolescente infrator.

De acordo com o art. 114 do já mencionado diploma legal, para que sejam aplicadas as medidas socioeducativas descritas nos incisos II a VI do art. 112 (ou seja, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional), imprescindível a comprovação da autoria e materialidade, ressalvadas as hipóteses de remissão, que autoriza a aplicação de qualquer medida socioeducativa, exceto a semiliberdade e a internação (art. 127), sem a comprovação de tais elementos. Para a aplicação da medida de advertência basta a prova da materialidade e indícios de autoria (parágrafo único do art. 114).

Cumpre fazer um parêntese aqui para explicar resumidamente o instituto da remissão pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A remissão está prevista nos artigos 126 a 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser aplicada pelo representante do Ministério Público antes de iniciado o processo ou pela autoridade judiciária após iniciado o procedimento. A remissão pode constituir perdão puro e simples ou vir acompanhada de "*qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação*" (art. 127).

Quando houver inclusão de medida socioeducativa, a remissão será transacional, pressupondo-se, neste caso, a aquiescência do adolescente, que será beneficiado com a exclusão, suspensão ou extinção do processo. Quando não houver tal aceitação, o Ministério Público oferecerá representação, nos casos da remissão pré-processual, ou, na remissão judicial, o procedimento terá seu curso normal.

Resumindo, poderá ser aplicada medida socioeducativa, exceto semiliberdade e internação, sem a dilação probatória, em caso de remissão prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Não é jurídico afirmar-se que, em tais situações (de aplicação imediata de remissão), há ofensa ao princípio constitucional garantidor do devido processo legal. É que, como se viu, tal remissão está subsumida a regras processuais específicas e de observância obrigatória: trata-se, pois, de aplicação de norma cautelar satisfativa - presentes requisitos autorizadores do convencimento, de plano, do juiz ou do promotor de justiça, autorizados estarão, um ou outro, a fazer incidir ao caso a sanção imediata, até, como forma de celeridade da resposta jurisdicional.

Escolha da medida socioeducativa

A cominação de medida socioeducativa determinada em sentença ou na remissão fica a cargo do juiz, que deve verificar qual a medida mais apropriada a ser aplicada.

Como já foi dito, o Estatuto da Criança e do Adolescente limita-se a indicar o rol de medidas socioeducativas permitidas, fazendo, no entanto, algumas proibições ou ressalvas. Cabe ao juiz adequá-las ao caso concreto. Para fazer tal cominação deve o juiz seguir os parâmetros ditados pelo Estatuto e também pelo Código Penal.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o aplicador da lei possui liberdade para escolher a medida socioeducativa a ser determinada, mas existem regras seqüenciais que o orientam ao longo do processo de escolha da medida mais adequada.

De acordo com o Código Penal, o juiz possui, ao aplicar uma pena, uma delimitação positiva, pois lhe são dados os limites mínimos e máximos de sua atuação, enquanto no Estatuto da Criança e do Adolescente tal delimitação é negativa, pois são dadas proibições, ou seja, deverá o aplicador da lei analisar as proibições existentes para escolher a medida necessária, como, por exemplo, a do art. 122, que limita os casos em que é cabível a medida de internação.

Importante salientar, também, que deverá ser analisada a legislação penal vigente, pois não poderá ser aplicada ao adolescente infrator medida mais grave do que a prevista para o mesmo crime ou contravenção praticados por um maior de idade, ou seja, se para uma pessoa de mais de 18 anos que cometa determinado crime a pena não for privativa de liberdade, para o menor também não poderão ser aplicadas as medidas de internação e semiliberdade.

Por mais adversas que sejam as condições pessoais do adolescente, não pode ser determinada medida mais severa ou duradoura do que a pena aplicável, nas mesmas circunstâncias, ao maior imputável.

Dentro desses parâmetros, será analisada a possibilidade de aplicação das medidas que privam a liberdade do adolescente - internação e semiliberdade -, medidas mais graves e que demandam um maior cuidado ao serem determinadas.

Excluídas tais medidas, chega-se à etapa final, em que será eleita a medida socioeducativa que mais se adequar ao caso concreto. Não se pode olvidar, de maneira alguma, que as circunstâncias pessoais se sobrepõem às características da infração, também, em tais medidas, mas não as anulam, não são absolutas. O art. 122, § 1°, do Estatuto, determina "*a medida aplicada ao adolescente levará em conta as circunstâncias e a gravidade da infração*".

Importante salientar que a existência do fato ilícito é que autoriza a intervenção do Estado e por isso não pode ser esquecida.

Da medida socioeducativa da internação

Medida grave a internação, posto que priva o adolescente de sua liberdade, deve ser utilizada apenas como recurso extremo para o alcance do sentido da reprimenda estatal. O art. 122, § 2°, do ECA determina que "*a medida de internação não pode ser aplicada havendo outra medida adequada*". A regra, portanto, é aplicação de medida em meio aberto, devendo a internação ser utilizada excepcionalmente.

Ao ser aplicada a medida de internação, deve ser justificada a necessidade de sua aplicação, de forma a ilidir a presunção de adequação de regime mais brando.

Ensina o mestre EMILIO GARCIA MENDEZ:

"*Pode-se afirmar que esta última disposição (§ 2° do art. 122 do ECA) 'inverte o ônus da prova', obrigando o juiz a demonstrar, fundamentadamente, os motivos que impossibilitaram a aplicação de uma medida diferente da internação*" (*in Das Necessidades aos Direitos,* Série Direitos da Criança 4, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 112).

Isto porque é sabido que a institucionalização total, com o afastamento do infrator de seu meio social, é instrumento totalmente fracassado e em nada ajuda no controle da delinqüência juvenil. Ao contrário, reforça tal delinqüência. A Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e outros diplomas internacionais chegam a propor a sua completa abolição.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, uma norma de vanguarda, segue as mais novas tendências criminológicas, que buscam reduzir ao máximo a privação de liberdade, buscando nas medidas alternativas a ressocialização do infrator.

A prática demonstra diariamente a ineficácia das medidas privativas de liberdade. São constantes as notícias de tumultos e rebeliões em instituições desta natureza.

Infelizmente, tais instituições, no lugar de ressocializar os adolescentes, lhes ensinam o caminho da marginalidade, funcionando como uma escola para delinqüentes - exatamente, porque os põem à margem da sociedade, forçando-os ao convívio com outros de iguais ignorâncias de vida servientes ou serventa.

Questiona-se: se tais entidades cumprissem todas as determinações legais, dando aos adolescentes ali internados o tratamento ideal, conseguiriam atingir a meta, ou seja, a ressocialização e educação do menor ali colocado?

Há um entendimento de que não, visto que as condições para um trabalho terapêutico ou pedagógico não se apresentam concretamente, pois faltam aos internos suas necessidades básicas, ou seja, individualidade, intimidade, além do pouco contato com o meio externo, tudo dificultando sobremaneira a sua volta prestimosa à sociedade.

Vários são os efeitos nocivos da privação de liberdade, mas a gravidade aumenta quando os internos são adolescentes, pessoas em desenvolvimento, em que a personalidade ainda não se encontra formada.

Isto não quer dizer que tal medida não possa ser aplicada. Não só pode, como deve, mas para isso deverão ser colocadas na balança, de um lado, a necessidade e, do outro, as conseqüências, para então optar-se por tal medida.

Cabe ao juiz, ao proferir a sentença, analisar as condições pessoais do adolescente infrator, a forma como o ato infracional foi cometido, medindo as conseqüências que poderão advir de uma privação de liberdade e tendo como parâmetro para determinação da medida as normas do Código Penal, principalmente aquelas dispostas no art. 33, em que é fixado o regime de cumprimento das penas. Recordando, o menor não pode ser mais penalizado do que o adulto. Ao estipular, na sentença, o dispostivo legal que o adolescente infringiu, deverão ser analisados os fatores que teriam relevância para a alteração da pena, como as causas de aumento e diminuição desta sanção, bem como a possibilidade de aplicação das penas alternativas e *sursis*.

O art. 122 do ECA é taxativo ao dispor sobre os casos em que pode ser aplicada a internação:

"*A medida de internação* SÓ *poderá ser aplicada quando:*

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta" (grifei).

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *HC* nº 12.344-SP, em 29.06.2000, de que foi Relator o Min. Hamilton Carvalhido, assim decidiu:

"Habeas corpus. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa. Internação. Artigo 122. Enumeração taxativa. Crime hediondo.*

- O artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente enumera de forma taxativa - numeros clausus - *os casos em que se aplica a medida socioeducativa de internação.*

- Ainda que o delito praticado pelo menor seja equiparado a crime hediondo, é inaplicável a internação quando ausentes os demais pressupostos autorizativos da medida (incisos I, II e III do art. 122), por expressa vedação legal.

- Ordem concedida".

Primeiramente, só se pode aplicar a medida de internação se o ato infracional tiver sido cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa (art. 122, I) ou caso haja reiteração no cometimento de infrações graves.

Não se pode, portanto, aplicar a medida de internação para aquele adolescente que trafica drogas, mas o faz pela primeira vez, pois esse tipo de ato infracional não é cometido com violência ou grave ameaça contra pessoas.

Neste sentido a decisão do *HC* nº 143.569-SP, julgado em 22.05.2001, pelo Superior Tribunal de Justiça, de que foi Relator o Min. Vicente Leal:

"*Estatuto da Criança e do Adolescente.* Habeas corpus. *Medida socioeducativa. Internação. Hipóteses: ECA, art. 122. Menor primário. Ato infracional equiparado a tráfico de drogas.*

- As medidas socioeducativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os elevados objetivos da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e a adoção de posturas demonstrativas de justiça.

- Nessa linha de visão, impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da legalidade, à luz do qual não se admite a imposição de medida socioeducativa de internação fora das hipóteses arroladas no art. 122, da Lei 8.069/90 - ECA.

- É descabida a aplicação de tal medida ao menor sem antecedentes, acusado de prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes, conduta desprovida de qualquer violência ou grave ameaça a pessoa.

- Habeas corpus *concedido*".

Apesar de o art. 99, c/c art. 113, do ECA autorizar ao juiz a substituição de uma medida por outra, não há definição das situações das condutas que ensejariam tal substituição; mas, colocando tais dispositivos em confronto com o art. 122, conclui-se que não poderá implicar privação de liberdade.

Ressalte-se que substituição de medida socioeducativa é diferente de agravamento de tais medidas em razão do descumprimento por parte do adolescente. Neste caso deve ser obedecido o contraditório, em dilação probatória, além de ser imprescindível a oitiva do menor, como decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Habeas corpus. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Medida socioeducativa. Internação-sanção.*

- 1. A aplicação da internação (artigo 122, inciso III, ECA) está sujeita às garantias constitucionais de ampla defesa e do contraditório, caracterizan-

do-se constrangimento ilegal a sua decretação sem a audiência prévia com o adolescente.

- 2. Ordem concedida" (*HC* nº 12.634-SP, julg. 24.10.2000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Também não se admite a aplicação da medida de internação por entender o juiz que é melhor para o adolescente, quando este se encontrar em risco. Outros mecanismos devem ser utilizados para resguardar o menor, posto que a internação, acredita-se, não é o melhor mecanismo de defesa social contra o crime.

Enfim, ao escolher a medida a ser determinada, deve o juiz buscar subsídios em outras ciências, como a psicologia e o serviço social, através de relatório multidisciplinar, principalmente para justificar a excepcionalidade da aplicação da medida de internação, claro, desde que presentes os requisitos jurídicos para tal medida.

Também o Superior Tribunal de Justiça entende que a medida de internação somente pode ser aplicada excepcionalmente, como demonstra o estudo realizado pelo ilustre jurista FLÁVIO AMÉRICO FRASSETO, *in* "Ato Infracional, Medida Socioeducativa e Processo: A Nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (*in* http://www.geraldoprado.com/ato.htm):

HC nº 11.276 - "*A diretriz determinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é no sentido de que a internação seja exceção, aplicando-se a esta medida socioeducativa os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Só é recomendável em casos de comprovada necessidade e quando desaconselhadas medidas menos gravosas*" (idem *HC* nº 10.679).

HC nº 8.836 - "*A medida de internação somente deve ser determinada em casos excepcionais e por períodos curtos, visto que a criança e o adolescente não devem ser privados do convívio da família*" (idem *HC* nº 8.220).

HC nº 8.843 - "*O sistema de internação, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, foi instituído como medida excepcional, somente aplicável nas expressas hipóteses descritas na lei. Trata-se de medida extrema, que somente se justifica quando a infração é grave e outra medida, mais branda, não se mostra eficaz para a recuperação do menor*".

HC nº 7.940 - "*A internação do menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade -*

em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa à reintegração do menor à sociedade" (idem *HC* - 8.717 - 8.949).

HC nº 9.315 - "*A medida de internação é considerada,* ex vi legis, *grave, devendo ser breve e excepcional (v. arts. 121 e 122 do ECA)*".

HC nº 9.262 - "*Constituindo a medida de internação verdadeira restrição ao* status libertatis *do adolescente, deve sujeitar-se aos princípios da brevidade e da excepcionalidade, só sendo recomendável em casos de comprovada necessidade e quando desaconselhadas medidas menos gravosas*".

HC nº 10.570 - "*Em observância aos objetivos do sistema, a internação só é recomendada quando não pode ser aplicada nenhuma das outras medidas socioeducativas nos termos previstos pelo § 2º do art. 122 do ECA: em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada - sendo certo que não há tal conclusão no acórdão impugnado*".

HC nº 7.447 - "*O Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado da maneira que melhor atenda aos interesses dessas pessoas. Com isso, resguarda-se também a sociedade. Medidas restritivas do exercício do direito de liberdade devem ser reservadas para casos extremos*".

HC nº 8.908 - "*O sistema implantado pelo ECA tem caráter educativo, e não punitivo. As medidas ali previstas buscam reintegrar o jovem ao meio social, pelo que devem ser observados os princípios da brevidade e da excepcionalidade*".

Não sendo aconselhável a aplicação de medida privativa de liberdade, deve o juiz escolher entre as demais medidas aquela que mais se adequar ao caso concreto.

É a lição do nobre jurista OLYMPIO SOTTO MAIOR, em seus *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, Munir Cury (org.), São Paulo, Malheiros, 1996, 2ª ed., p. 341:

"*Nesta ótica, não temos dúvidas em afirmar que, do elenco de medidas socioeducativas, a que se mostra com as melhores condições de êxito é a de liberdade assistida (...). E, no outro extremo deste mesmo olhar, vislumbra-se que a internação é a medida socioeducativa com piores condições para produzir resultados positivos. Com efeito, a partir da segregação e da inexistência de projeto de vida, os adolescentes internados acabam ainda mais distantes da possibilidade de um desenvolvimento sadio. Privados de liberdade, convivendo em ambientes, de regra, promíscuos e aprendendo as normas próprias dos grupos marginais (especialmente no que tange a responder com violência aos conflitos do cotidiano), a*

probabilidade (quase absoluta) é de que os adolescentes acabem absorvendo a chamada identidade do infrator, passando a se reconhecerem, sim, de má índole, natureza perversa, alta periculosidade, enfim, como pessoas cuja história de vida, passada e futura, resta indestrutivelmente ligada à delinqüência (os irrecuperáveis, como dizem eles). Desta forma, quando do desinternamento, certamente estaremos diante de cidadãos com categoria piorada, ainda mais predispostos a condutas violentas e anti-sociais. Daí a importância de se observar atentamente as novas regras legais referentes à internação, especialmente aquelas que dizem respeito à excepcionalidade da medida, sua brevidade e, a todo tempo, o respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento".

Concluindo, deve o juiz tomar todo o cuidado ao determinar, em sentença, a aplicação da medida de internação, lembrando-se que as demais medidas, principalmente de liberdade assistida, podem, em muitos casos, substituir aquela privativa de liberdade, com muito mais possibilidade de sucesso para atingir o fim desejado.

Liberdade assistida

Vários são os benefícios que a medida de liberdade assistida pode trazer para o adolescente e conseqüentemente para a sociedade.

Tal medida consiste em fazer um acompanhamento da vida social do adolescente (escola, trabalho e família), obrigando-o à prestação de contas dos seus atos nesses lugares por onde circula. Esta intervenção manifesta-se no acompanhamento individualizado, em que são garantidos os aspectos de proteção, inserção comunitária, cotidiano, manutenção de vínculos familiares, freqüência à escola, inserção no mercado de trabalho e cursos profissionalizantes e formativos.

Procura-se, com esta medida, não somente o acompanhamento pedagógico, mas também a inserção do adolescente em condições menos desiguais na sociedade. Visa, ainda, a fortalecer os vínculos familiares e comunitários do adolescente, seus esforços para integrar ações nas áreas de educação, saúde, lazer e trabalho.

Para um bom funcionamento desta medida é imprescindível que o programa a ser aplicado seja único, a fim de evitar superposição ou fragmentação.

Indispensável que a família seja priorizada e incluída em programas de geração de renda e empregos, redes de serviços comunitários de apoio psicossocial, cultural etc., pois somente com tal abrangência haverá melhora na qualidade de vida do adolescente, dando-lhe, conseqüentemente, maiores possibilidades de se ressocializar.

Várias são as vantagens dessa medida sobre aquelas que privam a liberdade do adolescente. Anote-se que os menores continuam a conviver com a família, não lhes tolhendo o seu bem maior - a liberdade; sua individualidade será preservada e até mesmo incentivada; não terão contato com outros adolescentes perniciosos que, com certeza, lhes seriam prejudiciais; podem continuar a freqüentar a escola, a comunidade, além de terem possibilidade de aprender uma profissão que lhes dará mais tarde condições para viver dignamente.

Difícil a aplicação prática de tal medida, pois, para um resultado positivo, é necessário que vários segmentos da sociedade sejam envolvidos, atuando conjuntamente.

Cumpre salientar que para a execução deste programa, além de técnicos envolvidos, indispensável a presença do orientador, prevista no art. 118, § 1°, do ECA.

Cabe ao orientador intermediar as relações sociais dos jovens, tornando-se para eles uma referência ética, auxiliando o técnico na tarefa de fazer cumprir a medida.

Ao técnico é reservado o acompanhamento sistemático dos adolescentes que estão cumprindo a medida, estabelecendo com eles os limites, as possibilidades de se modificarem diante de seus atos, propor saídas para que possam lidar com as questões e os locais por onde circulam, além do encaminhamento necessário à rede de serviços do Poder Público e outras instâncias de atendimento.

Devem ser priorizadas as atividades de educação formal, lazer, cultura e iniciação ou formação profissional, a fim de se estimularem potencialidades e favorecer a autonomia dos adolescentes.

Com essa medida, faz-se um monitoramento da vida do adolescente, agindo em todos os setores, sem, contudo, privá-lo da liberdade.

Sempre que possível, deve tal medida ser aplicada, mesmo em casos mais graves, para que se dê chance ao jovem de ressocializar-se e reeducar-se.

Somente quando constatado que tal medida é ineficaz, deverá ser a mesma agravada para uma que prive a liberdade, ou seja, a semiliberdade ou internação.

A correta aplicação dessa medida dá ao adolescente que esteja em conflito com a lei condições para que estabeleça um novo projeto de vida, de cidadania e ruptura com a prática de atos infracionais.

Conclusão

Essas poucas linhas servem apenas para estimular discussões sobre o tema, que é, ao mesmo tempo, vasto e importante para o nosso cotidiano. Principalmente, porque o resultado prático de tudo que foi realizado até hoje, nesses 11 anos** de Estatuto da Criança e do Adolescente, não surtiu o efeito esperado, uma vez que a delinqüência juvenil aumentou bastante. Cabe a nós, aplicadores do Direito, reavaliar o que foi feito, para modificar o que for preciso com a finalidade de se conseguir no futuro um resultado mais positivo das aplicações das medidas socioeducativas.

(**) Texto escrito no ano 2001.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

1 CORTE SUPERIOR

RECLAMAÇÃO - LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA (LC Nº 59/2001) - ART. 8º, INCISOS I, II, §§ 2º E 3º - INTELIGÊNCIA - CLASSIFICAÇÃO - COMARCAS DE ENTRÂNCIA ESPECIAL - CIDADES COM MAIS DE DUZENTOS E CINQÜENTA MIL HABITANTES - FALTA DE NOMINAÇÃO NO CORPO DA LEI - CRITÉRIO POPULACIONAL - CRITÉRIO GENÉRICO - PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO

- Na interpretação do art. 8º, incisos I, II, §§ 2º e 3º, e anexos da Lei Complementar nº 59/2001, que contém a Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais, a interpretação justa e racional leva inequivocamente à conclusão de que se incluem na classificação de comarcas de entrância especial aquelas que tenham acima de duzentos e cinqüenta mil habitantes, mesmo que não expressamente nomeadas. Embora o projeto original não adotasse o critério genérico populacional, foi este adotado pela lei, e, na interpretação da lei, deve-se buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis*, e não a *mens legislatoris*. Assim sendo, deve ser provida a reclamação que busca reconhecer direitos fundados na interpretação de referidos preceitos, para reconhecer como de entrância especial aquelas comarcas que tenham acima de duzentos e cinqüenta mil habitantes.

- VV.vv.: - O critério genérico da Lei Complementar nº 59/2001 não permite classificar as comarcas por exclusão, ou seja, classificar determinadas comarcas numa entrância superior. Por isto, a simples interpretação da egrégia Corte Superior, para dizer que, por exclusão, elas são de entrância especial é difícil, senão incontornável, porque não é isto que está na lei. A solução do impasse deve ser pela elaboração de uma mensagem a ser aprovada e encaminhada de imediato ao Poder Legislativo para correção do problema. *(Desembargadores Lúcio Urbano, Sérgio Lellis Santiago e Garcia Leão)*

RECLAMAÇÃO Nº 238.188-7/00 - Comarca de Uberlândia - Relator para o acórdão: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: (V.v.)

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER A RECLAMAÇÃO, VENCIDOS OS DES. RELATOR, SÉRGIO LELLIS SANTIAGO E GARCIA LEÃO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2002. - *Francisco Figueiredo* - Relator para o acórdão. - *Lúcio Urbano* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Sr. Presidente. Esta matéria, além de complexa, é bastante polêmica e, por isso, peço aos Colegas a devida licença para fazer, primeiro, um histórico a respeito da mesma, que entendo fundamental para orientar a conclusão de voto.

O Tribunal de Justiça, ao remeter o Projeto de Organização e Divisão Judiciárias ao Poder Legislativo, colocou, no art. 8º, o seguinte: "*As comarcas se classificam como: I - de segunda entrância, aquelas com duas ou mais varas; II - de primeira entrância, aquelas de vara única*". E completou a classificação, através de parágrafos. No § 2º colocou que as Comarcas de Belo Horizonte, Betim, Contagem e Santa Luzia integram a circunscrição judiciária metropolitana de entrância especial, tendo como sede a primeira, ou seja, Belo Horizonte. E colocou no § 3º: as Comarcas de Ipatinga, Coronel Fabriciano e Timóteo compõem ou integram a circunscrição judiciária do Vale do Aço, tendo como sede a primeira - Ipatinga.

Por via de emenda parlamentar, nesse § 3º acrescentou: as Comarcas de Ipatinga, Coronel Fabriciano e Timóteo, de entrância especial, integram a circunscrição judiciária do Vale do Aço. Essa a proposta enviada pelo Tribunal de Justiça.

A Assembléia Legislativa fez a primeira alteração, no § 3º, dando a classificação de entrância especial para Ipatinga, Coronel Fabriciano e Timóteo.

Estou fazendo essa referência histórica para extrair a primeira grande premissa, que é a seguinte: na sistemática do Projeto de Organização e Divisão Judiciárias, as Comarcas de entrância especial estão devidamente nominadas na lei.

Na Assembléia Legislativa, foi apresentada a Emenda nº 20, dispondo que são comarcas de entrância especial aquelas com mais de 250 mil habitantes. E nós sabemos que são cinco as comarcas cuja sede tem mais de 250 mil habitantes, ou seja, Uberlândia, Uberaba, Juiz de Fora, Governador Valadares e Montes Claros.

Quando o projeto foi votado no Plenário, essa emenda foi rejeitada, porque houve um substitutivo da Comissão de Administração Pública.

O fundamento, em ligeiras explicações, é no sentido de que o critério populacional é o pior possível, porque traz incerteza e insegurança, e, além disso, o censo é realizado, no Brasil, de dez em dez anos. Com essa consideração, a emenda foi rejeitada. Mas, além disso, também é difícil colocar um critério de classificação de comarca ou de entrância especial através do exame de um critério genérico populacional, como tentou a Assembléia Legislativa, porque sempre, em todas as Leis de Organização e Divisão Judiciárias, a Comarca de entrância especial foi nominada no corpo da lei e, nunca, através de critério genérico.

No Plenário, no momento da votação final, foi alterado o Projeto originário do Tribunal de Justiça, que ficou com a seguinte redação: "*Art. 8º. As comarcas se classificam como: I - de segunda entrância, aquelas com menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes*". E as demais, evidentemente, de primeira entrância.

Ocorre que os reclamantes, que são os juízes das Comarcas de Uberlândia, Uberaba, Montes Claros, Governador Valadares e Juiz de Fora, entraram com uma reclamação, dizendo que essas comarcas, com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes, por exclusão, seriam de entrância especial e, conforme a lei, de segunda entrância são aquelas com menos de duzentos e cinqüenta mil.

Acontece que o anexo I da lei classificou essas cinco comarcas com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes como de segunda entrância, e os reclamantes argumentam que tal anexo não integra a lei, o que é improcedente, porque o § 2º do art. 3º da Lei de Organização e Divisão Judiciárias diz exatamente o contrário: "*A relação das Comarcas e dos Municípios que as integram é a constante do anexo II desta Lei*". Assim sendo, o anexo integra o corpo da lei, o que nem precisaria de norma expressa porque, pela técnica legislativa, o mesmo sempre a integrou.

Vejo uma dificuldade muito grande em classificar as comarcas por exclusão, ou seja, se o critério genérico da lei não as alcança, que elas sejam classificadas numa entrância superior. Acho isso complexo, mesmo porque implica promoções, não só de magistrados, como também de servidores, e, com base num levantamento que eu mandei fazer na Seplan, acarretaria uma despesa de R$2.957.000,00 (dois milhões, novecentos e cinqüenta e sete mil reais) por ano, porque, além dos juízes, temos mais de trezentos servidores nessas cinco comarcas.

O Sr. Presidente (Des. Gudesteu Biber) - São exatamente R$2.721.855,29 (dois milhões, setecentos e vinte e um mil, oitocentos e cinqüenta e cinco reais e vinte e nove centavos), incluindo juízes e servidores.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Estou com a tabela da Seplan, a qual, inclusive, remeti a V. Exas. O problema do aumento da despesa não é apenas dar 5% (cinco por cento) aos juízes que seriam classificados na entrância especial. Há outras implicações, com todos os consectários: qüinqüênio, trintenário, etc. - não só dos magistrados, como dos demais servidores.

Assim, concluí que a Assembléia Legislativa, com a devida e respeitosa vênia, fez uma balbúrdia nessa lei. A matéria estava encadeada e, através dessas emendas que foram apresentadas - umas contra as outras, umas aprovadas e outras rejeitadas -, chegamos à conclusão de que a classificação dessas comarcas foi inviabilizada, e de uma maneira terrível.

Por isso, indagamos: é justo que essas comarcas com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes sejam de entrância especial?

Pessoalmente, não tenho dúvida nenhuma de que elas devem ser classificadas como de entrância especial, já que a "filosofia" do Projeto foi alterá-las. Antigamente era apenas Belo Horizonte mas, agora, comarcas menores, como Timóteo (que é de entrância especial) e Uberlândia (que tem 600 mil habitantes), são classificadas como segunda entrância, o que está despertando a atenção porque é injusto.

Penso que essas comarcas, realmente, deveriam ter uma classificação acima da segunda entrância para que possa, exatamente, "ser dado a cada um o que é dele".

Mas, através de simples interpretação da egrégia Corte Superior, dizer que, por exclusão, elas são de entrância especial é difícil, senão incontornável, porque não é isto que está na lei. Além disso, o Anexo a desclassifica como de segunda entrância, e nós estaremos dando interpretação contra texto expresso e aberto de lei.

Nesta matéria, depois de meditar muito, cheguei à conclusão - e é o que estou propondo em primeiro lugar - de que a Corte deve autorizar a formalização de mensagem ao Poder Legislativo, para que seja corrigida a classificação dessas comarcas com mais de 250 mil habitantes, o que me parece ser a única maneira possível para desnovelar aquilo que a Assembléia Legislativa novelou.

Assim, Sr. Presidente, em primeiro lugar, proponho à Corte elaborar uma mensagem que, se aprovada, seja remetida, imediatamente, ao Poder Legislativo. Há possibilidade de algum Deputado, por exemplo, apresentar outras emendas e fazer acréscimos, que venham a desfigurar a sistemática do Projeto mais uma vez.

Entretanto, para uma melhor análise, penso que essas comarcas de entrância especial têm que ser nominadas, como sempre o foram, no art. 8º, mas numa enumeração rígida. Por exemplo: são comarcas de entrância especial: a) Belo Horizonte; b) Betim

... e assim por diante, porque caso haja abuso na apresentação de emenda, com inclusão de outras comarcas que fogem ao critério, há a possibilidade de se fazer não só o imediato combate dentro do próprio Poder Legislativo, como também através da solução do veto do Governador do Estado.

Além disso, penso também que evitaria, em princípio, que algum Deputado apresentasse emenda para acrescentar outras comarcas, porque seria a mesma inconstitucional, e por dois motivos:

1º) essa competência é reservada ao Poder Judiciário;

2º) implicaria despesas, e o Deputado não pode apresentar emenda nesse sentido.

Assim considerando, não tenho nenhum receio em enviar essa mensagem à Assembléia Legislativa, para imediata correção do problema.

Esta é a minha proposta, Sr. Presidente.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Sr. Presidente. Em princípio não deveria votar, porque o reclamado sou eu, já que se trata de uma decisão minha. Mas gostaria de prestar um esclarecimento à Corte, referente ao problema.

Diante da confusão estabelecida em relação a veto, sua rejeição, ou aprovação, tivemos, na Corte, uma proposição do Des. Guido de Andrade, com referência a Piedade do Rio Grande, que tinha sido retirada da Comarca de Andrelândia e passada para a de Barbacena, por um fundamento ilegal e irreal, segundo o qual Piedade do Rio Grande seria, tradicionalmente, da Comarca de Barbacena, quando ficou comprovado que isso não era verdade, pertencendo aquela localidade à Comarca de Andrelândia, desde a criação do povoado.

Quando o Tribunal aprovou a remessa de um Projeto para reparar a situação, eu, no exercício da Presidência, fui procurado por diversos deputados que vieram tratar dessa questão de comarcas de entrância especial. E ficou acertado, digamos assim, que, nessa emenda de Piedade do Rio Grande, eles acrescentariam uma referência a essas comarcas de entrância especial, com a condição de que fosse restabelecida a redação inicial do Tribunal de Justiça com relação a essa questão. E, com isso, evidentemente, o Tribunal de Justiça não poderia reclamar de emenda inconstitucional, porque os deputados estariam restabelecendo a proposta feita pelo próprio Tribunal, que não poderia questionar e teria a oportunidade de reparar o problema criado. Isso ficou acertado com vários líderes de bancadas na Assembléia Legislativa, e apresentado, mas o projeto foi engavetado. Não questionei ou verifiquei a questão interna na Assembléia Legislativa, mas o que estava combinado é que eles apresentariam emenda restabelecendo o Projeto original do Tribunal de Justiça.

Esse é o esclarecimento que presto à Corte para que ela possa votar.

O Sr. Des. Presidente - V. Exª. não é suspeito, porque não há suspeição em matéria administrativa e, mesmo sendo o reclamado, poderia votar no Colegiado. Vai se abster?

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De fato, não vejo razão para meu impedimento, mesmo sendo o reclamado. Portanto, voto acompanhando o eminente Des. Lúcio Urbano, porque penso que, legalmente, não há outra solução.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Senhor Presidente, Senhores Desembargadores. A nós, mais antigos na carreira, resta-nos a evocação do respeito que tinham as decisões da *Corte Superior* perante o público e as demais instituições.

Eram atos intocáveis, como se fossem dogmas judiciários. À Assembléia Legislativa restava a incumbência exclusiva da aprovação dos projetos enviados, pois de Organização Judiciária, diziam fidalgamente os Membros do Legislativo, era o Poder Judiciário que entendia.

Nos projetos, não se mudava e nem se acrescentava uma vírgula sequer.

Na parte interna, ou seja, dentro do Tribunal, nestas discussões - também acaloradas - tinha-se notícia de que grupos de idéias diferentes, e até o conhecido grupo de um Desembargador só, uniam-se, sem divergência, quando se tratava do interesse da Magistratura.

O tempo passou. O Tribunal de hoje, a meu sentir, não é melhor nem pior do que tínhamos notícia e alguma vivência à época.

Mas a unidade judiciária sofreu pesada e arriscada metamorfose no manejo do exercício do poder. A necessária criação de nossa Associação, que cresceu, foi e é de grande importância, embora, às vezes, transvista-se com coloração de sindicato, pelas disputas de força, aspergindo respingos dentro desta própria Corte. Estas metamorfoses são próprias do tempo e das circunstâncias.

Temos de ficar atentos, visando à pacificação das ambições naturais e próprias do ser humano e das instituições, que elas - no que pertine ao Judiciário - sejam canalizadas para um fim comum, *como antes*. Assim sendo, mais força teremos, pois força, diziam os antigos, não pode e não deve ser dividida. E é bom lembrar que, etimologicamente, a palavra *virtude* vem de *firmeza* e *força* na busca de um objetivo. Não tenho dúvida de que o Judiciário, sob a gestão participativa do comando de nosso atual Presidente, tem contribuído muito para isto e propugnado, paralelamente, pela paz no Judiciário.

Mas não se nega que a questão *sub judice* seja tormentosa para nós e desafia pronta solução, longe de mais riscos e prejuízos.

A reclamação tem importância transcendental para a carreira da Magistratura, fragilizada em virtude de uma posição dúbia em face da lei que traz implicações sérias para o Judiciário Mineiro, com reflexos nas carreiras dos Juízes de Direito, uns privilegiados em relação a outros pela esdrúxula classificação de comarcas que está sendo respeitada pelo Tribunal, em que Juiz de Fora, Uberlândia, Uberaba, Governador Valadares e Montes Claros estão em posição inferiorizada em relação a Ipatinga, Coronel Fabriciano e Timóteo, a despeito da importância de cada uma delas, embora a exegese mais correta da Lei de Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais é no sentido de que as comarcas de mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes se classificam como de entrância especial.

A discussão feriu-se também na Procuradoria de Justiça, que acabou por reconhecer a classificação de entrância especial para as comarcas nomeadas, numa interpretação que engrandece o Órgão Ministerial, sensível à realidade da carreira e preocupado em valorizar o elemento humano, sem atrair suspeitas de favorecimento, que podem comprometer a norma orgânica da Justiça Mineira, valendo dizer, o Ministério Público, de pronto, já resolveu a questão de seus Membros, nestas Comarcas, elevando-os e pagando-os como tal, o que não deixa, por via indireta, de avultar as agruras dos juízes reclamantes.

A um exame da elaboração da lei, nota-se que o Projeto desprezou o critério populacional para a classificação de comarcas, mas, na Assembléia, durante o processo legislativo, foi apresentada emenda que introduziu o critério populacional na classificação das comarcas de entrância especial, assim reconhecidas as que possuírem mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes e consideradas de segunda entrância aquelas com menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes, e duas ou mais varas, desdobrada a redação nos itens I e II do art. 8º, respectivamente.

Foi aprovado o Substitutivo ao Projeto, no primeiro turno, em Plenário, e na Comissão de Administração, com a inclusão dos incisos I e II ao art. 8º, o inciso I constando que seriam de entrância especial as comarcas com população superior a duzentos mil habitantes e o inciso II com a redação no sentido de que seriam de segunda entrância as comarcas com população inferior a duzentos e cinqüenta mil habitantes e mais de uma vara. Pois bem, em Plenário, no 2º turno, se acatou a Emenda nº 20, que suprimiu o item I, mas não tocou no inciso II, que previa o critério populacional também para as comarcas de segunda entrância, *verbis*: "*de segunda entrância, aquelas com menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes e duas ou mais varas*", com a aprovação da redação final remetida para sanção pelo Governador.

O Governador, nas razões de veto, justificou que atendia "*as sugestões apresentadas pelo Poder Judiciário*", vetou o inciso I do art. 8º, mediante as seguintes razões, que reproduzo:

"*Este inciso classifica como de segunda entrância as comarcas com menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes. Trata-se de critério que, se adotado, acarretaria aumento de despesa e, além disso, aumentando o número de vagas no final de carreira e reduzindo-as na base, subverte por completo o sistema de organização e composição das classes respectivas.*

Além disto, o critério populacional introduz elemento de incerteza no trato da matéria, considerando que o censo do IBGE só ocorre a cada dez anos, o que pode não atender aos interesses da administração da justiça".

O aumento de despesa não há de ser cogitado, tendo em vista que a mudança se deu por emenda parlamentar, a exemplo de como se classificou de entrância especial a Circunscrição do Vale do Aço, sediada na Comarca de Ipatinga. Como o Tribunal de Justiça absorveu a emenda, não pode, agora, usar tal argumento em desfavor das outras comarcas, em prejuízo à carreira da Magistratura, que interessa a todos, e não a um número restrito.

Não cogitou o Tribunal, que encaminhou as razões de veto encampadas pelo ilustre Governador, de aumento de número de vagas no final de carreira para a situação criada com a elevação das comarcas da Circunscrição do Vale do Aço, todas elas com menor número de juízes e com inferior quantidade de processos que as comarcas com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes. Além do mais, o argumento de o censo ser realizado por períodos distantes é falacioso, posto que torna estável a situação das comarcas e, com isso, deixa de provocar o aumento de vaga que foi usado como argumento contrário também.

O veto, assim, não se sustenta numa análise imparcial, tanto que foi derrubado pela Assembléia Legislativa, com o que ficou incorporado ao texto o inciso I do art. 8°, com a seguinte redação:

"*Art. 8°. As comarcas se classificam como:*

I - de segunda entrância, aquelas com menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes e duas ou mais varas;

(...)".

Por outro lado, como o texto aprovado pela Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais mantinha a redação que hoje está contemplada na Lei Complementar n° 59/01, acima transcrita, injustificável se tornava a "mão de gato" que retirou expressões do texto em errata de responsabilidade de funcionários que não podem, à evidência, sobrepor-se aos Membros de Poder e ao Regimento Interno da Assembléia Legislativa, que dá o roteiro da elaboração legislativa.

Vejam, Senhores Desembargadores, nossa respeitabilidade onde foi parar!...

Destarte, as comarcas acima de duzentos e cinqüenta mil habitantes não ficaram diretamente contempladas na Lei Complementar n° 59/01, mas, não se pode negar que uma interpretação justa e racional leva inequivocamente à conclusão de que se incluem entre as de entrância especial.

É por isso que me socorro dos argumentos desenvolvidos pelo Ministério Público para amparar o voto pela procedência da reclamação:

"*12. Na hipótese, o entendimento da Presidência desse Tribunal, que indeferiu pleito semelhante dos Magistrados (fls. 25/31), embora respeitável, não deve ser acolhido por este Conselho Superior, porque essa decisão atribui a permanência da expressão 'menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes' no inciso I, do art. 8° da LC 59/01 a 'evidente engano do texto', de vez que a intenção teria sido a de excluir o critério populacional da definição das comarcas, o que chegou até mesmo a ser objeto de publicação de 'errata' pelo Presidente da Assembléia.*

13. Ocorre que, com a devida vênia, já não mais se interpreta a lei buscando o pensamento do legislador, mas sim o sentido objeto da regra. 'De fato, uma vez posta em vigor, a lei se desprende do complexo de pensamentos e tendências de seus autores. Isto é tanto mais verdade quanto mais se distancie no tempo o início da vigência da lei. O intérprete, ensinou Ferrara, deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a mens legis *e não a* mens legislatoris*', como leciona o constitucionalista LUIZ ROBERTO BARROSO, em seu* Interpretação e Aplicação da Constituição, *São Paulo, Saraiva, 1996, p. 107.*

14. Não importa que a Emenda n° 20, apresentada por parlamentar na fase de tramitação do projeto, tenha tentado banir o critério populacional na definição das comarcas, mas assim não o fazendo por algum erro técnico em sua redação. Esse fato não tem qualquer relevância para a interpretação da norma, de vez que a mens legis *está expressa de forma objetiva no texto acolhendo esse critério*".

Repita-se que a pressa em torpedear o Substitutivo já aprovado em primeiro turno e na Comissão de Administração, quando voltou a Plenário para o ritual homologatório do segundo turno, levou ao erro de suprimir um só dos incisos, e não ambos que tratavam do critério populacional, pelo que se buscou expediente heterodoxo de privilegiar a ação dos assessores da Presidência da Assembléia em detrimento do Colegiado que votou e aprovou como está hoje a redação.

E, agora, volta-se à interpretação que permita integrar os critérios populacional e de número de varas para que as comarcas de mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes sejam consideradas como de entrância final, sob pena de se chegar ao absurdo de vê-las em inferioridade à Comarca de Ipatinga.

Conversei muito e aconselhei-me com o experiente Des. Lúcio Urbano, nosso decano e Relator desta matéria. Anuímos, em gênero, número e grau na busca positiva de solução. Restou-me, somente, a divergir, quanto ao meio de solução.

Entendo ser totalmente desnecessário o envio de Projeto, ao fundamento de que a lei já dá elementos de sobra para decisão. Não foi à toa que o Ministério Público assim já resolveu, e bem, a problemática em questão.

Supriu as desigualdades, a desesperança e o sofrimento de seus Membros.

Urge que a Corte Superior se una e espanque esta esdrúxula, patética, inexplicável e até risível colocação da Comarca de Ipatinga acima das de Juiz de Fora, Uberlândia, Uberaba, Montes Claros e Governador Valadares.

O momento agora é para solução, e não para levar à classe mais desassossego e injustiça, nem, à Corte Superior, mais risco de desprestígio nesta questão.

Se for enviar, *data venia, desnecessariamente,* Projeto sujeito a emendas, estaremos de novo sujeitos "à mão do gato", nesta época eleitoral, para não dizer, o que é pior, "à mão do rato". Despiciendo é dizer, ainda, que a presente reclamação *já tem quase um ano.* Se alguém souber onde estava, até então, a vontade político-judiciária de resolver este problema, que o diga. Eu não consegui descobrir.

Sintetizando, *rejeito* a preliminar do envio do Projeto, *data venia,* e, pelo exposto, sou pelo *acolhimento imediato* da reclamação por via administrativa.

Tenho certeza, Senhor Presidente, de que, se for acompanhado pelos meus Pares, V. Exa. terá solucionado um problema de tal monta que muito o coadjuvará em sua singular e brilhante Administração.

É como voto.

O Sr. Des. Bady Curi - Sr. Presidente. Rejeito a preliminar proposta pelo eminente Des. Lúcio Urbano.

Inicio lendo o art. 8° da LC 59/01, para enfatizar o raciocínio que pretendo expor:

"Art. 8º. As comarcas se classificam como:

I - de segunda entrância, aquelas com menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes e duas ou mais varas;

II - de primeira entrância, aquelas com um só juiz;

§ 1º. para efeito de comunicação dos atos processuais, duas ou mais comarcas distantes até 100 km da sede onde as vias de comunicação estejam em bom estado poderão mediante lei constituir uma circunscrição judiciária ou comarca integrada da entrância da mesma sede;

§ 2º. as comarcas de Belo Horizonte, Contagem, Betim e Santa Luzia, classificadas como de entrância especial com sede na primeira, constituem a circunscrição judiciária metropolitana de Belo Horizonte.

§ 3º. as comarcas de Ipatinga, Coronel Fabriciano e Timóteo, classificadas como de entrância especial, com sede na primeira, constituem a circunscrição judiciária metropolitana do Vale do Aço".

É a lei.

Como visto, na redação da norma o critério populacional para classificação das comarcas é expresso na lei, e o intérprete não pode fazer abstração dele.

Desimporta qualquer perquirição referente aos trâmites legislativos da norma, já não havendo espaço para buscar, na aplicação da lei, o que pretendia o autor do anteprojeto, ou os substitutivos eventualmente aprovados ou recusados na casa legislativa, ou mesmo os vetos não mantidos, com abstração do texto publicado.

Não se descura que a melhor escola exegética admite a interpretação gramatical apenas como necessária ao conhecimento da regra, cumprindo buscar, no contexto dos fenômenos sociais que ela visa regulamentar, o espírito vivificador da lei. Direito é ciência sociológica.

Entretanto, querer dar interpretação à norma de maneira absolutamente divorciada do seu texto gramatical não é interpretação, é exclusivamente desobediência ou inconformismo com comando legislativo.

Quando o art. 8º, inciso I, da LC 59/01 classifica como de segunda entrância as comarcas que têm menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes e duas ou mais varas, está evidentemente adotando concomitantemente dois critérios para classificar as comarcas como de segunda entrância: um, populacional; dois, número de varas.

Quando, no inciso II, classifica como de primeira entrância as comarcas que têm apenas um juiz, adota igualmente os mesmos critérios.

É então evidente que, como regra geral, as comarcas de mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes (é óbvio que, com este número de habitantes, não há comarca de apenas uma vara) serão de entrância especial.

Pois muito bem, a regra geral está claramente vista no *caput* e incisos, conforme visto.

O legislador, entretanto, criou exceções à regra geral. E como é de técnica legislativa, as exceções ao artigo foram expressas nos seus parágrafos.

Assim, comarcas com muito menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes, como Betim, Santa Luzia e Timóteo, foram classificadas como de entrância especial.

Em outras palavras, as comarcas integrantes da Circunscrição Judiciária Metropolitana de Belo Horizonte e da Circunscrição Judiciária do Vale do Aço, assim relacionadas pelo legislador, são classificadas como de entrância especial, independentemente do número de habitantes.

O legislador estabeleceu a regra geral para a classificação das comarcas, nela observando critério populacional. E criou também as exceções àquele critério geral.

E as exceções foram criadas nos parágrafos.

E nem se pretenda afirmar agora, como foi dito na decisão que deu causa à presente Reclamação, que a expressão "*menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes*" consta do inciso I do art. 8º por flagrante erro material na publicação da lei, o que se evidencia pelo Anexo I da mesma norma, onde comarcas com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes são classificadas como de segunda entrância.

A afirmativa não se sustenta, porque, se houvesse realmente erro de fato na publicação da lei, nova publicação retificadora já teria sido feita, o que não se fez, passado mais de um ano da publicação dita errada.

Ademais, chega a ser até intuitivo que havendo antinomia entre o conteúdo da lei e o seu anexo, ou apêndice, há de prevalecer o contido naquela.

Aqui retorno às colocações de natureza exegética que fiz no início deste voto. A análise gramatical do texto legal a ser interpretado constitui apenas meio de conhecimento da norma.

É no contexto social que a lei visa regulamentar que se deve buscar os elementos necessários ao adensamento harmonioso da convivência humana, a inspiração que levará o intérprete a retirar da norma o comando que estimule a pacificação e impulsione o progresso.

Dar uma interpretação ao texto legal em comento que classifique como de segunda entrância uma Comarca como a de Juiz de Fora, com 27 juízes, e de entrância especial a Comarca de Timóteo, com 04 juízes, chega a ser um desestímulo na carreira dos magistrados, para dizer o mínimo.

Em face do exposto, acolho a presente reclamação, para considerar, como de entrância especial, a partir da vigência da LC 59, de 2001, todas as comarcas deste Estado que, segundo a última estatística do IBGE, contenham mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes.

É como voto.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Sr. Presidente. Não vejo razão para essa celeuma, com todo o respeito.

Na realidade, as comarcas classificadas como de entrância especial foram nominadas e colocaram-nas no parágrafo 3º; em face desse imbróglio ocorrido na classificação das comarcas da Região Metropolitana do Vale do Aço, houve tumulto, mas manteve-se a classificação. Na realidade, essas comarcas que tenham mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes não poderiam ser nominadas, porque tenho comigo que é apenas uma diretriz que a Assembléia traçou para o Tribunal, e ele que verifique quais são as que têm mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes e extraia do anexo I as de segunda entrância, passando-as para especial.

Reafirmo tratar-se apenas de uma diretriz para o Tribunal, e que ele levante e por resolução classifique as comarcas, porque existe norma legal que determina que aquelas que têm mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes sejam classificadas como entrância especial, o que, é lógico, deve ser feito por exclusão; não há outro meio.

Data venia, rejeito a preliminar e acolho a reclamação.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Sr. Presidente. Na realidade, pela redação do art. 8º, as comarcas com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes ficaram sem classificação, porque de segunda entrância são aquelas com menos de duzentos e cinqüenta mil e duas ou mais varas; de primeira, aquelas com um só juiz. Entretanto, nominaram as metropolitanas, ficando de fora, evidentemente, malgrado relacionadas no anexo, aquelas com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes, porque elas não se encaixam em nenhum dos incisos do art. 8º; se tal não acontece, é porque elas são de entrância imediatamente acima.

Então, pedindo vênia aos que têm entendimento contrário, rejeito a preliminar e acolho a reclamação.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - Sr. Presidente. Acredito que o impasse foi criado pela própria Assembléia, e penso que compete a este Tribunal deslindar a questão.

Quanto ao argumento de que a intenção deste Tribunal não era elevar essas comarcas à entrância especial, se não me falha a memória, elas seriam sedes daqueles Tribunais Regionais ou Câmaras Regionais e, automaticamente, pela Lei, elas seriam de entrância especial. Essa era a intenção do Tribunal, então, esse argumento não existe.

E, ademais, como bem dito pelo Des. Hugo Bengtsson, a questão é de estatística, de quantidade populacional, não cabendo, naquele momento, listarem nominalmente essas comarcas que seriam de entrância especial.

Por esses motivos, e já, como os demais, rejeito a preliminar, pondo-me de acordo, pelo acolhimento da reclamação.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Peço licença aos Colegas para pedir vista.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria de adiantar o meu voto.

Acompanho o Des. Francisco Figueiredo para rejeitar a preliminar, salientando que as premissas lançadas

pelo Des. Lúcio Urbano nem todas são sustentáveis.

Primeiro, o anexo a que S. Exa. se refere também cria cargos, no Tribunal de Alçada, para mais de cinqüenta juízes, e, ao que me consta, até hoje, a Corte não completou o número previsto nele, que obedece ao corpo da lei, que dispõe que o Tribunal de Alçada deverá ter cinqüenta juízes. E, evidentemente, que o anexo não pode ser argumento de que essas comarcas não devam ser de entrância especial.

Em segundo lugar, dizer que a Assembléia Legislativa não pode emendar o Projeto também é outra falácia, porque ele foi todo remodelado, várias emendas foram criadas, o Governador sancionou e hoje é lei. Se a atitude é inconstitucional, isso não foi levantado e, evidentemente, se nós mandarmos um Projeto desse para a Assembléia Legislativa, em ano eleitoral, não teremos garantia alguma de que essa situação se resolva antes das eleições, porque emendas virão, e várias, e haverá acordo entre deputados. Esse Projeto vai ser todo transmudado, talvez o Governador o sancione, e não teremos apenas cinco entrâncias especiais, mas várias comarcas, inclusive, talvez, quiçá, quem sabe, a minha querida Sacramento seja elevada a entrância especial. Motivo por que rejeito a preliminar e acompanho o Des. Francisco Figueiredo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria de antecipar o meu voto.

Temos em concreto o posicionamento classificatório de comarcas que carecem de correção, inclusive, sob o aspecto por mim fundamental, da classificação funcional dos juízes que atuam nas mesmas.

Assim, e singelamente, rejeito a preliminar, rogando vênia, para tanto, e acompanhando, destarte, o em. Des. Francisco Figueiredo, bem como os que o seguiram até então.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Sr. Presidente, pela ordem.

Pedindo desculpa pela antecipação de voto ao ilustre Colega Des. Cláudio Costa, devo dizer que, considerando o que está perfeitamente claro, definido, na Lei de Organização e Divisão Judiciárias, considerando os fundamentos da reclamação feita por ilustres juízes das Comarcas de Juiz de Fora, Uberlândia, Uberaba, Montes Claros e Governador Valadares, e mais, levando em conta, por último, os excelentes votos proferidos, principalmente pelos Desembargadores Francisco Figueiredo e Bady Curi, e pedindo vênia ao Des. Lúcio Urbano, rejeito a preliminar por S. Exa. levantada e acolho a reclamação, nos exatos termos em que ela foi posta pelos em. Colegas de primeiro grau.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Sr. Presidente, pela ordem. Também gostaria de antecipar o meu voto.

Se a lei classificou como segundo entrância as comarcas com menos

de duzentos e cinqüenta mil habitantes, automaticamente, as entrâncias especiais são aquelas que têm número superior ao que foi estabelecido nela, portanto, estou de acordo com os votos proferidos pelo Des. Francisco Figueiredo, como também pelo Des. Bady Curi, pedindo vênia ao Relator.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria de antecipar o meu voto, pedindo vênia para também rejeitar a preliminar por entender que a lei é bastante explícita na classificação de comarcas de entrância especial, ou seja, aquelas com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes, excepcionando apenas como de entrância especial aquelas que, mesmo não tendo duzentos e cinqüenta mil habitantes, compõem as duas circunscrições judiciais.

Assim, com renovada vênia, já tenho posicionamento firmado sobre o tema, desde quando, juntamente com o Des. Sérgio Resende, há quase um ano, nos pronunciamos no sentido de que naquela época não se votasse na lista de Governador Valadares, até que se resolvesse esse impasse. A oportunidade de resolvê-lo é agora, por isso, com respeitosa e renovada vênia, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente, pela ordem. Examinei o texto da publicação oficial da Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, e seu art. 8º tem a seguinte redação:

"*Art. 8º. As comarcas se classificam como:*

I - de segunda entrância, aquelas com menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes e duas ou mais varas;

II - de primeira entrância, aquelas com um só Juiz".

A redação resultou da rejeição do veto, pela Assembléia Legislativa, ao inciso I.

O último ato do processo legislativo da Lei Complementar foi a rejeição do veto, ao qual não se adaptaram os Anexos.

Explica-se. Com o veto, o Exmo. Sr. Governador do Estado pretendeu evitar que o critério populacional prevalecesse para a definição da segunda entrância. Haveria a definição da primeira entrância, no inciso II do art. 8º, e da entrância especial, nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo. As demais comarcas seriam de segunda entrância. A lista das comarcas encontradas nos Anexos I e II atenderia ao veto. O veto serviu também para dar correspondência plena dos Anexos ao texto da lei. Em outras palavras: os Anexos não se harmonizavam com o texto do inciso I do art. 8º, porque comarcas com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes eram classificadas na segunda entrância.

Na mutação operada pelo processo legislativo de que resultou a Lei Complementar, os Anexos não acompanharam a evolução, como no caso do parecer para o segundo turno de 21 de novembro de 2000, o que não significa que a estaticidade do Anexo tenha a

função de inibir a concretização da vontade política da Assembléia Legislativa. Coloco o anexo como a fotografia de um jovem defasada pela senectude superveniente, a fotografia não prevalece sobre a verdadeira identidade.

Com a rejeição do veto, prevaleceu o critério da população e da quantidade de juízes. São de segunda entrância as comarcas com dois ou mais juízes e população até duzentos e cinqüenta mil habitantes.

A rejeição do veto fez com que os Anexos ficassem defasados. Podia, a meu ver, a eg. Assembléia Legislativa refazer os Anexos, para exprimir a vontade soberana de seu Plenário. Pode ainda refazê-los. Porém, enquanto não existem os Anexos, com a redação decorrente da rejeição do veto, sobre o conteúdo material dos Anexos prevalece o conteúdo jurídico, dando-se relevância à rejeição do veto. De outra forma, a prerrogativa do Governador seria anódina e haveria desrespeito a ela.

Errata que foi publicada, sem consistência com o processo legislativo, não tem qualquer validade.

A rejeição do veto supera a grave dificuldade de se considerarem Uberlândia, Juiz de Fora e outras comarcas como inferiores a Ipatinga, Timóteo e Coronel Fabriciano. O erro está aqui. O § 3° do art. 8°, que foi aprovado, não foi vetado e tem de ser assimilado até que mude. Mas, o erro não inferioriza as comarcas que, por direito, são de entrância especial, com base na interpretação literal e excludente do citado § 3°. Esse § 3° foi inserido para beneficiar as comarcas do Vale do Aço, as quais, a rigor, não preenchem requisitos objetivos de entrância especial. Não me cabe entrar na legitimidade dessa inserção, mas esta não teve o intuito de excluir os direitos de Uberlândia, Juiz de Fora, Uberaba, Governador Valadares e Montes Claros, que são de entrância especial.

A norma excepcional, aquela que exclui, é a que se refere ao Vale do Aço. Há várias formas de se dizer, ou expressamente, ou implicitamente. Não se trata de interpretação por exclusão, *data venia*, mas sim pela compreensão do que está implícito na lei. Evidentemente, pode até o egrégio Tribunal, por resolução, refazer o Anexo, tendo em vista dar validade à rejeição do veto. Só não fez a Assembléia Legislativa novos Anexos, porque, evidentemente, o processo legislativo terminou com o Governador, e a Assembléia Legislativa limitou-se a promulgar a rejeição do veto porque, regimentalmente, na Assembléia Legislativa, não é prevista uma redação final decorrente de rejeição do veto do Governador do Estado.

Nestes termos, pedindo vênia aos Desembargadores Lúcio Urbano, para dele discordar, e Cláudio Costa, para antecipar meu voto, tendo em vista a relevância da matéria, estou acompanhando os votos que rejeitaram a preliminar.

Data venia, rejeito a preliminar e acolho a reclamação.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Sr. Presidente, pela ordem. Também, pedindo vênia aos eminentes Desembargadores Lúcio Urbano e Cláudio Costa, gostaria de adiantar o meu voto, acompanhando o do eminente Des. Francisco Figueiredo e os demais que se seguiram na mesma linha de entendimento.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Sr. Presidente, pela ordem. Também adianto o meu voto, nos termos proferidos e, agora enriquecidos, pelo Des. Almeida Melo.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente, pela ordem.

Não era minha intenção me pronunciar diante do pedido de vista do Des. Cláudio Costa, por uma questão de constrangimento, decorrente do fato de me ter vindo à apreciação um mandado de segurança, justamente contra a falta de decisão a respeito da questão. De maneira que, diante do ponderado voto do eminente Des. Lúcio Urbano e do corajoso pronunciamento do Des. Francisco Figueiredo, tenho a impressão de que uma dessas soluções tem que vir com a maior urgência possível - apenas faço um apelo pela agilização deste julgamento, inclusive, para maior tranqüilidade da minha apreciação do mandado de segurança, que, talvez, perca até a sua finalidade.

O Sr. Des. Presidente - O pedido de vista foi feito por um dos mais rápidos julgadores da Corte, que é o Des. Cláudio Costa. Certamente será julgado na próxima sessão.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Sr. Presidente, pela ordem.

Quero esclarecer que já tenho ponto de vista formado, mas, como fui indicado para ser o Relator Geral da Lei de Organização e Divisão Judiciárias, me vi obrigado a justificar esse entendimento. Daí, o pedido de vista é, simplesmente, para fundamentar a minha convicção.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente, pela ordem. Eu ia aguardar o pronunciamento do Des. Cláudio Costa, mas, em face das explicações dadas, pretendo, também, adiantar o meu voto.

Estou rejeitando a preliminar, ao fundamento de que a lei, ao estabelecer que as comarcas de menos de duzentos e cinqüenta mil habitantes são de segunda entrância, estabeleceu uma regra geral. De forma que, ao mencionar as comarcas da Região Metropolitana de Belo Horizonte e as de Ipatinga, Timóteo e outras daquela região como de entrância especial, apenas expressamente mencionou uma exceção, como é de resto.

O fato de não figurarem no Anexo as comarcas com mais de duzentos e cinqüenta mil habitantes ficou muito bem explicado, inclusive no voto do em. Des. Almeida Melo.

Nestas condições, coloco-me de inteiro acordo com os votos proferidos pelo em. Des. Francisco Figueiredo e os demais que o acompanharam.

O Sr. Des. Abreu Leite - Sr. Presidente, pela ordem. Também gostaria de adiantar o voto, convocado que estou, prestando a minha adesão ao voto proferido pelo em. Des. Francisco Figueiredo, com os acréscimos valiosos obtidos nos votos subseqüentes, com que presto vênia ao douto Relator para rejeitar a preliminar e acolher a reclamação.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. CLÁUDIO COSTA, APÓS VOTAREM SUGERINDO UMA PRELIMINAR OS DESEMBARGADORES LÚCIO URBANO E SÉRGIO LELLIS SANTIAGO E ACOLHENDO A RECLAMAÇÃO OS DESEMBARGADORES FRANCISCO FIGUEIREDO, BADY CURI, HUGO BENGTSSON, ORLANDO CARVALHO, ANTÔNIO HÉLIO SILVA, SÉRGIO RESENDE, KELSEN CARNEIRO, ISALINO LISBÔA, ODILON FERREIRA, RONEY OLIVEIRA, ALMEIDA MELO, ZULMAN GALDINO, LUIZ CARLOS BIASUTTI, MERCÊDO MOREIRA E ABREU LEITE, ESTES NOVE ÚLTIMOS EM ADIANTAMENTO DE VOTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Gudesteu Biber) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 27.02.2002, a pedido do Des. Cláudio Costa, após votarem sugerindo uma preliminar os Desembargadores Lúcio Urbano e Sérgio Lellis Santiago e acolhendo a reclamação os Desembargadores Francisco Figueiredo, Bady Curi, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho e Antônio Hélio Silva. Em adiantamento de voto, acolheram a reclamação os Desembargadores Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Almeida Melo e Abreu Leite.

Com a palavra o Des. Cláudio Costa.

O Sr. Des. Cláudio Costa - As comarcas do Estado, pela Lei Complementar nº 59/2001, são classificadas como de 1ª entrância (art. 8º, II), de 2ª entrância (art. 8º, I) e de entrância especial (art. 8º, §§ 2º e 3º).

De 1ª entrância são aquelas em que se faz a primeira investidura (exceto a de juiz substituto) do juiz na carreira da magistratura; de 2ª entrância aquela em que o juiz é investido pela primeira promoção na carreira; e de entrância especial aquela em que a investidura é alcançada por uma segunda promoção.

Na Lei Complementar nº 59/2001, com toda clareza e sem necessidade de buscar interpretação em suas penumbras, se classificam como de 1ª entrância as comarcas em que só existe um juiz (art. 8º, II); como de 2ª entrância as comarcas com 2 ou mais varas e menos de 250.000 habitantes (art. 8º, I); como de entrância especial as comarcas que integram Circunscrição Judiciária (art. 8º, § 2º e § 3º); e também aquelas que, tendo mais de 250.000 habitantes e duas ou mais varas, não podem, em razão desses qualificativos, ser classificadas como de 1ª e de 2ª entrância.

Logo, um simples exercício de lógica formal leva à inarredável conclusão de que as Comarcas de Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberaba e Uberlândia, que, comprovadamente, têm, cada uma, mais de 250.000 habitantes e mais de duas varas (Lei Complementar nº 59, art. 10, II, *a*; idem, idem *b*; idem, idem *c*; idem, idem *d*; idem, idem *e*), têm classificação de entrância especial.

Isto estabelecido, cumpre à Corte Superior, para se dar execução ao presente entendimento, expedir Resolução Normativa (Lei Complementar nº 59/2001, art. 22, III), estabelecendo que as referidas Comarcas de Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberaba e Uberlândia são comarcas classificadas como de entrância especial, segundo o que determina a Lei Complementar Estadual nº 59/2001, corrigindo-se, assim, o que me permito chamar de erro material contido no seu Anexo I, porquanto, sendo este de natureza acessória, não podia e não pode colidir com a regra principal, que deve prevalecer sempre no caso de incompatibilidade com regra secundária, de acordo com a clássica lição de Coviello, lembrada por CARLOS MAXIMILIANO, *in Hermenêutica.*

Por estas razões, discordando, *data venia,* do em. Des. Lúcio Urbano quanto à questão preliminar por ele levantada, acompanho o pronunciamento do em. Des. Francisco Figueiredo e de todos os demais em. Pares que concluíram como S. Exa. e acolho a representação.

O Sr. Des. Garcia Leão - Data venia, vou acompanhar o voto do Des. Lúcio Urbano.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Sr. Presidente. Ao que se depreende da redação do art. 8º, com os seus parágrafos, da Lei Complementar 59/01, foram adotados pelo legislador 2 (dois) critérios para classificação de comarca. O primeiro critério de denominação expressa relativamente às comarcas integrantes das circunscrições judiciárias, todas classificadas como de entrância especial.

No tocante às demais comarcas, não integrantes das circunscrições judiciárias, a questão ficou assim delineada: aquelas que tivessem menos de 250 mil habitantes e apenas um juiz (uma vara) seriam tidas como de primeira entrância, ao passo que as comarcas com menos de 250 mil habitantes, mas que dispusessem de duas ou mais varas, seriam de segunda entrância. Por via de conseqüência, as outras comarcas, vale dizer, as que tivessem população superior a 250 mil habitantes, haveriam de ser classificadas como de entrância especial, naturalmente, por exclusão.

Finalmente, o Anexo I não pode ser adotado em sua integralidade, por manifesto erro material nele contido, simplesmente por ser claramente destoante do que consta da redação do mencionado art. 8º, ao classificar, por

exemplo, como de segunda entrância, comarcas cuja população é superior a 250 mil habitantes, ofendendo norma expressa da lei complementar em comento.

Com essas considerações, e adotando quanto ao mais os fundamentos do corajoso voto proferido pelo eminente Des. Francisco Figueiredo, rejeito a preliminar e acolho a reclamação.

O Sr. Des. Presidente - Solicito a todos aqueles que fizeram voto que colocassem a expressão "na época da lei", todas as vezes em que foram mencionadas as comarcas com mais de 250 mil habitantes, para evitar que, neste ínterim, alguma comarca complete tal número de habitantes e venha fazer o mesmo pedido, o que não é o espírito da lei.

Súmula - ACOLHERAM A RECLAMAÇÃO, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES RELATOR, SÉRGIO LELLIS SANTIAGO E GARCIA LEÃO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - ERRO NA QUALIFICAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- Coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute a sua própria decisão, que rende ensejo à segurança, considerando-se, ainda, autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 238.677-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Direito Administrativo - Mandado de segurança - Ilegitimidade passiva - Autoridade coatora - Erro na qualificação - Ato administrativo - Impossibilidade. - Coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute a sua própria decisão, que rende ensejo à segurança, considerando-se, ainda, autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário. Denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o

relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2001. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Cláudio Vinícius Fagundes Angelo impetra mandado de segurança contra ato do Sr. Governador do Estado de Minas Gerais consistente na assinatura das promoções de Oficiais da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

O impetrante alega, em síntese, que a prática do ato administrativo das promoções é da competência do Sr. Governador do Estado de Minas Gerais, conforme preceitua o artigo 6º do Decreto nº 12.460/70, pelo que o direito líquido e certo do impetrante está na iminência de sofrer grave e ilegal lesão, na medida em que não faz parte da relação de oficiais que serão promovidos, apesar de ter obtido nota suficiente para ser incluído no Quadro de Acesso de Oficiais, para promoção de Capitão para Major, por merecimento. Sustenta estarem presentes os requisitos legais para o deferimento do *writ*, além de ter impetrado outro mandado de segurança junto à 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias contra ato do Presidente da Comissão de Promoções de Oficiais; pedindo, liminarmente, a sua inclusão no referido quadro de acesso publicado em 25.05.2001.

O pedido de liminar foi indeferido pelo eminente Desembargador Lúcio Urbano, à fl. 90-TJ.

A autoridade apontada como coatora presta informações às fls. 96/102-TJ, alegando, em síntese, a sua ilegitimidade passiva, na medida em que não tem competência legal para fazer ou deixar de fazer o pretendido pelo impetrante. Aduz, ainda, a litispendência e impedimento processual do presente *writ* em face da ação em curso perante a 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual, bem como a ausência de direito líquido e certo do requerente, requerendo, ao final, a denegação da segurança.

Segundo os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES, "*ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal*". E continua: "*deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquele detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este (agente público) não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem*

superior" (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e* Habeas Data, 13ª ed., ampliada e atualizada, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 10).

Assim, coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute a sua própria decisão, que rende ensejo à segurança, sendo este fato corroborado pela lição de HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*: "*considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução*" (*in* ob. cit., p. 34).

Este é o caso presente, no qual se requer a inclusão de nome no Quadro de Acesso de Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais para posterior promoção do impetrante ao cargo de Major.

Compulsando os autos, vislumbro que a competência efetiva para a promoção de Oficiais no Quadro da Polícia Militar se encontra disciplinada pelo Decreto nº 12.460, de 20 de fevereiro de 1970, e posteriores alterações. Tal competência fica a cargo da Comissão de Promoções, conforme previsto no artigo 36 e demais artigos constantes do Capítulo VI do referido decreto (fls. 38/42-TJ):

"*Art. 36. Reunida toda a documentação referente a cada oficial, fé-de-ofício, cópia do caderno-registro, ficha de qualificação e documentos acidentais, será encaminhada, em caráter reservado, à Comissão de Promoções, até o dia 15 de janeiro de cada ano, por intermédio do Chefe do Estado-Maior.*

Art. 37. De posse da documentação a que se refere o artigo 36, a Comissão de Promoções organizará os Quadros de Acesso, *cuja publicação deverá ser feita em Boletim da Polícia Militar até quinze dias antes da data prevista para as promoções*".

Observo que o Presidente da Comissão de Promoções de Oficiais é o Sr. Álvaro Antônio Nicolau, Coronel da Polícia Militar de Minas Gerais, e não o Sr. Governador do Estado, motivo pelo qual o autor impetrou, concomitantemente, outro mandado de segurança perante a 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias, tendo o mesmo objeto.

A composição, funcionamento e atribuições da Comissão de Promoções de Oficiais está disciplinada nos artigos 52 a 60 do já mencionado decreto (fls. 45/47-TJ), competindo-lhe "*submeter à consideração do Governador do Estado nos prazos estabelecidos os* Quadros de Acesso, *sendo o de merecimento com seus resultados numéricos e classificados os oficiais na ordem decrescente*" (art. 59). Tal quadro, apresentado às fls. 51/64-TJ, é assinado pelo Presidente e demais membros da Comissão de Promoções de Oficiais.

Diante de tais fatos, patente no presente *mandamus* a ilegitimidade passiva da autoridade coatora - Sr. Governador de Estado -, na medida em

que essa autoridade não pode incluir ou excluir nome de qualquer Oficial no Quadro de Acesso nem, muito menos, nas promoções por ele realizadas.

Os artigos 61 e seguintes do citado decreto conferem ao oficial o direito de recorrer das decisões emitidas pela Comissão de Promoções, e, segundo os documentos acostados aos autos, o impetrante não fez uso deste direito, na medida em que outros recursos foram interpostos, não constando do documento de fl. 62-TJ o seu nome.

Nesse sentido, os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*: "*incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário... Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. A mesma carência ocorre quando o ato impugnado não foi praticado pelo apontado coator*" (*in* ob. cit., p. 35).

As promoções são de competência exclusiva do Governador do Estado, consoante o disposto no artigo 6º do Decreto nº 12.460/70. Inversamente ao parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, entendo que esta competência é quanto à sua materialização, ou seja, dar legalidade à anterior decisão da Comissão de Promoções de Oficiais, esta, sim, autoridade soberana para determinar quais os membros do Quadro de Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais serão ou não promovidos.

Nas informações prestadas, a autoridade coatora, consigna que "*não dispõe de competência legal para modificar o quanto estabelecido internamente pela Corporação Militar de Minas Gerais e determinar a mudança da lista com as respectivas indicações das colocações e pontuações obtidas pelos candidatos. É o que se teria admitido, se possível fosse ao Governador do Estado promover oficiais fora da ordem da lista que se lhe apresente* a Corporação Militar mineira, pelo único órgão legalmente habilitado para formular o rol dos candidatos à promoção" (fls. 98/99-TJ).

Realmente, ainda que o pedido seja preventivo, visa a um alvo incerto, uma vez que a pendência era em área inferior do Governo e existia a possibilidade de recurso administrativo.

Mas não é o caso de dar-se por prejudicado o pedido, conforme sugere a Procuradoria-Geral de Justiça, porque o requerimento visou a impedir o ato do Governador, a qualquer tempo, e não somente em data certa que tenha sido ultrapassada.

Denego a segurança.

Os Srs. Desembargadores Lúcio Urbano, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Hugo Bengtsson, Orlando

Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Aluízio Quintão e Célio César Paduani - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA, À UNANIMIDADE.

-:::-

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

ADOÇÃO INTERNACIONAL - MENOR SOB CUIDADOS DE CASAL ESTRANGEIRO DESDE O NASCIMENTO - FIXAÇÃO DA RESIDÊNCIA NO BRASIL COM VISTO PERMANENTE - VÍNCULOS AFETIVOS CONSOLIDADOS - INEXISTÊNCIA DE FATO QUE POSSA RESULTAR EM PERIGO FÍSICO E MORAL PARA O ADOTANDO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA CRIANÇA E LAUDO DE HABILITAÇÃO FORNECIDO PELA CEJA - APROXIMAÇÃO PRECOCE ENTRE ADOTANTES E ADOTANDO - PRETERIÇÃO DE CASAIS BRASILEIROS - FATOS IRRELEVANTES DIANTE DA PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO MENOR - CONCESSÃO DA ADOÇÃO

- Se o menor, desde o nascimento, encontra-se sob os cuidados do casal estrangeiro requerente da adoção internacional; se eles fixaram residência definitiva no Brasil, com visto permanente; se há vínculos afetivos consolidados entre o casal alienígena e o menor adotando; se inexiste fato de que possa resultar perigo físico e moral para a criança; se o feito está instruído com farta documentação e laudos que revelam aceitável capacidade psíquica e moral dos adotantes; e, considerando a necessidade inafastável de preservação dos interesses do menor, retirá-lo da companhia do referido casal implica imputar-lhe sofrimentos com conseqüências talvez irreparáveis, expondo-o a uma situação de risco psicológico e social. Por outro lado, seria privá-lo da oportunidade de se integrar em uma família que se mostrou disposta a acolhê-lo e a oferecer-lhe um lar e um padrão de vida digno. Em tais casos, mesmo que a CEJA (Comissão Estadual Judiciária de Adoção) não tenha indicado a criança ao casal estrangeiro, tampouco fornecido o laudo de habilitação; tenha havido preterição de casais brasileiros e aproximação precoce entre os adotantes e o adotando, é de se confirmar a sentença concessiva da adoção requerida por estrangeiros.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 145.074-1/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Adoção internacional - Menor sob os cuidados do casal adotante desde o nascimento - Fixação de residência definitiva no País, com visto permanente - Vínculos afetivos consolidados, cujo rompimento importaria em exposição da criança a riscos psicológicos e sociais - Inexistência de fato que possa resultar em perigo físico e moral para a adotanda - Laudo da CEJA de caráter não vinculante - Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2001. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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

O Sr. Des. Pinheiro Lago - O Ministério Público de Minas Gerais, representado pelo 1º Promotor de Justiça atuante na Comarca de Varginha, apela da sentença proferida em processo de adoção internacional requerida pelo casal de franceses J.C.F. e sua mulher C.R.F., da menor S.D.S., nascida em 24.10.97.

Pretende o recorrente a reforma da sentença concessiva da adoção em referência porque dirigida e ainda em face do completo desrespeito, pelos adotantes, ao ordenamento jurídico que rege a matéria, além de não terem sido esgotadas todas as hipóteses de adoção por nacionais, eis que dificultadas ao máximo pelos ora apelados, com o respaldo dos integrantes da Justiça local.

Argumenta sobre o caráter excepcional que o Estatuto da Criança e do Adolescente confere à adoção por estrangeiros, não levado em conta na condução do feito, ressaltando o menosprezo ao posicionamento da CEJA e a outros dispositivos legais que orientam a matéria, recriminando, ainda, a demora na tramitação do processo, que, a seu sentir, "*outro objetivo não teve senão permitir o máximo de convivência entre adotantes e adotanda, ao arrepio de todo um arcabouço jurídico construído tão somente para proteger os menores*", fator que rendeu ensejo a uma sentença já previsível.

Na pendência do julgamento do presente recurso, foram os apelados investidos na guarda provisória da menor, pela decisão de fls. 530/531, deste Relator.

Em parecer de fls. 366/367-TJ, opina a douta PGJ pelo provimento do recurso.

A questão é delicada, tendo em vista a necessidade de ponderação sobre dois aspectos relevantes verificados na espécie.

O primeiro deles, ressaltado pelo zeloso representante do Ministério

Público, inconformado com o atropelo, tanto pelos adotantes, como pelo próprio Juízo da Vara de Menores da Comarca de Varginha, de procedimentos indispensáveis à regularidade do processo adotivo, haja vista que a CEJA não indicou a criança e, tampouco, forneceu o laudo de habilitação ao casal alienígena, além da preterição de casais brasileiros.

O segundo tem a ver com as peculiaridades do caso concreto e a necessidade inafastável de preservação dos interesses de uma criança, objeto de disputa judicial desde o nascimento, quando abandonada pela mãe no berçário da maternidade, e que, aproximando-se do quarto ano de vida, ainda não conheceu um lar definitivo, pois colocada em famílias substitutas durante o trâmite do processo adotivo, estando agora sob os cuidados dos pretendentes à adoção e avançando-se no estreitamento dos laços afetivos.

Não é de louvar-se o procedimento dos ora apelados, bem como do MM. Juiz daquela Comarca, que, desatento às normas legais pertinentes, permitiu aos pretendentes o estabelecimento precoce de vínculos afetivos com a recém-nascida, com contatos permanentes em tempo integral, antes mesmo do cadastro desta na CEJA para que estivesse apta à adoção por estrangeiros, prejudicando os trabalhos das entidades incumbidas de promover amparo à menor, conduzindo-a, em primeiro lugar, a casais brasileiros inscritos para adoção. As pretensões de adoção que chegaram a ser formuladas por famílias brasileiras foram recebidas como simples "oposição" ao pedido do casal estrangeiro e não mereceram a devida atenção, quando haveriam de ter preferência e bastariam para afastar as investidas dos estrangeiros. Enquanto a estes foi conferida liberdade total de convívio com a criança, as visitas aos aspirantes brasileiros foram obstaculizadas. Tais fatos são evidentes nos autos, revelando o laudo psicossocial de fls. 226/242-TJ que nada menos do que seis casais brasileiros foram desestimulados do pedido de adoção, à vista da situação privilegiada conferida aos aspirantes estrangeiros, e chegaram a admitir interesse na adoção caso fossem eles afastados da disputa, pois, caso contrário, estariam diante de "causa perdida".

Contudo, tal processo se desenrola há quase quatro anos, e a menor, durante todo esse tempo, vem mantendo estreitos laços de convivência com os adotantes, que não deixaram de ampará-la nas necessidades básicas e demonstraram nutrir grande afetividade pela infante, a ponto de fixarem residência em nosso País, onde o varão vem exercendo suas atividades laborativas, tendo em vista que a esposa, há anos, aqui já se encontra, no aguardo de um provimento judicial.

Depois de toda a evolução verificada no convívio entre adotantes e adotanda, retirá-la da companhia do casal interessado, ao qual, certamente, já se afeiçoou, seria imputar-lhe sofrimentos com conseqüências talvez irreparáveis, expondo-a a uma situação de risco psicológico e social, privando-a da oportunidade de integração em uma família que se mostrou disposta a acolhê-la e a oferecer-lhe um lar e um padrão de vida digno, tendo em vista a confortável situação econômica e a inexistência de fato de que possa resultar perigo físico e moral para a criança, estando o feito instruído com farta documentação e laudos que revelam aceitável capacidade psíquica e moral dos adotantes e não apontam elementos desabonadores de sua conduta.

As leis, especialmente aquelas que dizem respeito à situação das pessoas, devem ser interpretadas de acordo com o seu fim social e, considerando que, nas questões relativas a menores, a preocupação deve estar centrada no resguardo de seus supremos interesses, creio que as seqüelas com o rompimento dos laços já consolidados pelo tempo são inevitáveis à menor. Não me sentiria em situação confortável subtraindo a uma criança abandonada a oportunidade de lhe ser garantido o direito à vida, à saúde, à instrução e a seu desenvolvimento pleno, que vem se concretizando no seu País de origem, haja vista que os adotantes, com visto definitivo, já estão aqui residindo.

Na verdade foram eles os guardiães de fato da menor desde o seu nascimento, suprindo-a em todas as necessidades materiais, cuidando para que não lhe faltasse afeto, e tal aproximação precoce, embora repudiada pelo ECA no caso de adoção internacional, não comporta reversão, não obstante a situação de irregularidade verificada pela CEJA, que se negou ao fornecimento de laudo de habilitação para instruir o processo adotivo e orientar, mas não condicionar a decisão judicial. Embora não emitido o laudo, reconheceram-se os estrangeiros aptos a adotar e já se achavam eles inscritos no cadastro de adotantes em diversos Estados, com a mesma finalidade.

As normas administrativas invocadas pelo apelante demonstram a louvável preocupação de evitar que menores sejam ilegalmente levados para fora do País, haja vista o tráfico para comércio de órgãos e outras finalidades escusas, mas esse não é o caso dos autos, em que os apelados provaram sua nobre intenção e se investiram, há muito, nas funções de pais da menor.

Com tais razões de decidir, nego provimento ao apelo.

Sem custas.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - Sr. Presidente. Primeiramente, gostaria de agradecer as palavras elogiosas do ilustre advogado, também Magistrado, Dr. Eber Carvalho de Melo, e creio que o faço também em nome do ilustre Des. José Altivo Brandão Teixeira.

Coloco-me de acordo com o voto do em. Des. Pinheiro Lago.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - VANTAGEM FUNCIONAL - PROGRESSÃO HORIZONTAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ART. 26 DA LEI Nº 5.447/88, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XIV, DA CF

- A interpretação do art. 37, XIV, da Constituição Federal deve ser no sentido da impossibilidade de se acumularem vantagens da mesma natureza sobre idêntica base de cálculo, pois a exclusão de qualquer vantagem acarretará a vedação de que a aposentadoria por tempo de serviço seja computada com o adicional por tempo de serviço, o que não faz o objetivo da Constituição.

- VV.vv.: - A vantagem funcional prevista no art. 26 da Lei nº 5.447/88, que outorga direito aos funcionários do Município de Belo Horizonte de obterem a cada 18 (dezoito) meses progressão horizontal de um grau em sua classe, é insusceptível de cumular-se com o adicional por tempo de serviço, visto não apenas possuírem ambos o mesmo suporte fático, ou seja, o tempo de serviço do servidor, mas também integrar a primeira base de cálculo da segunda, circunstância vedada no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal. *(Desembargadores Bady Curi e Carreira Machado)*

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 189.367-6/02 (na Apelação Cível nº 189.367-6/00) - Comarca de Belo Horizonte - Relator para o acórdão: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: A interpretação do art. 37, XIV, da Constituição Federal deve ser no sentido da impossibilidade de se acumularem vantagens da mesma natureza sobre idêntica base de cálculo, pois a exclusão de qualquer vantagem acarretará a vedação de que a aposentadoria por tempo de serviço seja computada com o adicional por tempo de serviço, o que não faz o objetivo da Constituição.

VV.vv.: - Administrativo - Servidores do Município de Belo Horizonte - Lei nº 5.447/88, art. 26 - Progressão horizontal - Vantagem funcional insusceptível de cumular-se com o adicional por tempo de serviço, visto não apenas possuírem ambos o mesmo suporte fático, seja, o tempo de serviço do servidor, mas também integrar a base de cálculo da segunda, circunstância vedada no inciso XIV do art. 37 da CF.

ACÓRDÃO DOS EMBARGOS

Vistos etc., acorda a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR OS EMBARGOS, VENCIDOS RELATOR E REVISOR.

Belo Horizonte, 20 de dezembro de 2001. - *Almeida Melo* - Relator para o acórdão. - *Bady Curi* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi - Cuidam os autos de embargos infringentes opostos pelo Município de Belo Horizonte, inconformado com o v. acórdão de fls. 238/245, que concedeu parcial provimento ao recurso adesivo, restando prejudicados os demais, em ação de indenização proposta por Sandra Maria Balbino Marçal e outros.

Afirma o recorrente que o r. voto vencido prolatado pelo eminente Desembargador Carreira Machado deve prevalecer, já que melhor interpreta os textos constitucionais e legais aplicáveis à espécie, ao reconhecer que a vantagem funcional prevista no art. 26 da Lei nº 5.447/88, que outorga direito aos funcionários do Município de Belo Horizonte de obterem, a cada 18 meses, progressão horizontal de um grau em sua classe, é indevida, em face do inciso XIV do artigo 37 da CF.

Com efeito. A controvérsia a ser dirimida nestes autos cinge-se a se saber se o art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal, representa ou não óbice à pretensão dos embargados, relativa à progressão horizontal prevista no art. 26 da Lei nº 5.447/88, a qual lhes vinha sendo paga, até que, promulgada a CF/88, a Administração Municipal cancelou seu pagamento.

Pedindo *venia* aos ilustres Desembargadores prolatores dos votos majoritários, após detida análise dos autos, entendo possuir razão o embargante, compartilhando do posicionamento adotado pelo Desembargador Carreira Machado.

No meu modesto entendimento, a pretensão inicial dos embargados encontra impedimento no disposto no art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal, tendo agido com acerto o administrador ao cancelar o pagamento da aludida vantagem.

Em julgamento de caso análogo ao dos autos, a eg. Primeira Câmara Cível deste Tribunal, em acórdão relatado pelo ilustre Desembargador Orlando Carvalho, cuja íntegra se encontra às fls. 162/170, assim se pronunciou:

"Diz o art. 37, XIV, da Constituição Federal:

'Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento'.

Conforme ressaltado pela sentença, ora em reexame, este dispositivo legal procura eliminar o efeito cascata das gratificações, com incidência de parcelas sobre outras já integradas ao salário básico, o que, à evidência, viria ocorrer com a progressão horizontal concedida a cada período de dezoito meses de trabalho na mesma função. Por outro lado, esta gratificação e a de qüinqüênio por tempo de serviço têm idêntico fundamento básico, qual seja, o lapso temporal do trabalho prestado. Pouco importa que um seja genérico

para qualquer função pública e o outro específico para determinada função, com exigência de outros requisitos, porque o que há de se examinar é o fundamento básico de ambas as gratificações, qual seja, o lapso de tempo trabalhado na mesma função ou não" (fls. 165/166).

Igual posicionamento foi adotado pela eg. Quinta Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível nº 126.466/2, ocorrido em 29.10.1998, tendo como Relator o ilustre Desembargador Cláudio Costa, conforme se verifica da cópia do acórdão acostado às fls. 175/185.

No mais, o Supremo Tribunal Federal já manifestou seu entendimento a respeito da matéria ora em debate, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 211.384-MG, Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, segundo noticiou o ilustre Desembargador prolator do voto minoritário, no sentido de que a vantagem funcional prevista no art. 26 da Lei nº 5.447/88 é insuscetível de cumular-se com o adicional por tempo de serviço, "*visto não apenas possuírem ambos o mesmo suporte fático, ou seja, o tempo de serviço do servidor, mas também integrar a primeira a base de cálculo da segunda, circunstância vedada no inciso XIV do art. 37 da CF*".

Com tais fundamentos, acolho os presentes embargos infringentes para, no reexame necessário, reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido formulado por Sandra Maria Balbino Marçal e outros, na ação de indenização proposta contra o Município de Belo Horizonte, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - Acolho os embargos nos termos do meu voto quando do julgamento da apelação, agora confortado pelo voto do Relator desses embargos.

O Sr. Des. Almeida Melo - A interpretação literal do inciso XIV do art. 37 da Constituição da República pode levar à iniqüidade.

Ninguém duvida de que a aposentadoria é, em sentido amplo, pelo menos, uma vantagem. Logo, não poderia a aposentadoria contemplar tempo computado para efeito de adicional qüinqüenal.

Mas, o que a Constituição pretendeu foi evitar o efeito cascata, ou seja, que uma vantagem servisse de base de cálculo para outra, de mesma natureza, ou não.

Data venia, rejeito os embargos infringentes.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Trata-se de embargos infringentes manifestados pelo Município de Belo Horizonte, em face do v. acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 189.367-6/00, da Comarca de Belo Horizonte - sendo remetente o JD da 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal da

Comarca de Belo Horizonte; apelantes o ora embargante e Sandra Maria Balbino Marçal e outros (apelantes adesivos); e apelados os mesmos, cuja decisão, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso adesivo, prejudicados os demais, vencido o Relator.

Com apoio no d. voto minoritário, o embargante procura a reforma do v. aresto, em razões de fls. 260/266-TJ.

Regularmente intimados, os recorridos apresentaram contra-razões (fls. 273/275-TJ).

Processamento regular.

É o breve relato.

Decide-se.

Conheço dos embargos infringentes em apreço, aos seus pressupostos.

À fundamentação de meu voto.

Quando do julgamento do recurso de apelação proferi a seguinte declaração de voto:

"*Solicitei vista dos autos para reexame da matéria, à vista, inclusive, da divergência havida entre os votos dos eminentes Desembargadores Relator e Revisor, o primeiro, reformando a r. sentença, no reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários, e o segundo, dando parcial provimento ao recurso adesivo, prejudicados os demais.*

Cuida-se de reexame necessário e de recursos voluntários ofertados pelo Município de Belo Horizonte e Sandra Maria Balbino Marçal e outros, estes adesivos, em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente, em parte, o pedido constante da ação de indenização aforada pelos últimos, sob o fundamento de que o primeiro estaria descumprindo a Lei nº 4.196/85, alterada pela Lei nº 5.447/88, por não lhes conceder a progressão horizontal prevista na sobredita legislação ordinária. O d. Juiz singular decretou a prescrição das parcelas atinentes à progressão horizontal vencidas antes de maio de 1990, daí o acolhimento parcial do pleito exordial.

Do exame atento do ponto fulcral da divergência, tenho que razão socorre as recorrentes adesivas, posto que a Lei nº 6.364/93, ao revogar as normas da progressão horizontal, inobstante tanto, não teve efeito retroativo.

Argumenta-se, em sede de razões recursais, que as autoras apenas decaíram da expectativa de novas progressões, daí a razão basilar do inconformismo adesivo.

Sendo assim, em que pese a erudição do d. voto proferido pelo eminente Relator, estou a acompanhar o entendimento do ilustre Revisor, com o realce de que a Carta Federal, em seu art. 37, inc. XIV, proíbe que a progressão horizontal seja calculada sobre o fenômeno qüinqüenal, porém não impede a existência de mais de uma vantagem calculada com esteio em tempo de serviço.

Com essas considerações, adiro ao entendimento do eminente Revisor e provejo parcialmente o recurso adesivo, tão-somente para reconhecer que o direito das recorrentes adesivas se mantenha nos limites das progressões incorridas até a entrada em vigor da Lei nº 6.364, de julho de 1993.

Custas recursais, pelo vencido.

É como voto".

Nada tenho a acrescentar à declaração de voto retroexposta, em que pesem os bem lançados argumentos contidos nos embargos em apreço.

Nesta conformidade, nego provimento aos presentes embargos infringentes e, como corolário, mantenho o v. acórdão hostilizado, que deu parcial provimento ao recurso adesivo, prejudicados os demais recursos.

É o voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O TERCEIRO VOGAL APÓS VOTAREM O RELATOR E O REVISOR, ACOLHENDO OS EMBARGOS, E OS PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS, REJEITANDO-OS.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 13.12.2001, a pedido do Terceiro Vogal, após votarem o Relator e o Revisor, acolhendo os embargos, e o Primeiro e o Segundo Vogais, rejeitando-os.

Com a palavra o Des. Hyparco Immesi.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - 1- Foram os embargos infringentes opostos pelo Município de Belo Horizonte, inconformado com o v. acórdão de fls. 238/245-TJ, que deu parcial provimento ao apelo adesivo, para admitir o direito dos apelantes adesivos em manter as progressões horizontais até a entrada em vigor da Lei nº 6.364, de julho de 1993.

A *Lex Major*, em seu art. 37, inc. XIV, não veda a existência de mais de uma vantagem funcional calculada sobre o tempo de serviço do servidor, como, *exempli gratia*, os adicionais qüinqüenais ou os trintenários. O que o referido dispositivo constitucional quer evitar é a ocorrência do *efeito cascata*, isto é, a incidência de uma vantagem funcional sobre a anterior da mesma espécie.

2- Sabe-se que a progressão horizontal é prevista no art. 26 da Lei Municipal nº 5.447/88, que dá aos servidores do Município o direito à obtenção de um grau em sua respectiva classe, a cada 18 meses. Sabe-se, mais, que a Lei nº 6.364/93 *revogou* a progressão horizontal, mas fê-lo sem efeito retroativo, o que vale dizer, os servidores têm direito à progressão *até o advento da lei revogadora*, isto é, *no período a ela anterior* o direito à progressão horizontal *fica assegurado*.

À luz do exposto, rejeitam-se os embargos infringentes.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS, VENCIDOS RELATOR E REVISOR.

ACÓRDÃO DA APELAÇÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO, PREJUDICADOS OS DEMAIS, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2000. - *Almeida Melo* - Relator para o acórdão. - *Carreira Machado* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se, como registrei no relatório, de reexame necessário e de recursos voluntários interpostos por ambas as partes contra a r. sentença de fls. 152/156-TJ, que, decidindo a presente ação de indenização, ajuizada por Sandra Maria Balbino Marçal e outros, contra o Município de Belo Horizonte, à alegação de que o réu estaria descumprindo a Lei nº 4.196/85, alterada pela Lei nº 5.447/88, por não lhes estar concedendo a progressão horizontal nelas prevista, julgou-a procedente em parte para, decretando a prescrição das parcelas referentes à progressão horizontal vencidas anteriormente a maio de 1990, condenar o réu ao pagamento das parcelas relativas à progressão pedida a partir de junho de 1990 até a entrada em vigor da Lei nº 6.364/93, ou seja, 30.07.93, acrescidas de correção monetária a partir de quando se tornaram devidas, mês a mês, bem como juros de mora de 0,5% ao mês, contados da data da citação, e condenou o Município ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

O inconformismo do Município de Belo Horizonte está materializado às fls. 158/161-TJ, alegando que a r. sentença está em desconformidade com reiteradas decisões deste egrégio Tribunal, que vem decidindo que o artigo 37, XIV, da CF/88, é um impedimento intransponível à reivindicação da progressão horizontal; que, como já pacificado neste egrégio Tribunal, a progressão horizontal pedida não pode coexistir com qüinqüênios, por ferir o mandamento constitucional referido; que à alegação dos autores-apelados de direito adquirido cabe a objeção indisputável de que, além de não atuar contra expresso preceito proibitivo contido no texto constitucional, a posterior incorporação da vantagem aos vencimentos constituiria tão-somente uma expectativa de direito consumado e integralizado no patrimônio do servidor municipal.

O recurso adesivo dos postulantes está às fls. 189/192-TJ, onde alegam que a limitação do pagamento das parcelas referentes à progressão horizontal à data de início da vigência da

Lei nº 6.364/93 lhes causa prejuízos; que a Constituição garante o direito adquirido, e a progressão horizontal é acrescida gradativamente com a incidência de 5% sobre o valor referente à letra obtida anteriormente; que os valores deferidos até 30.07.93 aos apelantes alcançaram um montante pecuniário que deverá ser incorporado aos seus vencimentos, e não excluído; pedem o provimento do recurso para que seja determinado o pagamento das diferenças decorrentes da progressão horizontal até que haja a incorporação do valor apurado a esse título, em 30.07.93, em suas remunerações.

Os autores pretendem com a presente ação obter a progressão horizontal estabelecida na Lei Municipal nº 4.196, de 02 de outubro de 1985, alterada pela de nº 5.447, de 30 de novembro de 1988, que previam progressão de letras a cada 18 meses, vantagem esta que deixou de ser deferida pelo Município desde outubro de 1989, ao entendimento de ser ela indevida desde a promulgação da novel Carta da República, uma vez que tal progressão tem o mesmo fundamento do benefício "qüinqüênio", que é o tempo de serviço, e por isto encontra vedação no inciso XIV do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que impede o cômputo de acréscimos pecuniários sob o mesmo título ou fundamento.

A matéria objeto de debate nestes autos está em definir se o mandamento contido no artigo 26 da Lei nº 5.447/88, que outorga direito aos funcionários do Município de Belo Horizonte de obterem, a cada 18 meses, progressão horizontal de um grau em sua classe, é ou não constitucional diante do mandamento contido no inciso XIV do artigo 37 da Carta Magna.

A matéria já foi muito debatida e controvertida neste egrégio Tribunal, como se vê dos acórdãos trazidos por ambas as partes em todo o correr deste processo. Contudo, o excelso Supremo Tribunal Federal colocou uma pá de cal sobre este debate na oportunidade do julgamento do Recurso Extraordinário nº 211.384-MG, do qual foi Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, no qual ficou pacificado, *sub ementa*:

"*Administrativo. Servidores do Município de Belo Horizonte. Lei nº 5.447, de 30.11.88, art. 26. Progressão horizontal. - Vantagem funcional insuscetível de cumular-se com o adicional por tempo de serviço, visto não apenas possuírem ambos o mesmo suporte fático, seja, o tempo de serviço do servidor, mas também integrar a primeira a base de cálculo da segunda, circunstância vedada no inciso XIV do art. 37 da CF. Recurso não conhecido*" (*DJ* de 13.08.99, p. 0018).

Assim, sepultado o debate pela decisão da Excelsa Corte, intérprete maior da Constituição Federal, em reexame necessário, reformo a r. sentença para julgar improcedente a ação *sub lite* e, em conseqüência, inverto os ônus da sucumbência, prejudicados ambos os recursos voluntários.

O Sr. Des. Almeida Melo - O inciso XIV do art. 37 da Constituição da

República proíbe, por exemplo, que a progressão horizontal seja calculada sobre o qüinqüênio, mas, não, que exista mais de uma vantagem calculada com base no tempo do serviço.

Raciocínio diferente proibiria aposentadoria por tempo de serviço e qüinqüênio.

Como foi mencionado, a progressão horizontal tem o tempo de serviço como um, entre outros, dos fatores para ser concedida.

Decidiu bem esta eg. Câmara, em 30 de março de 1995 (fl. 114-TJ), ao preservar a progressão, nos termos do voto do em. Desembargador Corrêa de Marins.

Ao revogar as normas da progressão horizontal, certamente a Lei nº 6.364/93 não teve efeito retroativo. Por isso, certa é a afirmação dos apelantes adesivos, de que somente decaíram da expectativa de novas progressões.

Data venia, em reexame necessário, dou provimento parcial ao recurso adesivo somente para admitir que o direito dos apelantes adesivos, consagrado pela sentença, se mantém nos limites das progressões incorridas até a vigência da Lei nº 6.364, ou seja, julho de 1993.

Mantenho a condenação do réu nos honorários de 15% do valor da condenação e nas custas do processo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR, REFORMANDO A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS; O REVISOR, DANDO PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO, PREJUDICADOS OS DEMAIS.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 23.11.2000, a pedido do Vogal, após votar o Relator, reformando a sentença, no reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários, e o Revisor dar provimento parcial ao recurso adesivo, prejudicados os demais.

Com a palavra o Des. Célio César Paduani.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Solicitei vista dos autos para reexame da matéria, à vista, inclusive, da divergência havida entre os votos dos eminentes Desembargadores Relator e Revisor, o primeiro, reformando a r. sentença, no reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários, e o segundo, dando parcial provimento ao recurso adesivo, prejudicados os demais.

Cuida-se de reexame necessário e de recursos voluntários ofertados pelo Município de Belo Horizonte e Sandra Maria Balbino Marçal e outros, estes adesivos, em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal

e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente, em parte, o pedido constante da ação de indenização aforada pelos últimos, sob o fundamento de que o primeiro estaria descumprindo a Lei nº 4.196/85, alterada pela Lei nº 5.447/88, por não lhes conceder a progressão horizontal prevista na sobredita legislação ordinária. O d. Juiz singular decretou a prescrição das parcelas atinentes à progressão horizontal vencidas antes de maio de 1990, daí o acolhimento parcial do pleito exordial.

Do exame atento do ponto fulcral da divergência, tenho que razão socorre aos recorrentes adesivos, posto que a Lei nº 6.364/93, ao revogar as normas da progressão horizontal, inobstante tanto, não teve efeito retroativo.

Argumenta-se, em sede de razões recursais, que as autoras apenas decaíram da expectativa de novas progressões, daí a razão basilar do inconformismo adesivo.

Sendo assim, em que pese a erudição do d. voto proferido pelo eminente Relator, estou a acompanhar o entendimento do ilustre Revisor, com o realce de que a Carta Federal, em seu art. 37, inc. XIV, proíbe que a progressão horizontal seja calculada sobre o fenômeno qüinqüenal, porém não impede a existência de mais de uma vantagem calculada com esteio em tempo de serviço.

Com essas considerações, adiro ao entendimento do eminente Revisor e provejo parcialmente o recurso adesivo, tão-somente para reconhecer que o direito dos recorrentes adesivos se mantenha nos limites das progressões incorridas até a entrada em vigor da Lei nº 6.364, de julho de 1993.

Custas recursais, pelo vencido.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO, PREJUDICADOS OS DEMAIS, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - DECISÃO NÃO SUJEITA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO - TÍTULO EXECUTIVO - ARGÜIÇÃO DE NULIDADE - PETIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - POSSIBILIDADE - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DEPÓSITO INTEGRAL PROCEDIDO EM AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA

- A sentença que, em execução fiscal, promovida pela Fazenda Pública, julga extinto o processo, sem apreciação do mérito, não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, por a espécie não se enquadrar na hipótese prevista no art. 475, II, do CPC.

- O fato de a executada não ter oposto embargos e feito petição nos autos da execução não impede o conhecimento da nulidade do título executado, principalmente quando se trata de cobrança de crédito suspenso, em decorrência do depósito judicial. Se o título executivo não se reveste de seus atributos para ser tido como exeqüível, em razão da ausência de seus pressupostos formais (certeza, liquidez e exigibilidade), é possível a argüição de sua nulidade por meio de petição nos próprios autos da execução, ou por meio de exceção de pré-executividade, sem qualquer subversão do sistema processual.

- O depósito integral do crédito tributário procedido em ação ordinária de natureza declaratória negativa, com pedido de tutela antecipada, proposta anteriormente ao lançamento, suspende a exigibilidade do crédito tributário, tanto da obrigação principal (tributo), quanto da acessória (juros e multas).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 195.697-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - Admissibilidade - Depósito integral do crédito tributário, procedido em ação declaratória com pedido de tutela antecipada - Suspensão da exigibilidade tributária - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Manutenção da decisão.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 17 de maio de 2001. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo terceiro apelante, a Dra. Daniela Couto Martins.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Da sentença (fls. 155/156-TJ) que, na 4ª Vara de Execuções Fiscais da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da execução fiscal que a Fazenda Pública estadual propôs contra Samarco Mineração S.A., reconheceu irregularidade da Certidão da Dívida Ativa, considerando nula a execução, e julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, apelaram regularmente a Fazenda Pública estadual (fls. 157/176-TJ) e a Samarco Mineração S.A. (fls. 177/184-TJ).

Em suas razões recursais, alegou a Fazenda Pública estadual, em preliminar, que a sentença não observou as disposições dos §§ 1º e 3º do art. 16 da Lei nº 6.830/80, que não admitem a discussão de questões de fato e de direito, "*antes de garantida a execução*",

bem como determinam que as exceções sejam argüidas, processadas e julgadas com os embargos, além de salientar estarem os depósitos em montante inferior ao cobrado com base nos levantamentos fiscais inscritos em Dívida Ativa, com os devidos acréscimos legais.

O apelo da Samarco Mineração S.A., por seu termo, apenas pediu a alteração da sentença, para que sejam fixados os honorários advocatícios em valor compatível com o estabelecido no art. 20, § 3°, do CPC.

Primeiramente, apesar de ter o Juiz entendido que a decisão está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, a espécie não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 475, inciso II, do CPC, uma vez que houve extinção, sem apreciação do mérito.

Na forma do figurino legal, adequado à hipótese dos autos é o seguinte precedente jurisprudencial:

"*A sentença que, em execução fiscal, promovida por autarquia, julga extinto o processo, sem decidir o mérito (CPC, art. 267), não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório*". (TFR-2ª Seção, Uniformização de Jurisprudência no Agravo n° 41.241-PA, Rel. Min. Torreão Braz, *DJU* de 9.8.84, *apud* THEOTONIO NEGRÃO, *CPC e Legislação Processual em Vigor*, 31ª ed., p. 474.)

Assim, conheço da matéria posta em ambos os recursos voluntários, formulados que foram regularmente.

As pretensões recursais, no entanto, não merecem acolhida.

Primeiramente, não procede o questionamento preliminar da Fazenda Pública.

É que o fato de a executada segunda apelante não ter oposto embargos e feito petição nos autos da execução não impede o conhecimento da nulidade do título executado, ainda mais que se trata de cobrança de crédito suspenso, em decorrência do depósito judicial.

É que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo ser possível, por meio de petição nos próprios autos da execução, a argüição de nulidade do título, em razão da ausência de seus pressupostos formais (certeza, liquidez e exigibilidade), sem qualquer subversão do sistema processual.

Assim, não se revestindo o título de seus atributos para ser tido como exeqüível, o executado pode perfeitamente argüir a nulidade, seja por simples petição nos autos, como ocorreu aqui, seja por meio da exceção de pré-executividade.

A propósito, observa FERNANDES DE ARAÚJO:

"*As matérias argüíveis na exceção de pré-executividade são de ordem pública, que podem ser decididas de ofício (pressupostos processuais e condições de ação) e também outras de natureza relevante para a defesa, como a prescrição de direito disponível, o pagamento (objeto substancial), a transação, a compensação (que opera efeito* ipso iure *e permite sua decisão) e a decadência (em execução fiscal)*". (Cf. "*Exceção de Pré-executividade*", in *RT*, 775/745.)

No mérito, vê-se que, à margem da execução fiscal, a empresa propôs, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública estadual, ação ordinária contra a legalidade dos créditos tributários lançados por meio dos PTAs, e efetuou nos autos os depósitos sem multa e juros, bem como que, em recurso ao Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecida sua pretensão de ser dada como indevida a cobrança do ICMS sobre a reserva de energia elétrica, estando em andamento o recurso da Fazenda Pública junto ao Supremo Tribunal Federal, que se encontra em trâmite.

É, pois, ação ordinária, possui natureza declaratória negativa e foi proposta anteriormente ao lançamento, visando à declaração de inexistência de relação jurídica tributária quanto ao ICMS, sendo que, por força do despacho (fls. 67-TJ), os depósitos têm sido realizados em instituição financeira, à disposição do Juízo.

Por sua vez, sobre a questão da incidência de juros de mora e multa de revalidação, vale observar que os depósitos do imposto tiveram início antes do lançamento e ficou suspensa a exigibilidade do crédito tanto na obrigação principal como na acessória.

Ademais, como bem ponderado pelo Juiz *a quo*, a alegação da Fazenda de terem os depósitos sido feitos a destempo é questão que, naturalmente, não prescinde das conseqüências moratórias cabíveis, respeitada a implicação do fato de terem sido iniciados antes do lançamento do tributo.

Adequado à espécie é o seguinte aresto:

"*(...) Sendo assim,* in casu, *dispensável a exigência de o Órgão Julgador verificar a existência dos pressupostos para concessão da tutela cautelar típica, limitando-se, apenas, à verificação da legitimidade da parte, do valor do depósito e da adequação ao fim pretendido, estando pacificado o entendimento deste Colendo Tribunal Superior, no sentido de a parte ter direito de fazer o depósito da importância correspondente ao crédito tributário para suspender a sua exigibilidade, utilizando-se de medida cautelar, e antes mesmo da constituição do respectivo crédito tributário pelo lançamento (REsp n° 36.875-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira,* DJ *de 04.10.1993; REsp n° 19.566-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro,* DJ *de 31.10.1994)*" (REsp 85.916-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 15.02.2000).

Por fim, no tocante aos honorários advocatícios, foram eles fixados nos moldes do § 4° do art. 20 do CPC e em razão da sucumbência da Fazenda Pública estadual.

Em tais termos, nego provimento aos recursos.

Custas, em compensação, pelas partes.

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

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA REMESSA, REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - SALÁRIO-FAMÍLIA PERCENTUAL - SUPRESSÃO MOTIVADA POR APOSENTADORIA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO SEU RESTABELECIMENTO - DIREITO ADQUIRIDO - CARACTERIZAÇÃO

- Se o servidor público obteve salário-família percentual, conforme lei então vigente, tem ele o induvidoso direito adquirido de continuar a auferi-lo em sua forma percentual, não podendo ser suprimido, por motivo de aposentadoria, sendo irrelevante o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou os artigos 7º, inciso XII, e 13 da vigente Constituição Federal. E não pode, por ter-se tornado situação jurídica definitivamente constituída, pois concedido (o salário-família) de conformidade com a lei vigente à época, o que, por si só, impõe o seu restabelecimento. Ademais, as normas instituídas pela Emenda Constitucional nº 20/98 têm eficácia *ex nunc*, ou seja, produzem efeito a partir de sua vigência, o que vale dizer, não atingem situações anteriores, para que seja preservado o princípio da segurança jurídica, sendo de lembrar-se que, segundo o art. 5º, inciso XXXVI, da Lei Fundamental da República, a lei não prejudicará, inclusive, o direito adquirido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 196.021-0/00 - Comarca de Ouro Preto - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Mandado de segurança - Servidor público - Salário-família percentual - Sua supressão motivada por aposentadoria - Direito líquido e certo ao seu restabelecimento - Invocação de direito adquirido - Caracterização deste. - Se o servidor público obteve salário-família percentual, conforme lei então vigente, tem ele o induvidoso direito adquirido de continuar a auferi-lo em sua forma percentual, não podendo ser suprimido, por motivo de aposentadoria, sendo irrelevante o advento da EC nº 20/98, que alterou os artigos 7º, inciso XII, e 13 da vigente Constituição Federal. E não pode, por ter-se tornado situação jurídica definitivamente constituída, pois concedido (o salário-família) de conformidade com a lei vigente à época, o que, por si só, impõe o seu restabelecimento. Ademais, as normas instituídas

pela EC nº 20/98 têm eficácia *ex nunc*, ou seja, produzem efeito a partir de sua vigência, o que vale dizer, não atingem situações anteriores, para que seja preservado o princípio da segurança jurídica, sendo de lembrar-se que, segundo o art. 5º, inciso XXXVI, da Lei Fundamental da República, a lei não prejudicará, inclusive, o direito adquirido.

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 EM PARTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2002. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Rubens Luiz Belloni, representado por Hayde Celestino Belloni, impetrou mandado de segurança c/c pedido de liminar contra ato administrativo do Presidente da Câmara Municipal de Ouro Preto, vereador Geraldo Carneiro, atinente ao não-pagamento dos adicionais assegurados pelo Decreto-lei nº 19/46 a partir de 01.08.99, sem apresentar qualquer justificativa legal para tanto.

A liminar foi indeferida por não se vislumbrar a presença dos "*elementos norteadores para sua concessão*" (fl. 32).

Encontram-se nos autos (fls. 34/35) as informações prestadas pela autoridade tida como coatora, através das quais salienta que o pagamento do salário-família (adicional) ao impetrante, nos termos do Decreto Municipal nº 19/46, somente era devido até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98. Salienta, mais, que esta alterou os arts. 7º, inciso XII, e 13 da Lei Magna, inclusive estabelecendo o direito à percepção do salário-família para os servidores que percebessem até R$ 360,00. Salienta, finalmente, que, como o impetrante percebia quantia superior ao teto fixado pela EC nº 20/98, não tem direito ao mesmo, motivo por que deve ser denegada a ordem.

O ínclito Promotor Dr. Edvaldo Costa Pereira Júnior opinou pela concessão da ordem (fls. 38/44).

Em seguida, foi prolatada a sentença, que concedeu a ordem para "*compelir a Câmara Municipal de Ouro Preto a efetuar o pagamento do adicional correspondente a 21% dos vencimentos do impetrante, em folha de pagamento desde a suspensão*", ficando sujeita ao reexame necessário (sentença de fl. 46 *usque* 50, prolatada pelo eficiente Magistrado Dr. Magid Nauef Láuar).

Inconformado, Geraldo Carneiro Teixeira interpôs recurso de apelação, almejando a reforma do julgado. Sustenta, em suas razões de apelação, que: a) o salário mensal percebido pelo impetrante é superior a R$ 360,00; b) até que sobrevenha lei disciplinando a

matéria, deve prevalecer o limite de R$ 360,00 previsto no art. 13 da Emenda nº 20/98; c) somente após o advento de nova lei é que se poderá aferir o direito ou não à percepção desse benefício; d) não há de se falar em direito adquirido e nem em pagamento de tais benefícios a quem percebe renda bruta mensal superior a R$ 360,00 (fls. 53/55).

O Ministério Público de segundo grau, em parecer da lavra do culto Procurador de Justiça, Dr. Luiz Fernando Dalle Varela, recomenda, no reexame necessário, a reforma parcial da sentença, prejudicado o recurso voluntário (fls. 62/69).

É, em síntese, o relatório.

Passa-se à decisão.

Ab initio, é oportuno observar, quanto ao recurso voluntário, que não se acha presente o requisito da legitimidade recursal. A propósito, tem legitimidade para recorrer a pessoa jurídica de direito público afetada pela concessão do *writ*, e não a autoridade apontada como coatora, tal como ocorrido na espécie *sub examinem*.

Ora, verifica-se (fls. 52/53) que o recurso voluntário foi interposto em nome de Geraldo Carneiro Teixeira - a autoridade apontada como coatora, que não possui legitimidade para recorrer, em nome próprio, contra a sentença concessiva da segurança.

Neste sentido, anote-se:

"*O coator é notificado para prestar informações. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do* mandamus. *A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada*" (*RTJ*, 105/404 e *RDA*, 150/162). Idem: *RTJ*, 114/1225; STF-*RT*, 600/243; *RTFR*, 144/345; TFR-*RDA*, 155/100; TJSP-*RJTJESP*, 89/196.

Apesar da imperfeição técnica, conhece-se do recurso voluntário.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se também da remessa obrigatória.

Como relatado, o cerne da controvérsia está calcado na existência ou não de direito líquido e certo do apelado de continuar a auferir salário-família, nos termos do Decreto-lei Municipal nº 19/46, *mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98*, que alterou os artigos 7º, inciso XII, e 13 da *Lex Major*.

Nota-se do acervo instrutório destes autos que, *através do ato nº 09/98, de 26 de fevereiro de 1998*, o apelado, Rubens Luiz Belloni, servidor público municipal, *teve concedida sua aposentadoria* por tempo de serviço, nos termos do art. 185 do Estatuto dos Funcionários Municipais.

Ora, de acordo com o Enunciado da Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal, a aposentadoria se rege pela lei vigente à época, *e, assim, aqueles que já tiveram incorporada alguma vantagem ao seu patrimônio devem continuar a auferi-la*, sendo esse o direito líquido e certo a que fazem jus.

Registre-se, por oportuno, que a Emenda Constitucional nº 20 entrou em vigor na data de 16.12.1998, sendo, portanto, *posterior à data da aposentadoria do apelado*. Assim, não resta dúvida de que a lei vigente àquela época (a da aposentadoria) era o Decreto-lei Municipal nº 19/46, que, em seu artigo VI, previa, expressamente, que, "*para efeitos de aposentadoria, computar-se-ão adicionais que o servidor estiver percebendo em virtude deste decreto-lei*".

Registre-se, mais, que os documentos de fls. 16, 18 e 20 comprovam que o apelado teve deferido o seu pedido atinente ao pagamento do salário-família de 7% para cada dependente, nos termos do citado Decreto-lei nº 19/46, *e, portanto, deve continuar a percebê-lo*, em seus proventos de inatividade, como bem observado na sentença objurgada.

Entretanto, o *decisum* está a merecer pequeno reparo, pois a Lei nº 5.021/66 estabelece, em seu artigo 1º, que "*o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença, (...) e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial*", que, no caso *sub examinem*, é o dia 10.11.1999.

Quanto ao pagamento dos atrasados, ou seja, da suspensão havida em 01.08.99 até 10.11.99 (data do ajuizamento da ação), prescreve o artigo 1º, § 2º, da Lei nº 5.021/66, que "*...a sentença que implicar pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (arts. 906 e 908 do CPC), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal*" (note-se, antiga Constituição Federal).

Ora, com o advento da Lei nº 8.898, de 29/06/94, não há mais liquidação por cálculo do contador, e, portanto, a apuração do *quantum* relativo aos atrasados deverá ser feita pelo processo previsto no atual artigo 604 da Lei Instrumentária Civil, que assim dispõe, *verbis*:

"*Art. 604. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória de cálculo discriminada e atualizada do cálculo*".

Sobreleva acrescer que deverá ser respeitado, ainda, o disposto no artigo 100 da atual Constituição Federal, ou seja, por se tratar de crédito pretérito, proceder-se-á, após a apuração do *quantum debeatur*, à expedição do respectivo precatório.

À luz do exposto, em reexame necessário, reforma-se, em parte, a sentença verberada, para determinar que o pagamento dos atrasados, ou seja, dos adicionais (salário-família) atinentes ao período de 01.08.99 a 10.11.99, seja procedido de conformidade com o disposto no art. 604 da Lei Instrumentária Civil, prosseguindo-se, em seguida, na forma do artigo 100 da

atual Constituição Federal. Fica, quanto ao mais, mantida a v. sentença verberada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR, QUE, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMA A SENTENÇA EM PARTE.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 21.02.2002, a meu pedido como Revisor, após votar o Relator, que, em reexame necessário, reformava a sentença em parte.

Meu voto é o seguinte:

Reexaminei os autos e espanquei a dúvida que me foi acometida à última hora e verifiquei que, na verdade, o escorreito voto do eminente Relator está a merecer a minha modesta adesão.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo com o Relator.

Súmula - REFORMARAM EM PARTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

TRIBUTO - PAGAMENTO - RETENÇÃO DE VEÍCULO - AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO - ILEGALIDADE

- A apreensão de veículo pela administração fazendária só se justifica até a lavratura do auto de infração, procedimento pelo qual promove a identificação do ilícito tributário praticado pelo sujeito passivo, revelando-se arbitrária, a partir de então, a sua subsistência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 197.917-8/00 - Comarca de Além Paraíba - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Tributário - Retenção de veículo lavrado o auto de infração - Ilegalidade. - A apreensão pela administração fazendária só se justifica até a lavratura do auto de infração, procedimento pelo qual promove a identificação do ilícito tributário praticado pelo sujeito passivo, revelando-se arbitrária, a partir de então, a sua subsistência.

ACÓRDÃO

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

conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2002. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Estando a decisão concessiva em mandado de segurança sujeita ao duplo grau de jurisdição, a teor do que estabelece o art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, conheço da remessa necessária. Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço também do recurso voluntário.

Não se pode compreender, como integrante das garantias e privilégios conferidos à Fazenda Pública para reclamar o pagamento dos tributos inseridos em sua competência, a prerrogativa de reter indefinidamente veículo que transporta mercadoria, até a quitação do crédito tributário, constatado por força da atividade fiscalizatória.

A apreensão de veículo, pela administração fazendária, só se justifica até a lavratura do auto de infração, procedimento pelo qual promove a identificação do ilícito tributário praticado pelo sujeito passivo, revelando-se arbitrária, a partir de então, a sua subsistência.

A arbitrariedade do Fisco não está, portanto, na formalização dos procedimentos administrativos cabíveis para a apuração de infração de índole tributária, mas na retenção do caminhão, após concretizadas as medidas que a lei lhe defere, como forma de coagir o contribuinte a recolher o tributo.

Não se pretende afirmar, com essa assertiva, que a Fazenda Pública se encontra desamparada de meios indispensáveis à concretização da competência a ela atribuída de criar tributos, porque dispõe de formas próprias para a cobrança dos créditos tributários, disciplinados pela legislação ordinária.

Com tais considerações, mantenho a sentença, em reexame necessário.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

MONITÓRIA - PROCEDIMENTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 730 DO CPC

- Incabível o procedimento monitório contra a Fazenda Pública, seja federal, estadual ou municipal, em face do disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil, que estabelece regra especial para a execução por quantia certa movida contra a Fazenda Pública, não sendo possível a expedição de ordem de pagamento contra a mesma, nem a penhora de seus bens, devendo haver processo de conhecimento puro como sentença em duplo grau de jurisdição para pagamento por meio de ofício requisitório e por meio de dotação orçamentária.

- V.v.: - Não se deve confundir ação monitória com execução. Esta leva rito especial, no caso da Fazenda Pública. Mas a ação monitória não é incompatível com esse rito especial. Outrossim, expedido o mandado para pagamento da Fazenda Pública, da falta de pagamento segue a execução no procedimento específico. Não existe também incompatibilidade entre o duplo grau de jurisdição e a expedição do mandado, bastando que se aguarde o duplo grau. (*Des. Almeida Melo*)

EMBARGOS INFRIGENTES Nº 201.888-5/01 (na Apelação Cível nº 201.888-5/00) - Comarca de Pratápolis - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Processo Civil - Ação monitória - Procedimento contra o Poder Público - Inadmissibilidade - Fazenda Pública que goza do direito à execução especial - Inteligência do art. 730 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR OS EMBARGOS, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2001. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi - Conforme se depreende dos autos, trata-se de ação monitória ajuizada contra pessoa jurídica de direito público interno, qual seja, o Município de Pratápolis.

A respeito do aludido tema já tive oportunidade de manifestar meu entendimento, como por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 127.017/2, de Monte Carmelo, bem como da Apelação Cível nº 140.333/6, da Comarca de Santa Vitória, e dos Embargos Infringentes nº 162.325-5/01, de Pouso Alegre, onde observei que:

"Seguindo entendimento perfilhado pela doutrina, entendo incabível o procedimento monitório contra a Fazenda Pública, seja Federal, Estadual ou Municipal, em face do disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil, que estabelece regra especial para a execução por quantia certa movida contra a Fazenda Pública.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, em seu livro intitulado Ação Monitória, *Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 66, afirma que:*

'A ação monitória, diante dessa orientação, seria então o remédio indicado para que o credor, portador de título extrajudicial, pudesse obter, em espaço temporal abreviado, título judicial contra a Fazenda, não fosse o disposto no art. 730 do Código de Processo Civil.

É que o procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se amolda, de modo algum, às particularidades que conotam o da ação ora examinada. Destarte, seria realmente impraticável admitir-se a emissão de uma ordem de pagamento, exarada no bojo do procedimento monitório, dirigida à Fazenda Pública. Basta atentar-se para a regra do inciso II do apontado dispositivo, impositiva do 'pagamento na ordem de apresentação do precatório', para concluir-se pela inadmissibilidade da ação monitória em face da Fazenda Pública. A inadequação desse meio processual, no caso de crédito de quantia certa, resulta flagrante'.

O mesmo entendimento é verificado no magistério de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, em seu livro Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro:

'Ao se omitir na apresentação de embargos, o devedor provoca a criação de título, o que equivale dizer que tal ato tem efeitos análogos ao reconhecimento de pedido no processo de conhecimento. Em conseqüência, pessoas jurídicas de direito público, cujos representantes não tenham poder de transacionar, não podem figurar no pólo passivo da relação processual no procedimento monitório, devendo dizer o mesmo com relação aos incapazes não autorizados' (Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro, *Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1996, p. 47).*

Por fim, o douto processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a respeito de ação monitória contra a Fazenda Pública, observa que:

'Admite-se, na Itália, o manejo do procedimento injuntivo contra a Administração Pública, como, por exemplo, na pretensão de repetição de indébito tributário.

Pensamos que a orientação em tela não pode ser transplantada para o Direito brasileiro, em face das características de nosso regime de execução contra a Fazenda Pública, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória (CF, art. 100), o que não existiria, no caso de ação monitória não embargada. Além do mais, a Fazenda Pública tem a garantia do duplo

grau de jurisdição obrigatório, a ser aplicado em qualquer sentença que lhe seja adversa (CPC, art. 475, II) e a revelia não produz contra ela o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (art. 320, inc. II). Com todos esses mecanismos de tutela processual conferidos ao Poder Público, quando demandado em juízo de acertamento, torna-se realmente inviável, entre nós, a aplicação da ação monitória contra a Administração Pública. Seu único efeito, diante da impossibilidade de penhora sobre o patrimônio público, seria o de dispensar o processo de conhecimento para reconhecer-se por preclusão o direito do autor, independentemente de sentença. Acontece que a Fazenda não se sujeita a precatório sem prévia sentença, e contra ela não prevalece a confissão ficta deduzida da revelia. Assim, nada se aproveitaria do procedimento monitório, na espécie. Forçosamente, o processo teria de prosseguir, de forma ordinária, até a sentença de condenação' (As Inovações no Código de Processo Civil, *6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 80-81).*

Nesse sentido vem se posicionando a jurisprudência pátria, tendo em vista que a questão é ainda recente - a ação monitória foi introduzida em nosso Direito pela Lei nº 9.079, de 14.7.95 - conforme se depreende dos julgados abaixo transcritos:

'Ação monitória - Procedimento contra a Fazenda Pública - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 730 do CPC. - Face ao preceituado no art. 730 do CPC, a Fazenda Pública tem direito a execução especial, não lhe alcançando as normas previstas para as execuções comuns, sendo vedada a penhora de bens seus, a avaliação desses bens e o respectivo praceamento. Além do que é essencial, para a formação de título sentencial contra os entes públicos, a obediência ao duplo grau de jurisdição. Mutatis mutandis, *se assim é, indevido faz-se expedir em detrimento das pessoas jurídicas de direito público mandado para que, no prazo de 24 horas, paguem elas os valores reclamados, como é da essência da ação monitória. Nesse contexto, então, de todo inviável é o manejamento contra as Fazendas Públicas, de ação monitória, objetivando a formação de título executivo' (Ap. 96.001.214-1 - Primeira Câm. do TJSC - j. 10.09.1996 - Rel. Des. Trindade dos Santos* - RT, *738/405).*

'Direito Processual Civil - Ação monitória contra a Fazenda Pública - Inadequação desse meio processual para solver a lide - Petição inicial indeferida, liminarmente - Sentença mantida - Apelo do autor não provido. Descabe a ação monitória contra a Fazenda Pública, contra a qual não se admite ordem para pagamento, como não se admite penhora e deve haver título sentencial, com duplo grau de jurisdição para pagamento por meio de ofício requisitório e por meio de dotação orçamentária' (Acórdão 14.153, em Apelação Cível - Segunda Câm. do TJPR - pub. em 17.11.1997 - Rel. Des. Ronald Accioly - JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva *nº 12).*

Destarte, contra a Fazenda Pública, em que nível for, entendo incabível o procedimento monitório, por não ser possível a expedição de ordem de pagamento contra a mesma, nem a penhora de seus bens, devendo, pois, haver processo de conhecimento puro, com sentença em duplo grau de jurisdição e execução, nos moldes do art. 100 da Constituição Federal e do art. 730 do CPC".

Nesta conformidade, coerente com minhas manifestações anteriores, rejeito os embargos infringentes.

O Sr. Des. Carreira Machado - Também rejeito os embargos.

O Sr. Des. Almeida Melo - Entendo que não se deve confundir ação monitória com execução. Esta leva rito especial, no caso da Fazenda Pública. Mas, a ação monitória não é incompatível com esse rito especial.

Como bem salientado pelo voto do em. Desembargador Cláudio Costa, citado na petição dos embargos infringentes, expedido o mandado para o pagamento da Fazenda Pública, da falta de pagamento segue a execução no procedimento específico. Não existe também incompatibilidade entre o duplo grau de jurisdição e a expedição do mandado, bastando que se aguarde o duplo grau.

Data venia, acolho os embargos infringentes, dou provimento à apelação, casso a sentença e determino o prosseguimento da ação monitória.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Trata-se de embargos infringentes manifestados por Copave-Comércio Paraíso de Veículos Ltda. em face do v. acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 201.888-5/00, da Comarca de Pratápolis - sendo apelante a ora embargante e apelado o Município de Pratápolis, cuja decisão, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, vencido o Primeiro Vogal.

Com apoio no d. voto minoritário, da lavra do em. Des. Almeida Melo, o embargante procura a reforma do v. aresto, em razões de fls. 74/78-TJ, invocando lições doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de que, a final, seja cassada a r. sentença monocrática, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos de direito, posto que pretende propor ação monitória contra a Fazenda Pública, cuja execução será processada na forma dos arts. 730 e 731 da Lei Instrumental.

Conquanto regularmente intimado, o recorrido deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe fora assinado, *ut* certidão de fl. 85-TJ.

Processamento regular.

É o breve relato.

Conheço dos embargos infringentes, aos seus pressupostos.

À fundamentação de meu voto.

Quando do julgamento do recurso de apelação, proferi a seguinte declaração de voto:

"Sr. Presidente. Ouso divergir do em. Primeiro Vogal posto que, a meu ver e sentir, descabe ação monitória contra a Fazenda Pública, sendo que tal inadmissibilidade encontra respaldo no art. 730 da lei instrumental.

Consigne-se que a Fazenda Pública tem direito à execução especial, não a alcançando as normas previstas para execuções comuns, sendo vedada a penhora de seus bens, a avaliação dos mesmos e o respectivo praceamento.

Além disso, na formação do título sentencial contra ente público, como é a hipótese da Fazenda Pública, obedece-se ao duplo grau de jurisdição.

Com essas considerações, acompanho o Relator e nego provimento ao recurso".

Nada tenho a acrescentar à declaração de voto retroexposta, em que pesem aos bem-lançados argumentos contidos nos embargos em apreço.

Nesta conformidade, nego provimento aos presentes embargos infringentes e, como corolário, mantenho o v. acórdão hostilizado, que negou provimento ao recurso de apelação. É o voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Assinale-se que o v. acórdão não está a merecer reparo, porque as ações monitórias não podem ter no pólo passivo a Administração Pública.

A respeito, assim se posiciona o conceituado processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"... em face das características de nosso regime de execução contra a Fazenda Pública, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória *(CF, art. 100),* o que não existiria, no caso de ação monitória não embargada. *Além do mais, a Fazenda Pública tem a garantia do duplo grau de jurisdição obrigatório, a ser aplicado em qualquer sentença que lhe seja adversa (CPC, art. 475, inc. II) e a revelia não produz contra ela o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (CPC, art. 320, inc. II). Com todos estes mecanismos de tutela processual conferidos ao Poder Público quando demandado em juízo de acertamento,* torna-se realmente inviável, entre nós, a aplicação da ação monitória contra a Administração Pública. *Seu único efeito, diante da impossibilidade de penhora sobre o patrimônio público, seria o de dispensar o processo de conhecimento para reconhecer-se por preclusão o direito do autor, independentemente de sentença. Acontece que a Fazenda Pública não se sujeita a precatório sem prévia sentença, e contra ela não prevalece a confissão ficta deduzida da revelia. Assim, nada se aproveitaria do procedimento monitório, na espécie. Forçosamente, o processo teria de prosseguir, de forma ordinária, até a sentença de condenação. Além disso, e o que é mais importante, a citação no procedimento monitório é uma ordem de pagamento e não um chamado para se defender, o que é incompatível com o tipo de ação cabível contra o Poder Público, em face de quem a exigência de pagamento só é possível dentro do mecanismo do precatório"* (*Curso de Direito Processual Civil*, v. III, Ed. Forense, 14ª edição, 1996, p. 379/380).

Em suma, a ação monitória é o procedimento simplificado para que o portador de um título extrajudicial obtenha, em curto espaço de tempo, um título judicial. Todavia, em decorrência de certas peculiaridades da referida ação, não poderia ser ela ajuizada contra a Fazenda Pública, pois não se admitiria a emissão da ordem de pagamento preliminar, preconizada no artigo 1.102b do CPC, eis que é taxativa a determinação do artigo 730, II, do CPC, no sentido de que, no processo executivo contra a Fazenda Pública, *"far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório..."*.

O artigo 100 da Constituição Federal traça normas sobre observância da ordem dos precatórios judiciais, de forma que se apresenta *manifesta a inadequação desse meio processual para a obtenção do título judicial contra a Fazenda Pública.*

À luz do exposto, hei por bem acompanhar o ilustre Relator Desembargador Bady Curi, rejeitando os embargos.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

-:::-

PREFEITO - CONTAS - JULGAMENTO PELA CÂMARA MUNICIPAL - FUNDAMENTAÇÃO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - OBSERVÂNCIA

- O julgamento das contas do prefeito pela câmara municipal há de ser fundamentado e deve observar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

- V.v.: - A aprovação ou rejeição das contas municipais pelas câmaras de vereadores não está sujeita aos princípios regedores do processo administrativo ou judicial, visto que se trata de ato decorrente do poder de fiscalização, no qual não há elemento contencioso a justificar a aplicação das garantias da ampla defesa e do contraditório. *(Des. Bady Curi)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 202.297-8/00 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Relator para o acórdão: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Contas públicas do prefeito - Julgamento pela Câmara Municipal - Ampla defesa - Contraditório - Fudamentação. - O julgamento das contas do prefeito pela Câmara Municipal há de ser fundamentado e observar a ampla defesa e o contraditório.

- V.v.: Prefeito Municipal - Prestação de contas - Rejeição pela Câmara Municipal - Processo Legislativo

- Não-incidência, na hipótese, dos princípios da ampla defesa e do contraditório - Defesa, ademais, que deve ser desenvolvida perante o Tribunal de Contas - Cerceamento de defesa inocorrente - Ação improcedente - Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 20 de dezembro de 2001. - *Carreira Machado* - Relator para o acórdão. - *Bady Curi* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi - Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação ajuizada por Ari Lucas de Paula Santos contra r. sentença que, nos autos da ação ordinária proposta em face do Município de Guiricema e da Câmara Municipal, julgou improcedente o pedido requerido com fincas a desconstituir os julgamentos das contas municipais dos anos de 1989, 1990, 1991 e 1992, bem como a declaração da regularidade das mesmas.

Concluiu o ilustre Sentenciante que o próprio requerente reconhece que o julgamento legislativo aconteceu de maneira regular, sendo descabido o argumento de falta de devido processo legal, porque, como se sabe, não se trata de acusação, nem mesmo de litígio, mas de julgamento político realizado pela Câmara Municipal, tendo o autor tomado conhecimento das medidas legais visando ao exame de suas contas.

Irresignado, argúi o recorrente, em preliminar, a nulidade da decisão, por não ter examinado todas as questões postas por ele na exordial. No mérito, entende terem sido desrespeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que suas contas foram aprovadas pela Câmara, sendo que, por não ter alcançado o *quorum* qualificado de 2/3, prevaleceu o parecer do Tribunal de Contas.

Data venia, sem razão o recorrente.

A preliminar de nulidade da decisão por ausência do exame de questões trazidas na inicial não procede.

Ao contrário do alegado, as questões foram analisadas na sua integralidade, mesmo porque é pacífica a jurisprudência no sentido de que:

"*O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos*" (*RJTJESP*, 115/207).

"*É entendimento assente de nossa jurisprudência que o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio*" (STJ-1ª Turma, AI 169.073-SP, AgReg, Rel. Min. José Delgado, j. em 4.6.98, negaram provimento, v.u., *DJU* de 17.8.98, p. 44).

Razão pela qual rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, verifica-se que o inconformismo do autor/apelante diz respeito ao que considera cerceamento de defesa e ausência do contraditório no julgamento legislativo das contas, realizado pela Câmara Municipal.

Sobre a questão de fundos, esta não é nova, tendo já me manifestado a respeito por diversas vezes, como nos julgamentos das Apelações Cíveis 136.192-2, 132.766-7, 131.207-3, 127.770-6, dentre outros, onde acompanhei o voto proferido pelo eminente Desembargador Corrêa de Marins, quando do julgamento da Apelação Cível nº 98.395-7, da Comarca de Paraisópolis, no sentido de que:

"*A Câmara Municipal aprecia as contas do Chefe do Executivo, nos termos do art. 31 da Constituição da República, cuidando-se de atribuição fiscalizadora, controle externo da execução orçamentária.*

Ao apreciá-las, a Câmara Municipal delibera *e emite decreto de aprovação ou de rejeição de contas.*

Não há julgamento do Prefeito, mas deliberação legislativa sobre a exata ou inexata execução orçamentária".

Sustentou, ainda, que, *verbis*:

"*Em conseqüência da rejeição, desdobramentos podem surgir, tais como, responsabilização civil, criminal, administrativa ou política do Prefeito. Se instaurado processo de responsabilidade, em qualquer das áreas mencionadas, haverá aí - e somente aí - assegurado o amplo direito de defesa*".

Afirmando, mais, aquele eminente Desembargador que:

"*No julgamento das contas do prefeito pela Câmara, não prevêem as normas a oportunidade de defesa ao administrador, uma vez que esta é exercida junto ao Tribunal de Contas e à edilidade cabe tão-somente aprovar ou não o parecer da referida Corte, obedecendo, para tal, às normas regimentais pertinentes, o que, no caso, ocorreu*".

E concluindo:

"*... decidiu o Juiz o pedido no limite do que lhe cabia e o fez na conformidade da prova dos autos, inexistindo, assim, qualquer nulidade a ser declarada*".

Sobre a espécie devo ressalvar que não cabe alegar possível cerceamento de defesa quando do procedi-

mento realizado perante o Tribunal de Contas, se esta deixou de ser apropriadamente apresentada pelo próprio requerente.

Além disso, como bem salientado naquele julgamento, ao Poder Judiciário está reservado o exame apenas sob o aspecto formal da sistemática do julgamento pela Câmara dos Vereadores, não lhe sendo permitido entrar na avaliação das questões relativas ao mérito das contas, matéria que é de competência exclusiva do Poder Legislativo municipal.

A Câmara de Vereadores, ao aprovar ou rejeitar as contas da Administração, está praticando, no uso de sua competência constitucional, um ato político, sendo vedado ao Poder Judiciário adentrar no conteúdo e valorar o motivo dos atos políticos efetivados pelo Legislativo, que só fez aplicar a norma constitucional.

E, mais uma vez, justamente por tratar-se de processo legislativo, tem-se como inadequada, imprópria ou incabível a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, na forma estabelecida no art. 5º, LV, da Constituição Federal. A defesa, *in casu*, há de ser efetivada no procedimento levado a efeito pelo Tribunal de Contas, não quando do julgamento pela Câmara Municipal, delineando-se aquela Corte como o campo adequado para o seu exercício.

Leciona o mestre HELY LOPES MEIRELLES (in *Direito Municipal Brasileiro*, RT, 5ª ed., p. 509) que:

"*As contas já chegarão à Edilidade com o parecer do tribunal ou do órgão equivalente, facilitando, assim a apreciação e julgamento do Plenário, que após a votação na forma regimental consubstanciará a deliberação concernente às do Prefeito em decreto legislativo, e às do Presidente da Mesa em resolução. Para este julgamento a Câmara poderá ouvir previamente os seus órgãos internos, a fim de esclarecer os vereadores sobre as contas apresentadas e respectivo parecer do Tribunal ou órgão equivalente, mas não se nos afigura possível qualquer diligência externa, pois àquela altura já está encerrada a fase instrutória do processo, realizada pelo próprio Tribunal de Contas. A admitir-se novas diligências ou inspeções, ficaria superada a apreciação prévia do órgão estadual e, conseqüentemente invalidado o parecer instituído pela Constituição, como ato final da instrução, e antes do qual o prestador das contas deve ter oportunidade de defesa sobre os pontos impugnados*".

Como se vê, a aprovação ou rejeição das contas municipais pelas Câmaras de Vereadores não está sujeita aos princípios regedores do processo administrativo ou judicial, posto que se trata de ato decorrente do poder de fiscalização, no qual não há elemento contencioso a justificar a aplicação das garantias tidas como essenciais pelo recorrente.

Sobre o tema, a Apelação Cível nº 33.573/7, publicada no *MG* de 04.10.95, tendo como Relator para o acórdão o eminente Desembargador Lúcio Urbano:

"*Anulação de ato da câmara municipal - LC 64 - Rejeição de contas de prefeito - Decisão da Câmara Municipal - Falta de fundamentação - Art. 31 da CF - Controle externo da execução orçamentária - Inexistência de julgamento de prefeito - Função afeta ao Poder Judiciário. - De acordo com o art. 31 da CF, a Câmara Municipal somente aprecia as contas do Chefe do Executivo, deliberando e emitindo decreto de aprovação ou de rejeição de contas, pois se trata de atribuição fiscalizadora e controle externo da execução orçamentária; não há julgamento do Prefeito, com condenação e imposição de sanções penais, uma vez que a função de julgar está afeta ao Poder Judiciário*".

No mesmo sentido:

"*Prefeito Municipal. Prestação de contas. Rejeição pela Câmara Municipal. Processo Legislativo. Não-incidência, na hipótese, dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Defesa, ademais que deve ser desenvolvida perante o Tribunal de Contas. Cerceamento de defesa inocorrente. Ação improcedente. Recurso não provido*" (TJESP. Ap. Cív. 215.133-1. Rel. Des. Marcus Andrade. *JTJ*, 162/106).

E mais:

"*O douto* decisum *não merece qualquer censura. O autor não poderia mesmo pretender que o Judiciário se investisse em atribuições que a Constituição Estadual fixa à Câmara Municipal. Demais disso, há o aspecto técnico do levantamento contábil, já com parecer desfavorável do Tribunal de Contas, e que só mediante perícia poderia ser julgado pelo Poder Judiciário*" (Ap. Cív. 7.349/4, Rel. Des. Alves de Melo - fls. 158-TJ).

"*Ao Judiciário falece competência para examinar merecimento de prestação de contas, tarefa que, constitucionalmente, cabe ao Poder Legislativo.*

À Câmara de Vereadores é que compete dizer se as contas estão boas ou não estão boas, se estão bem prestadas ou não estão bem prestadas. O Judiciário apenas faz o controle do aspecto formal, como salientou o Relator, baseado na precisa e conspícua lição de Hely Lopes Meirelles" (Ap. Cív. 42.199-0, Des. Lúcio Urbano, fls. 188/9).

Não se há como descurar, também, que a pretensão do recorrente em ver declarada a regularidade das contas é uma forma de obter a aprovação das mesmas pelo Poder Judiciário, em substituição ao Tribunal de Contas e ao Poder Legislativo, o que lhe é vedado, exatamente em função do princípio constitucional da separação e independência dos Poderes.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR APÓS VOTAR O RELATOR NEGANDO PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 13.12.2001, a pedido do Revisor, após o meu voto como Relator negando provimento.

Com a palavra o Des. Carreira Machado.

O Sr. Des. Carreira Machado - O ponto controvertido sobre o qual as partes se debateram é a exigência ou não em se observar a ampla defesa e o contraditório nos julgamentos de contas públicas realizados pelo Legislativo.

A fiscalização em que consiste o julgamento das contas públicas é uma forma de controle externo da Administração Pública pelo Poder Legislativo. O art. 180 da Constituição Estadual dispõe que "*a Câmara Municipal julgará as contas do Prefeito, mediante parecer prévio do Tribunal de Contas (...)*".

Não se trata, pois, de julgamento meramente político, na medida em que as conseqüências de tal ato importam em possibilidade de restrição a direitos fundamentais, o que por si só reclama obrigatoriamente o direito à ampla defesa e ao contraditório, a fim de se possibilitar a irrestrita demonstração dos fatos, tendente à busca e ao conhecimento da verdade real.

Ainda mais, tal decisão há de ser fundamentada, para oferecer àquele que suporta as suas conseqüências a possibilidade de ciência sobre aquilo que fora decidido, a fim de que exerça o amplo direito de defesa.

Os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da motivação estão insculpidos nos arts. 5º, LV, e 93, IX e X, da Constituição da República, encontrando na jurisprudência íntegra incidência de casos análogos em relação ao aqui tratado, *verbis*:

"*A deliberação da Câmara Municipal rejeitando as contas do Prefeito deve ser formalizada em resolução promulgada e publicada pelo Presidente da Câmara, constando os motivos da rejeição*" (TJSP, *RT*, 386/154).

"*Julgamento de contas municipais. Desobediência ao contraditório e ampla defesa. Ausência de fundamentação do ato da Câmara Municipal*" (TJMG, Apelação Cível nº 44.430/7, *DJ* de 29.12.95).

Portanto, o julgamento das contas do Prefeito pela Câmara Municipal há de ser fundamentado e observar a ampla defesa e o contraditório.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso, para desconstituir os julgamentos das contas municipais dos anos de 1989, 1990, 1991 e 1992, invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Almeida Melo - O parecer do Tribunal de Contas não tem força vinculativa, para impor a adoção de sua conclusão ao Poder Legislativo municipal, no exercício do controle externo do Município, tratando-se de parecer que pode ser rejeitado por dois terços dos membros da Câmara Municipal (art. 31, § 2º, da Constituição Federal). Essa rejeição dá-se mediante ato formalmente político e materialmente jurisdicional, requerendo fundamentação sólida.

No curso do julgamento, podem ser requeridas provas visando a esclarecer que houve equívoco no parecer, que, geralmente, é conferido por uma das Câmaras do colendo Tribunal de Contas, não existindo, naquele Tribunal, a instância recursal, que é inerente a todo ato jurisdicional ou quase jurisdicional, como o parecer prévio, que se destina a ser encampado pelo julgamento da Câmara.

Logo, seria terrível que não pudesse existir a dilação probatória na Câmara e eventual prejuízo não seria saneado, tendo em vista a impossibilidade de o Judiciário reapreciar os fatos, o mérito.

Ressalto que incumbe ao Judiciário apreciar se o ato administrativo praticado, ainda que *interna corporis*, atendeu às prescrições constitucionais.

A Terceira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça decidiu:

"*Compete ao Poder Legislativo municipal o julgamento das contas prestadas pelo Prefeito. Ao Judiciário, dentro da atual sistemática constitucional, só é cabível a verificação das irregularidades de natureza procedimental ocorridas no julgamento das contas. Tal exame, restrito aos aspectos formais ou procedimentais do julgamento, não constitui invasão da competência do Legislativo, que, por atuar,* in casu, *como órgão julgador, deve respeitar as prescrições constitucionais relativas à garantia do contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões*" ("*Jurisprudência Mineira*" nº 139/140, p. 231).

Tratando-se de atividade de julgamento, a cientificação do apelante para exercer a sua defesa era imperiosa, em apreço aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (Constituição da República, art. 5º, LIV e LV).

A defesa compreende, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal (*due process of law*). É um princípio universal nos Estados de Direito, que não admite postergação nem restrições na sua aplicação (*Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª edição, São Paulo, Malheiros, 1993. p. 589/590).

Os atos do Legislativo, que rejeitaram as contas do apelante, segundo os elementos dos autos, não foram precedidos do contraditório e da ampla defesa, bem como não estão devidamente fundamentados. Neles não se encontram expostos os motivos que ensejaram a rejeição das contas dos exercícios indicados no pedido inicial. Não tendo os vereadores indicado os pressupostos de fato e os preceitos jurídicos cuja aplicação ocasionou a rejeição das referidas contas, os atos impugnados não podem ser considerados válidos.

A possibilidade de o agente político justificar, administrativamente, as irregularidades detectadas pelo Tribunal de Contas, por ocasião do exame das contas prestadas, não afasta o dever de se lhe propiciar o exercício do direito de defesa e do contraditório quando da apreciação procedida pelo Poder Legislativo, o qual, como dito, desenvolve atividade de julgamento.

No julgamento da Apelação Cível nº 44.430-7, em 26 de outubro de 1995, o em. Des. Alves de Melo, como Relator, mencionou que o art. 53, § 5º, da Lei Complementar nº 33/94, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas de Minas Gerais, determina que as contas de Prefeito Municipal se procedam da forma como se apreciam as contas de Governador e ex-Governador. Mencionou, assim, que tinha razão a apelada, Câmara Municipal de Brumadinho, quando afirma que há possibilidade de defesa na fase de emissão de pronunciamento técnico, pelo Tribunal de Contas, em face do disposto no art. 52. É recomendável que os administradores públicos promovam sua defesa, nessa fase, a fim de viabilizarem o pronunciamento favorável do Tribunal, uma vez que somente por votação de 2/3 dos membros do Legislativo é que se rejeita o parecer prévio do Tribunal. Concluiu o Relator que, sendo o julgamento das contas ato da Câmara, nele são aplicáveis o contraditório e ampla defesa, devendo a decisão ser fundamentada, ainda que não com fulcro no art. 93, IX, da Constituição Federal, mas nos termos do art. 13, § 2º, da Constituição do Estado, pelo qual todo ato administrativo praticado no Estado de Minas Gerais deve ser explicitado quanto ao fundamento legal, ao fático e à finalidade.

O em. Des. Vaz de Mello, Revisor, reportou-se ao parecer da Dra. Ana Ivanete dos Santos para considerar que devia ser restaurado ao impetrante seu direito de ampla defesa na qual foi cerceado com a negativa ao seu pedido formal de vista sob a alegação de ser pessoa estranha ao processo de votação de suas contas.

Do parecer da DD. Procuradora de Justiça cito os seguintes trechos:

"Se o julgamento no aprovar ou rejeitar as contas que o Prefeito anualmente tem de prestar é ato de deliberação da Câmara Municipal, aplicável o preceito constitucional supra-mencionado, combinado com o do art. 93, IX e X, da CR, como dos artigos 4º, § 4º; 13, § 2º, da Constituição Mineira.

Acresce-se o fato de que a ré deixou de motivar seu julgamento, sendo que, tanto o contraditório, a amplitude da defesa (art. 5º, LIV e LV, CR), quanto a motivação do julgamento são exigências constitucionais irrenunciáveis".

A decisão de nossa Câmara foi unânime, naquela oportunidade, traduzindo a melhor expressão do direito constitucional ao contraditório e ampla defesa, em minha opinião, por não se exigi-los apenas no processo judiciário, mas no administrativo e até no político.

Nesse sentido, recente julgado do Supremo Tribunal Federal:

"Prefeito Municipal. Contas rejeitadas pela Câmara de Vereadores. Alegada ofensa ao princípio do direito de defesa (inc. LV do art. 5º da CF).

- Sendo o julgamento das contas do recorrente, como ex-Chefe do Executivo Municipal, realizado pela Câmara de Vereadores mediante parecer prévio do Tribunal de Contas, que poderá deixar de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Casa Legislativa (arts. 31, § 1º, e 71 c/c o 75 da CF), é fora de dúvida que, no presente caso, em que o parecer foi pela rejeição das contas, não poderia ele, em face da norma constitucional sob referência, ter sido aprovado, sem que se houvesse propiciado ao interessado a oportunidade de opor-se ao referido pronunciamento técnico, de maneira ampla, perante o órgão legislativo, com vista a sua almejada reversão.

- Recurso conhecido e provido" (Recurso Extraordinário nº 261.885-3/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, decisão unânime, *DJ* de 16.03.2001, p. 102).

A ausência de fundamentação do ato que reprovou as contas do apelante impede o conhecimento das razões da edilidade de Guiricema para adotar os pareceres do Tribunal de Contas e, conseqüentemente, estabelece a impossibilidade de o prestador das contas a eles se opor, porque não há como questionar razões e fundamentos inexistentes. Tal fato opõe-se ao Estado Democrático de Direito.

A irregularidade no julgamento das contas, pela Câmara Municipal, impõe a anulação delas, para que outro julgamento se realize, medida essa que enseja a prejudicialidade dos demais pedidos insertos na inicial.

Evidenciado o cerceamento de defesa sustentado e a falta de fundamentação dos atos impugnados, dou provimento parcial ao recurso, para anular os julgamentos das contas de 1989 a 1992 prestadas pelo apelante e determinar que sejam efetivados outros, pelo Poder Legislativo de Guiricema, com a observância da ampla defesa, do contraditório e da fundamentação. Inverto os ônus da sucumbência.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - MORATÓRIA - INDEFERIMENTO - IMPUGNAÇÃO JUNTO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES APRESENTADA ANTERIORMENTE - CRÉDITO TRIBUTÁRIO PENDENTE DE JULGAMENTO NA ESFERA ADMINISTRATIVA - APRECIAÇÃO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - OBSERVÂNCIA

- O requerimento de moratória nos termos do Decreto nº 39.447/98 formulado pelo contribuinte, uma vez indeferido pelo Fisco estadual, não pode tornar prejudicada a apreciação da impugnação, anteriormente apresentada junto ao Conselho de Contribuintes, a qual suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, do CTN. Indeferida a moratória, deve-se retornar à discussão do crédito tributário pendente de julgamento na esfera administrativa, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

- V.v.: - O reconhecimento da dívida, para efeito de moratória, implica, necessariamente, que, se não cumprida a prorrogação ou a renovação do prazo, se execute a dívida do Estado, que não depende de apuração. A inadimplência, ato ilícito, não pode ter como conseqüência uma vantagem para o contribuinte: a reabertura do processo tributário administrativo. Nem há necessidade deste, com ampla defesa e contraditório, quando o contribuinte já confessou a dívida e superou qualquer conflito de interesses. *(Des. Almeida Melo)*

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 203.393-4/01 (na Apelação Cível nº 203.393-4/00) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: O requerimento de moratória nos termos do Decreto nº 39.447/98 formulado pelo contribuinte, uma vez indeferido pelo Fisco estadual, não poderia tornar prejudicada a apreciação da impugnação anteriormente apresentada junto ao Conselho de Contribuintes.

ACÓRDÃO DOS EMBARGOS

Vistos etc., acorda a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR OS EMBARGOS, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2002. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentações orais, pelo embargante, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta e, pelo embargado, o Dr. José Ribeiro Silva Arantes.

O Sr. Des. Bady Curi - Cuidam os autos de embargos infringentes opostos pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, inconformada com o v. acórdão de fls. 654/662, que, no reexame necessário, confirmou a r. decisão monocrática que julgou procedentes os embargos opostos por Barter Ltda. à execução fiscal que lhe move a ora embargante, restando prejudicado o recurso voluntário interposto pelo Fisco estadual, ao fundamento de que:

"*A renúncia pelo contribuinte à discussão, administrativa ou judicial, do crédito tributário, operada quando do requerimento da moratória, prevista no Decreto nº 39.447/98, apenas é válida se deferido o benefício, caso contrário, retorna-se ao* statu quo ante, *conferindo-se ao contribuinte a ampla defesa com contraditório na discussão do crédito tributário no respectivo PTA, o que suspende a sua exigibilidade, nos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional*".

Afirma a recorrente que o r. voto vencido prolatado pelo eminente Desembargador Almeida Melo deve prevalecer, já que melhor interpreta os textos constitucionais e legais aplicáveis à espécie, ao reconhecer que "... *quando a desistência formal da discussão administrativa e judicial decorre de reconhecimento da dívida e se este não é condicionado ao deferimento do benefício, prevalece o reconhecimento puro e simples, e não se renova o procedimento administrativo*" (fls. 660).

Data venia do entendimento perfilhado no voto minoritário proferido pelo ilustre Des. Almeida Melo, após detida análise dos autos, entendo que, na hipótese em apreço, o requerimento de moratória nos termos do Decreto nº 39.447/98 formulado pela embargada, uma vez indeferido pelo Fisco estadual, não poderia tornar prejudicada a apreciação da impugnação anteriormente apresentada junto ao Conselho de Contribuintes.

Como se depreende dos autos, é fato incontroverso que a impugnação oposta pela embargada ao Auto de Infração nº 092900, junto ao Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, a qual tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário (nos termos do art. 151, III, do CTN), não foi julgada, em virtude de haver apresentado requerimento de moratória nos moldes do Decreto nº 39.447/98, mesmo após o indeferimento deste.

Foi o crédito tributário inscrito em dívida ativa, e, posteriormente, procedeu-se à sua execução.

Entretanto, conforme afirmou o ilustre Magistrado *a quo*:

"*o requerimento apresentado, caso indeferido o benefício, não poderia tornar prejudicada a apreciação da impugnação pelo Conselho de Contribuintes. Insta observar que ao requerente da moratória, por força do artigo 2º, III, do Decreto nº 39.447/98, é exigido o reconhecimento do crédito e a desistência de sua discussão, administrativa ou judicial. Ocorre que o referido artigo arrola os requisitos necessários a que se aplique ao contribuinte os*

benefícios da moratória. Em caso de indeferimento do requerimento e, de conseqüência, do próprio benefício, a discussão volta ao status quo, *impondo o conhecimento da impugnação anteriormente aforada*" (fls. 619).

Mais adiante, concluiu o douto Sentenciante que:

"*Em resumo, a 'desistência formal da discussão' da infração somente possui validade com o deferimento do benefício, e não com a mera apresentação do requerimento. Seria incongruente, por certo, continuar com a discussão em sendo o contribuinte beneficiado pela moratória, da mesma forma como o seria se, indeferido o requerimento, cercear seu direito de discutir a infração que entende ilegal.*

Portanto, o crédito tributário em questão estava com sua exigibilidade suspensa pela interposição de impugnação pela Embargante, não podendo a Embargada, em não lhe sendo deferida a moratória, desconsiderar o direito de ampla defesa e, sem pronunciamento final no processo tributário administrativo, levar o crédito à cobrança judicial" (fls. 620).

Com tais fundamentos, rejeito os embargos infringentes.

O Sr. Des. Carreira Machado - Rejeito os embargos, nos precisos termos do meu voto proferido, como Relator, por ocasião do julgamento da apelação.

O Sr. Des. Almeida Melo - O reconhecimento da dívida, para efeito de moratória, implica, necessariamente, que, se não cumprida a prorrogação ou a renovação do prazo, se execute a dívida ativa do Estado, que não depende de apuração. A inadimplência, ato ilícito, não pode ter como conseqüência uma vantagem para o contribuinte: a reabertura do processo tributário administrativo. Nem há necessidade deste, com ampla defesa e contraditório, quando o contribuinte já confessou a dívida e superou qualquer conflito de interesses.

Pode-se dizer que o requerimento não equivale à concessão da moratória. Pouco importa essa falta de equivalência, para efeito da existência da dívida ativa. Podem não ter sido preenchidos os requisitos para a obtenção da moratória, o que se não confunde com os requisitos existenciais da dívida ativa, cuja realidade decorre de uma apuração abreviada, pela manifestação da vontade e da inteligência do contribuinte e no interesse deste.

Data venia, acolho os embargos infringentes para reformar a sentença e julgar improcedentes os embargos à execução.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de embargos infringentes manifestados pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais em face do v. acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 203.393-4, da Comarca de Belo Horizonte - sendo remetente o JD da 1ª Vara de Execuções Fiscais do Estado de Minas Gerais; apelante a ora embargante; e apelada Barter Ltda., ora embargada, cuja decisão, por maioria

de votos, confirmou a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário, vencido o Revisor.

Em sede de razões recursais (fls. 667/672-TJ), procura-se a reforma do v. aresto, "*a fim de que o processo retorne à instância inaugural e seja enfrentado o mérito conforme os elementos lá colhidos, reformando-se, portanto, a sentença anteriormente prolatada*".

Os embargos viram-se impugnados (fls. 679/697-TJ).

Processamento regular.

Sem preparo.

Passo a decidir.

Conheço dos presentes embargos infringentes, aos seus pressupostos.

Quando do julgamento do recurso de apelação, proferi a seguinte declaração de voto:

"Data venia *ao entendimento do ilustre Revisor, considerando que foi indeferido o pedido de moratória requerido pela apelada, deve-se retornar à discussão do crédito tributário, pendente de julgamento na esfera administrativa, portanto, suspenso, a teor do dispositivo do inciso III do art. 151 do CTN, sob pena de afronta a princípios constitucionais.*

Efetivamente, não se há falar em renúncia da controvérsia do débito fiscal na hipótese de negada a benesse, pois, em prevalecendo o raciocínio contrário, os contribuintes estariam sendo penalizados pelo simples requerimento, o que não se admite.

Diante do exposto, renovando venia *ao nobre Revisor, Desembargador Almeida Melo, a quem rendo minhas sinceras homenagens, acompanho, nos seus exatos termos, a inteligência expedida pelo eminente Relator, Desembargador Carreira Machado*".

Em que pesem às eruditas razões de sustentação dos embargos, que não me convenceram, *data venia*, nada tenho a acrescentar ao voto-vista então proferido.

Forte nessas razões, nego provimento aos embargos infringentes em apreço.

É o voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O TERCEIRO VOGAL, APÓS VOTAREM RELATOR, REVISOR E SEGUNDO VOGAL, REJEITANDO OS EMBARGOS. O PRIMEIRO VOGAL OS ACOLHIA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 20.12.2001, a pedido do Terceiro Vogal, após votarem o Relator, o Revisor e o Segundo Vogal, rejeitando os embargos, e o Primeiro Vogal, acolhendo-os.

Com a palavra o Des. Hyparco Immesi.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Pondere-se que a exigibilidade do crédito tributário está suspensa, em decorrência do oferecimento de impugnação pela embargada (Barter Ltda.), junto ao Conselho de Contribuintes. Pondere-se, mais, que, não tendo sido deferida pela Fazenda a moratória requerida nos termos do Decreto nº 39.447/98, seria desconsiderar o seu direito de ampla defesa (dela, embargada), constitucionalmente assegurado, pretender a Fazenda, desde logo, levar o crédito à cobrança, sem aguardar que aquela impugnação seja, antes, apreciada pelo Conselho.

Com estas considerações, rejeito os embargos.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Ementa oficial: A renúncia pelo contribuinte à discussão, administrativa ou judicial, do crédito tributário, operada quando do requerimento da moratória, prevista no Decreto nº 39.447/98, apenas é válida se deferido o benefício, caso contrário, retorna-se ao *statu quo ante*, conferindo-se ao contribuinte a ampla defesa com contraditório na discussão do crédito tributário no respectivo PTA, o que suspende a sua exigibilidade, nos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional.

ACÓRDÃO DA APELAÇÃO

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

Belo Horizonte, 10 de maio de 2001. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. José Ribeiro Silva Arantes.

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação cível interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais em face da sentença de fls. 617/621-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Fiscais do Estado de Minas Gerais da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos dos embargos opostos por Barter Ltda. à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgou-os procedentes.

Argúi a apelante Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais que a embargante requereu o benefício da moratória, nos termos do Decreto nº 39.447/98, em relação ao débito tributário objeto de processo tributário administrativo pendente de julgamento pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, renunciando expressamente à discussão, administrativa ou judicial, do referido débito fiscal. Requer, pois, seja provido o recurso, rejeitando-se a preliminar de nulidade da CDA oriunda do referido PTA, para que seja enfrentado o mérito.

Contra-razões pela apelada, pugnando pela manutenção da sentença.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Configura-se fato incontroverso que a CDA que embasa a execução ora embargada se originou de PTA pendente de julgamento pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Reside a fundamentação da embargada na renúncia pela embargante à discussão, administrativa ou judicial, do débito fiscal objeto da presente lide, ocorrida em razão do requerimento da moratória prevista no Decreto nº 39.447/98.

Com efeito, o Decreto nº 39.447/98 prevê em seu art. 2º, III, que:

"*Art. 2º. O benefício previsto no inciso I do artigo anterior (ressalva nossa: suspensão temporária da exigibilidade do crédito tributário) aplica-se ao contribuinte que, até 31 de março de 1998, requeira a moratória na Administração Fazendária ou na Procuradoria Regional da Fazenda, quando se tratar de crédito tributário ajuizado ou inscrito em dívida ativa, conforme modelo anexo a este Decreto, desde que preenchidos os seguintes requisitos:*

(omissis)

III - reconhecimento pelo interessado do crédito tributário autuado ou denunciado e a desistência formal de sua discussão, administrativa ou judicial".

Ocorre que o pedido de moratória formulado pela embargante fora indeferido, fato também incontroverso, com o que vislumbro não se lhe aplicar a renúncia à discussão do crédito tributário, válida tão-somente se deferido o requerimento da moratória.

Operando-se o indeferimento do pedido de concessão do benefício, retorna a discussão do crédito tributário, no caso dos autos, pendente de julgamento pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, suspensa, pois, a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, CTN, sob pena de infringência do princípio constitucional da ampla defesa com contraditório, inclusive nos processos administrativos.

Assim, a renúncia pelo contribuinte à discussão, administrativa ou judicial, do crédito tributário, operada quando do requerimento da moratória, prevista no Decreto nº 39.447/98, apenas é válida se deferido o benefício, caso contrário, retorna-se ao *statu quo ante*, conferindo-se ao contribuinte a ampla defesa com contraditório na discussão do crédito tributário no respectivo PTA, o que suspende a sua exigibilidade, nos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional.

Nula, pois, é a CDA que embasa a execução ora embargada, porque oriunda de processo tributário administrativo pendente de julgamento pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, o que suspende a exigibilidade do crédito tributário.

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

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Almeida Melo - Peço vista.

Súmula - O RELATOR, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMA A SENTENÇA E JULGA PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, E O REVISOR PEDIU VISTA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. José Ribeiro Silva Arantes.

O Sr. Presidente (Des. Carreira Machado) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 26.04.2001, a pedido do Revisor, após o Relator, em reexame necessário, votar confirmando a sentença e julgando prejudicado o recurso voluntário.

Com a palavra o Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Pedi vista para avaliar os reflexos do requerimento, não deferido, da moratória, em face do Decreto nº 39.447, de 1998.

Pela Constituição da República, é garantido o acesso ao Judiciário em caso de lesão ou de ameaça de direito (art. 5º, inciso XXXV).

Em princípio, portanto, não é lícita a cláusula pela qual se desiste da discussão judiciária do débito tributário.

Entretanto, quando a desistência formal da discussão administrativa e judicial decorre de reconhecimento da dívida e se este não é condicionado ao deferimento do benefício, prevalece o reconhecimento puro e simples, e não se renova o procedimento administrativo.

É o caso do inciso III do art. 2º do mencionado Decreto. O requerimento da moratória, não a concessão, é integrado por reconhecimento da dívida e desistência formal da discussão administrativa ou judicial, como consta dos autos para o caso do presente processo.

O art. 1º estabelece que haverá a suspensão temporária do crédito tributário (inciso I), nos termos do art. 2º, mas, não, do processo tributário administrativo, para ensejar sua restauração, no caso do indeferimento do benefício, pelo fato de não-preenchimento dos requisitos. Neste processo, o fundamento foi a inscrição cancelada do contribuinte.

Data venia, em reexame necessário, reformo a sentença e julgo improcedentes os embargos à execução.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR CONFIRMANDO E O REVISOR REFORMANDO A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. José Ribeiro Silva Arantes.

O Sr. Presidente (Des. Carreira Machado) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 26.04.2001, a pedido do Revisor, após o Relator, em reexame necessário, votar confirmando a sentença e julgando prejudicado o recurso voluntário.

Em 03.05.2001 foi novamente adiado, a pedido do Vogal, após votar o Revisor reformando a sentença, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Com a palavra o Des. Célio César Paduani

O Sr. Des. Célio César Paduani - *Data venia* ao entendimento do ilustre Revisor, considerando que foi indeferido o pedido de moratória requerido pela apelada, deve-se retornar à discussão do crédito tributário, pendente de julgamento na esfera administrativa, portanto, suspenso, a teor do dispositivo do inciso III do art. 151 do CTN, sob pena de afronta a princípios constitucionais.

Efetivamente, não se há falar em renúncia da controvérsia do débito fiscal na hipótese de negada a benesse, pois, em prevalecendo o raciocínio contrário, os contribuintes estariam sendo penalizados pelo simples requerimento, o que não se admite.

Diante do exposto, renovando *venia* ao nobre Revisor, Desembargador Almeida Melo, a quem rendo minhas sinceras homenagens, acompanho, nos seus exatos termos, a inteligência expendida pelo eminente Relator, Desembargador Carreira Machado.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

-:::-

ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO DA SÚMULA - RECURSO - TRÂNSITO EM JULGADO - PUBLICAÇÃO DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS - DESNECESSIDADE

- Para efeito de recurso e de trânsito em julgado do acórdão, basta apenas a publicação da sua súmula, não havendo necessidade da publicação das notas taquigráficas.

AGRAVO Nº 203.937-8/00 (em conexão com os de nºs 207.864-0/00, 207.878-0/00 e com o Mandado de Segurança nº 207.906-9/00) - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Acórdão - Publicação de súmula - Resumo. - Para efeito de recurso basta a publicação da súmula do acórdão, não havendo necessidade da publicação das notas taquigráficas.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2001. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentações orais, pelos agravantes e pelo agravado, respectivamente, os Drs. Jacob Lopes de Castro Máximo e André Luís de Almeida.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Sr. Presidente. Tendo em vista a divergência entre a matéria de fato sustentada pelos advogados e considerando, também, as questões preliminares que não consegui pinçar da sustentação oral do ilustre patrono do agravado, peço adiamento.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelos agravantes, o Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo.

O Sr. Presidente (Des. Hugo Bengtsson) - Este feito teve seu julgamento adiado na sessão do dia 29.11.2001, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Com a palavra o Des. Cláudio Costa.

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

Alegam os agravantes, em suas razões, que o Juiz não poderia determinar que eles retirassem da fazenda os seus pertences e a deixassem na posse da inventariante, porque o acórdão proferido em agravo de instrumento interposto ainda não havia transitado em julgado.

Não lhes assiste razão.

De fato, o acórdão de fls. 197 a 199-TJ não conheceu do Agravo de Instrumento de nº 181.761-8/00 e, conforme alegação dos agravantes, houve publicação da súmula do mesmo, consoante determina o art. 68 do Regimento Interno. Entendem que a referida publicação há de ser de todo o acórdão, com os respectivos votos, não bastando a publicação da súmula e, por essa linha de raciocínio, que o acórdão não transitou em julgado. Assim, não poderia o Juiz prolatar a decisão ora agravada.

Evidente o equívoco dos agravantes, eis que, para efeito de qualquer recurso, basta apenas a publicação da súmula do acórdão, não havendo necessidade de que as notas taquigráficas também o sejam.

Mantenho a decisão e nego provimento ao recurso.

Custas, pelos agravantes.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - DEPÓSITO BANCÁRIO - RESTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE

- No contrato de depósito bancário, o banco não tem plena disponibilidade sobre o dinheiro dos seus depositantes, pois obriga-se a devolvê-lo, tão logo lhe seja solicitado pelo depositante, o que torna possível a sua restituição na falência, conforme expressa o art. 76 do Decreto-lei nº 7.661/45.

- Conceitos jurídicos mal interpretados não podem justificar uma violência à intenção da parte que, ao fazer um depósito bancário, tem a certeza de que aquele bem é somente seu e pode reavê-lo a qualquer momento, uma vez que não o transferiu ao banco.

- VV.vv.: - O depósito bancário é considerado irregular, na medida em que a instituição bancária, ao receber determinada quantia em depósito, assume o compromisso de atender às ordens de pagamento emitidas pelo depositante. Assim sendo, a doutrina é quase unânime em reconhecer que esse depósito opera transferência da propriedade do dinheiro para o depositário. Todavia, o ato de depositar e transferir ao banco a disponibilidade do dinheiro depo-

sitado só tem efeito de viabilizar a eventual utilização pelo depositante do saldo da conta corrente de que é titular. De sorte que, se o banco assume o compromisso de devolver o dinheiro do depositante, nas condições pactuadas, o que este adquire, pelo depósito, é apenas um crédito junto ao depositário, crédito esse que não se equipara a simples mercadoria arrecadada e passível de restituição no caso de falência da instituição bancária, nos termos do art. 76 do Decreto-lei nº 7.661/45. Trata-se de crédito de natureza quirografária e, como tal, sujeito à habilitação no processo falimentar. *(Desembargadores Francisco Lopes de Albuquerque e Eduardo Andrade)*

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 204.011-1/01 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: Falência - Depósito bancário - Restituição - Possibilidade. - No contrato de depósito bancário, o banco não tem plena disponibilidade sobre o dinheiro dos seus depositantes, pois obriga-se a devolvê-lo, tão logo lhe seja solicitado pelo depositante, o que torna possível a sua restituição na falência, conforme expressa o artigo 76 do Decreto-lei nº 7.661/45.

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, EM REJEITAR OS EMBARGOS, VENCIDOS OS PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2002. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo embargante, o Dr. Nelson Xisto Damasceno Filho.

Assistiu ao julgamento, pela massa falida do Banco do Progresso, o Dr. Osmar Brina Corrêa Lima.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - É de se conhecer do recurso.

Inconformado com o acórdão de fls., que, vencido o Vogal, confirmou a sentença, no reexame necessário, e julgou prejudicado o recurso voluntário, o Banco Central do Brasil avia embargos infringentes alegando, em síntese, que não cabe a restituição do dinheiro objeto de depósito bancário, pois, tratando-se de depósito irregular, a propriedade do bem passou a ser do banqueiro; que ao caso se aplicam os arts. 1.257 e 1.280 do CC e art. 76 da Lei de Falências; que os votos vencedores negaram vigência aos referidos dispositivos legais; que os princípios constitucionais e a Súmula nº 417/STF invocados nos referidos votos não têm qualquer aplicação ao caso em pauta; e que a pretendida restituição significa desrespeito à ordem legal de pagamento de créditos da falência.

Inicialmente, deve-se ressaltar que o ponto de divergência entre os votos majoritários e minoritário reside em entenderem aqueles que, ao fazer o depósito, a prazo fixo ou não, o depositante não transfere a propriedade do seu dinheiro ao banco, sendo possível a restituição, e o voto minoritário, que, no depósito bancário, por ser esse irregular, há transferência da propriedade do dinheiro para o depositário, não sendo possível a restituição, no caso presente.

A Constituição assegura ao cidadão o respeito à propriedade de seus bens, materiais ou imateriais, e o respeito ao consumidor, naturalmente hipossuficiente frente às grandes organizações existentes no mercado atual globalizado.

No Sistema Financeiro Nacional vige a Lei nº 6.024/74, cujo propósito maior é o controle das instituições financeiras que atuam no País, captando a poupança popular, sendo seu objetivo o de dar maior credibilidade ao sistema financeiro e maior garantia aos depositantes e investidores.

É inegável que o depositante e o investidor, ao utilizarem os serviços prestados por instituição financeira, entabulam um negócio jurídico que encerra relação de consumo, que nasce principalmente da necessidade do cidadão manter seu dinheiro em banco.

Em conseqüência disso, os contratos bancários sujeitam-se às normas do Código de Defesa do Consumidor, opinião que era conflitante, mas atualmente o STJ tem-se pronunciado favoravelmente, em várias decisões.

O depositante, ao fazer um depósito bancário, acredita que possui duas opções, a saber, ou manter, indefinidamente, o depósito de seus recursos, enquanto deles não necessitar, ou sacar, a qualquer momento, os recursos depositados, quando assim desejar, mesmo nas aplicações de prazo certo, em cuja hipótese o capital aplicado teria que ser entregue, com mera perda dos rendimentos.

Assim, não pode prevalecer o entendimento de que o depositante transfere a propriedade de seus recursos para o banco, isto porque a vontade do cliente, de transferir a titularidade de seus recursos, não pode ser presumida, diante dos princípios constitucionais do não-confisco e da plena propriedade. No caso dos autos, vontade de transferir não houve, tanto que o autor está pleiteando a devolução de seus recursos.

O entendimento de que há transferência da propriedade no depósito bancário consiste em verdadeira afronta também ao princípio constitucional da proteção ao consumidor, pois possibilita enriquecimento sem causa, onera de forma absoluta o depositante consumidor do serviço bancário e retira a segurança do depositante ou investidor, que o legislador buscou proteger não só com a Lei 6.024/74, mas também com a Lei 8.078/90.

Ora, ninguém em sã consciência deposita o dinheiro conseguido com seu suor, com seu trabalho, com

venda de seus bens, ou outros meios lícitos, *sabendo* que a propriedade está sendo transferida ao banco, *e sem pedir qualquer garantia.*

Desta forma, se o depositante não desejou nem sabia da transferência da titularidade do dinheiro, porque não era razoável nem racional que assim entendesse, deveria ser previamente cientificado, *em cláusula bem destacada*, quer em comunicado escrito do banco, quer no contrato de abertura de conta, desta condição grave, que, sem dúvida, interfere e compromete a vontade de contratar, conforme determina o art. 6°, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 54, § 4°, do referido código, estabelece que nos contratos de adesão as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

A embargante alega que a cláusula de transferência existe, ainda que implicitamente, o que não ficou demonstrado, não restando dúvida de que a referida cláusula consiste em vício oculto no serviço prestado, pois induziu a parte autora em erro ao realizar o depósito, pois não tinha razão alguma para transferir a titularidade do seu dinheiro à instituição financeira.

Deve-se esclarecer ainda que a alegação do Banco Central de que o depositante não pode alegar o não-conhecimento da transferência da propriedade, pois esta é prevista nos arts. 1.280, 1.256 e 1.257 do CC, e o art. 3° da Lei de Introdução expressa que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece, não procede. Isto porque os artigos citados pelo embargante se referem ao depósito de coisas fungíveis, e não expressamente ao contrato de depósito bancário, sendo que ao leigo não se pode exigir este tipo de conhecimento, que é devido apenas aos profissionais do Direito.

Ainda que se possa considerar o depósito bancário um depósito irregular, em que há transferência da propriedade, a melhor doutrina entende que há limitações a ela.

"*O depósito bancário é depósito irregular, que é sub-espécie do contrato, e não do mútuo. [...]. No mútuo, a disponibilidade da coisa pelo depositário é essencial; no depósito irregular, inclusive no depósito bancário, a disponibilidade pelo depositário há de ser tal que não exclua a disponibilidade pelo depositante: o depositário pode dispor, desde que assegure a disponibilidade pelo depositante. Ora, esse entendimento é de guarda, de custódia, se bem que a organização e as operações bancárias permitam custodiar a despeito da fungibilidade do bem depositado e da sua disponibilidade técnica. [...]* A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente quando o depositante o entenda. *Se o depositário tem a propriedade, é propriedade limitada pelo poder de dispor, que tem o depositante. [...] É bem exígua a propriedade que se transfere, retendo-se a disponibilidade*" (grifamos). (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado* - Parte Especial - Tomo XLII, Rio, Borsói, p. 372/374.)

Assim, conforme citado e grifado anteriormente, a disponibilidade do depositante prevalece sobre a do banco.

O embargante cita vários autores, sendo que eles afirmam que:

"*O contrato de depósito bancário tem como características essenciais ser real e unilateral. [...] Tal entrega é o elemento constitutivo do negócio, iniciando-se com ela os efeitos próprios do contrato, a transferência da propriedade do dinheiro do depositante ao banco e* a obrigação deste último à restituição" - Nelson Abrão (p. 215) (grifamos).

"*Quando um recebe certa soma em dinheiro,* obrigando-se a restituí-la *em determinado prazo, ou* ad nutum *de quem a entrega, realiza o contrato de depósito bancário [...]*" - Orlando Gomes (p. 216) (grifamos).

"*Objeto e natureza de depósito bancário - [...] O banco* vincula-se a restituir *a quantia, no mesmo gênero e qualidade, e não a restituir com as mesmas cédulas ou, sequer, do mesmo valor (e.g., em cédulas de mil cruzeiros) [...]*" - Pontes de Miranda (p. 216) (grifamos).

O contrato de depósito bancário é uma mistura de depósito e mútuo, mas, com tais particularidades, que se torna impraticável aplicarem-se-lhe as disposições concernentes aos dois contratos. Rege-se, realmente, por normas próprias, não sendo possível a aplicação dos arts. 1.257 e 1.280 do CC.

Muito embora por remissão (art. 1.280, CC) se tenha que o depósito transfere ao mutuário o domínio da coisa emprestada (art. 1.257 do CC), na verdade a situação que se configura nos autos é outra. Trata-se de depósito bancário, regido por normas próprias, no qual o depositário pode ter eventual disponibilidade do dinheiro, mas não terá seu domínio pleno, pois, em qualquer tempo, está obrigado a devolver a coisa ao depositante, tão logo a solicite.

Deste modo, como no contrato de depósito bancário, o banco está obrigado a restituir o valor depositado, aplica-se ao caso presente o art. 76 da Lei de Falências, que determina que pode ser pedida a restituição de coisa arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato, sendo este o caso dos autos.

De acordo com o entendimento doutrinário dominante, pode-se concluir que, no depósito bancário, que é depósito irregular, a disponibilidade do dinheiro pelo banco não pode excluir a do correntista, pelo que ambas coexistem, com preferência desta sobre aquela, e o banco vincula-se a restituir a quantia depositada. Assim, se o banco falido não tinha plena disponibilidade sobre o dinheiro dos seus depositantes,

e pelo contrato de depósito obrigava-se a restituí-lo, mostra-se cabível a restituição dos depósitos na falência, conforme expressa o art. 76 da LF.

Conceitos jurídicos mal interpretados não podem justificar uma violência à intenção da parte que, ao fazer um depósito bancário, tem a certeza de que aquele bem é somente seu, e pode reavê-lo a qualquer momento, uma vez que não o transferiu ao banco.

Pelo exposto, *é de se rejeitar os presentes embargos.*

Sem custas.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Presentes os pressupostos do juízo de admissibilidade, conheço do presente recurso.

No que diz respeito ao mérito da questão debatida em sede infringencial, com a devida vênia do douto Desembargador Relator, acolho a irresignação manifestada pelo agravante, ratificando, assim, o entendimento que manifestei por ocasião do julgamento da apelação.

É que, em se tratando de depósito irregular, na medida em que a instituição bancária, ao receber determinada quantia em depósito, assume o compromisso de atender às ordens de pagamento emitidas pelo depositante, a doutrina é quase unânime em reconhecer que esse depósito opera a transferência da propriedade do dinheiro para o depositário, mas não no sentido que a embargada atribui a essa operação.

Com efeito, insistem os correntistas em dar enfoque inadequado à questão, quando sustentam que, a prevalecer o entendimento sustentado pelo agravante, cada depósito em conta corrente caracterizaria uma verdadeira doação do depositante à instituição bancária.

Data venia, relegam a evidência de que o ato de depositar e transferir ao banco a disponibilidade do dinheiro depositado, circunstância inerente à própria natureza do ajuste celebrado entre as partes, tem o só efeito de viabilizar a eventual utilização pelo depositante, no todo ou em parte, do saldo da conta corrente de que é titular, de sorte que, se o banco assume o compromisso de devolver o dinheiro do depositante, nas condições pactuadas, o que este adquire, pelo depósito, é apenas um crédito junto ao depositário, crédito esse que seria desarrazoado equiparar-se à simples mercadoria arrecadada e passível de restituição ao falido, nos termos do art. 76 do Decreto-lei nº 7.661/45, pois uma coisa nada tem a ver com a outra.

À luz do sobredito diploma legal, trata-se, portanto, de crédito de natureza quirografária e, como tal, sujeito à habilitação no processo de falência do Banco do Progresso.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Acuso o recebimento de robusto memorial, inclusive com a juntada de acórdão do STF, subscrito com a seriedade de sempre pelos professores Osmar Brina Corrêa Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima.

Também recebi cópia da petição inicial da ação revocatória, proposta pela massa falida contra a Caixa Econômica Federal.

Toda essa matéria mereceu meu detido exame.

É, desde já, de se reconhecer que a matéria posta no recurso é complexa, como também se há de reconhecer que foi amplamente debatida, com raro denodo pelas partes, merecendo respeitabilíssimos votos de meus Pares, quer em sede de apelação, quer em sede de embargos infringentes.

A Lei nº 6.024, de 13.03.74, que "*dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras e dá outras providências*", prevê no seu art. 7º, *c*, a possibilidade de falência de instituição financeira. Decretada a falência, passa-se a aplicar as disposições da Lei Falencial (Dec.-lei 7.661, de 21.06.1945), como não poderia deixar de ser.

Dispõe o art. 76 dessa norma legal:

"*Pode ser pedida a restituição de coisa arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato*".

A primeira questão que se coloca é se "dinheiro", em poder do falido, pode ser objeto de restituição.

SILVA PACHECO responde:

"*Pode-se pedir a restituição só de coisas no sentido estrito ou de coisas no sentido lato, equivalentes a bens? Antes da resposta, insta fixar se haveria possibilidade de, na prática, ocorrer pedido de restituição de bens que não fossem coisas materiais. Haveria possibilidade de, entre os bens arrecadados,* existir dinheiro, *papéis, documentos, créditos, direitos de ação, patentes, marcas, dividendos, ações, títulos de crédito, direito autoral, nomes, produtos, frutos, benfeitorias, direito de lavra, de exploração etc. Tudo o que, tendo valor, faça parte do patrimônio do falido e não seja inarrecadável o síndico arrecada, quer esteja em seu poder ou em poder de terceiro.*

São bens incorpóreos os direitos reais sobre objetos e ações correspondentes, os direitos de obrigações ou pessoais e as ações respectivas, os direitos do autor, todos eles arrecadáveis. A palavra bens abrange coisas, direitos reais, pessoais ou obrigacionais, hereditários e autorais de reprodução e exploração, de patentes de invenção, dos desenhos, modelos industriais e projetos.

Logo, se a lei quisesse abranger todos os bens, e não somente os bens corpóreos, teria usado o termo bens, como o fez em todos os artigos. Se, ao contrário, usou a palavra "coisa", foi para significar que só de objeto material pode ser pedida a restituição, por

ser de fácil verificação a sua existência e de cômoda apuração o vínculo real ou contratual, baseado no qual se faz o pedido" (*in Processo de Falência e Concordata*, 12ª ed., Forense, p. 415-416 - grifei).

Essa lição tem ainda mais pertinência, quando o dinheiro arrecadado é, como no caso presente, absolutamente não identificável.

Não há como se saber se o dinheiro arrecadado pertenceria a *a* ou a *b*, porque foi ele disponibilizado pelo banco falido em empréstimo a aplicações várias.

Não penso que depósito bancário deva ser considerado mútuo, apenas pelo fato de que o dinheiro é bem fungível.

A meu modesto entender, os depósitos bancários são depósitos irregulares, cuja operação se submete às estritas normas que regem as instituições financeiras, emanadas inclusive do Banco Central do Brasil, como, por exemplo a Res. 2.211, de 16.11.95, que "*aprova o estatuto e o regulamento do Fundo de Garantido de Crédito - F.G.C.*", que inclusive prevê no art. 2°, § 2°:

"*O total de créditos de cada pessoa contra a mesma instituição ou contra todas as instituições do mesmo conglomerado financeiro será garantido até o valor de R$20.000,00 (vinte mil reais)*".

O deferimento da restituição pleiteada representaria verdadeira ampliação desse limite, agora com prejuízo aos demais credores da massa falida.

O eminente Des. Francisco Lopes de Alburqueque, em voto vencido, nos Embargos Infringentes n° 204.950-0/01, assim decidiu:

"*É que, em se tratando de depósito irregular, na medida em que a instituição bancária, ao receber determinada quantia em depósito, assume o compromisso de atender às ordens de pagamento emitidas pelo depositante, a doutrina é quase unânime em reconhecer que esse depósito opera a transferência da propriedade do dinheiro para o depositário, mas não no sentido que a embargada atribui a essa operação.*

Com efeito, insistem os correntistas em dar enfoque inadequado à questão, quando sustentam que, a prevalecer o entendimento sustentado pelo agravante, cada depósito em conta corrente caracterizaria uma verdadeira doação do depositante à instituição bancária.

Data venia, *relegam a evidência de que o ato de depositar e transferir ao banco a disponibilidade do dinheiro depositado, circunstância inerente à própria natureza do ajuste celebrado entre as partes, tem o só efeito de viabilizar a eventual utilização pelo depositante, no todo ou em parte, do saldo da conta corrente de que é titular, de sorte que, se o banco assume o compromisso de devolver o dinheiro do depositante, nas condições pactuadas, o que este adquire, pelo depósito, é apenas um crédito junto ao depositário, crédito esse que seria desarrazoado equiparar-se à simples mercadoria arrecadada e passível de restituição ao falido, nos termos do art. 76 da Lei n° 7.661/45, pois uma coisa nada tem a ver com a outra.*

À luz do sobredito diploma legal, trata-se, portanto, de crédito de natureza quirografária e, como tal, sujeito à habilitação no processo de falência do Banco do Progresso".

O ilustre Des. Brandão Teixeira, quando juiz do TAMG, já asseverava, no AI n° 203.370/3:

"*O depósito bancário oferece peculiaridades que o distinguem do típico contrato de depósito disciplinado pela legislação civil, em que a coisa depositada é entregue a outrem para ser restituída, sem transmissão de propriedade*".

Não foi à toa que o Banco Central do Brasil criou a Res. 2.211, de 16.11.95, que "*aprova o estatuto e o regulamento do Fundo de Garantido de Crédito - F.G.C.*", que inclusive prevê no art. 2°, § 2°:

"*O total de créditos de cada pessoa contra a mesma instituição ou contra todas as instituições do mesmo conglomerado financeiro será garantido até o valor de R$20.000,00 (vinte mil reais)*".

Não é de se aplicar, *in casu*, como quer o Banco Central do Brasil, tão bem representado por cultos procuradores, os arts. 1.280, 1.256 e 1.257 do Código Civil, simplesmente.

Não vejo aqui, *data venia, stricto sensu*, a figura jurídica do mútuo, até porque não há no depósito bancário sempre a data do vencimento do "mútuo", podendo o correntista, quando lhe aprouver, "sacar" o principal, inclusive quando se tratar de importância "aplicada", neste caso sem qualquer correção. Nesse muito bem chamado "depósito irregular", o depositante sabe que o depósito feito será, aí sim, convertido em mútuo pelo banco, que repassará esse valor a terceiro mutuário. Como então dizer-se que o banco não tem a disponibilidade dos depósitos? Aliás, se não tivesse o banco essa disponibilidade, não poderia nem mesmo cumprir seu objetivo social, para o que não pode prescindir de dinheiro de terceiro, que recebeu em depósito ou aplicação.

Nenhuma dúvida tenho, *data venia*, de que o depositante transfere sim a disponibilidade desse numerário ao banco.

A meu sentir, o depositante ou aplicador, quando busca o estabelecimento bancário, para depositar ou aplicar seu dinheiro, assume o risco dessa sua escolha. Se não fosse assim, todo mundo aplicaria suas economias no banco que pagasse as melhores taxas, confiando em que, na hipótese de falência dele, como se deu aqui, poderia pedir a restituição do seu numerário. Aliás, diga-se, porque pertinente, que não há regime capitalista sem risco.

Se o depositante passa às mãos do banco seu dinheiro, sequer lhe interessando saber o que dele será feito,

assume, integralmente, os riscos dessa operação e, no caso da falência do banco, é deste credor, devendo concorrer com o seu crédito nos termos da Lei de Falências. Nada mais.

Com a devida vênia, inteiramente inaplicável aqui a Súmula 417 do STF, deste teor:

"*Pode ser objeto de restituição na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade*".

E por quê?

Ora! No caso presente, o falido tem a disponibilidade do dinheiro recebido, cuja reinversão é seu negócio.

A jurisprudência tem entendido que o pedido de restituição feito pela Previdência Social é possível, mas, até nessa exceção, entende, como lembra RUBENS REQUIÃO, que:

"*Entretanto, se os salários não chegarem a ser pagos, só após esse pagamento tem lugar a restituição à instituição previdenciária, se a massa tiver recursos (RJT, 40/491)*" *(in Curso de Direito Falimentar*, 1° v., Saraiva, p. 244-245).

Deixo consignado que, *in casu*, não se aplica o CDC, porque, embora patente a relação de consumo, trata-se de simples interpretação de matéria de direito substantivo, em que se examina, inclusive, direito de terceiros credores, ainda que indiretamente, sendo inoportuna a busca protetora desse código.

Um argumento final:

Como se sabe a jurisprudência já se pacificou no sentido de se permitir a penhora de dinheiro "*na boca do caixa*", em execuções promovidas contra bancos.

Veja-se este aresto do STJ:

"*Ementa: (...) Penhora. Banco como devedor. Dinheiro em caixa. Possibilidade. Inocorrência de ofensa ao art. 620, CPC. Precedente. Recurso acolhido. (...) Não há ilegalidade na penhora de dinheiro em caixa, desde que não recaia sobre as reservas técnicas existentes junto ao Banco Central*" (Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, acórdão: REsp n° 98623/MG, decisão em 02.09.1997, in *JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-ROM n° 24, 4° trimestre de 2001, Saraiva Data, São Paulo).

Pois bem. Se prevalecesse a tese de que o banco não tem disponibilidade dos depósitos, obviamente essa penhora não poderia ser deferida, até porque essa é a justificativa dos bancos, não acolhida pela jurisprudência, para impedir tal penhora. Com essas considerações, pedindo vênia ao eminente Relator, dou provimento ao recurso, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Ementa: Falência - Depósito bancário - Características próprias e peculiares - Restituição - Possibilidade. - O depósito bancário possui características próprias, determinadas pelos contratantes, como, por exemplo, a obrigação do banco em restituir *ad nutum* o valor depositado, assim que requisitado pelo depositante; vez que o depositário tem, apenas, o gozo desse bem e disponibilidade, portanto, limitada sobre o mesmo. Permanece a propriedade/titularidade do depositante e prevalece a sua disponibilidade sobre a do depositário (instituição bancária/financeira). Assim, é de se aplicar, no caso de falência de instituição bancária, o artigo 76 da Lei de Falências, para determinar a restituição ao depositante da coisa depositada, que se encontra em poder do falido. Embargos infringentes rejeitados.

Tratam os autos de embargos infringentes interpostos pelo Banco Central do Brasil, nos quais se objetiva a prevalência do entendimento esposado pelo eminente Desembargador Lopes de Albuquerque, na apelação que, por maioria de votos, confirmou a sentença proferida em primeiro grau e julgou procedente pedido formulado em ação de restituição ajuizada pelo ora embargado contra o embargante. Em síntese, o fundamento que embasou, inicialmente, a sentença e, posteriormente, os votos majoritários é que, no depósito bancário, não há transferência da titularidade do dinheiro e, portanto, o depositante não é credor do banco. Por seu turno, o voto minoritário e que o embargante pretende que prevaleça é no sentido de que, no contrato de depósito, o depositante transfere a propriedade da coisa depositada ao depositante e, por conseqüência, o crédito equipara-se aos dos credores quirografários, vedando-se, portanto, as restituições antecipadas. Para a conciliação da divergência a questão está em definir se no depósito bancário há ou não a transferência de propriedade do dinheiro dos correntistas à instituição bancária e, em virtude disto, se têm ou não o direito à restituição dos valores depositados, com preferência, em relação aos demais credores habilitados; dentre eles o próprio Banco Central. Por depósito irregular, de coisas fungíveis, em síntese, entende-se aquele em que o depositário recebe a coisa para guarda e conservação, obrigando-se a restituir outra equivalente do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Contudo, o depósito bancário, não se enquadra, de forma simplista e literal, em tais regras e conceito. Especificamente, no depósito bancário, há certas peculiaridades, como, por exemplo, a obrigação do banco de restituir, *ad nutum*, o valor depositado. Em conseqüência, a instituição depositária adquire apenas o gozo da quantia depositada, podendo inclusive efetuar empréstimo a terceiros, mas com disponibilidade, portanto, limitada sobre a mesma; vez que deve restituí-la *ad nutum*, assim que requisitada pelo depositante. Permanece, pois, a propriedade/titularidade do depositante e prevalece a sua disponibilidade sobre a do depositário (instituição bancária/financeira).Segundo a melhor doutrina, esta espécie de contrato (de depósito bancário/abertura de conta corrente/abertura de conta poupança) possui características limitadas, pecu-

liares e particulares, *sui generis*, que impedem sejam aplicadas, de modo simplista, literal e amplamente, as disposições concernentes aos contratos convencionais de depósito irregular e/ou de mútuo (arts. 1.280 e 1.257 do Código Civil). É o que se extrai da doutrina: "*O depósito bancário, que permite a emissão de cheques, é o contrato de depósito irregular, pelo qual alguém dá ao banco, ou o banco considera como entregue, quantia sobre a qual o depositante tem poder de dispor, portanto - de atribuir a outrem o direito à provisão, ou parte dela. A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente quando o depositante o entenda. Se o depositário tem a propriedade, é propriedade limitada pelo poder de dispor, que tem o depositante... É bem exígua a propriedade que se transfere, retendo-se a disponibilidade*". (*Tratado de Direito Privado*, PONTES DE MIRANDA, Parte Especial, Tomo XLII, 2ª ed., Borsói, Rio de Janeiro, p. 373.)

"*Para alguns, não passa de forma irregular do depósito comum; para outros, tem a configuração do mútuo feneratício; predomina, entretanto, a opinião de que constitui contrato típico, misto, formado pela conjunção de prestações característica de outros contratos. O cliente do banco tem fundamental interesse na guarda, por estabelecimento de sua confiança, do capital depositado, para o ter à sua disposição. Esse interesse influi na causa do contrato que assim não coincide com a do mútuo, embora, do ponto de vista do banco, o interesse de obter recursos para a realização de operações ativas empreste ao contrato função análoga ao* utendum dare *daquele. Será um misto de depósito e mútuo, mas, com tais particularidades que se torna impraticável aplicar-se-lhe as disposições concernentes aos dois contratos. Rege-se, realmente por normas próprias.*" (*Contratos*, ORLANDO GOMES, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1973, p. 365-366.) Não fosse por isto, esta mesma Primeira Câmara Cível, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 204.950-0/01, já se manifestou no sentido de que: "*No contrato de depósito bancário, o banco não tem plena disponibilidade sobre o dinheiro dos seus depositantes, pois obriga-se a devolvê-lo tão logo lhe seja solicitado pelo depositante, o que torna possível a sua restituição na falência, conforme expressa o artigo 76 do Decreto-lei nº 7.661/45.*" (TJMG, Primeira Câmara Cível, Emb. Inf. nº 204.950-0/01, Rel. Des. Antônio Hélio, julg. em 11.12.01). Cumpre aqui relevar questão já ressaltada pela ilustre Juiza sentenciante sobre a ausência de manifestação de vontade do depositante em transferir a titularidade dos recursos e o que não pode ser presumido, pena de ferir-se princípios constitucionais do não-confisco e da plena propriedade. Na hipótese, pois, a instituição bancária equipara-se à guardiã do dinheiro do correntista, não havendo que se falar em transferência de propriedade da coisa depositada; vez que a depositária teria apenas o gozo desse bem. Por conseqüência, é de se aplicar o artigo 76 da Lei de Falências e a Súmula 417 do STF, a fim de se restituir à depositante o valor depositado e que se encontra em poder do falido. Com efeito, acerca do pedido de restituição, dispõe o artigo 76, *caput*, da Lei de Falências, *verbis*:

"*Pode ser pedida a restituição de coisa arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato*". Por seu turno, é o que prevê a Súmula 417 do STF:

"*Pode ser objeto de restituição na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade*".

Com tais razões, embora o merecido respeito aos entendimentos em contrário, acompanham-se os votos majoritários proferidos na apelação e que mantiveram a bem lançada sentença de primeiro grau, adequada e justa ao caso concreto e específico em julgamento, da lavra da eminente Juíza Márcia de Paoli Balbino.

Por conseqüência, rejeitam-se os embargos infringentes.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS, VENCIDOS OS PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS.

-:::-

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ESTABELECIMENTO QUE EXPLORA COMERCIALMENTE DIVERSÕES ELETRÔNICAS - PERMANÊNCIA DE MENORES DESACOMPANHADOS DOS PAIS OU RESPONSÁVEL - ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO - INEXISTÊNCIA - AUTUAÇÃO POR INFRAÇÃO ÀS NORMAS DO ART. 149, I, *D*, C/C O ART. 258 DA LEI Nº 8.069/90 - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - EXEGESE DOS ARTIGOS 196 E 197 DO ECA - OITIVA DE TESTEMUNHA - INTELIGÊNCIA DO ART. 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PROVAS DESNECESSÁRIAS - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO - OBEDIÊNCIA ÀS FORMALIDADES LEGAIS - NULIDADE - INEXISTÊNCIA

- À exegese dos artigos 196 e 197 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicáveis em procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração das normas de proteção à criança e ao adolescente, depreende-se que o julgador, sopesando os elementos acostados aos autos, decidirá, a seu talante, acerca da necessidade da designação de data para realização de audiência de instrução e julgamento, ou proferirá, de plano, a sentença. E, estabelecendo o art. 130 do Código de Processo Civil, o qual se aplica supletivamente nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, que ao juiz caberá, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, tem-se que, se o magistrado entender inócua a

designação de data para a realização da audiência de instrução e julgamento, por considerar não haver necessidade de produção de prova oral, sua decisão deve ser prestigiada pelo Tribunal. Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa, se a oitiva de testemunhas pretendida pela autuada seria desnecessária ao deslinde da questão.

- Não há que se falar em nulidade do auto de infração lavrado por infringência ao art. 149, I, *d*, c/c o art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, se a autuação foi efetuada por comissário voluntário da Infância e da Juventude, devidamente designado por portaria judicial e identificado, e se o referido auto foi subscrito por duas testemunhas visuais, sendo certo que a infração cometida foi devidamente capitulada.

- Tratando-se de autuação por infração administrativa às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe à autuada o ônus de provar a ilegitimidade passiva de seu preposto ou representante, juntando aos autos o contrato social. E, ainda que a autuação recaia em pessoa sem legitimidade para representar o estabelecimento autuado, a irregularidade fica suprida, se o mesmo comparecer em juízo em tempo hábil a ofertar sua defesa, pelo que há de ser afastada a preliminar de nulidade do auto de infração.

- O estabelecimento que explora comercialmente diversões eletrônicas que não portar alvará expedido pela autoridade competente e permitir que menores permaneçam em suas dependências, desacompanhados dos pais ou responsável, infringe a norma do art. 149, I, *d*, c/c o art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), sendo de se lhe impor a aplicação de multa arbritada pelo Juízo *a quo*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 205.309-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Autuação por descumprimento às normas do art. 149, I, *d*, c/c art. 258 do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Inteligência do art. 196 c/c art. 197 do retromencionado diploma legal - Auto de infração que observou todas as formalidades legais, não portando nenhuma mácula que ensejasse sua nulidade - Permanência de crianças ou adolescentes em estabelecimentos que explorem comercialmente diversões eletrônicas - Necessidade de autorização através de competente alvará expedido pelo Juízo especializado - Ante a ausência de tal documento, impõe-se a aplicação de multa ao aludido estabelecimento - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2001. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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

Prefacialmente, enfrento a preliminar, suscitada pela recorrente, no sentido de que a decisão hostilizada está eivada de nulidade, porquanto proferida em manifesto cerceamento de defesa à autuada.

Estabelece a norma do art. 196 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, que, "*não sendo apresentada a defesa, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, decidindo em igual prazo*".

No artigo subseqüente, do retromencionado diploma legal, está estabelecido que, "apresentada a defesa, a *autoridade judiciária procederá na conformidade do artigo anterior ou, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento*" (grifei).

À exegese dessas duas normas legais, aplicáveis à espécie dos autos, depreende-se que o Julgador, sopesando os elementos acostados aos autos, decidirá, a seu talante, acerca da necessidade da designação de data para realização de audiência de instrução e julgamento, ou se proferirá, de plano, a sentença.

Outrossim, o artigo 130 do Código de Processo Civil, diploma legal que se aplica supletivamente à matéria posta nos autos, estabelece, com indubitável clareza, que caberá ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

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

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

Então, se, no caso em apreciação, o Magistrado entendeu inócua a designação de data para realização da audiência de instrução e julgamento, por considerar que não havia nos autos necessidade da produção de prova oral, sua decisão deve ser prestigiada pelo Tribunal, até mesmo porque as alegações do recorrente não foram suficientes para demonstrar o contrário.

Nesse passo, inexiste, na espécie dos autos, o alegado cerceamento de defesa, tendo em vista que oitiva de testemunhas pretendida pela autuada seria desnecessária ao deslinde da questão.

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

"*A questão ou não de deferimento de uma determinada prova depende da avaliação do Juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do art. 130 do CPC*" (STJ, Ag. 56.995-0-SP, Rel. Min. Assis Toledo, j. 22.1.1998, *BolAASP*, 2079-6, supl.).

Isto posto, desacolho a dita preliminar.

Passo a enfrentar a alegada nulidade do auto de infração, valendo-me das razões esposadas na sentença proferida pelo douto Juízo *a quo*, posto que destrincham, com bastante propriedade, o aludido tema, *in verbis:*

"*Sem qualquer consistência as preliminares suscitadas pela autuada. A uma, porque a autuação foi efetuada por Comissário Voluntário da Infância e da Juventude, devidamente designado por Portaria Judicial e identificado sob o nº JIJJ 066, conforme se vê do auto de nº 004678 (fls. 02); a duas, porque o auto em evidência não padece de qualquer nulidade, subscrito por duas testemunhas visuais, sendo certo que a infração cometida foi devidamente capitulada; a três, porque cabia à autuada o ônus de provar a ilegitimidade passiva de seu preposto ou representante, juntando aos autos o contrato social; a quatro, porque ainda que a autuação houvesse recaído em pessoa sem legitimidade para representar o estabelecimento autuado, este compareceu em Juízo e, em tempo hábil, ofertou sua defesa, suprindo, assim, a alegada irregularidade*".

Desacolho também a retromencionada preliminar.

Adentrando no mérito da questão, subsume-se dos autos que a penalidade imposta à autuada se deu com esteio na norma do art. 149, inciso I, letra *d*, c/c art. 258 do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que se impõe aos estabelecimentos que explorem comercialmente diversões eletrônicas estarem munidos de alvará, expedido pela autoridade competente, *in casu*, o Juizado da Infância e da Juventude.

Destarte, como no caso em tela, o estabelecimento autuado, ora recorrente, não portava, quando da fiscalização levada a efeito pelo Comissário Voluntário da Infância e da Juventude, o competente alvará, se lhe impunha a aplicação da multa, arbitrada pelo Juízo *a quo*, no importe de 20 salários mínimos, valor que se justifica porquanto, conforme informado na sentença exarada às fls. 11/13 dos autos, "*a autuada vem reiteradamente desrespeitando as normas de proteção à criança e ao adolescente (...)*".

Ademais, mesmo que a autuada estivesse portando o aludido alvará, ainda assim se impunha a aplicação da referida multa, porquanto foram encontrados quatro menores nas dependências do estabelecimento, após as 22 horas, desacompanhados dos pais, ou seja, em total desacordo com os dispositivos legais aplicáveis à espécie.

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

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ICMS - SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO ONEROSA - TV A CABO - LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 - LEI FEDERAL Nº 8.977/95 - INCIDÊNCIA DO TRIBUTO

- O fato gerador do ICMS sobre serviços de comunicação compreende suas prestações (deles, serviços) onerosas, feitas por todo e qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza, a teor dos artigos 2º, III, e 12, VII, da Lei Complementar nº 87/96. Esta acha-se em plena consonância com a Lei Fundamental da República, em seu art. 155, inciso II. Ainda a propósito, a Lei Federal nº 8.977/95, que dispõe sobre o serviço de TV a cabo, estabelece que ele (serviço) obedecerá aos preceitos da legislação de telecomunicações em vigor, bem como aos regulamentos baixados pelo Poder Executivo. Daí ter supedâneo legal a incidência do referido tributo também sobre os serviços de TV a cabo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 209.464-7/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Tributário - ICMS - Serviços de comunicação - Sua prestação onerosa - TV a cabo - LC nº 87/96 - Lei nº 8.977/95 - Incidência do tributo. - O fato gerador do ICMS sobre serviços de comunicação compreende suas prestações (deles, serviços) onerosas, feitas por todo e qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza, a teor dos artigos 2º, inciso III, e 12, VII, da LC nº 87/96. Esta acha-se em plena consonância com a Lei Fundamental da República, em seu art. 155, inciso II. Ainda a propósito, a Lei Federal nº 8.977/95, que dispõe sobre o serviço

de TV a cabo, estabelece que ele (serviço) obedecerá aos preceitos da legislação de telecomunicações em vigor, bem como aos regulamentos baixados pelo Poder Executivo. Daí ter supedâneo legal a incidência do referido tributo também sobre os serviços de TV a cabo.

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, 14 de fevereiro de 2002. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - TV Vídeo Cabo de Uberlândia Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Superintendente da Receita Estadual em Uberlândia e requereu a concessão de liminar para suspender a cobrança de ICMS sobre os serviços de TV por assinatura e, a final, sua confirmação (dela, liminar), com o deferimento da segurança, para eximir-se do pagamento da exação atacada "... *por força dos vícios nominados*" (fls. 02/31).

A Promotoria de Justiça oficiou no feito e opinou pelo indeferimento da liminar (fls. 49/50), tendo o aludido parecer sido acolhido pela decisão de fl. 51-TJ.

A autoridade tida por coatora prestou informações e argüiu, em preliminar, a impossibilidade de impetração de mandado de segurança contra lei em tese, a ensejar a extinção do feito sem julgamento do mérito, *ex vi* da Súmula 266/STF e do art. 1°, *in fine*, da Lei n° 1.533/51. No mérito, salienta ser devido o pagamento do discutido ICMS e requer a denegação da segurança (fls. 54/72).

A Promotora Daniela Toledo Gouveia opinou pela denegação do *writ* (fls. 128/135).

Após regular tramitação, foi prolatada a sentença de fls. 138/141-TJ, que rejeitou a preliminar argüida e, *no mérito*, denegou a segurança, deixando de condenar em honorários de sucumbência, em virtude da Súmula 512 do STF, confirmada pela Súmula 105 do STJ (sentença da lavra da ilustre Juíza Maria Luíza Santana Assunção).

Inconformada, recorre a impetrante, com vistas à reforma do *decisum*, alegando, em síntese: a) que é operadora dos serviços de televisão por assinatura, cujo parâmetro é o serviço de TV a cabo, instituído pela Lei n° 8.977/95, Decreto n° 2.206/97 e Portaria Minicom 256, de 18.04.97, que aprova a norma complementar do serviço (fls. 144/145); b) que não existe lei que "*faça referência à incidência do ICMS sobre os serviços de televisão por assinatura, nem federal e nem estadual*"; c) que a CF/88 atribui competência tributária aos Estados para impor o ICMS sobre a prestação de

serviços de comunicação, mas o Estado de Minas Gerais não o fez, tal como, anteriormente, a União havia feito (*ex vi* do Dec.-lei n° 2.186/84); d) que inexistia lei a dar suporte à edição do Convênio CONFAZ 5/95, "... *único ato normativo no âmbito estadual a se referir à expressão televisão por assinatura*", e, via de conseqüência, ele não poderia prever tal hipótese de incidência do ICMS; f) que o referido convênio (CONFAZ 5/95) tinha por finalidade, apenas, a concessão ou revogação de isenção, benefícios fiscais e, além disso, foi editado na vigência e com base no Convênio n° 66/88, revogado pela LC n° 87/96; g) que não se pode presumir esteja o serviço de televisão por assinatura compreendido no conceito de prestação onerosa de serviços de comunicação, seja porque não há lei que assim o tipifique, seja porque a aludida atividade não poderia estar compreendida nos conceitos de fato gerador da CF, porque, àquela época, ainda não existia esse serviço, seja, ainda, porque os Estados não poderiam ampliá-lo (o conceito) e incluir a TV por assinatura como hipótese de incidência do ICMS; h) que a emissora de TV por assinatura não presta serviços de comunicação a seus assinantes, e sim fornece-lhes programação de televisão de que é titular; i) que não está obrigada ao recolhimento do ICMS, já que suas atividades não configuram hipótese de incidência (do tributo) - fls. 142/160-TJ.

Há contra-razões, através das quais a apelada pugna pela manutenção do *decisum* (fls. 163/178-TJ).

O Ministério Público de segundo grau, em r. parecer elaborado pelo conceituado Procurador de Justiça, Dr. Renato Topan, recomenda o desprovimento do apelo (fls. 186/191-TJ).

É, em síntese, o relatório.

Passa-se à decisão.

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

Cinge-se a discussão em definir se os serviços prestados por emissoras de televisão por assinatura estão sujeitos ao recolhimento do ICMS ou não.

Sustenta a apelante inexistir lei (*stricto sensu*) "... *que faça referência à incidência do ICMS sobre aqueles serviços, ou seja, o de TV por assinatura*".

Todavia, não se pode esquecer que o próprio art. 155 da Lei Magna, que traça a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir impostos, além de incluir o ICMS no rol dessa competência, estabelece as hipóteses de sua incidência, ou seja, que ele (o ICMS) deveria incidir sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Portanto, o ICMS, segundo a Constituição Federal, incide sobre *serviços de comunicação* (art. 155, II).

Por sua vez, a Lei Complementar 87, de 13/09/1996, que deve reger a espécie *sub judice*, reitera, em seu artigo 1°, os termos do art. 155, II, da Constituição Federal, repetindo-os, em sua integralidade. A sua interpretação

(dela, LC 87/96) não deixa margem de dúvidas acerca da incidência do ICMS sobre *todo e qualquer serviço de comunicação*, como se infere de uma simples leitura de seus artigos 2°, III, e 12, VII.

A propósito, está disposto, no referido artigo 2°, inciso III, que o ICMS incide sobre "*... prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza*".

E, por sua vez, aquela idéia fica reforçada diante dos precisos termos do art. 12, VII, que assim dispõe:

"*Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a trasmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza".

Ora, quando o Estado de Minas Gerais instituiu o ICMS sobre "*serviços de comunicação*", fê-lo na acepção global da expressão inserta nos arts. 155, II, da Constituição Federal, e 1° da Lei Complementar n° 87/96. A propósito, o Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais, ou seja, o Decreto n° 38.104/96, estabelece, em seu artigo 2°, inciso XI, que o fato gerador do imposto ocorre "*... na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza*, por qualquer processo, *ainda que iniciada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado no estabelecimento pelo próprio contribuinte...*".

Ressalte-se, inclusive, que não poderia ele, o Estado de Minas Gerais, limitar ou restringir a hipótese de incidência do ICMS, tido em conta inexistir qualquer restrição quanto ao seu fato gerador na Lei Fundamental da República e subseqüente Lei Complementar (a LC n° 87/96). Ora, como cediço, diante dos termos do art. 155, II, da Constituição Federal, não podem os Estados e o Distrito Federal conceder imunidade, ainda que indiretamente, pois, em se tratando de serviços de comunicação, *o ICMS deve incidir sobre todo e qualquer deles*.

A interpretação que aqui se deve dar é, pois, diametralmente oposta àquela almejada pela apelante.

Não há necessidade de existir lei (*stricto sensu*), determinando a incidência do ICMS especificamente sobre os serviços relacionados às TVs por assinatura ou a cabo, para que se imponha o seu recolhimento, pois todo e qualquer serviço de comunicação, desde que prestado de forma onerosa, acarreta a sua incidência (dele, ICMS).

Não é demais ressaltar a agilidade com que a tecnologia avança. São fartas as notícias acerca de um novo programa de computação, de uma nova aparelhagem de som, de televisores (teclas *close caption* e SAP; imagem digital etc.), da superação dos videocassetes pelo DVD, das antenas parabólicas, dos telefones celulares, da utilização de fibras óticas, de cabos para transmissão de sons e imagens, dentre outros. A lista é imensa e todos os dias se tem notícia de algo novo.

Ora, justamente para que a legislação pudesse acompanhar a velocidade da tecnologia é que o legislador fez uso da expressão "*serviços de comunicação*", sem qualquer limite ou restrição, ou seja, em seu sentido mais amplo e genérico. Não seria razoável e nem possível, diante da celeridade dos avanços da tecnologia, antecipar e relacionar aqueles serviços.

Resta evidente, portanto, que todo e qualquer serviço de comunicação, já existente ou ainda por inventar, poderá ensejar a incidência do ICMS, desde que prestado de forma onerosa. Em suma: basta que, de fato, ocorra a prestação onerosa de serviço de comunicação (*lato sensu*), para gerar a incidência do ICMS.

Assim, cumpre verificar se o serviço de TV a cabo (ou por assinatura) é ou não serviço de comunicação, pois a onerosidade de sua prestação é induvidosa nestes autos.

Ora, várias são as acepções do vocábulo "comunicação". Mas, segundo definição de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *comunicação* pode ser: "*1. ato ou efeito de comunicar(-se); 2. processo de emissão e recepção de mensagens por meio de métodos e/ou sistemas convencionados; 3. a mensagem recebida por estes meios; 4. a capacidade de trocar ou discutir idéias, de dialogar e de conversar, com vista ao bom entendimento entre pessoas*" (*in Minidicionário de Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1993, p. 134).

Comunicação pode ser definida, ainda, como "*ato ou efeito de transmitir ou receber mensagens por meio de métodos e/ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro e/ou visual*".

Assim, quando se fala em comunicação, tanto se compreende o ato de comunicar, em si mesmo, como também os processos de comunicação.

A Lei n° 8.977, de 08/01/95, que dispõe sobre o serviço de TV a cabo, estabelece, em seu artigo 1°, que ele (o serviço de TV a cabo) *obedecerá aos preceitos da legislação de telecomunicações em vigor*, aos desta lei e aos regulamentos baixados pelo Poder Executivo.

De acordo com a definição constante do subseqüente art. 2°, "*... o serviço de TV a cabo é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio a assinantes, mediante transporte de meios físicos*".

Sua finalidade, de acordo com o art. 3°, é "... *promover a cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do País*".

Ora, a leitura atenta dos objetivos constantes do contrato social da apelante (fls. 34/36), escopo do contrato de fls. 40/44 (especificamente à fl. 41-TJ), não deixa margem de dúvida de que ela (a apelante) tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação via contrato com o cliente, por deter meios e técnicas que viabilizem a consecução de uma determinada situação fática. Assim, o serviço por ela prestado está enquadrado, em tese, como sendo de *comunicação* e, como tal, acha-se sujeito à incidência do ICMS.

Portanto, há de ser mantida a bem lançada sentença objurgada.

Todavia, como o pedido de concessão da ordem foi formulado de modo abrangente, ou seja, para declarar a desnecessidade de a apelante recolher o ICMS, ressalva-se-lhe a possibilidade de discutir, caso a caso e diante de uma situação concreta, eventuais equívocos relacionados a ele (o ICMS).

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo, com a ressalva alhures salientada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE - INTERESSES INDIVIDUAIS PLÚRIMOS E DISPONÍVEIS - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

- O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública, visando ao reconhecimento de inconstitucionalidade da cobrança de taxa de iluminação pública, por se tratar de interesses individuais plúrimos, homogêneos e disponíveis de contribuintes que sequer encaixam na definição de consumidores. Tais interesses não se confundem com interesses sociais difusos, coletivos ou individuais indisponíveis, cuja defesa cabe ao Ministério Público.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 210.995-7/00 - Comarca de Campestre - Relator: Des. MURILO PEREIRA

Ementa oficial: Constitucional - Processual Civil - Ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública para a cobrança de Taxa de Iluminação Pública - Interesses individuais plúrimos e disponíveis - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2001. - *Murilo Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Murilo Pereira - Conheço do recurso aos seus pressupostos de admissibilidade.

O ilustre juiz julgou extinto o processo sem apreciação do mérito (art. 267, VI, CPC), citando julgados a respeito da ilegitimidade ativa do Ministério Público no ajuizamento de ação civil pública "*de responsabilidade por cobrança inconstitucional de 'taxa' de iluminação pública*" (fls. 02).

No julgamento da Apelação Cível 181.229-6/00, Comarca de Leopoldina, a respeito de matéria similar, o em. Relator, Des. Pinheiro Lago, ao analisar a controvérsia a respeito da validade da taxa de iluminação pública, assinalou em seu lúcido voto que:

"*A defesa de interesses sociais difusos ou coletivos ou individuais indisponíveis, que cabe, nos termos da Constituição Federal, ao Ministério Público, não se confunde com a tutela de direitos privados e disponíveis de contribuintes, que sequer se encaixam na definição de consumidores, cuja proteção encontra-se tutelada pela legislação ordinária*".

Decidiu o eg. STJ, como lembra o precitado e em. Relator, que "só tem o Ministério Publico legitimidade para propor ação civil pública visando proteger o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo e a ordem econômica (Lei 7.347/85, art. 1°).

Os julgados trazidos à colação na r. sentença impugnada direcionam-se nesta linha de entendimento, como se pode ver às fls. 55/56, às quais se reporta.

A ação civil pública, como assinalou o ilustre Magistrado, "*deve ser ajuizada apenas nas hipóteses previstas em lei, e entre estas com certeza não se encontra a declaração ou argüição de inconstitucionalidade de lei municipal...*" (cf. fls. 56).

No caso, maneja-se a ação civil pública, em controle *incidenter tantum*, diante do caso concreto, mas ocorre que os interesses aqui objeto de defesa na inicial não são difusos, mas individuais, homogêneos e disponíveis, pelo que a ilegitimidade do

Parquet para a propositura da referida ação é manifesta.

São vários os julgados deste eg. TJMG a destacar que não tem o Ministéiro Público legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais plúrimos, que não se confundem com interesses coletivos.

Na Apelação Cível nº 200.704-5/00, Comarca de Governador Valadares, a eg. Quarta Câmara Cível, ao refletir pronunciamentos jurisprudenciais majoritários acerca desta matéria, decidiu que " *não tem o Ministério Público legitimidade para, através de ação civil pública, postular o reconhecimento da inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública e a conseqüente restituição com juros e correção monetária de todos os valores cobrados aos consumidores*".

A matéria, portanto, encontra-se pacificada neste eg. TJMG no sentido da ilegitimidade ativa do Ministério Público para a espécie.

Por isto, a solução correta foi a encontrada pelo ilustre Magistrado, ao julgar extinto o processo sem apreciação do mérito.

Por tais motivos, nega-se provimento.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Sr. Presidente. Embora entenda, e tal como tenho decidido em diversas oportunidades, inclusive na Corte Superior, ser inconstitucional a taxa de iluminação pública, creio, como o em. Relator, que a via adotada pelo Ministério Público não foi correta, porquanto usou a ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, que seria o caminho correto a ser trilhado.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

APOSTILAMENTO - CARGO COMISSIONADO - EXERCÍCIO POR MAIS DE UMA DÉCADA - SERVIDOR PÚBLICO - FALTA DO REQUISITO BÁSICO DA TITULARIDADE DE CARGO EFETIVO

- Para efeito de apostilamento em cargo comissionado, além do implemento de tempo no mesmo, deve o servidor público provar, *salienter tantum*, o requisito básico, isto é, o de ser detentor da titularidade de cargo público efetivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 211.739-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Servidor público - Apostilamento - Cargo comissionado - Exercício nele por mais de uma década - Falta do requisito básico da titularidade de cargo efetivo. Para efeito de apostilamento em cargo comissionado, além do implemento de tempo nele, deve o servidor público provar, *salienter tantum*, o requisito básico, isto é, o de ser detentor da titularidade de cargo público efetivo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 06 de dezembro de 2001. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Leonardo Canabrava Turra.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi a apelação interposta em mandado de segurança impetrado pelo médico Dr. Guilherme Gonçalves Riccio contra ato do Superintendente-Geral da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (Fhemig) e da Chefe de sua Divisão de Pessoal, que indeferiram seu pedido de apostilamento no cargo de Superintendente-Geral da Fundação.

A liminar foi indeferida (fl. 107) e, a final, denegada a segurança pela r. sentença de fls. 181 *usque* 183, da lavra da preclara Magistrada, Dra. Mariângela Meyer Pires Faleiro, ao fundamento de que "... *o impetrante (...) é mero ocupante de função pública, ainda que aprovado em concurso público, para fins de efetivação, já que não foi nomeado pela Administração, não chegando, assim, a ser investido em cargo público (...), porquanto certo é que a legislação que regula a matéria, qual seja, a Lei 9.532/87, ao fixar o aludido benefício, contempla tão-somente os funcionários públicos (...) Assim, não há cogitar-se façam os ocupantes de função pública jus ao apostilamento*" (fl. 182).

Irresignado, apela o impetrante (fls. 185/202), aos seguintes argumentos: a) que "... *ingressou como médico da Fundação Ezequiel Dias - Funed, em 03 de dezembro de 1984...*" (fl. 186), posteriormente transferido para a Fhemig em 12.07.85, quando só podiam ser contratados empregados, pelo Estado, sob o regime celetista; b) que, a partir de 1987, passou a exercer funções gratificadas ou cargos em comissão, o que o fez por mais de 12 anos, tendo sido exonerado quando exercia o cargo de Superintendente-Geral da Fhemig; c) que requereu à Fhemig seu título de apostilamento no cargo de Superintendente-Geral da Fundação, o que lhe foi indeferido ao fundamento de "... *não estar o Estado de Minas Gerais aceitando, para fins de concessão de apostilamento, o tempo de serviço do servidor anterior à instalação do regime jurídico único*" (fl. 187); d) que "... *a legislação em vigor assegura a todos servidores públicos das autarquias e fundações, a contagem de tempo*

de serviço em cargo de provimento em comissão, anterior à implantação do regime jurídico único, para efeito de apostilamento" (fl. 189); e) que, com o advento da Constituição Federal de 1988, c/c a Lei (Estadual) nº 10.254/90, "... *todos os servidores públicos das fundações passaram a ser regidos pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, quanto a direitos e obrigações*" (fl. 190); f) que, assim sendo, "... *passaram a ser destinatários do direito ao apostilamento, pelo caráter genérico das normas que o consagraram, e pela inexistência de outras restrições além das que integram o próprio instituto*" (fl. 190); g) que "... *o Estado quer ganhar dos dois lados, retirando do apelante os direitos trabalhistas e não lhe outorgando os direitos inerentes à condição de estatutário*" (fl. 191); h) que a Lei nº 9.532/87 "... *teve seus preceitos estendidos aos servidores egressos do regime celetista*" (fl. 192); i) que, em caso idêntico ao *sub judice*, o Tribunal de Contas de Minas Gerais, pelo seu Pleno, opinou favoravelmente ao pleito da servidora; j) que, em outro caso semelhante a este, a Exma. Dra. Juíza Heloíza Helena Ruiz Combat entendeu "... *não recepcionadas pela Constituição Estadual as Leis 5.945/72, 8.019/81 e Lei Delegada 35/85*" (fl. 198); k) que, por fim, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito, tendo o Ministro Marco Aurélio, Relator do acórdão, entendido que "... *o tempo de serviço prestado sob o regime jurídico da CLT é considerado para todos os efeitos legais ante a adoção do regime jurídico único*" (fl. 199); l) que, "*em síntese, se tivesse o impetrante continuado na condição de empregado celetista, teria adquirido a estabilidade financeira pela incorporação da gratificação de função. Se fosse ele servidor efetivo, teria a estabilidade financeira decorrente do apostilamento. Mas, ao mudar de um regime para o outro, pretende-se negar a ele o direito à mais lídima justiça, consistente na estabilidade financeira após mais de 12 anos de exercício de funções gratificadas e cargos comissionados*" (fl. 201).

Há contra-razões (fls. 213/215).

O Ministério Público de segundo grau, em r. parecer elaborado pelo culto Procurador de Justiça, Dr. Arnaldo Gomes Ribeiro (fls. 224/229), recomenda o desprovimento do apelo.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Os contratos trabalhistas da Administração Pública foram transformados em *função pública* pela Lei Estadual nº 10.254/90 (art. 4º).

A respeito da *função pública*, leciona IVAN BARBOSA RIGOLIN (*O Servidor na Constituição de 1988* - Ed. Saraiva - 1989, p. 100/103):

"... *no sentido constitucional apontado, funções públicas são: a) aquelas contratações por tempo determinado 'para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público' referidas no inc. IX do art. 37; b) qualquer lugar ou posto permanente na Administração, oriundo e remanescente de antigas situações que as Cartas anteriores admitiam, e que, por qualquer razão, permaneceram até hoje.*

(...)

Não está ali em hipótese alguma aberto o ingresso, pois trata situações antigas, consolidadas e cristalizadas com o passar do tempo e a inação do poder público, como a 'calar consentindo'. É o caso dos ainda existentes extranumerários, que são cidadãos admitidos para o serviço público estatutário sem concurso e para trabalhar ocupando vagas inexistentes no número dos cargos criados, daí o alusivo título, que passou a tradicional. É o caso dos antigos interinos, nomeados que eram para, temporariamente, substituir pessoal estatutário regular no quadro (afastado ou impedido ocasionalmente), que ali se perpetuaram e que, pasme-se, ainda existem sob esse título".

E acrescenta:

"*Temos, de conseguinte, que, existindo hoje remanescentes de extranumerários ou interinos, que não foram estabilizados em 1967, e ainda porventura não amparados por ato posterior algum, ou existindo outra sorte de antigos servidores em postos permanentes, com situação não definida nem pela CLT nem pelo estatuto (mas inegavelmente servidores públicos), bem como, por fim, existindo servidores sob regime especial (vejam-se as considerações contrárias à constitucionalidade da situação dos atualmente existentes, enquanto as respectivas leis 'especiais' ainda permaneçam inadaptadas à nova Carta, tecidas em tópico anterior), aí teremos a existência da função pública, para o que neste trabalho interessa expor*".

Com a Lei nº 10.254/90, os empregados celetistas foram absorvidos pelo Estatuto, com o emprego transformado em função pública, de forma automática, ficando a dispensa condicionada à expiração do prazo ou à cessação do motivo da designação, por ato motivado, conforme parágrafo 5º do artigo 10 da referida lei.

Por outro lado, como se sacrificou o direito do empregado, suprimindo-lhe as vantagens do regime celetista, tais como fundo de garantia, indenização, horas extras, etc., *foi-lhe dada a contrapartida da efetivação, após aprovação em concurso público a ser aberto.*

Por seu turno, a Lei Delegada nº 35, de 28.08.85, cujo art. 1º assim dispõe:

"*A contagem de tempo em cargo de provimento em comissão de recrutamento amplo, para fins de aquisição do direito previsto no art. 22 e parágs. da Lei 5.945, de 11 de julho de 1972, com a redação dada pelo art. 12 da Lei 8.019, de 23 de julho de 1981,*

somente terá início após a investidura em cargo de provimento efetivo".

Certo é que, para fins de apostilamento, além do requisito tempo, há mister que o servidor seja detentor de cargo efetivo, isto é, tenha sido regularmente nomeado, após aprovação em concurso público. E é exatamente neste ponto que esbarra a pretensão do apelante - é que ele ocupou diversos cargos em comissão na Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - Fhemig, sendo o último ocupado o de seu Superintendente-Geral. E isso perdurou por mais de 10 anos. Ocorre que, embora tenha ele sido aprovado em concurso público (documento de fls. 101/102), não foi nomeado pela Administração Pública e, portanto, não ocupou cargo efetivo algum. Em suma, conquanto aprovado em concurso público, mas não nomeado, infere-se que não ocupou cargo efetivo.

Assim, todo o trabalho junto à Fhemig de nada valeu para efeito de apostilamento, considerando-se que até 20.08.1999 - data de sua exoneração - o apelante não ocupava cargo efetivo algum. Lamenta-se a omissão da Administração em não tê-lo nomeado em caráter efetivo, *já que era concursado.*

Portanto, na espécie *sub judice*, não há falar-se em direito adquirido, pois ao apelante, como funcionário não efetivo, não se pode reconhecer o invocado direito ao apostilamento.

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - FUNÇÃO FISCALIZADORA DE ATOS POLÍTICOS - APRECIAÇÃO DOS MESMOS FATOS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - *BIS IN IDEM* - NÃO-CONFIGURAÇÃO - PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES

- O processo político-administrativo, uma vez cumprida a finalidade a que se destina, pode prescindir das fórmulas rígidas, respeitadas apenas as formalidades imanentes à busca da certeza jurídica e da justiça.

- A Comissão Parlamentar de Inquérito-CPI possui função fiscalizadora de atos políticos. Portanto, não se configura *bis in idem* a apreciação dos mesmos fatos em ação civil pública pelo Poder Judiciário.

- Carentes os autos de sustentação para as alegadas infringências aos dispositivos procedimentais, especialmente os previstos na Carta Magna, não há como albergar a pretensão contida no apelo, consistente nas alegações de irregularidade da CPI, ocorrência de *bis in idem* nos propósitos contidos nesta e na ação civil pública, bem como suscitação de afronta ao § 3º do artigo 58 da Constituição Federal relativamente à fixação do prazo no requerimento subscrito por um terço dos membros da Câmara, além da ausência de precisão na determinação do fato a se apurar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 213.658-8/00 - Comarca de Manhuaçu - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Mandado de segurança - Comissão Parlamentar de Inquérito - Instalação - Identidade de propósitos com ação civil pública em curso - Suspensão dos trabalhos - Denegação da ordem. - 1. A CPI possui função fiscalizadora de atos políticos. Não se configura, portanto, *bis in idem* a apreciação dos mesmos fatos através de ação civil pública pelo Poder Judiciário. - 2. Carente os autos de sustentação para as alegadas infringências aos dispositivos procedimentais, especialmente os previstos na Carta Magna, não há como albergar a pretensão contida no apelo. - 3. Desprovimento do recurso.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2001. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Mauro Bonfim.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuidam os presentes autos de recurso de apelação interposto por Maria Aparecida Magalhães Bifano (na qualidade de Prefeita Municipal de Manhuaçu) em face da respeitável sentença de fls. 68/71-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Manhuaçu, que, nos autos da ação de mandado de segurança promovida pela ora apelante em face do Presidente da Câmara Municipal de Manhuaçu (vereador Rômulo Rodrigues) e da Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (vereadora Maria Imaculada Dutra), como autoridades coatoras, denegou a segurança requerida.

Em sede recursal de fls. 77/79-TJ, sustenta a apelante a ocorrência de *bis in idem* nos propósitos contidos na CPI instalada e na ação civil pública já ajuizada contra ela, esta embasada nos mesmos fatos daquela.

Alega ter havido irregularidade na formação da CPI, porquanto a paridade na participação das bancadas deveria respeitar a composição da atualidade da instalação da comissão, em detrimento de sua composição, decorrente do pleito eleitoral de 1996.

Suscita afronta ao § 3° do artigo 58 da Carta Magna relativamente à fixação do prazo no requerimento subscrito por um terço dos membros da Câmara, além da ausência de precisão na determinação do fato a se apurar.

Pede a reforma da respeitável sentença monocrática para, a final, conceder a ordem mandamental.

O Ministério Público, em primeira instância, em suas intervenções no feito, pugnou pela denegação da segurança, em judicioso parecer de fls. 62/67, reiterado nas razões de recurso à fl. 84-verso-TJ.

Devidamente intimados (fl. 83-verso-TJ), os apelados deixaram transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de resposta.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 92/96-TJ, opinando pelo desprovimento do recurso.

Recurso acompanhado do prévio preparo, conforme certidão nos autos, à fl. 87-TJ.

Relatei.

Passo a decidir.

Conheço do recurso, aos pressupostos e condições de sua admissibilidade.

Inicialmente devo registrar, acompanhando o entendimento do douto Magistrado de primeiro grau, que o processo político-administrativo, uma vez cumprida a finalidade a que se destina, pode prescindir das fórmulas rígidas, respeitadas apenas as formalidades imanentes à busca da certeza jurídica e da justiça.

Nesse passo, e imbuído do espírito contido no entendimento exposto, não vislumbro nos autos a presença das invocadas irregularidades que, ao ver da apelante, teriam ocorrido na instalação da CPI; assim, tenho por inexistente a vulneração das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional (em especial da Lei Orgânica do Município de Manhuaçu e do Regimento Interno da Câmara Municipal) regentes da matéria.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, já o disse o Supremo Tribunal Federal (MS-23.652/DF - Relator Ministro Celso de Mello, *DJ* de 16.02.01), "*qualificam-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à comissão legislativa - sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram sua constituição - promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardam conexão com o evento principal objeto da apuração congressual*".

A ata da 6ª reunião ordinária da Câmara Municipal de Manhuaçu, realizada no dia 24.04.2000 (fls.17/19-TJ), registra *ipsis litteris*: "*Foram sendo nomeados os vereadores para comporem a comissão buscando-se a comissão baseando-se na proporcionalidade partidária e, como houve desistências, somente foi possível fazer a composição na seguinte forma: Maria Imaculada Dutra, Juarez Cléres Elói, Sebastião Miranda Barbosa, João Amâncio de Faria e José Bonifácio Pires. O Presidente colocou em votação os nomes indicados para compor a CPI, sendo aprovada por unanimidade*".

Interessante, registro, que, dos vereadores listados na certidão de fl. 21-TJ, apenas o edil Erasmo Pacheco não estava presente à reunião; os outros 15 registraram suas presenças.

Estou convicto, à luz desses fatos, de que a representação proporcional dos partidos que participam daquela Casa Legislativa foi atendida, *tanto quanto possível*, conforme o requisito constitucional.

O prazo para a realização dos trabalhos atinentes à comissão criada, nos termos do artigo 55, combinado com o artigo 46 da Lei Orgânica do Município de Manhuaçu (fls. 26/27-TJ), deveria constar da resolução que a criou. Assim ocorreu (fl. 20-TJ).

Não considero indeterminados os fatos indigitados à apuração da CPI. Pelo contrário, têm limites e contornos bem definidos, conforme consta do requerimento de fls. 14/16-TJ, assim como na resolução de fl. 20-TJ.

Diante de tais considerações, nego provimento ao presente recurso e mantenho *in totum* a decisão de piso.

Custas recursais, pela apelante.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Sr. Presidente. Como cediço, só cabe ao Poder Judiciário aferir acerca da legalidade do ato, aqui, a Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada contra a então Prefeita da Cidade de Manhuaçu. Compulsados os autos, também eu, tal como o em. Relator, não vislumbrei qualquer irregularidade no procedimento da referida comissão.

Assim, acompanho o em. Relator.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ICMS - MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - LEI Nº 13.437/99 E DECRETO Nº 40.987/00 - AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

- A sistemática de reclassificação estabelecida no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.437/99, não viola o princípio da isonomia, pois o "*tratamento tributário diferenciado*" concedido a microempresa e empresa de pequeno porte localizadas no Estado de Minas Gerais encontra suporte no art. 179 da Constituição Federal de 1988 e no art. 233 da Constituição do Estado de Minas Gerais, de tal sorte que os contribuintes mineiros que espontaneamente optaram pelo regime do Microgerais têm o mesmo tratamento, nos termos da legislação de regência.

- O art. 11 da Lei nº 13.437/99 não é inconstitucional, pois limitou-se a dar cumprimento ao disposto no art. 179 da Constituição Federal, não havendo que se falar em afronta ao disposto no art. 152 da mesma Carta Magna, já que a composição das alíquotas de ICMS diferenciadas para operações internas e intra-estaduais deriva da própria Constituição Federal, no seu citado art. 155, § 2º e seus incisos IV, V e VI. Outrossim, a legislação do Microgerais não divisa qualquer inconstitucionalidade, porquanto preserva o princípio da justiça tributária, eis que a cobrança da diferença porventura existente entre as alíquotas aplicáveis para tais tipos de operação propicia uma elevação natural da carga tributária, situação que ocorre também com os contribuintes não enquadrados no regime Microgerais. Ademais, sendo a cobrança da mencionada diferença existente entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações de compra e venda de mercadorias, procedimento resultante da aplicação do princípio da não-cumulatividade, não procede a alegação de inconstitucionalidade do art. 11 da referida Lei nº 13.437/99.

- Os arts. 6º e 12, ambos do Decreto nº 40.987/00, bem como o art. 11 da Lei nº 13.437/99 não ofendem nenhum preceito constitucional, pois destes preceitos se infere a licitude da diferença de alíquotas, fixadas não pelo Estado, mas pelo Senado Federal.

- A Lei nº 13.437/99 e o Decreto nº 40.987/00 não são inconstitucionais, pois estão em perfeita harmonia com o art. 179 da Constituição Federal.

- Nas operações referentes à aquisição de mercadorias ou prestação de serviços em outro Estado (barreira tributária), a alíquota do imposto (ICMS) será sempre maior, independentemente de a empresa se enquadrar ou não no Microgerais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 214.211-5/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. MURILO PEREIRA

Ementa oficial: Processual Civil - Tributário - Mandado de segurança coletivo contra a Fazenda Pública estadual - Alegada inconstitucionalidade da Lei 13.437/99 e do Decreto Estadual 40.987/00, não caracterizada porque se infere destes dispositivos a licitude da diferença das alíquotas, fixadas pelo Senado Federal - Afronta do art. 152 da CR também não configurada, porque a legislação do Microgerais preservou o princípio da justiça tributária, estando em consonância com o art. 152, § 2º, IV, V e VI - 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, 06 de novembro de 2001. - *Murilo Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Murilo Pereira - Conheço da apelação aos seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de mandado de segurança coletivo, impetrado pelo Sindicato das Indústrias do Vestuário de Juiz de Fora-MG, qualificado à fl. 02, com pedido de liminar, a qual foi deferida pelo r. despacho de fls. 55/55-v.

O impetrante formula seus pedidos, ao enfoque das letras *a*, *b*, *c* e *d* da petição mandamental (fls. 19/20).

A sentença recorrida analisou os fatos relevantes da causa, bem como as razões e fundamentos jurídicos colocados na inicial da impetração, para a final denegar a segurança.

Na peça de ingresso, o impetrante alegou inconstitucionalidade da Lei nº 13.437/99 e do Decreto Estadual nº 40.987/00, ao argumento "*de que ambos alteraram o regime tributário anterior dado às microempresas e empresas de pequeno porte determinado pela Lei Estadual 12.708/97, onerando, e não mais beneficiando as empresas que aderiram ao Programa de Fomento ao Desenvolvimento das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no Estado de Minas Gerais-Microgerais, como assinalou a ilustre Promotora de Justiça, Dra. Ana Léia Salomão Ribeiro, no r. pronunciamento de fls. 96/104, que foi pela denegação da segurança*".

Nas informações, a autoridade impetrada sustenta que a alegação de inconstitucionalidade há de ser discutida em campo próprio, qual seja, em ação direta de inconstitucionalidade, mas tal colocação não procede, pois que o controle de constitucionalidade na espécie se faz incidentalmente, e não para produzir efeitos *erga omnes*.

Não se divisa no caso a mais mínima violação do "*princípio da isonomia*" em função da sistemática de reclassificação estabelecida no artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 13.437/99, pois que "*o tratamento tributário diferenciado*" concedido a ME e EPP localizadas no Estado de Minas Gerais, encontra suporte no artigo 179 da CR/88 e artigo 233 da CEMG, de tal sorte que os contribuintes mineiros que espontaneamente optarem pelo regime do Microgerais têm o mesmo tratamento, nos termos da legislação de regência.

Assim sendo, aduz em seguida a impetrada (fls. 78): "*todas as empresas do Microgerais, que, no decorrer do exercício, obtiverem receita bruta anual acumulada superior ao limite previsto para sua faixa de classificação, serão reclassificadas para a real faixa, a partir do mês subseqüente, ao passo que, se tal receita apresentar-se inferior ao limite de sua faixa, haverá, também, a reclassificação para a real faixa, porém a partir do exercício seguinte*".

Assim, destacam-se tratamentos distintos para situações também distintas, as quais são aplicáveis a todos os contribuintes que nelas se enquadrem (fls. 78).

Observa-se, neste contexto interpretativo, que o artigo 11 da Lei 13.437/99 se limitou a dar cumprimento ao disposto no artigo 179 da CR/88, que diz o seguinte: "*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensaram às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei*".

Este regime jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, destarte, resulta em simplificar as obrigações tributárias, mas, como frisou a precitada e ilustre Promotora de Justiça, "*Observando sempre o princípio da não-cumulatividade...*" (fls. 103), sendo de assinalar, por outro lado, que, nos termos do artigo 155, § 2º, IV, da CR/88, o Senado Federal tem competência para fixar alíquotas diferenciadas.

Sustenta a apelante afronta ao artigo 152 da CR/88, mas tal alegação não procede, considerando-se que a composição das alíquotas de ICMS diferenciadas para as operações internas e intra-estaduais deriva da própria Constituição Federal, no seu citado art. 155, § 2º e seus incisos IV, V e VI.

Por um lado, não se afrontam na espécie as alegadas disposições constitucionais, em primeiro lugar porque a legislação do Microgerais preserva o princípio da justiça tributária, pois que, como acentuou a recorrida nas contrarazões, "*a cobrança da diferença porventura existente entre as alíquotas aplicáveis para tais tipos de operação propicia uma elevação natural da carga tributária, situação que ocorre, também, com os contribuintes não enquadrados no regime do Microgerais*", conforme demonstração feita às fls. 74/75, não descaracterizada por outros elementos informativos dos autos - cf. fls. 139/140.

Por outro lado, como também frisou a recorrida, "*no que tange às operações internas, as alíquotas aplicáveis podem ser livremente fixadas pelo Estado, desde que respeitado o patamar mínimo correspondente ao das alíquotas interestaduais e não gere conflitos que envolvam interesses de outros Estados*" - fls. 140.

Do que ressai ao exame dos autos, da cobrança da mencionada diferença existente entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações de compra e venda de mercadorias, sendo procedimento resultante da aplicação do princípio da não-cumulatividade, não procede a alegação de inconstitucionalidade do artigo 11 da referida Lei 13.437/99.

A r. sentença bem examinou as alegações de inconstitucionalidade do referido artigo 11 da Lei nº 13.437/99 e dos artigos 6º e 12, ambos do Decreto nº 40.987/00, para concluir que tais dispositivos não ofenderam nenhum preceito constitucional, pois que desses preceitos se infere a licitude da questionada diferença de alíquotas, fixadas não pelo Estado, mas pelo Senado Federal.

Nesta linha de considerações, ao opinar pelo desprovimento, destaca o em. Procurador de Justiça que a Lei nº 13.437/99 e o Decreto nº 40.987/00 não são inconstitucionais, pois estão em perfeita harmonia com o artigo 179 da Constituição Federal (fls. 160).

Acrescentou que, no tocante à aquisição de mercadorias ou prestação de serviços em outro Estado (barreira tributária), a alíquota do imposto (ICMS) será sempre maior, independentemente de a empresa se enquadrar ou não no Microgerais.

Pelo exposto, não se configura a presença na espécie dos requisitos ensejadores da concessão da segurança, pelo que, ao acolher o r. parecer ministerial, nega-se provimento à apelação.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - PRÉVIO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO - JUNTADA - DESNECESSIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 41 DA LEI Nº 6.830/80 - CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ - TÍTULO EXECUTIVO HÁBIL PARA INSTRUIR A PETIÇÃO INICIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - SENTENÇA - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - NÃO-SUJEIÇÃO

- A sentença que, em execução fiscal, extingue o processo sem julgamento do mérito não está sujeita ao duplo grau de jurisdição, por não ser hipótese de improcedência do pedido de execução, conforme previsto no art. 475, inciso II, do CPC.

- Na hipótese de não-pagamento do tributo ou da tarifa do preço público, nos casos de lançamento direto ordinário, é desnecessário prévio processo tributário administrativo (PTA) para a inscrição do débito em dívida ativa, cuja certidão constitui título executivo hábil e bastante para instruir a petição inicial da execução fiscal, uma vez que possui presunção de liquidez e certeza, não se obrigando a exeqüente a fazer qualquer nova prova, cabendo ao sujeito passivo da obrigação tributária desfazer essa presunção.

- Conforme dispõe o art. 41 da Lei nº 6.830/80, é facultativa a juntada do PTA no curso da instrução, por requerimento das partes ou de ofício, por ordem judicial, de acordo com as circunstâncias da causa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 214.523-3/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Extinção de processo de execução fiscal - Falta de juntada do PTA aos autos - Peça considerada pelo juiz como condicionante da cobrança forçada - Entendimento judicial improcedente. - Na hipótese de não-pagamento em face do lançamento direto ordinário do tributo ou da tarifa do preço público, ensejada é a efetivação da inscrição do débito em Dívida Ativa, sem necessidade de prévio procedimento administrativo, conforme previsão legal.

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 E CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2002. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de regular apelação oposta à sentença que, em execução fiscal promovida pelo Departamento Municipal de Água e Esgoto de Uberlândia-DMAE, por motivo do não-pagamento da taxa ou tarifa de consumo de água e esgoto, conforme Certidão de Dívida Ativa, julgou extinto o processo, ao entendimento de não constar dos autos o processo tributário administrativo, que seria condicionante da cobrança forçada.

Em seu apelo, está a autarquia-exeqüente salientando a desnecessidade da realização do processo administrativo para a inscrição do débito em Dívida Ativa, sendo a correspondente certidão dotada de liquidez e certeza, *ex vi* do art. 3º da Lei nº 6.830/80, e cabendo, se lhe aprouver, ao sujeito passivo da obrigação tributária dar início a algum contencioso administrativo, mediante reclamação oportuna.

Corretamente, não houve remessa oficial, por não ser hipótese de improcedência do pedido de execução, como é previsto no art. 475, inciso II, do CPC.

Na forma do figurino legal, adequado à espécie dos autos é o seguinte precedente jurisprudencial:

"*A sentença que, em execução fiscal, promovida por autarquia, julga extinto o processo, sem decidir o mérito (CPC, art. 267), não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório*". (TFR-2ª Seção, Uniformização de Jurisprudência no Agravo nº 41.241-PA, Rel. Min. Torreão Braz, *DJU* de 9.8.84, *apud* THEOTONIO NEGRÃO, *CPC e Legislação Processual em Vigor*, 31ª ed., p. 474.)

Quanto ao recurso voluntário, dele conheço, para dar inteiro acolhimento à argumentação do apelante.

Com efeito, equivocou-se o ilustre Magistrado, ao extinguir o processo, sob o fundamento de não estar a execução instruída com o PTA.

A exigência não procede, pois o título executivo bastante, dotado que é dos atributos de executoriedade, está previsto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

"*A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita*".

Complementarmente, dispõe o art. 41 ser facultativa a juntada do PTA no curso da instrução, por requerimento das partes ou de ofício, por ordem judicial, de acordo com as circunstâncias da causa.

A tal respeito é ainda apropriado o destaque citado por JOSÉ DA SILVA PACHECO em *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, 6ª ed., Saraiva, 1997, p. 50:

"*A exeqüente não se obriga a fazer qualquer nova prova, além da certidão da dívida, bastando-lhe a presunção de liquidez e certeza que deriva da certidão que instrui a execução fiscal (art. 204 do CTN), certo que ao sujeito passivo da relação processual cabe desfazer essa presunção*".

E, como bem observou Ronaldo Cunha Campos, "*nem toda inscrição resulta de um procedimento administrativo*", porquanto nos casos de lançamento direto ordinário, "*... se o contribuinte não formula impugnação e não paga, enseja a inscrição, sem que se instaure um procedimento administrativo*", antes da providência da inscrição do débito em Dívida Ativa.

Por isso é que, aliás, o Código Tributário Nacional, em seu art. 202, manda constar tanto no termo de inscrição da dívida ativa (inciso V) quanto na certidão (parágrafo único), "*sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito*".

E, ao conceituar a dívida ativa tributária, o art. 201 refere-se a duas hipóteses geradoras da inscrição na repartição administrativa competente, quais sejam, "*depois de esgotado o prazo fixado para pagamento ou por decisão final proferida em processo regular*".

Repete regras semelhantes à Lei de Execução Fiscal em seu art. 2°, inciso VI e § 6°.

No caso dos autos, a autarquia-exeqüente agiu corretamente, apresentando, com a inicial, a Certidão de Dívida Ativa, em observância do disposto na Lei de Execução Fiscal e no art. 283 do CPC.

Em suma, não ficou aí retratada situação em que se tenha feito necessário o processo administrativo para o acertamento do crédito, diante de uma contenciosidade criada pela impugnação do lançamento pelo contribuinte. A espécie é outra, pura e simplesmente de não-pagamento conforme imposto no lançamento.

Assim sendo, dou provimento à apelação e casso a sentença, determinando seja o pedido inicial da execução regularmente processado e decidido.

Custas, de lei.

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

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

LITISPENDÊNCIA - IDENTIDADE DE AÇÕES - AUSÊNCIA - PARTES DIFERENTES - DESCARACTERIZAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA

- Somente se verifica a ocorrência da litispendência quando há identidade de ações, consistente no fato de elas possuírem as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Se as partes são diferentes, resta descaracterizada a litispendência.

APELAÇÃO CÍVEL N° 218.133-7/00 - Comarca de Pará de Minas - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Litispendência. - Somente se verifica a ocorrência desta com a identidade de ações: as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Recurso apelatório provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2002. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço da apelação.

Cuida-se de mandado de segurança cujo deslinde, na instância singela, culminou com a extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no artigo 301, § 3°, e no artigo 267, V, todos do *Codex* Instrumental.

Contra este respeitável pronunciamento judicial, insurge-se o apelante, a meu sentir, com inteira razão.

Com efeito, diversamente do entendimento esposado pelo douto Magistrado primevo, penso que, no caso, não ocorreu a litispendência reconhecida em grau primeiro.

Isso porque a existência de litispendência pressupõe a identidade de ações, ou seja, possuírem essas os mesmos elementos: partes, causa de pedir e pedido.

In casu, as partes que figuram no Mandado de Segurança 27.444 são: Jair Paulino da Silva (impetrante) e José Reinaldo Duarte, Presidente da Câmara Municipal de São José da Varginha (impetrado).

Já as partes figurantes da Ação Mandamental n° 27.445 são: Otacílio Duarte dos Santos, Paulo José dos Santos, José Magela de Melo e José Miguel da Silva (impetrantes) e José Reinaldo Duarte, Presidente da Câmara Municipal de São José da Varginha (impetrado).

Verificável, pois, que o recorrente não foi parte em nenhum dos mandados de segurança referidos, o que importa na ausência do primeiro requisito caracterizador da litispendência, ante a inexistência de um de seus pressupostos.

Acerca do tema, registra NELSON NERY JÚNIOR, em seu *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 583:

"*A identidade de pedidos não caracteriza a litispendência. Somente*

se verifica a litispendência com a identidade de ações: as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir (TRF - 5ª, 1ª T., Ap. 17.299-RN, Rel. Juiz Ridalvo Costa, *v.u.*, j. em 10.12.1992, *JSTJ*, 47/583)".

Frente ao deduzido, provejo o apelo, determinando a remessa dos autos ao juízo originário, para que, em tal sítio, outra sentença se faça com o exame das demais preliminares versadas, nestes autos e, se for o caso, se proceda ao enfrentamento do *meritum causae*.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - INEXISTÊNCIA - PROVAS - NEGÓCIOS JURÍDICOS - PROVA TESTEMUNHAL - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - TÍTULO EXECUTIVO - PROTESTO - INTIMAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DA LEI Nº 9.492/97 - REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA DEVEDORA - INTIMAÇÃO PESSOAL - DESNECESSIDADE - INÉPCIA DA INICIAL - AUSÊNCIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - INDEXAÇÃO EM DÓLARES - POSSIBILIDADE - CONTRATO DE FRANQUIA - NATUREZA HÍBRIDA - CONTEÚDO ECONÔMICO - CARÁTER NEGOCIAL - FORMALIZAÇÃO POR MEIO DE CONTRATO MERCANTIL

- Diz-se possível juridicamente o pedido quando há previsão legal, abstratamente considerada, para a tutela jurisdicional que se requer em juízo. 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 por meio da ação. Esse requisito 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. Nada tem a ver com a procedência ou improcedência do pedido.

- O juiz é o destinatário das provas. Somente a ele cabe valorá-las, segundo o seu racional convencimento motivado, devendo indeferir o requerimento de provas meramente protelatórias ou manifestamente inúteis, o que não caracteriza cerceamento de defesa.

- A prova em torno de negócios jurídicos é por excelência a documental, sendo a prova testemunhal, geralmente, muito pouco esclarecedora.

- A teor do art. 14 da Lei nº 9.492/97, a intimação do protesto será expedida ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida, quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção ou documento equivalente, tendo a referida lei, neste particular, derrogado a parte da Lei de Falências que trata de protesto de títulos de créditos. Assim, se a empresa devedora não deixou de receber o protesto, nem ficou impedida de conhecer o seu conteúdo, o fato de o mesmo não ter sido realizado na pessoa do seu representante legal é irrelevante, sendo de se rejeitar a preliminar de nulidade da decisão à alegação de inexistência de intimação pessoal do referido protesto.

- Se os títulos de crédito que embasam o pedido de falência possuem força executiva hábil à sua proposição, não há que se falar em inépcia da inicial, ao argumento de que há incompatibilidade entre o pedido e a causa de pedir.

- O contrato de prestação de serviços indexado em dólares não pode ser considerado nulo em face de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que reputa legítimo o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional.

- O contrato de franquia é de natureza híbrida, formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço. Revela conteúdo econômico realizado em caráter negocial, sendo da sua essência formalizar-se por meio de contrato mercantil.

- Não há que se falar que o objeto da sociedade é civil, se os autos revelam que o objetivo da mesma, além da prestação de serviços, envolve "*mercado manual de câmbio de taxas flutuantes, agenciamento e transporte de cargas*", o que permite a conclusão de que o seu objeto é comercial.

AGRAVO Nº 218.677-3/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: O contrato de franquia é de natureza híbrida, formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço; revela conteúdo econômico realizado em caráter negocial, sendo da sua essência formalizar-se por meio de contrato mercantil.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2002. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela agravada, o Dr. Carlos Alberto Nilo da Silva.

O Sr. Des. Carreira Machado - Ouvi com atenção as palavras do ilustre advogado, e S. Exa. argúi quatro preliminares, sendo a primeira de nulidade da decisão. Diz também que há impossibilidade jurídica do pedido, inépcia da inicial, cerceamento de defesa e inexigibilidade das duplicatas mercantis. Tenho voto escrito, no qual estou rejeitando todas essas preliminares.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Easy Travel Service Administração e Participação Ltda. à decisão trasladada às fls. 106/113-TJ, que, em procedimento de falência requerido por Flytour Agência de Viagens e Turismo Ltda., decretou-lhe a falência.

Argúi a nulidade da decisão, a impossibilidade jurídica do pedido, a inépcia da inicial, cerceamento de defesa, inexigibilidade das duplicatas mercantis, que o objeto da sociedade Easy Travel Service Administração e Participação Ltda. é civil, que inexistiu intimação pessoal do protesto, que o contrato de abertura de crédito entre requerente e requerida é nulo.

Diz-se possível juridicamente o pedido quando há previsão legal, abstratamente considerada, para a tutela jurisdicional que se requer em juízo. 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. Nada tem a ver com a procedência ou improcedência do pedido.

Rejeito a preliminar.

Quanto ao cerceamento de defesa, acerca da prova testemunhal, compreendo que o juiz é o destinatário das provas, somente a ele cabendo valorá-las segundo o seu racional convencimento motivado, devendo indeferir o requerimento de provas meramente protelatórias ou manifestamente inúteis. É de se acrescentar que, em casos como o que se nos apresenta, geralmente a prova testemunhal é muito pouco esclarecedora, uma vez que a prova em torno de negócios jurídicos é por excelência a prova documental.

Rejeito a preliminar.

A Lei nº 9.492/97, que define a competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos, prescreve que, *ipsis litteris:*

"*Art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço.*

§ 1º. A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente.

§ 2º. A intimação deverá conter nome e endereço do devedor, elementos de identificação do título ou documento de dívida, e prazo-limite para cumprimento da obrigação no Tabelionato, bem como número do protocolo e valor a ser pago".

Logo, a intimação será expedida ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção ou documento equivalente. Neste particular, a Lei nº 9.492/97 derrogou a parte da Lei de Falências que trata de protesto de títulos de crédito.

A parte agravante apenas alega que a intimação do protesto não se realizou na pessoa do representante legal da empresa, mas não alega que não recebeu o protesto ou ficou impedida de conhecer o seu conteúdo.

Rejeito a preliminar.

Entende-se por inepta a petição inicial quando (CPC, art. 295, parágrafo único): a) lhe faltar pedido ou causa de pedir; b) da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; c) o pedido for juridicamente impossível; d) contiver pedidos incompatíveis entre si.

Sustenta a parte agravante que há incompatibilidade entre o pedido e a causa de pedir porque as obrigações entre as empresas Easy Travel Service Administração e Participação Ltda. x Flytour Agência de Viagens e Turismo Ltda. estão regidas por contrato de prestação de serviços, havendo previsão expressa de garantia em caso de inadimplemento.

As duplicatas emitidas, fls. 39/40-TJ, foram aceitas pelo sacado, cuja veracidade da assinatura não se questionou formalmente. Foi dito que a assinatura aposta não corresponde à firma da empresa, contudo, a parte interessada não ofereceu qualquer exceção capaz de demonstrar o alegado. Assim, são títulos com força executiva hábeis à proposição do pedido de falência, portanto, não se cogita de incompatibilidade entre causa de pedir e pedido.

Rejeito a preliminar.

A alegada nulidade do contrato de prestação porque indexado em dólares não se mostra consistente em face de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

"*Legítimo é o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. Precedentes do STJ.*

Obrigação do devedor de restituir, em moeda nacional, o equivalente em dólares norte-americanos emprestados. Variação cambial que não constitui, a rigor, correção monetária, mas a expressão do principal devido.

Recurso especial não conhecido" (REsp 57.581-SC - 1994/0037094-6 - *DJ* de 18.10.1999, p. 233, Relator Ministro Barros Monteiro, data da decisão: 05.08.1999, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

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

O Sr. Des. Carreira Machado - Resta saber se o objeto da sociedade Easy Travel Service Administração e Participação Ltda. é civil ou comercial.

O contrato de franquia é de natureza híbrida, formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço - revela conteúdo econômico realizado em caráter negocial -, sendo da sua essência formalizar-se por meio de contrato mercantil, no qual haverá previsão expressa de toda sistemática abrangida para operação do negócio entabulado entre as mesmas. Esse conceito, de autoria de Adalberto Simão Filho, foi citado expressamente na declaração de voto do Excelentíssimo Senhor Ministro José Delgado como fundamento para descaracterizar a incidência de ISSQN sobre a prestação de serviço decorrente do contrato de franquia (REsp 222.246-MG - 1999/0060061-4 - *DJ* de 04.09.2000, p. 123 - Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Ademais, pela análise do objeto da sociedade Easy Travel Service Administração e Participação Ltda., cujo registro se fez na Jucemg, há elementos que permitem a conclusão de que o objeto é comercial. O objetivo da sociedade, fl. 44-TJ, além da prestação de serviços, envolve "*mercado manual de câmbio de taxas flutuantes, agenciamento e transporte de cargas*".

Ante o exposto, revogo o efeito suspensivo e nego provimento ao recurso.

Custas, pela lei.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente, gostaria de saber do ilustre advogado uma questão de fato.

Gostaria que ele repetisse o seu argumento quanto ao problema da nulidade do contrato da abertura de crédito.

O Sr. Dr. Carlos Alberto Nilo da Silva - O crédito fornecido para a agravante foi através de um contrato de abertura de crédito, onde se fala na prestação de serviços, que tem analogia com aqueles contratos de abertura de créditos bancários, onde a pessoa vai utilizando determinados valores. Com essa utilização de valores, não se admite a liquidez sem a prestação de contas e sem uma ação própria para essa finalidade, que é o que tem entendido o STJ. Essas duplicatas emitidas e não aceitas pelo representante legal da empresa não teriam força para um pedido de decretação de falência, existindo, ainda mais, uma nota promissória vinculada.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. Gostaria de pedir a V. Exa. que esta parte da sustentação oral constasse das notas taquigráficas e peço vista dos autos.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES. PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR, NEGANDO PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 20.12.2001, a pedido do Primeiro Vogal, após rejeitarem preliminares e votar o Relator negando provimento.

Com a palavra o Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. Examinei o processo detidamente e cheguei à conclusão de que o problema não é bem de nulidade contratual, nem tampouco de configuração jurídica do contrato (comercial ou civil). Trata-se simplesmente de um requerimento de falência, com base em duas duplicatas de prestação de serviços, previstas em lei, duplicatas aceitas e protestadas.

Portanto, não há nada mais a ser acrescentado, a não ser manter a decisão do Juiz.

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CLÁUSULAS RESTRITIVAS - IMPENHORABILIDADE INCOMUNICABILIDADE E INALIENABILIDADE - CANCELAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.676 DO CÓDIGO CIVIL

- A teor do art. 1.676 do Código Civil, as cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade e inalienabilidade gravadas sobre imóvel dado em doação

não poderão, em caso algum, ser invalidadas ou dispensadas por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade, não podendo o magistrado decidir contra texto expresso de lei, já que é vedado ao intérprete e aplicador da norma decidir, ao seu arrepio, de forma a desconsiderá-la.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 219.300-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Processual Civil - Ação para cancelamento de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Inteligência do art. 1.676 do Código Civil - Recurso desprovido.

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, 07 de fevereiro de 2002. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Francisco Xavier Esperança e sua esposa Uta Esperança apelaram regularmente da sentença que, na Vara de Registros Públicos da Comarca de Belo Horizonte, julgou improcedente o pedido de cancelamento da averbação das cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade e inalienabilidade, que pesam sobre o imóvel de sua propriedade, objeto do registo nº 87.183 do 1º Ofício de Registros de Imóveis da Capital (fls. 25/26-TJ).

Alegam os apelantes que adquiriram o imóvel de Ilka Bank, irmã do requerente, que o havia recebido em doação feita por seus pais, com a cláusula de inalienabilidade, com restrição parcial, uma vez que se permitia a venda do bem aos próprios doadores, irmãos ou filhos maiores; e assim, ocorrendo a alienação para o requerente, referida cláusula não pode mais acompanhar o imóvel, cabendo seu cancelamento, em face da autorização dos próprios doadores e da inexistência do usufruto (fls. 29/33-TJ).

A Promotoria de Justiça não ofertou parecer (fls. 36/39-TJ) e a Procuradoria- Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso interposto (fls. 48/49-TJ).

Conheço do recurso, mas estão sem razão os apelantes.

Da análise dos autos, vê-se que a sentença impugnada buscou inspiração no artigo 1.676 do Código Civil Brasileiro, ao prescrever que a cláusula não poderá, em caso algum, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade (*RJTJESP/Lex,* 104/107; *RT,* 581/188-190; 614/156; 660/163).

Para os apelantes, contudo, uma vez ocorrida a alienação do imóvel gravado e sendo a restrição do direito personalíssima, a cláusula de inalienabilidade não poderia mais acompanhar o imóvel alienado.

Acontece que tais argumentos não podem servir de motivação para o magistrado decidir contra texto expresso de lei, já que é vedado ao intérprete e aplicador da norma decidir, ao seu arrepio, de forma a desconsiderá-la.

Assim sendo, como bem acentuaram o Juiz *a quo* e o representante do Ministério Público na Comarca (fls. 14-v. e 23-v.-TJ), o pretendido cancelamento das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, impostas em virtude da doação do imóvel à irmã do requerente, não pode escapar do alcance do disposto no artigo 1.676 do Código Civil, *verbis*:

"*A cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade*".

Daí o realce dado pela Promotoria, ao manifestar-se pelo indeferimento do pedido, "*por absoluta e manifesta ausência de previsão legal*" (fls. 14-v.-TJ).

Ademais, os apelantes nem mesmo pleitearam a sub-rogação da cláusula de inalienabilidade, conforme permissão legal.

Sendo assim e por estar a pretensão dos apelantes fora das hipóteses em que tal gravame pode ser afastado, merece ser confirmada a sentença.

Nego, pois, provimento à apelação.

Custas, pelos apelantes.

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

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FARMÁCIA - DROGARIA - TÉCNICO RESPONSÁVEL - FARMACÊUTICO INSCRITO NO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - PRESENÇA OBRIGATÓRIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 15 DA LEI Nº 5.991/73 - ESTABELECIMENTOS QUE NÃO ATENDEM ÀS NORMAS LEGAIS PERTINENTES - ALVARÁ SANITÁRIO - EMISSÃO - IMPOSSIBILIDADE - FUNCIONAMENTO SEM A DEVIDA LICENÇA - APLICAÇÃO DE MULTA - IMPOSIÇÃO

- A teor do art. 15 da Lei nº 5.991/73, a farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento, admitindo-se a responsabilidade por "*prático de farmácia*" apenas no caso excepcional previsto no § 3º daquele mesmo preceito legal. O não-atendimento dessas normas legais impede a emissão do alvará sanitário, impondo-se, conseqüentemente, a aplicação de multa àqueles estabelecimentos que estão funcionando sem a devida licença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 220.241-4/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Estabelecimento comercial. - A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável. Art. 15 da Lei 5.991/73. O não-atendimento a tal condição impede a emissão do alvará sanitário, inexistindo, pois, qualquer ilegalidade no ato do Secretário Municipal de Saúde de Uberlândia determinador da lavratura de autos de infração, com aplicação de multas, àqueles estabelecimentos que estão funcionando sem a devida licença. 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 REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO E REVOGAR A LIMINAR, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2001. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço do processo, em reexame necessário, bem como do recurso voluntário.

Cuida-se de mandado de segurança, onde concedida a liminar rogada e, ao tempo devido, a ordem em definitivo, posto concluir o ilustre Sentenciante que o direito líquido e certo da impetrante ressai dos próprios argumentos da autoridade rotulada de coatora, quando afirma que não fornece ao comerciante o alvará sanitário, pela falta de responsável técnico em seu estabelecimento, sem lhe assegurar o direito de defesa.

Com a devida vênia do entendimento esposado pelo seu Prolator, penso que reforma está por merecer a respeitável sentença singela.

A questão sob enfoque refere-se à legalidade, ou não, do ato emanado do Sr. Secretário Municipal de Saúde de Uberlândia, determinador da lavratura de autos de infração, com aplicação de multas, em face da empresa do

impetrante, ante a inexistência de alvará sanitário, ato administrativo vinculado à presença de responsável técnico farmacêutico no local.

O comando da Lei Federal 5.991/73, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, gira em torno de:

"*Art. 15. A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.*

§ 1º. A presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento.

§ 2º. Os estabelecimentos de que trata este artigo poderão manter técnico responsável substituto, para os casos de impedimento ou ausência do titular.

§ 3º. Em razão do interesse público, caracterizada a necessidade da existência de farmácia ou drogaria, e na falta do farmacêutico, o órgão sanitário de fiscalização local licenciará os estabelecimentos sob a responsabilidade técnica de prático de farmácia, oficial de farmácia ou outro, igualmente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei".

Verificável, pois, que, tanto para a farmácia quanto para a drogaria, obrigatória é a presença do técnico responsável, devidamente inscrito no CRF, salvo no caso do § 3º do preceito legal acima transcrito.

Neste sentido:

"*Mandado de segurança. Farmácia. Auxiliar de farmácia. - A farmácia e a drogaria terão obrigatoriamente a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento. Admite-se a responsabilidade por* 'prático de farmácia' *apenas nos casos excepcionais previstos em lei, em razão do interesse público, nos casos de falta de profissional farmacêutico. A prova de tal excepcionalidade não é admissível em mandado de segurança, ação destinada a amparar apenas o direito líquido e certo*" (TJDF - RO 107.099 - AC 14 - 2ª T. Cív. - Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira - *DJU* de 02.02.2000).

Inidentifico, no caso em apreço, qualquer ilegalidade na atuação administrativa, uma vez que, não atendidas as normas legais pertinentes, incabível é a emissão do alvará sanitário, impondo-se, conseqüentemente, a aplicação de multa àqueles estabelecimentos que estão funcionando sem a devida licença.

E, em assim procedendo, está o Município a exercer o seu poder de polícia, que, segundo HELY LOPES MEIRELLES, "*é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade do próprio Estado*".

E assegura o mestre:

"*Para tanto, o Poder Público edita leis e os órgãos executivos expedem regulamentos e instruções fixando as condições e requisitos para o uso da propriedade e o exercício das atividades que devam ser policiadas e, após as verificações necessárias, é outorgado o respectivo alvará de licença ou autorização, ao qual se segue a fiscalização competente*" (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., Malheiros Editores, p. 115 e 122).

No que concerne à competência para policiar, lembramos o referido autor, à p. 114 da obra citada, que, "*como certas atividades interessam simultaneamente às três entidades estatais, pela sua extensão a todo o território nacional (v.g., saúde pública, trânsito, transporte etc.), o poder de regular e de policiar se difunde em todas as Administrações interessadas, provendo cada qual nos limites de sua competência territorial*".

Por tais razões, não vislumbro qualquer direito líquido e certo a ser tutelado na presente ação mandamental.

Frente ao deduzido, em reexame necessário, reformo o singular veredicto, para denegar a segurança e revogar a liminar.

Custas, *ex lege*.

Prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA E REVOGARAM A LIMINAR, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - PRAZO PARA DEFESA - INTIMAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO *CAPUT* DO ART. 195 E SEU INCISO I DA LEI Nº 8.069/90 - AUTUADO - COMPARECIMENTO PARA CONTESTAR A AUTUAÇÃO - ART. 214 DO CPC - APLICABILIDADE - CITAÇÃO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

- Em procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente, o prazo para apresentar defesa é de 10 (dez) dias, contados a partir da intimação, que será feita pelo autuante, no próprio auto de infração.

- Se a parte autuada por infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente comparece para alegar a nulidade da citação e contesta a autuação, é de se aplicar o art. 214, § 1º, do CPC, o qual prevê que "*o comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta da citação*". Assim, contestada a causa, não há que se invocar nulidade de citação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 220.935-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Infração administrativa - Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 195 - Prazo para defesa. - Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 195), o prazo para apresentar defesa é de dez dias, contados a partir da intimação, que será feita pelo autuante, no próprio auto de infração.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 06 de dezembro de 2001. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço do recurso.

Cuida-se de infração administrativa, com procedimento instaurado pelo auto de infração de fl. 02, lavrado por comissário de menores, nos termos do ECA, art. 194, contra Perene Ltda., por infringência ao ECA, art. 149, I, *d*, c/c art. 258, quando foram ali encontrados dois menores, local que explora comercialmente jogos eletrônicos, além de estar com o alvará vencido. A sentença de fls. 09 julgou subsistente o auto de infração, aplicando ao autuado a pena de multa correspondente a 20 (vinte) salários mínimos.

Opostos e rejeitados embargos declaratórios, apelou o autuado. Alega que havia pedido os efeitos infringentes aos declaratórios aviados, para que fosse apreciada a defesa interposta, não juntada aos autos por lapso da Secretaria, erro pelo qual não pode ser responsabilizado, nem prejudicado, ante o disposto na CF, art. 5º, LIV e LV. Acrescenta que não pode ser a defesa considerada intempestiva, vez que a intimação não se deu na pessoa de seu representante legal e, sendo nula, não gera efeitos, CPC, art. 214 c/c art. 247.

Ressalto, de início, que não procede o argumento de nulidade da intimação. A uma, porque estabelece o ECA, art. 195, I, que a intimação será feita pelo autuante, no próprio auto de infração, o que realmente ocorreu, como de fácil constatação à fl. 02, na pessoa do gerente do estabelecimento comercial autuado - Sr. Sílvio Alves da Cruz, CPC, art. 215, § 1º. Nesse sentido, REsp 26.610/9-SP. Rel. Min. Athos Carneiro, *DJU* de 26.10.92.

Não bastasse isso, impende notar que a recorrente não se limitou a comparecer para alegar nulidade, mas contestou

a autuação, sendo de se aplicar o CPC, art. 214, § 1º: "*o comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação*". Assim, contestada a causa, como no caso, não há invocar-se nulidade de citação. A propósito, RMS 598-CE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJU* de 03.12.90.

E a defesa foi apresentada fora do prazo legal, ditado pelo ECA, art. 195. A autuação foi feita em 18.05.2000, e nesta data feita a intimação, na pessoa do gerente (fl. 02). Expirou o prazo para apresentação de defesa em 29.05.2000, tendo sido aquela apresentada somente em 06.06.2000 (protocolo de fl. 13), intempestivamente, portanto.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RECLAMATÓRIA TRABALHISTA - PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO AO TRABALHO - INADMISSIBILIDADE

- Não sendo o apelante beneficiado pelo disposto nos arts. 37, II, da CR/88 e 19 do ADCT, é facultado à Administração Pública, segundo sua própria conveniência, exonerá-lo sem prévio procedimento administrativo ou comprovação prática de falta grave.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 221.111-8/00 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. MURILO PEREIRA

Ementa oficial: Reclamatória trabalhista - Pedido de reintegração ao trabalho - Inadmissibilidade. - O autor, ora apelante, não é beneficiado pelo disposto nos artigos 37, II, da CR/88 e 19 do ADCT, fato este que faculta à Administração Pública, segundo sua própria conveniência, exonerá-lo sem prévio procedimento administrativo ou comprovação prática de falta grave. 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, 06 de novembro de 2001. - *Murilo Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Murilo Pereira - Conheço da apelação, aos seus pressupostos de admissibilidade, por via da qual se insurge o autor, ora apelante, contra a r. sentença que, em autos de reclamatória trabalhista com pedido liminar de reintegração ao trabalho, julgou improcedente o pedido inicial e, por conseguinte, extinto o processo, nos termos do artigo 269, I, do CPC.

O ora apelante, em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que "*no edital de convocação do concurso público, não estava previsto nenhum tratamento especial para que os 'deficientes' pudessem participar do certame com tratamento diferenciado dos demais participantes normais, como é previsto em lei*" - cf. fls. 101.

Menciona, ainda, que o edital estava eivado de vícios e pode ter beneficiado alguém, que não foram os portadores de deficiência física ou visual que porventura tenham participado do concurso público realizado - cf. fls. 101.

Razão não assiste ao apelante, *data venia.*

É que, na inicial da referida ação reclamatória, informa o autor, ora apelante, que foi admitido sob o regime celetista em 18.01.94 e em 31.03.94 passou a ser regido pelo regime jurídico único estatutário por força do artigo 39 da CF e Lei Municipal 1.311/94, tendo sido exonerado sumariamente sem justa causa ou procedimento administrativo para justificar qualquer falta que desse motivo à sua demissão.

Prevê o artigo 37, II, da Carta Magna que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Excepcionalmente a CF/88 conferiu estabilidade a servidores não aprovados em concurso público desde que os mesmos estivessem em exercício há pelo menos 5 anos continuados na data da promulgação da mesma, nos termos do artigo 19 do ADCT.

Desta forma, pela análise do exposto, constata-se que o apelante não é beneficiado pelos dispositivos constitucionais supracitados, fato este que faculta à Administração Pública, segundo sua própria conveniência, exonerá-lo sem prévio procedimento administrativo ou comprovação prática de falta grave.

Outrossim, não há que se falar em reintegração ao serviço, já que tal instituto é decorrência da estabilidade, garantia esta de permanência não assegurada ao ora apelante.

Por fim, quanto ao alegado nas razões de apelação de que o edital não observou a regra constitucional que estabelece reserva de vagas para os candidatos portadores de deficiência, fato este que implicou prejuízo aos interesses do autor, não procede, haja vista que o mesmo não logrou êxito no certame (cf. fls. 47).

Ademais, como bem salientado pela ilustre representante do Ministério Público de origem (fls. 87), "... *embora*

o artigo 37, VIII, da CF tenha estabelecido que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, isso não implica dizer que a Administração está compelida a manter em seus quadros qualquer percentual de funcionários com tal característica, se não tiver ocorrido a prévia aprovação do servidor em concurso público" (cf. fls. 87).

Desta forma, no que tange a eventuais irregularidades do Edital 01/94, salientadas nas razões de apelação, estas devem ser argüidas em ação própria como bem salientado no *decisum*.

A douta PGJ, ao opinar pelo desprovimento do presente recurso, dentre outras lúcidas considerações, destacou que o autor recorrente não é servidor público estável, e, quando de seu desligamento do serviço público, exercia cargo em comissão, que, como sabido, de livre nomeação e exoneração.

Após fazer citação doutrinária de Hely Lopes Meirelles, diz que o pedido formulado pelo autor é juridicamente impossível, na medida em que o caso em exame, sua reintegração aos quadros do serviço público municipal, é ato discricionário do Poder Executivo local (fls. 113).

Registrou ainda que, quanto ao fato de ser o autor deficiente físico, tem-se da leitura dos autos que o concurso público a que fora submetido e *reprovado* reservou vagas para o cumprimento do disposto no art. 37, VIII, da CR; e, em sendo assim, mais uma vez, não socorre o apelante o fato de estar o quadro de pessoal da Prefeitura de Ipatinga sem servidores portadores de deficiência física, visto que, para a admissão, necessárias a participação e a aprovação em certame público, fls. 113.

Ante tais motivos e ao acolher em substância o r. parecer ministerial, nega-se provimento ao recurso, para manter a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pela assistência judiciária.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PRESCRIÇÃO - AÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32 - ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - INAPLICABILIDADE

- A teor do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, o direito de ação contra a Fazenda Pública federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos, não se aplicando ao caso o art. 177 do Código Civil Brasileiro, por se tratar de norma genérica que, apesar de ser mais atual que a do referido decreto, não o revogou, eis que, no sistema pátrio, lei específica afasta a incidência de alguma disposição genérica.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 221.195-1/00 - Comarca de Janaúba - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Prescrição - Ação contra o Estado - Prazo de cinco anos - Inteligência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, em vigor.

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, 04 de outubro de 2001. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais aforada por Demétrio Quaresma Franco e Florinda Fernandes de Souza contra o Estado de Minas Gerais, em virtude do falecimento de seu filho Jovelino Fernandes Franco, julgado extinto o processo, com o arquivamento dos autos, em face de acolhimento da prescrição, como consta do relatório.

O falecimento do filho dos apelantes se deu no dia 29 (vinte e nove) de abril de 1994, tendo sido registrado o óbito em 03 (três) de maio de 1994 (fls. 09), sendo que a ação de indenização foi proposta em 06 (seis) de agosto de 1999 (fls. 02).

O art. 1º do Decreto 20.910/32 dispõe que:

"*As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram*".

Citado diploma legal não especifica qual o tipo de ação contra o Estado que prescreve ou não prescreve em 5 (cinco) anos.

Destarte, independente da natureza da ação ajuizada contra o Estado, deve ser observado o prazo qüinqüenal previsto no referido decreto.

O contido no art. 177 do Código Civil Brasileiro não se aplica ao caso, por se tratar de norma genérica que, apesar de ser mais atual do que a do Decreto 20.910, não o revogou, eis que, no

sistema pátrio, lei específica afasta a incidência de alguma disposição genérica.

Ensina o Prof. HELY LOPES MEIRELLES que:

"*a prescrição das ações a favor ou contra a Fazenda Pública rege-se pelos princípios do Código Civil, salvo as peculiaridades estabelecidas em leis especiais*".

Prossegue o tratadista:

"*a prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias é de cinco anos, conforme estabelece o Decreto ditatorial (com força de lei) 20.910, de 6.1.1932, complementado pelo Decreto-lei 4.597, de 19.8.1942. Essa prescrição qüinqüenal constitui a regra em favor de todas as Fazendas*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª ed., 1986, RT, p. 625).

Dúvida não resta, assim, da ocorrência da prescrição, como anotado pelo digno Juiz sentenciante.

Aliás:

"*Prescreve em cinco anos, contados do fato ou ato ilícito, a ação de indenização contra o Estado*" (STJ - REsp 114.676-SP - Relator Ministro Humberto Gomes de Barros - 04.09.1997. Cf. *JUIS*, CD-ROM nº 24 - 2º trimestre/2001).

"*REsp - Administrativo - Estado - Ação - Prescrição - O prazo prescricional relativo às ações contra o Estado é de cinco anos, contados do fato gerador do direito deduzido na causa de pedir. Não se faz, para tanto, distinção de ações, bem como Estado e Fazenda Pública*" (STJ - REsp 99.010-PI - Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro - 09.09.1996. CD-ROM citado).

Irrelevante, na espécie, o invocado desconhecimento a respeito do falecimento do filho, na vã tentativa de se alterar a data inicial do prazo prescricional.

Tendo o Estado, em sua contestação, suscitado a questão, em sua réplica, os AA. sustentaram a inaplicabilidade do Dec. 20.910/32, aventando, outrossim, a hipótese de desconhecimento dos fatos (fls. 51), para se determinar o início do prazo prescricional (*actio nata*). Mas se descuidaram e prova alguma produziram, nesse sentido.

Por outro lado, cuidando-se de pedido indenizatório, sem dúvida e *data venia*, não há que se falar ou cogitar de relações jurídicas de trato sucessivo.

Com estas razões de decidir, confirmando a r. sentença, pelos próprios e jurídicos fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL - VEÍCULO - TRANSFERÊNCIA - AUSÊNCIA DE REGISTRO NO ÓRGÃO PÚBLICO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANOS CAUSADOS PELO NOVO PROPRIETÁRIO - ANTIGO PROPRIETÁRIO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - ADQUIRENTE - PARTE PASSIVA LEGÍTIMA - OBJETO DO INSTRUMENTO PARTICULAR - PROVA SUPLETIVA - PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 135 E ART. 136 E SEUS INCISOS DO CÓDIGO CIVIL - ART. 332 DO CPC - INTELIGÊNCIA

- O fato de não figurar nos assentamentos administrativos do órgão público o registro de veículo em nome do novo proprietário não autoriza a propositura de ação de responsabilidade civil contra o antigo proprietário por danos confessadamente causados pelo novo e atual proprietário, em acidente de trânsito, se, por via de prova testemunhal, vem a ser apurado ser de outrem a titularidade dominial sobre o veículo, hipótese em que pertence ao adquirente a legitimidade passiva na relação processual.

- O parágrafo único do art. 135 do Código Civil admite a interveniência de provas supletivas de caráter legal quanto ao objeto do instrumento particular, entre as quais, naturalmente, aquelas a que se referem os arts. 136 e seus incisos daquele mesmo Código Civil e 332 do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº APELAÇÃO CÍVEL Nº 222.301-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Responsabilidade civil - Acidente de trânsito - Ausência de registro do veículo em nome do novo proprietário no órgão competente - Comprovação da propriedade por via testemunhal - Ilegitimidade passiva - Extinção do processo - Art. 136 do Código Civil. - O fato de não figurar nos assentamentos administrativos do órgão público o registro de veículo em nome do novo proprietário não autoriza a propositura de ação de responsabilidade civil contra o antigo proprietário, se, por via de prova testemunhal, vem a ser apurado ser de outrem a titularidade dominial sobre o veículo, hipótese em que pertence ao adquirente a legitimidade passiva na relação processual.

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, 08 de novembro de 2001. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - Conheço da remessa oficial e, igualmente, do recurso voluntário, ambos com regular processamento.

A matéria sob apreciação desta Corte está adstrita, unicamente, à questão preliminar vinculada à existência de legitimidade passiva, ou não, da apelada, para figurar na relação processual.

A decisão do Juízo *a quo*, a propósito, optou pela corrente doutrinário-jurisprudencial que vem mitigando o rigorismo literal do art. 135, *caput*, do Código Civil, ao admitir a tese de que a simples ausência de registro de ato de transferência do veículo no órgão público não opera o feito de fixar a responsabilidade civil do antigo proprietário por danos confessadamente causados pelo novo e atual proprietário.

É essa a lição que promana dos ensinamentos dos intérpretes do nosso Direito Civil (conforme opinião autorizada da Profª. Maria Helena Diniz, fls. 111/112-TJ) e, de igual forma, do próprio enunciado da Súmula 132 do STJ.

Além disso, como o argumentou a sentença - fl. 110-TJ -, adquire-se o domínio sobre coisas móveis com a simples tradição - art. 675 do Código Civil - e, com ele, a própria titularidade do agente sobre a coisa alienada ou transmitida.

No caso, houve uma comprovada seqüência de transmissões, *inter vivos*, como o atestam os depoimentos prestados pelos episódicos e efêmeros proprietários do veículo - em nada menos de quatro sucessivas transações - efetuadas todas elas, de resto, ao longo de 6 (seis) meses.

O terceiro adquirente - Odair Francisco da Silva -, que conduzia o veículo no dia do acidente - fls. 82/83-TJ -, do qual "*já era proprietário há 03 (três) meses antes*", confessou e assumiu a responsabilidade pelo acidente.

O parágrafo único do art. 135 do Código Civil, por outro lado, admite a interveniência de provas supletivas de caráter legal quanto ao objeto do instrumento particular, entre as quais, naturalmente, aquelas a que se referem os arts. 136 e seus incisos da lei substantiva e 332 do CPC.

Merece integral confirmação, assim, a decisão de primeiro grau, inclusive no que toca aos honorários de advogado, cuja fixação obedeceu aos critérios diretores do § 4º do art. 20 do CPC.

Em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

-:::-

ÁGUA POTÁVEL - ESGOTO - REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO - TAXA - PREÇO PÚBLICO - INCONFUNDIBILIDADE - EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE - PRÉVIA APRESENTAÇÃO DE CÓPIAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - DESNECESSIDADE - CRÉDITO QUE NÃO DERIVA DE INFRAÇÃO - PTA - DESOBRIGATORIEDADE-LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - CONCESSÃO AOS CONTRIBUINTES-USUÁRIOS DE PRAZO PARA RECLAMAÇÃO DA CONTA - PRAZO *IN ALBIS* - DÉBITO CONCRETIZADO - SERVIÇO ESSENCIAL - FORNECIMENTO OBRIGATÓRIO INDEPENDENTEMENTE DA FALTA DE PAGAMENTO - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - ELISÃO *EX OFFICIO* - EXTINÇÃO DO PROCESSO NOS TERMOS DOS ARTS. 618, I, E 267, I, DO CPC - IMPOSSIBILIDADE

- A remuneração pelos serviços de captação, tratamento e distribuição de água potável, coleta e tratamento de esgotos sanitários, exercidos por autarquia municipal legalmente criada para tal fim, é a taxa, e não o preço ou a tarifa, por se cuidar de atividade pública de caráter essencial, e não de atividade econômica. Trata-se de serviço público exercido de forma indireta, de natureza compulsória, visando atender a necessidade coletiva ou pública, devendo, por isso, ser cobrado do usuário como sendo taxa.

- Preço público e taxa não se confundem. A taxa pertence ao gênero tributo e é contraprestacional; o preço público constitui exação da competência do Poder Público para custear atividades que não sejam peculiares. A taxa é a contribuição compulsória, e o preço é facultativo.

- A prévia apresentação de cópia do processo administrativo junto à certidão da dívida ativa (CDA) que instrui a execução fiscal é desnecessária, uma vez que a legislação não o exige, mas somente a indicação do seu número, não havendo previsão de nulidade em virtude da ausência de tal cópia, não podendo, pois, ser decretada de ofício. Outrossim, a certidão de dívida ativa é título formal com presunção de certeza, liquidez e exigibilidade que admite presunção *juris tantum*, podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 1980 - Lei de Execução Fiscal).

- Nem sempre é necessário prévio processo administrativo para apuração do crédito, como ocorre nas cobranças do imposto declarado, desde que não ocorra alteração de valor, por isso o número do PTA, como ressalva o inciso V do art. 202 do CTN, não é obrigatório. Não derivando o crédito de

infração, desnecessário o PTA, ao qual se exigiria o fornecimento do direito de defesa.

- Se a legislação municipal concede aos contribuintes-usuários o prazo de 30 dias, após o vencimento da conta, para reclamações, *in albis* o prazo, entende-se que o sujeito passivo aceitou os valores. Silenciando, o débito concretiza-se.

- Tratando-se de serviço essencial, não pode a autarquia deixar de fornecer o serviço pela falta de pagamento, restando-lhe, pois, a propositura de ação própria.

- É legalmente previsível a elisão do crédito tributário, mas não de ofício, sendo de se cassar a decisão que extingue o processo de execução fiscal com base nos arts. 618, I, e 267, I, do CPC, determinando-se o retorno dos autos à origem para seu prosseguimento normal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 222.854-2/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Execução fiscal - Regime jurídico da prestação de serviços de água e esgoto - Taxa - Natureza - Procedimento administrativo anterior para cobrança - Desnecessidade - Provimento do 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de outubro de 2001. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Trata-se de execução fiscal, aforada pelo Departamento de Águas e Esgoto de Uberlândia contra Valdivina Gonçalves Silva, por falta de pagamento de tarifas do serviço de água e esgoto.

A sentença indeferiu o processamento e julgou extinto o feito (com base nos artigos 618, I, e 267, I, do CPC), apontando ser nula a execução por estar o título executivo eivado de nulidade por afrontar o princípio constitucional de ampla defesa e por ser o débito taxa pública, o que demanda a sua inscrição em dívida ativa mediante regular processo administrativo.

O DMAE recorreu, pedindo a reforma da sentença de modo a que seja processada a ação executória, alegando que o regime legalmente adotado pela recorrente para remuneração de seus serviços é o contratual, tarifário, espécie do gênero preço público, e não o tributário.

Não houve resposta, pois o executado sequer foi citado.

Sem intervenção do Ministério Público, dispensável nas execuções fiscais (Súmula 189-STJ).

É o resumo do caso, passo ao voto.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos de interposição.

Ora, entende a apelante que, por se tratar de preço público, não de taxa, dispensável o prévio processo administrativo, razão pela qual, agora, quer a modificação do julgado.

A autarquia municipal exerce atividade pública de caráter essencial, ou seja, "*captação, tratamento e distribuição de água potável, coleta e tratamento de esgotos sanitários*".

O serviço público desenvolvido pela apelante, além de sua natureza essencial, é a atividade para qual a autarquia foi legalmente criada, não sendo compatível com o conceito de atividade econômica, razão pela qual não há pagamento de preço ou tarifa, e sim de taxa.

O serviço de fornecimento de água e esgoto é cobrado do usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, por ser compulsório. Trata-se, no caso sob exame, de serviço público, exercido de forma indireta, de natureza compulsória, visando atender a necessidade coletiva ou pública.

Não tem amparo jurídico a tese de que a diferença entre taxa e preço público decorra da natureza da relação estabelecida entre o consumidor ou usuário e a entidade prestadora ou fornecedora do bem ou do serviço, pelo que, se a entidade que presta o serviço é de direito público, o valor cobrado caracterizar-se-ia como taxa, por ser a relação entre ambos de direito público; ao contrário, sendo prestador do serviço público pessoa jurídica de direito privado, o valor cobrado é preço/tarifa.

Nas conclusões do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, prevaleceu a posição de que "*a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não sendo afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se prestasse diretamente o serviço*". (*RF*, julho a setembro, 1987, v. 299, p. 40).

O art. 11 da Lei nº 2.312, de 03.09.1994 (Código Nacional de Saúde), determina: "*É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluente terá destino fixado pela autoridade competente*". Assim, há a obrigatoriedade da prestação de serviço de água e esgoto por parte da Administração Pública devido à sua essencialidade, devendo ser posto à disposição da coletividade para o seu bem-estar e proteção à saúde.

"*A remuneração dos serviços de água e esgoto normalmente é feita por taxa em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública*"

(MEIRELLES, H. L. *Direito Municipal Brasileiro*, RT, 1977, 3ª ed., p. 492).

"*Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias do tributo*". (MACHADO, H. de Brito. "Regime Tributário da Venda de Água". *Rev. Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual de Minas Gerais*, nº 05, p. 11.)

De outro lado, já decidiu o STF:

"*3. Os preços públicos - A taxa é estremável dos preços públicos, pois aquela pertence ao gênero tributos e é contraprestacional. Os preços públicos são exações da competência do Poder Público para custear atividades que não sejam peculiares. A taxa é a contribuição compulsória e o preço é facultativo. Já decidiu o STF que a taxa e o preço não se confundem*" (RREE 54.194, 54.491 e 54.996).

Mais extensamente ficaram claras as distinções no RE 68.690-PR, de 27.11.1969, Rel. Min. Luiz Gallotti, *RTJ*, 53:500. A Súmula 545 do STF estatui: "*Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas diferentemente daquelas são compulsórias e têm a sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que a instituiu*".

BILAC PINTO, em acórdão do STF, relatou:

"*O caráter contratual do preço público foi pela primeira vez posto em relevo na classificação de Seligman e constitui uma das mais importantes contribuições para o estudo da natureza jurídica das diferentes espécies de receita pública*" ("As Classificações Teóricas da Receita Pública", *RF*, 144:529-39).

E mais:

"*... a taxa foi definida adotando um critério diferenciador, que é o caráter específico da cobrança, dirigida unicamente aos contribuintes que se utilizem ou beneficiem, efetiva ou potencialmente, do serviço estatal, cuja instituição é fundamentação do tributo...*" (PAES, P. R. Tavares. *Comentários ao Código Tributário Nacional*, 5ª ed., RT, p. 235).

Por esses motivos, compartilho da tese, na situação específica examinada, de que a contribuição pelo fornecimento de água é taxa, conforme, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o REsp 167.489-SP - 98.0018591-7 - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado, publicado no *DJU* de 24.08.1998.

Entretanto, apesar de entender que se trata de taxa, não de preço público, acho desnecessária a prévia apresentação de cópia do processo administrativo junto à CDA que instrui o processo fiscal, por dois motivos: primeiro, porque a legislação não o exige, mas, apenas a indicação de seu número; segundo, porque essa alegação deveria ter sido feita pelo executado por ocasião de seus embargos, não cabendo ao juízo fazê-lo de ofício, já que não há previsão de

nulidade em virtude da ausência de cópia do processo administrativo em questão. A certidão de dívida ativa é título formal com presunção de certeza, liquidez e exigibilidade que admite presunção *juris tantum*, podendo ser "... *ilidida por prova inequívoca*, a cargo do executado ou de terceiro, *a quem aproveite*" (art. 3º, parágrafo único, da LEF, grifei).

Além disso, na hipótese vertente, discute-se da necessidade ou não de prévio processo administrativo com ampla oportunidade de defesa para fins de inscrição da dívida ativa.

Diz o CTN:

"*Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:*

I - ...

II - ...

III - ...

IV - ...

V - sendo caso, *o número do processo administrativo de que se origine o crédito*" (grifei).

Logo se vê que não é obrigatório o número do PTA, como ressalva o inciso V. Isto porque nem sempre ocorre a necessidade de processo para a apuração do crédito, como ocorre nas cobranças do imposto declarado, desde que não ocorra alteração de valor.

Ora, a legislação municipal de Uberlândia (DL 2.624, art. 39) concede aos contribuintes-usuários o prazo de 30 dias, após o vencimento da conta, para reclamações. *In albis* o prazo, entende-se que o sujeito passivo aceitou os valores. Silenciando, o débito concretiza-se.

Como o crédito não deriva de infração, desnecessário o PTA, ao qual se exigiria o fornecimento do direito de defesa.

Por outro lado, sendo serviço essencial, não pode a autarquia deixar de fornecer o serviço pela falta de pagamento, restando-lhe, pois, a propositura de ação própria, o que ocorre no caso, sob pena de prejuízo.

Sob outra ótica, é legalmente previsível a elisão do crédito tributário, mas não de ofício.

Entendo, *data venia*, assistir razão à recorrente, pelo que casso a decisão *sub judice*, para determinar o retorno dos autos à origem e seu prosseguimento normal.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO - ESTIMATIVA - VENDA POR PREÇO INFERIOR - TRIBUTAÇÃO DEFINITIVA

- No sistema especial de tributação, em que existem duas reduções na base de cálculo e a dispensa de tributo complementar, não é possível o mecanismo do creditamento. Nos termos do inciso II do § 2° do art. 155 da Constituição Federal, a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores. A falta da opção expressa do contribuinte não configura deslize que modifica o sistema, uma vez que a adoção da redução é a mais eloqüente demonstração de vontade, que requer continuidade ao sistema adotado, em vez da adoção de dois sistemas diferenciados, apenas nas partes em que o contribuinte obtém vantagem.

APELAÇÃO CÍVEL N° 223.441-7/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: ICMS - Substituição tributária - Base de cálculo - Estimativa - Venda por preço inferior - Tributação definitiva. - No sistema especial de tributação, em que existem duas reduções na base de cálculo e a dispensa de tributo complementar, não é possível o mecanismo do creditamento. Nos termos do inciso II do § 2° do art. 155 da Constituição Federal, a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores. A falta da opção expressa do contribuinte não configura deslize que modifica o sistema, uma vez que a adoção da redução é a mais eloqüente demonstração de vontade, que requer continuidade ao sistema adotado, em vez da adoção de dois sistemas diferenciados, apenas nas partes em que o contribuinte obtém vantagem. No reexame necessário, reforma-se, em parte, a sentença, e julga-se improcedente o pedido da autora.

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, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2002. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço da remessa oficial, nos termos do inciso II do artigo 475 do Código de Processo Civil, e de ambos os recursos, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade, inclusive quanto à tempestividade e devido preparo.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença de fls. 409/416-TJ, que "*julgou parcialmente procedentes os pedidos para reconhecer à autora o direito para imediato e preferencial aproveitamento, em sua escrita fiscal própria, via compensação, dos créditos de ICMS resultantes das diferenças entre as bases de cálculo presumidas (o preço sugerido pela montadora/importadora) e aquelas correspondentes aos preços reais das vendas de veículos aos consumidores finais apurados nos últimos cinco anos, a contar da propositura da ação, sendo improcedentes os demais pedidos*" e, ainda, havendo sucumbência recíproca, as custas processuais serão repartidas meio a meio, cada parte arcando com os honorários advocatícios.

A segunda apelante sustenta, às fls. 417/437-TJ, em síntese, que a ação movida visa ao regime de substituição tributária, atribuída ao fabricante, e que, em face dos prejuízos alegados pela apelada resultantes da diferença verificada entre o imposto pago por força do regime de substituição e aquele que seria devido se considerado o preço final efetivamente praticado pela revenda de veículos ao consumidor, ao fundamento do disposto no artigo 150, § 7°, da Constituição Federal. Aduz que a r. sentença reconheceu o direito à compensação retroativa aos últimos cinco (05) anos, contados da propositura da ação, invadindo os períodos anteriores à entrada em vigor da Lei Complementar n° 87/96, uma vez que, antes da entrada em vigor dessa lei, a apelada ressentia-se de legitimidade ativa para pleitear qualquer direito aos créditos. Acrescenta que a opção pelo regime de substituição esvazia qualquer pretensão do contribuinte de ressarcir-se de eventuais diferenças resultantes do pagamento a maior. Ressalta que da venda por valor superior poderá extrair proveito fiscal o contribuinte substituído, que pagou o imposto calculado por preço inferior ao efetivamente praticado, ou, em caso contrário, arcar com a diferença resultante da venda por preço inferior ao sugerido pela montadora. Alega, ainda, que o Magistrado deu interpretação ampliada da norma quando equiparou as eventuais alienações dos veículos por preços inferiores aos sugeridos *à não-ocorrência do fato gerador e reconheceu a ofensa ao princípio da não-cumulatividade a vedação de devolução à apelada das diferenças de ICMS dela decorrentes*. Ao final, requer a reforma da r. sentença.

Em contra-razões, a Crevac refuta, às fls. 456/479-TJ, todas as alegações constantes do recurso de apelação, uma vez que tem legitimidade ativa para propor a ação, além de o texto constitucional privilegiar o princípio da não-cumulatividade, motivos pelos quais espera pela manutenção da sentença.

A terceira apelante requer, às fls. 490/522-TJ, resumidamente, a reforma parcial da sentença, no sentido de acolher-se o pedido de transferência

dos créditos constantes dos autos à montadora/substituta tributária, bem como autorizar a correção monetária destes créditos, a contar do recolhimento indevido, com a incidência da taxa Selic, a partir de 1º de janeiro de 1996 e, ainda, a errônea consideração do prazo prescricional dos créditos pleiteados e a questão dos honorários advocatícios e custas processuais, arbitrados na decisão em "meio a meio".

Em contra-razões, a Fazenda Pública, às fls. 535/551-TJ, refuta todas as alegações do recurso de apelação.

Compulsando os autos, verifico que os documentos anexados às fls. 36/59-TJ se referem a valores que a terceira apelante pretende ver compensados. De sua leitura, denota-se que foram firmados com base nas normas descritas nos Convênios de nºs 132/92 e 129/97, em especial o disposto neste último convênio, *verbis*:

"*Convênio ICMS nº 129/97 - Dispõe sobre a redução da base de cálculo do ICMS e regime de substituição tributária, nas operações com veículos automotores de que tratam os Convênios ICMS 37/92, de 03.04.92; 132/92, de 25.09.92; e 52/93, de 30.04.93.*

Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a reduzir a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação-ICMS nas operações internas e de importação com veículos automotores de que tratam os Convênios ICMS 37/92, de 03 de abril de 1992; 132/92, de 25 de setembro de 1992; e 52/93, de 30 de abril de 1993, de forma que sua aplicação resulte numa carga tributária nunca inferior a doze por cento.

Parágrafo único. Para efeito de exigência do ICMS devido em razão do diferencial de alíquota, o Estado onde se localiza o destinatário dos produtos de que trata este convênio poderá reduzir a base de cálculo do imposto, de tal forma que a carga tributária total corresponda ao percentual nominado nesta cláusula.

Cláusula segunda - O benefício contido na cláusula anterior fica condicionado à manifestação expressa do contribuinte substituído pela aplicação, mediante celebração de Termo de Acordo com o Fisco, que estabelecerá as condições para operacionalização do regime de substituição tributária, especialmente quanto à fixação da base de cálculo do ICMS, exceto com relação aos veículos elencados no Convênio ICMS 37/92, de 03 de abril de 1992".

A citada cláusula segunda teve seus efeitos válidos até 30 de abril de 1999, quando, então, entrou em vigor nova redação que prevê: "*o benefício contido na cláusula anterior é opcional, ficando condicionado à manifestação expressa do contribuinte substituído pela adoção do regime de substituição tributária, mediante celebração de Termo de Acordo com o Fisco...*".

O referido termo de acordo descrito na cláusula 2ª do Convênio nº 129/97 não foi anexado aos autos. Contudo, as operações foram realizadas sob o auspício desta norma, ainda que ausente a manifestação expressa do contribuinte substituído.

Os documentos anexados aos autos pela autora da ação ordinária, ora terceira apelante, de fls. 35/59-TJ, foram emitidos durante os anos de 1997, 1998 e janeiro de 1999, pelo que sujeitos, ainda, ao disposto na cláusula segunda do aludido convênio. Dessa forma, concluo que a autora da ação ordinária não trouxe aos autos prova constitutiva de seu direito, satisfazendo-se com a exibição de cópias de notas fiscais e planilhas por ela elaboradas a pretensão para o reconhecimento do seu direito.

O Conselho Nacional de Política Fazendária reduziu a base de cálculo do imposto devido nas operações internas "*de forma que sua aplicação resulte numa carga tributária nunca inferior a doze por cento (12%)*", em lugar da alíquota normal, que nas operações realizadas pela terceira apelante era, a princípio, de 18% (dezoito por cento). Entretanto, conforme anteriormente consignado, esta vantagem ficaria condicionada à expressa manifestação do contribuinte pelo regime de pagamento antecipado do imposto, o que não resta comprovado nos autos.

Nesse sentido, o voto do eminente Ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.851-AL, publicado no *DJ* de 23.10.98, p. 02, do qual destaco:

"*O Convênio ICMS 129, de 12.12.97, foi editado para reparar o erro.*

Assim é que, para compensar diferenças decorrentes das variações dos valores, verificadas especificamente no comércio de veículos automotores e decorrentes da conjuntura do mercado, autorizou a instituição, em favor do contribuinte, de benefício fiscal consistente na redução da base de cálculo do tributo e, em consequência, da carga tributária, até o limite de doze por cento.

(...)

O benefício, todavia, segundo o referido diploma regulamentar, ficou 'condicionado à manifestação expressa do contribuinte substituído pela adoção do regime de substituição tributária, mediante celebração de Termo de Acordo com o Fisco, que estabelecerá as condições para operacionalização dessa sistemática de tributação, especialmente quanto à fixação da base de cálculo do ICMS ...'.

(...)

Reduziu, portanto, a carga tributária a 12%, condicionando a vantagem, todavia, à opção pelo regime de substituição, com renúncia a toda e qualquer pretensão pela restituição de diferenças resultantes de eventuais

operações realizadas por preço inferior ao que serviu de base de cálculo do tributo exigido.

Assim fazendo, não se afastou o Estado de Alagoas dos limites traçados nos Convênios enfocados, não se podendo, de outra parte, vislumbrar ofensa à norma do § 7º do art. 150 da Constituição, nem, muito menos, aos princípios constitucionais do direito de petição (art. 5º, XXXIV, a) *e do livre acesso ao Judiciário (ib., inc. XXXV), como alegado na inicial, tendo em vista o caráter facultativo que foi atribuído ao novel regime*".

O pagamento antecipado do imposto decorreu do tratamento uniforme adotado pelos Estados-membros e consubstanciado através do Convênio nº 132/92 e posteriores Convênios, inclusive o Convênio nº 129/97, oferecendo-lhes, em contrapartida, uma substancial redução da base de cálculo do imposto devido nas operações mercantis com veículos automotores. Entretanto, a obtenção deste benefício ficou condicionada à expressa manifestação do contribuinte pelo regime de pagamento antecipado do imposto, o que não resta comprovado nestes autos.

Nas palavras do eminente Ministro Ilmar Galvão, proferidas na ADIMC nº 1.851-4/AL, *verbis*: "*Na verdade, torna-se desnecessário grande esforço interpretativo para concluir que se está diante de medida que objetivou tão-somente simplificar o trabalho da fiscalização, a cargo dos agentes da Fazenda Estadual, sendo digno de registro que foram desprezadas não apenas as diferenças favoráveis ao contribuinte substituído, mas também as desfavoráveis, de molde a compensarem-se, sem qualquer reflexo sobre a situação do consumidor final, o contribuinte de fato. Está-se, portanto, diante de isenção parcial, concedida em caráter facultativo, sob forma condicionada (art. 178 do CTN) e com observância da prescrição contida no art. 155, § 2º, II,* g, *da Constituição*".

Quanto à possibilidade de acolher-se o pedido de transferência dos créditos à montadora/substituta tributária, assim como autorizar a correção monetária destes créditos, a contar do recolhimento indevido, com a incidência da taxa Selic, melhor sorte não assiste à terceira apelante, uma vez que a substituição tributária para trás, ou seja, aquela que permite a reversão do substituído em favor do substituto, quando o crédito substituído está ocioso, depende, realmente, como prevê o artigo 170 do Código Tributário Nacional, de expressa autorização da lei nas condições e sob as garantias que ela estipular, cabendo à autoridade administrativa em cada caso autorizar a compensação do crédito.

Ante o exposto, no reexame necessário, reformo, em parte, a sentença, para julgar improcedente o pedido da autora, prejudicados os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA EM PARTE NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO E JUIZ SINGULAR - CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA - IMPOSSIBILIDADE DE GERAR SUSPEIÇÃO POR PREJULGAMENTO - RESIDÊNCIA FUNCIONAL - IMÓVEL LOCADO PELO PODER EXECUTIVO DA COMARCA - VEDAÇÃO LEGAL - AUSÊNCIA DE SUSPEIÇÃO

- Considera-se exceção de suspeição a "*alegação de suspeita de parcialidade que possa ser feita contra juiz, contra o órgão do Ministério Público, contra o escrivão ou serventuário da Justiça ou contra perito nomeado para funcionar na causa. E, desde que argüida e* **provada** *(grifo nosso), justifica e impõe o afastamento da autoridade judicial e a substituição da pessoa tida e julgada como suspeita*".

- A concessão de tutela antecipada, por configurar-se decisão judicial perfeitamente adequada nos moldes da legislação processual (art. 273 do CPC), não é capaz de gerar suspeição do juiz por prejulgamento, porquanto é ínsito ao instituto da tutela antecipada o juiz pronunciar-se acerca do adiantamento da providência de mérito, configurando juízo de cognição sumária, provisória e revogável.

- O art. 274 da Lei Complementar Estadual nº 34/94, com a redação dada pela Lei Complementar nº 61, de 12 de junho de 2001, e o art. 312 da Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, proíbem magistrado ou promotor de justiça de residirem em imóvel locado pelo Poder Executivo da comarca.

AGRAVO Nº 223.994-5/00 - Comarca de Bocaiúva - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Processual Civil - Agravo de instrumento - Exceção de suspeição - Ministério Público e Juiz singular - Concessão de tutela antecipada - Residência funcional - Improvimento. - Considera-se exceção de suspeição a "*alegação de suspeita de parcialidade que possa ser feita contra o Juiz, contra o órgão do Ministério Público, contra o escrivão ou serventuário da Justiça ou contra o perito nomeado para funcionar na causa. E, desde que argüida e* provada *(grifo nosso), justifica e impõe o afastamento*

da autoridade judicial e a substituição da pessoa tida e julgada como suspeita". - O simples requerimento de suspeição, ao fundamento de decisões judiciais concessivas de tutela antecipada desfavoráveis ao requerente, por si só, inviabiliza sua pretensão. Há vedação legal expressa proibindo magistrado ou promotor de justiça residirem em imóvel locado pelo Poder Executivo da comarca.

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, 07 de fevereiro de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Conforme relatado, este versa sobre agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Bocaiúva, que, nos autos da ação cautelar inominada, que lhe move o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em que foi aforada a exceção de suspeição da Promotora de Justiça na Comarca, Dr.ª Guiomar Soares de Oliveira Neta - para oficiar no feito de nº 527/00 -, rejeitou-a, e vindo a condenar o excipiente, ora agravante, ao pagamento das custas processuais.

Em sede de razões recursais, que se acham às fls. 03/05-TJ, o agravante, ex-Prefeito de Bocaiúva, aduz, em apertada síntese, que a Promotora de Justiça local age supostamente em conluio com o Juiz de Direito da Comarca, patrocinando diversas ações contra o mesmo, obtendo extensas liminares, sem oportunidade para defesa, ambos movidos por sentimento de vingança, por atos praticados pelo então Prefeito, quais sejam, a representação junto ao TRE movida contra o magistrado e a rescisão do convênio que autorizava residências funcionais para os magistrados e promotores de justiça da Comarca, doadas para entidades assistenciais.

Certificação do preparo recursal de conformidade com o recibo de fl. 57-TJ.

Por intermédio do despacho de fls. 63/64-TJ, foi deferida a formação do presente recurso, recebido no seu regular efeito (devolutivo), deixando para apreciar o pleito de suspensividade recursal somente após as informações prestadas pelo Juiz singular. Determinaram-se, portanto, informações do juízo da causa principal e a intimação da agravada, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, querendo, apresentasse resposta aos termos deste agravo, facultando-lhe a juntada de cópias das peças que entender convenientes (CPC, art. 527, III).

Resposta às fls. 86/96-TJ, via da qual a agravada, após esgrimar as teses e argumentos recursais expendidos pelo agravante, postula pelo improvimento deste agravo, assim, pela confirmação da decisão guerreada nos termos em que proferida.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça o fez às fls. 312/316-TJ, opinando pelo desprovimento do recurso.

Informações prestadas pelo douto Juiz singular às fls. 318/320-TJ.

Relatei.

Passo a decidir.

Conhece-se do recurso, por atendidos os pressupostos de sua admissibilidade.

No mérito, entendo não carecer de reparos a douta decisão de primeira instância.

A exceção de suspeição é bem definida por De Plácido e Silva como sendo a "*alegação de suspeita de parcialidade que possa ser feita contra o Juiz, contra o órgão do Ministério Público, contra o escrivão ou serventuário da Justiça ou contra o perito nomeado para funcionar na causa. E, desde que argüida e* provada *(grifo nosso), justifica e impõe o afastamento da autoridade judicial e a substituição da pessoa tida e julgada como suspeita. A suspeição de parcialidade é tecnicamente indicada como suspeição legítima, nascendo do justo receio, inspirado por toda circunstância que possa influir, ou influenciar a pessoa a tomar uma atitude diversa da que é de seu dever*".

Depreende-se dos autos que o agravante interpôs o presente agravo de instrumento contra a decisão monocrática que rejeitou a exceção de suspeição oposta em desfavor do Ministério Público local em processos patrocinados contra ele, na qualidade de Prefeito Municipal da Comarca, contudo, sem demonstrar a finalidade objetiva do recurso aviado, posto que o mesmo não é mais detentor do cargo de Chefe do Executivo do Município. Ademais, o agravante sequer zelou para demonstrar no recurso sob qual fundamento incide a suspeição argüida.

Referidas ações promovidas pelo *Parquet* visam apenas a proteger o patrimônio público de condutas desonrosas dos agentes públicos, nos termos do art. 129, inciso III, da Carta Maior, iniciando um procedimento investigatório de forma a assegurar a eficiência do provimento jurisdicional, bem como resguardar o interesse público. Nota-se que a irresignação do agravante, quanto à expedição de mandado de busca e apreensão de bens pertencentes ao Poder Público, a meu ver, consagra-se indiferente, posto que o mesmo não ocupa mais a liderança do Executivo local.

Na linha do raciocínio, é absurdo afirmar iminência de danos materiais e morais no caso, ante a ordem cumprida versar sobre bens públicos, e não de propriedade do agravante, além da prematura assertiva de violação à honra e ao caráter.

Inobstante ao exposto até o momento, no intuito apenas de oferecer um completo pronunciamento jurisdicional, analiso os dois argumentos do agravante, que ensejam, ao seu entender, a suspeição parcial.

Primeiramente, não conseguiu provar o agravante qualquer ligação

entre a representação contra o Magistrado da Comarca e a suposta "perseguição" ao ex-Prefeito, ao conceder tutelas antecipadas contra este, configurando-se em decisão judicial perfeitamente adequada nos moldes da legislação processual vigente, incapaz de gerar a suspeição requerida.

Nestes termos, lembra NÉLSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *in Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., p. 622:

"*A concessão de tutela antecipada pelo juiz, de forma regular e de acordo com o CPC 273, não acarreta por si só a suspeição do juiz por prejulgamento, porquanto é ínsito ao instituto da tutela antecipada o juiz pronunciar-se sobre o adiamento da providência de mérito, configurando juízo de cognição sumária, provisória e revogável. Inexistência de suspeição*" (TJSP, Câm. Esp., ExSusp 46.777-0/1, Rel. Des. Djalma Lofrano, *v. u.*, j. em 25.6.1998).

Sobre a questão da oportunidade de defesa, elucida o ilustre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, na sua recente obra *Tutela Jurisdicional de Urgência*, p. 12:

"*Com as medidas cautelares e com as antecipações de tutela, o juiz pode assegurar a efetividade do provimento definitivo, sem que isto anule o contraditório ou ampla defesa. O que se faz é apenas uma protelação do momento do contraditório*".

Destarte, o simples requerimento de suspeição ao fundamento de decisões judiciais concessivas de tutela antecipada desfavoráveis ao requerente, por si só, inviabiliza sua pretensão.

Tratamento igual deve ser dado quanto à questão da extinção de residência funcional, através de ato praticado pelo agravante. Para tanto, compartilho o entendimento esposado pelo Procurador de Justiça, vez que a tendência é realmente a extinção das residências tidas como funcionais em todo o País, por proibição expressa contida no texto legal (art. 274 da Lei Complementar estadual nº 34/94, com redação dada pela Lei Complementar nº 61, de 12 de junho de 2001; e art. 312 da Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001), tanto para magistrado, quanto para promotor de justiça, não se tratando de um fato isolado, capaz de gerar a inimizade capital.

Portanto, em virtude da insuficiência do aparato probatório capaz de demonstrar a inafastável ocorrência de suspeição parcial de autoridade judicial, deve ser mantida a decisão, dando prosseguimento ao processo, nos trâmites normais.

Com tais fundamentos, nego provimento ao presente agravo, mantendo-se incólume o decisório hostilizado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

POLICIAL MILITAR - REMUNERAÇÃO BÁSICA - LEI DELEGADA Nº 43/2000 - MANDADO DE SEGURANÇA

- Em tema de regime remuneratório do funcionalismo público, descabe a invocação dos princípios constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade dos vencimentos quando, a despeito da redução do percentual numérico de gratificação, os novos critérios impostos acarretam efetivo acréscimo remuneratório.

- Com a Lei Delegada nº 43/2000 foi reestruturada toda a forma de pagamento dos vencimentos dos servidores da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, inexistindo, todavia, qualquer lesão a direito líquido e certo dos mesmos, ou mesmo a prática de ato ilegal ou exercido de forma abusiva, o que desautoriza, por si só, a própria impetração do mandado de segurança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 224.076-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Em tema de regime remuneratório do funcionalismo público, descabe a invocação dos princípios constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade dos vencimentos quando, a despeito da redução do percentual numérico de gratificação, os novos critérios impostos acarretam efetivo acréscimo remuneratório.

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, 14 de fevereiro de 2002. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi - Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação ajuizada por Alexandre Sérgio Martins e outros contra r. sentença que denegou a segurança impetrada contra ato do Comandante-Geral da Polícia Militar de Minas Gerais e do Coronel Diretor de Pessoal da Polícia Militar, que teriam suprimido as gratificações de habilitação profissional, de tempo integral, de tropa e de gabinete, a que entendem fazer jus os impetrantes.

O ilustre Sentenciante, fazendo uma breve apresentação cronológica dos fatos, salientou e concluiu, *verbis*:

"*A Lei Delegada nº 37, de 13 de janeiro de 1989, estabelecia que o vencimento dos policiais militares compreendia o soldo e gratificações: tempo de serviço; habilitação profissional;*

tempo integral; tropa; gabinete; substituição temporária; e honorários, sendo que estas gratificações (art. 6º), à exceção da substituição temporária e honorários, eram calculadas em percentuais do soldo.

Com a promulgação da Lei Delegada nº 43/2000, os policiais militares do Estado passaram a ter uma remuneração básica, constante da tabela prevista em seu art. 1º, § 1º, ficando incorporadas as gratificações acima mencionadas, permanecendo o adicional por tempo de serviço de 10% sobre essa remuneração.

Em termos práticos, um Cabo antes da Lei Delegada nº 43/2000, recebia proventos de R$474,10, incluindo as gratificações reclamadas exceto a de tempo de serviço, assim discriminado: soldo: R$154,35; habilitação profissional: R$185,22; gratificação por tempo integral: 46,30; gratificação de tropa: R$1,45. Acresça-se a isso que sobre o valor dos proventos incide também a gratificação por tempo de serviço que era de 5% sobre o soldo. Após a referida lei, a remuneração básica fora para R$930,00 e sobre ela incide o adicional de tempo de serviço, que passou a ser de 10%.

Conclui-se, assim, que não houve perda salarial, ao contrário, houve um aumento significativo, não só dos vencimentos/proventos, como também do percentual do adicional de tempo de serviço, bem como de sua base de cálculo, que antes era sobre o soldo: R$154,35 e hoje é sobre R$930,00".

E, adiante, refutou a alegação de inconstitucionalidade da Lei Delegada nº 43/2000 com dois argumentos:

"*O primeiro diz respeito, mesmo no caso da hipótese do reconhecimento da inconstitucionalidade, da impossibilidade material da concessão do* mandamus, *pois as gratificações compunham a remuneração dos autores, que tinham uma base de cálculo determinada, qual seja, o soldo, e pelo art. 1º, da lei delegada 43/2000, o soldo não mais existe, não podendo ser considerado o valor da remuneração, eis que não é somente do soldo que ela é composta. Assim, poder-se-ia concluir que os impetrantes não poderiam receber o aumento que receberam, eis que a inconstitucionalidade não estaria somente no § 1º, mas em toda a lei. Não se pode aproveitar da lei somente naquilo que é conveniente aos impetrantes.*

O segundo motivo se prende ao fato de que não há inconstitucionalidade, pois a matéria relativa a remuneração não é reservada a lei complementar. O art. 37, X, da Constituição Federal e o art. 24, §§ 1º e 5º, da Constituição Estadual, são claros ao dispor que os vencimentos serão fixados por lei, ou seja, lei ordinária, e não lei complementar, uma vez que quando o Constituinte determina que a matéria seja regulada por lei complementar, ele assim o diz".

Inconformados, alegam os recorrentes que a Lei Delegada nº 43, de 07.06.2000, ao fundamento de que as gratificações teriam sido incorporadas à remuneração básica da Polícia Militar,

extinguiu-as, ficando excluídas de seus contracheques desde junho de 2000, o que contraria a Constituição Estadual, fere direito adquirido proveniente da Lei Complementar nº 5.301/69 e o princípio da irretroatividade da lei, além de ofender o princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

Data venia, a r. sentença não merece qualquer reforma.

Primeiramente, quanto à alegada inconstitucionalidade da Lei Delegada nº 43/2000, sem qualquer razão os apelantes, merecendo ser acrescido aos argumentos bem postos pelo ilustre Magistrado *a quo* apenas o seguinte:

Dispõe o art. 24, § 1º, da Constituição Estadual, que a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração do servidor público. Como se vê, não determinou que tal fixação fosse feita por lei complementar, pois, quando é esta a vontade do legislador, ele a expressa especificamente.

Como se não bastasse, a Lei Delegada nº 43/2000 apenas revoga as disposições contidas em outra Lei Delegada anterior, a nº 37/89, tantas vezes referida pelos impetrantes, não havendo sequer que falar em conflito por hierarquia de normas, a justificar sua inconstitucionalidade. E, se esta anterior podia dispor de matéria tratada pela Lei nº 5.301/69 (Estatuto de Pessoal da Polícia Militar de Minas Gerais), nada impede que a lei nova assim também o faça.

Examinando atentamente os textos legais trazidos à discussão, verifica-se que o artigo 1º da Lei Delegada nº 43/2000, ao dispor sobre a reestrutura do sistema remuneratório da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, estabeleceu uma remuneração básica àquele pessoal, que, para um soldado de 1ª classe, passou a ser de R$900,00 (novecentos reais), nos termos do parágrafo único do art. 2º, incorporando em tal valor as gratificações constantes da anterior Lei Delegada nº 37/89, a saber: habilitação profissional, tempo integral, tropa e gabinete.

Ficaram de fora da remuneração as antigas gratificações de tempo de serviço, de substituição temporária e honorários, que, entretanto, foram substituídas, de forma que à remuneração básica se acresceu o adicional de 10% constante do art. 31, parágrafo único, da CE, o adicional sobre remuneração previsto no art. 31, VI, da CE, e o percentual previsto no art. 204 da Lei nº 5.301/69, além de uma parcela fixa de R$130,00 (cento e trinta reais) paga a título de abono aos militares de graduação de soldado de 1ª classe, sobre ela não incidindo o cálculo de qualquer vantagem, e que passará a incorporar a remuneração básica no mês.

Acresça-se, ainda, que a referida lei ressalvou o direito daqueles militares que tiveram assegurada a parcela relativa à extinta gratificação de 1/3 de gabinete, referida no art. 71 da Lei nº 5.301/69, por decisão judicial transitada em julgado, de perceberem parcela correspondente à diferença entre os

totais da remuneração que percebem e a resultante do novo texto legal, quando aquela for superior, que será devida a título de vantagem pessoal e não servirá de base de cálculo de qualquer acréscimo.

E a prova disso encontra-se nos próprios contracheques trazidos pelos impetrantes, onde facilmente se pode comparar a situação anterior à aplicação da lei nova e a resultante de sua aplicação, onde anteriormente aparecia um soldo e as gratificações, que somados davam um valor muito inferior àquele que hoje compõe a remuneração básica dos mesmos.

Tal conclusão encontra amparo inclusive no posicionamento definido pela decisão proferida pelo eminente Desembargador Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça, na Suspensão de Liminar nº 202.249/9, quando já em discussão a Lei Delegada nº 43/2000. Salientou:

"Com propriedade, demonstrou o Estado de Minas Gerais que não houve qualquer mitigação na composição salarial do servidor. Antes, com uma simples realização de 'mediana conta aritmética' (fl. 5) dos contra-cheques juntados à inicial, pôde-se verificar significativa elevação de seu valor nominal.

(...)

Colhe-se, ainda, da transcrição, não ter havido, com a incorporação, redução de proventos, 'vez que aos valores desses foram incorporadas duas das três gratificações existentes no regime anterior, de modo a compensar as vantagens então percebidas', da mesma forma que alerta para o fato de não haver direito adquirido a receber gratificações 'na norma vigente ao tempo da inativação, pois em face do novo reenquadramento, haveria verdadeiro bis in idem*'".*

Traz tal decisão à colação decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 227.604-RS, onde o Min. Vicente Leal concluiu que, "*em tema de regime remuneratório do funcionalismo público, descabe a invocação aos princípios constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade dos vencimentos quando, a despeito da redução do percentual numérico de gratificação, os novos critérios impostos acarretam efetivo acréscimo remuneratório*".

Sendo assim, sem qualquer amparo as alegações trazidas pelos apelantes, eis que não lograram demonstrar sequer a contrariedade aos princípios constitucionais invocados.

Não restam dúvidas de que com a Lei Delegada nº 43/2000 foi reestruturada toda a forma de pagamento dos vencimentos dos servidores da Polícia Militar deste Estado. Todavia, não houve qualquer lesão a direito líquido e certo dos mesmos, ou mesmo a prática de ato ilegal ou exercido de forma abusiva, o que desautoriza, por si só, a própria impetração do mandado de segurança.

Ficando demonstrado a mais não poder o aumento efetivo e substancial dos vencimentos, a incorporação das parcelas e a legalidade do ato, que não trouxe qualquer sombra de prejuízo para os autores, resta evidente a ausência de direito líquido e certo a ser protegido pelo presente *mandamus*.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

HERANÇA - RENÚNCIA - HERDEIRO RENUNCIANTE CASADO SOB O REGIMENTO DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS - ATO ALIENATIVO - CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE NÃO HERDEIRO - NECESSIDADE - AUSÊNCIA - NULIDADE - INVENTÁRIO - CÔNJUGE DO HERDEIRO - CITAÇÃO - DESNECESSIDADE - RENÚNCIA TRANSLATIVA - TERMO JUDICIAL - POSSIBILIDADE - RENÚNCIA *IN FAVOREM* - MANIFESTAÇÃO POR INTERMÉDIO DE PROCURADOR - PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS (§ 1º DO ART. 1.295 DO CÓDIGO CIVIL) - VALIDADE - PARTILHA - HOMOLOGAÇÃO - SENTENÇA - TERCEIRO PREJUDICADO - RECURSO - APELAÇÃO - CABIMENTO

- A sentença que homologa a partilha é apelável, podendo dela recorrer o terceiro prejudicado.

- Se a sentença não transitou em julgado em relação ao apelante, mesmo porque não fez ele parte do processo, é de afastar a preliminar de descabimento do recurso.

- Herdeiro é quem, por relação de parentesco, sucede ao falecido. O cônjuge de herdeiro não é herdeiro, ainda que casado sob o regime de comunhão universal de bens. Por isso, é inexigível o seu concurso na partilha, não havendo necessidade da sua citação no processo de inventário e partilha, pelo que a ausência desta não causa nulidade processual.

- Por força dos artigos 235, IV, e 242, IV, do Código Civil, a renúncia à herança por herdeiro casado sob o regime de comunhão universal de bens

depende do consentimento do outro cônjuge, sob pena de nulidade, por se tratar de ato alienativo de bens que já integram o patrimônio comum do casal (art. 1.572 do Código Civil), a demandar a co-legitimação do cônjuge não herdeiro, sem cuja adesão não será eficaz.

- A renúncia de herança pode ser abdicativa ou translativa, podendo ambas as modalidades ser efetivadas no inventário, mediante termo judicial (art. 1.581 do Código Civil).

- Não há que se falar em nulidade da renúncia *in favorem* expressa pelos outros herdeiros, máxime quando a renúncia destes é manifestada por intermédio de procurador competente, nomeado mediante instrumento público de procuração com poderes específicos, nos termos do § 1° do art. 1.295 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL N° 225.012-4/00 - Comarca de Nova Serrana - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Civil/Sucessões - Inventário - Desnecessidade de citação de cônjuge de herdeiro - Herança - Renúncia translativa - Ato alienativo - Herdeira renunciante casada no regime de comunhão universal de bens - Necessidade de consentimento do cônjuge não herdeiro - Ato anulável através de recurso desse contra a sentença homologatória da partilha - Provimento parcial do apelo para o fim de cassar-se a sentença e anular-se a renúncia não consentida pelo apelante, determinando-se a retificação do esboço de partilha de forma a ser atribuída à herdeira, mulher do apelado, seu quinhão e nova homologação.

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 PARCIAL.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2002. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Nos autos do inventário dos bens deixados por Manoel Alves de Souza, o MM. Juiz homologou a partilha, conforme esboço apresentado, e, tendo em vista expressa desistência das partes, de interposição de qualquer recurso, determinou a expedição do formal respectivo.

Da sentença recorre Sebastião Antônio Souza, casado no regime de comunhão universal de bens com a herdeira representante Maria Elena Souza.

O apelante sustenta a nulidade do "*processamento do inventário e da partilha*". Em favor de sua tese alega que não foi citado como herdeiro, pelo que nulos "*os atos praticados após a citação*"; a sentença homologatória não transitou em julgado, tendo em vista a regra do art. 182 do CPC; a renúncia da herança por parte de sua mulher fez-se sem a anuência do apelante, em favor de herdeiro determinado e através de mandatário sem poderes para tanto, sendo assim nula; não existe a forma de renúncia praticada por outros herdeiros, isto é, com indicação de destinatário certo, devendo os bens correspondentes ser revertidos ao acervo comum. Pede a cassação da sentença homologatória da partilha, determinando-se "*a inclusão do apelante como herdeiro no presente inventário*" a fim de que, "*com sua participação, seja formulada nova partilha*".

Contra-razões à fl. 196, argüindo a impropriedade do recurso para o fim colimado.

Preliminar de não-cabimento do recurso:

A sentença que homologa a partilha é apelável (*RT,* 603/63), podendo dela recorrer o terceiro prejudicado (*RJTJESP,* 98/253 e 113/98).

No caso dos autos, a sentença não transitou em julgado em relação ao apelante, mesmo porque não fez ele parte do processo.

Portanto, afasto a preliminar de descabimento do recurso e dele conheço.

No mérito, tenho que o apelo merece parcial acolhida.

Como ressabido, herdeiro é quem, por relação de parentesco, sucede ao falecido. Logo, marido de herdeira não é herdeiro, ainda que casado no regime de comunhão universal de bens.

Portanto, ao contrário do que quer o apelante, não é ele herdeiro, eis que, isoladamente, é estranho à herança.

E, conforme precedente jurisprudencial, que faço transcrever como razões de decidir:

"*À partilha não se exige o concurso do cônjuge do herdeiro porque lhe falece título hereditário, cuidando-se, ademais, de ato privativo de quem o ostente (CPC, arts. 1.025, I,* a, *e 1.027, referendados pelo CC, art. 1.773). De resto, não é invocável o disposto no art. 44, III, pois, no momento de atribuição* in concreto *dos bens da herança líquida aos sucessores não mais se cogita da existência de uma universalidade hereditária, de sorte que é possível verificar-se efetivamente o objeto do direito de cada herdeiro, se móvel ou imóvel*".

Na esteira desse raciocínio, não há falar em nulidade do processo de inventário por falta de citação do apelante na condição de marido de herdeira.

No entanto, embora não seja parte no processo de inventário, o apelante é consorte da herdeira no regime de comunhão universal de bens. Indis-

pensável, pois, seu consentimento para que a mulher possa validamente renunciar à herança.

Isso porque, nos exatos termos do art. 1.572 do Código Civil:

"*Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*".

Assim, desde o óbito do *de cujus*, a herança passou a integrar o patrimônio da mulher do apelante e, conseqüentemente, o patrimônio comum do casal, em face do regime de comunhão universal do casamento.

E, como ensina NEY ALMADA, em seu *Direito das Sucessões*, Ed. Brasiliense, 1991, v. 1:

"*(...) no relacionamento conjugal, afigura-se-nos a renúncia um ato alienativo, a demandar sua co-legitimação pelo cônjuge não-herdeiro, sem cuja adesão não será eficaz*".

Destarte, como se trata de transmissão de herança que já integra o patrimônio comum do casal, a renúncia de herdeiro casado sob o regime de comunhão universal de bens depende do consentimento do cônjuge não herdeiro, por força dos arts. 235, IV, e 242, IV, do CC.

E nem se argumente com o fato de que, com o Estatuto da Mulher Casada, o citado inciso IV do art. 242 do CC foi revogado quanto à redação original. O que foi revogado foi em função da, até então, vigente incapacidade relativa da mulher.

Aqui, o que se exige, com base na nova redação do dispositivo, é o duplo consentimento, no regime de comunhão universal, para a validade da renúncia de herança já de domínio do casal (art. 1.572 do CC), logo, de natureza alienativa.

No mais, não procede a tese de ser inadmissível a renúncia translativa.

Conforme pacífico entendimento jurisprudencial e doutrinário, a renúncia de herança pode ser abdicativa ou translativa, podendo ambas as modalidades ser efetivadas no inventário, mediante termo judicial (art. 1.581 do CC).

Sobre a citada norma do Código Civil decidiu o STF:

"*Não explicitando o legislador que tal norma fosse aplicável a esta ou àquela espécie de renúncia, conclusivo que há de ser endereçada a ambas, pois, segundo o aforismo milenar*, ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. *Feita, no caso, por termo nos autos, a renúncia está conforme a lei, não necessitando revestir a forma da escritura pública*" (*RT*, 500/200).

Assim, não há falar em nulidade da renúncia *in favorem* manifestada pelos outros herdeiros, mesmo porque a renúncia desses foi manifestada através de procurador competente, nomeado mediante instrumento público de procuração com poderes específicos, nos termos do § 1º do art. 1.295 do CC.

Portanto, afigura-se anulável somente a renúncia da mulher do apelante, na medida em que manifestada sem outorga marital.

Como o apelante não consente dita renúncia, seu apelo deve ser parcialmente provido, para o fim de ser cassada a sentença homologatória de partilha e anulada a renúncia da mulher do apelante, Sra. Maria Elena Souza, determinado-se, em conseqüência, a retificação do esboço de partilha apenas para ser atribuído à citada herdeira seu quinhão, procedendo-se a nova homologação.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo, conforme acima explicitado.

Custas, ao final.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - ADIANTAMENTO DE DESPESAS DE TRANSPORTE AO OFICIAL DE JUSTIÇA - SÚMULA 190 DO STJ - ART. 39 DA LEI Nº 6.830/80 (LEF) - DISTINÇÃO ENTRE CUSTAS E EMOLUMENTOS

- É de intransponível teor a regra materializada na Súmula 190, de edição do Superior Tribunal de Justiça, visto que o adiantamento das despesas de transporte para o oficial de justiça traduz custeio mínimo à possibilitação dos trabalhos do meirinho, que evidentemente não pode arcar com tais despesas, retiradas de seus vencimentos.

- No mais hodierno enfoque da regra aportada no art. 39 da Lei nº 6.830/80 (LEF) pelos tribunais pátrios, tem-se: custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos decorrentes do caminhamento processual, não estando o oficial de justiça obrigado a arcar, em favor da Fazenda Pública, com despesas necessárias para a execução de atos judiciais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 225.144-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Execução fiscal - Adiantamento de despesas de transporte ao oficial de justiça - Súmula 190 do STJ - Distinção dos emolumentos -

Depósito inocorrido - Extinção - Sentença confirmada em reexame necessário.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2002. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço da remessa, para o necessário reexame da matéria, bem assim da apelação voluntária.

Versa a espécie acerca de execução fiscal, julgada extinta, pelo não-cumprimento pela exeqüente, a Fazenda Estadual, da determinação de apresentar, em quarenta e oito horas, a comprovação do pagamento das despesas de transporte, realizadas pelo Sr. Oficial de Justiça do feito.

Ao que assoma, tenho de intransponível teor a regra materializada na Súmula 190, de edição do Superior Tribunal de Justiça, posto que o adiantamento das despesas de transporte traduz custeio mínimo à possibilitação dos trabalhos do meirinho, que evidentemente não pode arcar com tais despesas, retiradas de seus vencimentos.

Os dispositivos legais do Estado, bem como os provimentos da douta Corregedoria Estadual, apesar de atentarem para o desembaraço de entraves às ações em que versantes interesses fazendários, em ponto algum, preconizam tal verba, sendo, portanto, de entender-se que a postergação das despesas se refere, tão-somente, ao valor das diligências por eles cumpridas.

Lado outro, no mais hodierno enfoque da regra aportada no art. 39 da LEF - Lei 6.830/80 -, pelos tribunais pátrios, tem-se que:

"*Adiantamento de despesas para oficial de justiça. Custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos decorrentes do caminhamento processual. O oficial de justiça não está obrigado a arcar, em favor da Fazenda Pública, também compreendidas as autarquias, com despesas necessárias para a execução de atos judiciais*" (STJ, 1ª Seção, *RSTJ*, 71/43, v.u.).

E ainda, nesse mesmo sentido, quando, inclusive, colocado que o privilégio concedido à Fazenda Pública se incompatibiliza com o disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, *RJTJESP*, 134/320, maioria, e STJ, *RT*, 722/300.

Ao deduzido, estou, em reexame necessário, confirmando a sentença. Prejudicado fica o apelo voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

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

-:::-

ISSQN - SERVIÇOS POSTAIS - SERVIÇO NÃO INCLUÍDO NA LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87 - INTERMEDIAÇÃO MEDIANTE FRANQUIA - NÃO-INCIDÊNCIA

- Se o serviço de postagem não se encontra incluído na lista anexa ao Dec.-lei nº 406/68 como atividade sujeita ao ISSQN, a intermediação dele, mediante franquia, também não o será, mesmo que a franquia esteja contemplada na aludida lista, uma vez que a intermediação decorrente só se sujeita à tributação, quando o serviço prestado está definido e listado. A taxatividade da lista e a recepção plena do Dec.-lei nº 406/68 pela Constituição Federal/88 impedem interpretação extensiva e a inclusão de serviços não contemplados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 225.301-1/00 - Comarca de Unaí - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: ISSQN - Estabelecimento franqueado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - Serviço não incluído na lista anexa ao Decreto-lei 406/68 - Impossibilidade de se interpretar extensivamente para alcunhar a intermediação entre a titular do serviço público e os consumidores como representação ou distribuição de bens. - Não sendo tributável o serviço, não o será a intermediação dele mediante franquia. Pretensão acolhida afastando a incidência. Juros e honorários advocatícios reduzidos. Sentença reformada parcialmente no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de outubro de 2001. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de sentença proferida em ação anulatória de ato administrativo cumulada com repetição de indébito, cujo pleito acolhido consiste na não-incidência do ISSQN sobre serviços postais e telemáticos, praticados pela recorrida na condição de comissionada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Entendeu o r. ato sentencial ter a Constituição de 1988 recepcionado o Dec.-lei 406/68 e a LC 56/87, bem como conter a lista de serviços relação enclausurada, não podendo admitir interpretação extensiva.

De outro lado, afastou a decisão a possibilidade de incidir o imposto na intermediação feita entre a recorrida e a EBCT e consumidores.

O recurso voluntário se bate pela reforma do *decisum* ao argumento de derrogação do Dec.-lei 406/68 e de que o imposto incide sobre o produto recebido pela franqueada, como intermediária, e não sobre o serviço postal em si.

Apresenta suas razões e pede provimento.

Em contra-razões solicita a recorrida a confirmação da sentença.

O ilustre Sentenciante determina a remessa dos autos para reexame.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça deixa de se manifestar por entender desnecessária sua intervenção.

Do necessário, esse o relatório.

Decide-se:

Conheço da remessa e da apelação voluntária.

Argumenta o Município que o tributo não incide sobre o serviço em si, mas tem como objeto a comissão recebida pela apelada, intermediária que é da relação entre o consumidor e a EBCT.

A intermediação feita através de franquia e a distribuição de bens de terceiros em representação constituem a base da insurgência, ao lado da alegação de derrogação do Dec.-lei 406/68.

O serviço de postagem, atividade da apelada, não se encontra na lista das atividades sujeitas ao ISSQN, e, também, não distribui a recorrida bens de terceiro, desde que não vende o serviço de correio bem algum a quem quer que seja; presta serviço e só.

Quanto à franquia, contemplada pela lista, nº 48, há que se considerar que a intermediação decorrente só se sujeita à tributação quando o serviço prestado está definido e listado, não podendo o Município tributar serviços não previstos no Dec.-lei 406/68, com a redação dada pela LC 56/87.

Como o serviço não está submetido à tributação, a intermediação, pela franquia, também o acompanha, sujeitando-se os ganhos a outros tributos.

Assim, a taxatividade da lista e a recepção plena do Dec.-lei 406/68 impedem interpretação extensiva e a inclusão de serviços não contemplados.

A r. sentença se mostra incensurável quanto ao mérito, merecendo reparo, a meu sentir, *data venia*, o percentual dos juros, que deve ser reduzido para 0,5%, e os honorários, que devem ser arbitrados de conformidade com o art. 20, § 4º, do CPC, ficando, examinados os pressupostos, fixados em R$800,00.

Pelo exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pelo Município, diante do pequeno significado da reforma.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, EM PARTE, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - OBRA DE RECUPERAÇÃO ASFÁLTICA - VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA NÃO CARACTERIZADA - EDITAL CONTENDO OS ELEMENTOS DELINEADOS NOS INCISOS I, II E III DO ART. 82 DO CTN - AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO - COBRANÇA INDEVIDA

- Obras realizadas pela municipalidade, visando à recuperação asfáltica de via pública, sem que resultem na efetiva valorização do imóvel do munícipe, não podem ser custeadas pela contribuição de melhoria, por se tratar de fato que não se subsume ao preceito do art. 81 do CTN.

- Deixando o município de efetivar a necessária publicação de edital contendo os elementos delineados nos incisos I, II e III do art. 82 do CTN, antes de exigir a taxa de contribuição de melhoria, convola-se em óbice intransponível à validade do tributo em apreço.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 226.281-4/00 - Comarca de Piumhi - Relator: Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Contribuição de melhoria - Valorização imobiliária não caracterizada - Art. 82 do CTN - Exigências não

atendidas - Cobrança indevida. - Obras realizadas pela municipalidade, visando à recuperação asfáltica de via pública, sem que resultem na efetiva valorização imobiliária do imóvel do munícipe, não podem ser custeadas pela contribuição de melhoria, por não se subsumir aos preceitos do art. 81 do CTN. - Deixando o município de provar a necessária publicação de edital, contendo os elementos delineados nos incisos I, II e III do art. 82 do CTN, antes de exigir a aludida contribuição de melhoria, convola-se em óbice intransponível à validade do tributo em apreço. Sentença confirmada, em sede do seu reexame necessário.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de março de 2002. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Cuida-se de reexame necessário de sentença que concedeu a segurança na impetração promovida por João Bosco de Rezende Bastos contra o Prefeito Municipal de Capitólio.

A remessa oficial do processo, a ausência de apresentação de recursos voluntários pelas partes e a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça foram reportadas, sumariamente, no relatório de fls.

Conhece-se do processo, em face do reexame obrigatório da sentença (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51).

João Bosco Rezende Bastos impetrou mandado de segurança contra o Prefeito Municipal de Capitólio, ao argumento de que a referida municipalidade lhe está cobrando contribuição de melhoria, em razão do asfaltamento da rua onde está situado imóvel de sua propriedade, todavia entende que o referido tributo foi criado sem a observância das exigências do art. 82 do CTN, como também o foi em contrariedade à própria legislação editada pelo Município, resultando que tais ilegalidades impedem a cobrança do referenciado tributo. Afirmou, mais, que, por ocasião da aquisição do seu imóvel, a via pública já se encontrava asfaltada, por isso entende que a eventual valorização deste bem estava computada no seu preço de compra, decorrência de que, a seu ver, as posteriores recomposições do piso asfáltico da referida via são de inteira responsabilidade do Município e estão compreendidas no IPTU, a revelar que a cobrança da contribuição de melhoria em epígrafe é bitributação, o que não é admitido por nosso ordenamento jurídico e enseja o manejo deste *mandamus* para obstá-la. Por fim, requereu fosse-lhe concedida liminar para sustar a cobrança do aludido tributo no transcorrer da lide e, ao final, impedida a Municipalidade de exigi-lo de forma definitiva.

A liminar foi deferida pela decisão de fls. 35/36-TJ.

A autoridade requerida prestou informações às fls. 42/55-TJ, argüindo, preliminarmente, a necessidade de se indeferir a inicial, por não ser caso de mandado de segurança. No mérito, sustentou a legalidade do referido tributo, a viabilizar a sua cobrança. Juntou documentos.

O representante do Ministério Público pronunciou-se às fls. 81/84-TJ no sentido de conceder-se a segurança pleiteada.

Sentença de fls. 86/91-TJ, pela qual se concedeu a segurança.

Não foi interposto recurso voluntário contra a sentença.

Processo remetido a este Tribunal, em face do duplo grau de jurisdição previsto no art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou, às fls. 96/98-TJ, pela confirmação da sentença, no seu reexame necessário.

Compulsando o processado, dessumo que a sentença reexaminada não padece de quaisquer deficiências que, porventura, conduzissem à sua reforma, uma vez que a contribuição de melhoria exigida pelo Município de Capitólio se revela, flagrantemente, ilegal, por navegar em rota de franca colisão com as disposições dos arts. 81 e 82 do CTN. Vejamos.

Emerge dos documentos apresentados pela autoridade requerida às fls. 57/75-TJ que as obras realizadas na via pública onde se situa o imóvel do requerente visam à recuperação asfáltica do seu piso, ou seja, trata-se de renovar algo que já existia, resultando que tais obras não promoverão a efetiva valorização do imóvel do requerente no mercado imobiliário, portanto verifica-se que a hipótese dos autos não se subsume aos preceitos do mencionado art. 81 do CTN, impedindo que as referenciadas obras sejam custeadas pela contribuição de melhoria.

Sobre o tema, já se pronunciou o colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

"*1. Recapeamento de via pública com o custo coberto por um plano de rateio entre todos os beneficiados afronta exigências legais (arts. 81 e 82, CTN; Decreto-lei 195/67, arts. 1º e 2º). 2. Ilegalidade do lançamento de contribuição de melhoria baseado no custo, sem a demonstração dos pressupostos de valorização ou específico benefício, conseqüente de obra pública realizada no local de situação do imóvel. 3. Precedentes da jurisprudência. 4. Recurso provido*" (1ª Turma, REsp 0000634/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 09.03.94, *DJU* de 18.04.94, p. 8.440).

De outra face, também é manifesta a ilegalidade da cobrança do tributo sob tela, em face do não-atendimento dos requisitos do pré-falado art. 82 do CTN pelo Município de Capitólio, porquanto a autoridade requerida não comprovou ter efetivado a necessária publicação de edital, contendo os elementos delineados nos seus incisos I, II e III, antes de exigir a aludida contribuição de melhoria. E a contrariedade ao supra-apontado texto de lei erige-se, igualmente, em óbice intransponível à validade do tributo em apreço, conforme bem fixado na sentença reexaminada.

Isto posto, em sede de reexame necessário, confirmo a sentença na sua íntegra.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

MAGISTÉRIO - REGENTE DE ENSINO - CLASSIFICAÇÃO COMO PROFESSOR - HABILITAÇÃO ESPECÍFICA NA ÁREA PRETENDIDA - NECESSIDADE - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - PEDIDO ADMINISTRATIVO - PRAZO PRESCRICIONAL - INTERRUPÇÃO - MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - AUSÊNCIA - NULIDADE - REJEIÇÃO

- Se o Ministério Público foi intimado para se manifestar nos autos, opinando em primeiro e segundo graus, por seus representantes, pela desnecessidade de sua intervenção, não há que se falar em nulidade do feito por ausência de manifestação do Ministério Público, mormente quando o interesse público se encontra tutelado pela presença, no processo, da Procuradoria do Estado.

- O direito de ação nasce no momento da violação do direito material, sendo certo que as ações contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos. O expresso pedido administrativo, quando ainda não consumada a prescrição, interrompe o prazo prescricional.

- O ocupante do cargo de regente de ensino, para ter direito à classificação como professor, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.737/80 e do art. 47 da Lei nº 9.381/86, deve possuir habilitação específica relacionada com a atividade que exerce.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 226.315-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: O ocupante do cargo de regente de ensino, para ter direito à classificação como professor, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.737/80 e do art. 47 da Lei nº 9.381/86, deve possuir habilitação específica relacionada com a atividade que exerce.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de março de 2002. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do reexame necessário e da apelação, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais, à sentença do Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte, fls. 219/221-TJ, que julgou procedente o pedido para determinar a classificação do autor no cargo de P3A, condenando o Estado ao pagamento das prestações vencidas desde 10.10.96, decorrentes das diferenças de cargos, com correção monetária e juros de 6% a.a., desde a citação, além das custas e despesas processuais e honorários advocatícios de R$1.000,00.

O Estado de Minas Gerais argúi a nulidade do feito por ausência de manifestação do Ministério Público e a prescrição total do direito de ação do autor. No mérito, sustenta que o autor, ocupante do cargo de regente, de acordo com o disposto no artigo 13 da Lei nº 7.737/80, só teria direito à nova classificação como professor se tivesse a habilitação específica em Educação Física, a área de atividade em que atuava.

As preliminares argüidas não prosperam.

O Ministério Público foi intimado para se manifestar, opinando em primeiro (fls. 184/186-TJ) e segundo graus (fls. 256-258-TJ), por seus representantes, pela desnecessidade de sua intervenção no feito.

Ademais, o interesse público encontra-se tutelado pela presença da Procuradoria do Estado no feito.

Rejeito a preliminar de nulidade do processo.

Também não há de se falar em prescrição. O direito de ação nasce no momento da violação do direito material, sendo certo que as ações contra a Fazenda Pública prescrevem em 5 anos. No caso dos autos, a violação do direito do autor ocorreu em 10.10.96 com a publicação no *Minas Gerais* do despacho de fl. 11-TJ, que, encerrando o processo administrativo, qualificou-o

como ocupante do cargo de regente de ensino 3-A.

Em 14.01.98, o servidor requereu a correção de seu enquadramento, fls. 8/9-TJ, interrompendo o curso da prescrição. Nesse sentido:

"*Administrativo. Servidora pública. Arquivista. Reclassificação. Prescrição. - O direito de ação nasce no momento em que ocorre a violação de um direito. O expresso pedido administrativo, quando ainda não consumada a prescrição, interrompe o prazo prescricional*" (AGA 212575/MA - Relator Min. Vicente Leal - *DJ* de 16.11.1999, PG:00240, 18.10.1999).

Em 08.02.99 foi proferida a decisão administrativa que indeferiu a pretensão do autor, fl. 48-TJ, voltando a correr o prazo prescricional pela metade (mais dois anos e meio).

A ação foi proposta em 10.03.00, portanto, dentro do prazo.

Rejeito a argüição de prescrição.

A solução do mérito envolve a correta interpretação dos dispositivos legais que disciplinam o direito do ocupante do cargo de regente de ensino em ser classificado como professor.

Dispõe o artigo 13 da Lei Municipal nº 7.737/80:

"*Ressalvado o disposto no artigo 197 da Lei nº 7.109, de 13 de outubro de 1977, o atual ocupante do cargo de Regente de Ensino, e o que vier a ser efetivado por força desta Lei, desde que adquira habilitação específica, terá direito à classificação como Professor*".

Por sua vez, assim estabelece o artigo 47 da Lei nº 9.381/86:

"*O ocupante do cargo de Regente de Ensino poderá obter classificação, nos termos do artigo 13 da Lei nº 7.737, de 13 de junho de 1980, em cargo do Quadro do Magistério correspondente à habilitação, ainda que não equivalente à titulação do seu cargo*".

Observo, por oportuno, não ser aplicável, no caso, o artigo 37, II, da Constituição Federal. O pretenso direito do autor ter-se-ia consolidado antes do advento da Carta Constitucional, e os efeitos de sua promulgação não alcançam os fatos consumados no passado, salvo disposição expressa em contrário.

Compulsando os autos, constato que o autor vem exercendo há mais de 20 anos atividades na área de Educação Física sem, contudo, ter o respectivo diploma. Como regente de ensino, não lhe é exigida essa formação superior. Entretanto, nos termos dos dispositivos legais citados, é essencial para o seu enquadramento como professor a habilitação em curso superior de Educação Física.

O artigo 13 da Lei nº 7.737/80 dispõe que o regente, "... *desde que adquira habilitação específica, terá direito à classificação como Professor*".

A habilitação específica diz respeito à atividade desenvolvida pelo regente, no caso, Educação Física.

Por sua vez, o artigo 47 da Lei nº 9.381/86 confere ao regente de ensino o direito à classificação "*em cargo do Quadro do Magistério correspondente à habilitação*".

Conforme comprovado nos autos, o autor é formado em Serviço Social e Geografia, habilitações que não têm relação com a atividade que exerce. Afrontaria o direito e os diplomados em curso superior de Educação Física admitir a classificação do autor como professor da área.

Ante o exposto, em reexame necessário, rejeito as preliminares de nulidade do processo e de prescrição e reformo a sentença para julgar improcedente o pedido de classificação do autor como professor P3A, prejudicado o recurso voluntário e invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

REGISTRO DE IMÓVEIS - DÚVIDA - IMÓVEL RURAL - ÁREA INFERIOR AO MÓDULO RURAL LOCAL FIXADO PELO INCRA - AÇÃO DE DIVISÃO - SENTENÇA - COISA JULGADA - PRETENSÃO DO REQUERENTE - LEGITIMAÇÃO - DOCUMENTAÇÃO INCOMPLETA - INDEFERIMENTO - APELAÇÃO - RECURSO CABÍVEL

- Segundo o disposto no art. 199 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a dúvida sobre o registro será julgada por sentença, contra a qual cabe o recurso de apelação, a teor do art. 202 da mesma lei.

- Embora, a princípio, não se deva levar a registro imóvel rural com área inferior ao módulo rural local, fixado pelo Incra, a existência de sentença, em ação de divisão, revestida do atributo da coisa julgada material, é o quanto basta para legitimar a pretensão do requerente. Entretanto, para que se proceda ao registro, é necessário apresentar o inteiro teor do auto de divisão e o da sentença homologatória, pois só assim poderá o oficial do registro atender ao princípio da continuidade dos registros.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 227.311-8/00 - Comarca de Extrema - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Registro de imóveis - Imóvel rural - Módulo do Incra - Documentação incompleta. - Embora, a princípio, não deva ser registrado imóvel rural com área inferior ao módulo local, a existência de sentença, em ação de divisão, revestida do atributo da coisa julgada material, é o quanto basta para legitimar a pretensão do requerente. Entretanto, para que se proceda ao registro, é necessário apresentar todo o auto de divisão e da sentença homologatória, pois só assim poderá o oficial do registro atender ao princípio da continuidade dos registros.

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

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Insurge-se o apelante contra decisão proferida pelo Juiz Corregedor do Foro de Extrema, dirimindo dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis da Comarca, no sentido de que, mesmo tendo se originado de divisão judicial, não pode ser registrado imóvel rural de dimensão menor do que o módulo de 2 hectares, fixado pelo Incra para aquela região.

Argumenta o recorrente que a indivisibilidade jurídica, proclamada na decisão recorrida, não mais subsiste, pois o imóvel passou a pertencer ao perímetro urbano do Município local, ampliado por lei municipal.

Acrescenta que qualquer restrição ao registro deve ser legítima e razoável, tanto que, no caso concreto, o representante do Ministério Público se manifestara favoravelmente ao registro.

Pede a reforma da decisão, com o reconhecimento da improcedência da dúvida e a ordem de registro do referido imóvel.

Manifestando-se sobre o recurso, salientou o Oficial suscitante da dúvida que o imóvel é classificado como rural e está cadastrado no Incra, cujas exigências devem ser cumpridas, especialmente aquela que diz respeito à fração mínima de parcelamento.

Mas a dúvida não se resumira apenas à questão do módulo rural, senão também à falta de outros elementos necessários para o registro, como, por exemplo, o inteiro teor do auto de divisão, para que se pudesse proceder à conferência da área com a da matrícula, aos nomes dos condôminos e de seus quinhões, e para que se pudessem dar as necessárias baixas, em atendimento à Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73).

O Dr. Promotor de Justiça, que antes se manifestara favoravelmente ao registro, à consideração da realidade local, onde o Município já está, de fato, fracionado em pequenas propriedades, especialmente as de recreio e lazer, mas sem regularização, opina pelo provimento do recurso e pelo deferimento do pedido de registro.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pela confirmação da sentença.

Segundo o disposto no art. 199 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), a dúvida sobre o registro será "*julgada por sentença*".

E o art. 202 diz que "*da sentença poderão interpor apelação...*".

Logo, o recurso adequado é mesmo a apelação, que foi interposta no prazo legal e devidamente preparada. Dela conheço.

A alegação do apelante de que o imóvel que pretende registrar está agora integrado ao perímetro urbano não foi submetida à apreciação do douto Juízo de primeiro grau, pois o recorrente só a formulou em seu arrazoado recursal. Daí por que não cabe à Turma Julgadora se manifestar sobre a questão.

Discordo, *data maxima venia*, do MM. Juiz sentenciante, que julgou procedente a dúvida e indeferiu o registro do imóvel, e o fez sob o fundamento de que a gleba tem área inferior ao módulo rural local.

É fato incontroverso, provado documentalmente, que o imóvel foi judicialmente dividido, e a divisão homologada.

Toda a jurisprudência invocada pelo ilustrado Julgador diz respeito à própria divisão, não ao registro de imóvel inferior ao módulo.

Indivisível ou não, apenas por previsão legal, o fato é que o imóvel foi dividido judicialmente e os quinhões distribuídos entre os condôminos, pelo que a única providência agora cabível é dar cumprimento à sentença.

Entretanto, embora divergindo da fundamentação da sentença, não vejo razão para reformá-la e deferir simplesmente o registro, pois a pequena dimensão do terreno não foi o único obstáculo suscitado pelo zeloso Oficial do Registro. Este também objetou que o requerente apenas apresentara a sua própria folha de pagamento, quando seria necessário o inteiro teor do auto de divisão e da sentença homologatória, para perfeita identificação do imóvel dividido e de sua matrícula, da conferência de sua área total com a área de cada quinhão, para cancelamento da matrícula original e abertura de novas matrículas (arts. 227 e segs. da LRP).

O registro, portanto, não pode ser levado a efeito, nas condições em que foi requerido.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

TAXA FLORESTAL - CONSTITUCIONALIDADE - FATO GERADOR - CONTRIBUINTE - BASE DE CÁLCULO

- O fato gerador da taxa florestal consiste no poder de polícia florestal a cargo do IEF-Instituto Estadual de Florestas, sendo certo que o contribuinte é aquele que explora e consome produtos florestais, não havendo que se falar, portanto, em identidade da sua base de cálculo com a do ICMS.

- A jurisprudência do STF e a deste Tribunal de Justiça já consolidaram o entendimento de que a taxa florestal cobrada pelo Estado de Minas Gerais não é inconstitucional, estando amparada pelo art. 207 da Lei nº 5.960/72, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.163/77, regulamentada pelo Decreto nº 36.110/94.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 227.702-8/00 - Comarca de Bom Despacho - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Execução - Embargos do devedor - Taxa florestal - Constitucionalidade. - A taxa florestal cobrada pelo Estado de Minas Gerais não é inconstitucional, estando amparada no art. 207 da Lei 5.960/72, na redação dada pela Lei 7.163/77, regulamentada pelo Decreto 36.110/94. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de março de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Siderúrgica União Bomdespachense Ltda. apela da r. sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Bom Despacho, que julgou improcedentes os embargos por ela aforados à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

Aduz que a presente execução não deve subsistir, ao argumento de que a taxa florestal exigida há muito vem tendo sua constitucionalidade afastada pelos tribunais pátrios.

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

Verifica-se dos autos que o título exeqüendo se originou do PTA nº 01.0001106790-80, cuja exigência fiscal decorre da imputação de não-recolhimento da taxa florestal referente aos anos de 1994 e 1995, acrescida de multa.

O julgamento do presente recurso, todavia, deve-se limitar à alegada inconstitucionalidade da referida taxa, contra o que, efetivamente, se insurge a apelante, nesta oportunidade.

Após um estudo da questão, estou a entender que se mostra correta a exigência fiscal, uma vez que o lançamento impugnado se deu com supedâneo na legislação vigente, a despeito da resistência da apelante.

Assim sendo, bem decidiu o MM. Juiz singular, rejeitando os embargos do devedor opostos pela apelante, cuja decisão merece ser confirmada por seus próprios fundamentos.

Verifica-se que a matéria colocada sob exame já foi objeto de inúmeros julgados pelos tribunais pátrios, já se encontrando sedimentada em nível de jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal, que, à unanimidade, julgou improcedente a Representação de Inconstitucionalidade nº 1.008-MG, reconhecendo, via de conseqüência, a constitucionalidade da taxa florestal em questão.

De fato, a matéria, em casos assemelhados, já se encontra sufragada na jurisprudência deste Tribunal de Justiça, onde precedentes proclamam a constitucionalidade da cobrança da taxa florestal pelo Estado de Minas Gerais.

O fato gerador da referida taxa consiste no poder de polícia florestal a cargo do IEF-Instituto Estadual de Florestas, sendo certo que o contribuinte é aquele que explora e consome produtos florestais. Não há, portanto, falar-se em identidade da base de cálculo com o ICMS.

Em conclusão: a taxa exigida pela apelada, que dera origem à presente execução, está amparada no art. 207 da Lei 5.960, de 02.08.72, na redação dada pela Lei 7.163, de 19.12.77, regulamentada pelo Decreto 36.110, de 05.10.94.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR. O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO AO APELO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Isalino Lisbôa) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 28.02.2002, a meu pedido, como Revisor, após o Relator negar provimento ao apelo.

Ao reestudo que fiz da matéria e do que contêm os autos, estou, na oportunidade, a acompanhar o eminente Relator, negando, de conseguinte, provimento ao apelo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo com os votos proferidos.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIÇO FUNERÁRIO - INTERESSE LOCAL - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO - DELEGAÇÃO - CONCESSÃO - PERMISSÃO - PARTICULAR - NÃO-SUBMISSÃO ÀS CONDIÇÕES LEGAIS DE SE SUBMETER AO PROCESSO DE LICITAÇÃO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - INTELIGÊNCIA DO INCISO XIII DO ART. 5º DA CF

- O serviço funerário insere-se na competência do interesse do município, só podendo ser concedido ao particular mediante condições previstas em lei, dentre elas a concorrência pública. Inexiste direito líquido e certo de alguém para exercer prestação de serviço funerário, invocando o art. 5º, XIII, da CF, uma vez que a livre concorrência e a livre iniciativa, no caso, prestação de serviço por delegação, submetem-se às regras locais para seu exercício, desde que depende de concessão ou permissão do município. Não pode o particular, invocando direito ao trabalho, pretender, *per saltum*, assumir o serviço funerário, independentemente de se submeter ao processo de licitação previsto em lei municipal, porquanto o referido inciso XIII do art. 5º da mesma Carta Magna confere às pessoas tão-somente o direito de exercerem, livremente, a profissão, trabalho ou ofício que tenham por objeto as atividades ou os serviços cujo exercício ou prestação não constituam privilégio do Poder Público, ou que não foram reservados à sua competência exclusiva.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 228.097-2/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Serviço funerário - Peculiaridade do município - Concessão - Ausência de direito líquido e certo para a prestação do serviço - Inteligência do art. 5º, inciso XIII, da CF - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2001. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de sentença proferida em ação mandamental cuja ordem foi denegada.

A recorrente, insatisfeita, pede o reexame da matéria e para tanto apresenta suas razões.

Argumenta, em resumo, que o Município estaria ofendendo os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados na Carta Política, além de se utilizar de legislação modificada, donde não se aplica mais o critério populacional para a abertura de outras empresas do ramo funerário, razões que demonstram a ilegalidade do ato impugnado.

Afirma, ainda, que somente após a publicação teve conhecimento de que as outras empresas de igual atividade não se submeteram a processo licitatório.

Pede o provimento.

O Município, em contrariedade, requer o improvimento do apelo e sugere a intempestividade do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no sentido de se negar provimento ao apelo.

Do necessário, essa a exposição.

Decide-se:

Não procede a insinuação do Município quanto à intempestividade, pois, embora, por erro material, datada a apelação de 13 de dezembro/2000, foi protocolada em 13 novembro/2000.

Assim, conheço da apelação, desde que presentes os requisitos de admissibilidade.

O serviço funerário é eminentemente de interesse local, pela relação íntima e direta entre o usuário e a comunidade, caracterizada a prevalência do Município sobre os demais entes.

Leciona HELY LOPES MEIRELLES:

"*O serviço funerário é da competência municipal por dizer respeito à atividade do precípuo interesse local, quais sejam, a confecção de caixões, a organização de velórios, o transporte de cadáveres, a administração de cemitérios. As três primeiras podem ser delegadas pela Municipalidade, com ou sem exclusividade, a particulares que se proponham executá-las mediante concessão ou permissão como pode o Município realizá-las por suas repartições, autarquias ou entidades paraestatais*" (cf. *Direito Municipal Brasileiro*, 4ª ed., p. 373/374).

Assim, afasta-se a alegação de que o serviço funerário não se insere na competência do interesse do Município.

No que pertine à livre iniciativa e à livre concorrência, melhor seria invocar-se o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, que garante o exercício de qualquer trabalho, exercício ou profissão.

A livre concorrência e a livre iniciativa, no caso, prestação de serviço por delegação, submetem-se às regras locais para seu exercício, desde que dependem de concessão ou permissão, do Município, daí poder se afirmar inexistir direito líquido e certo a ser garantido.

O apelante, invocando direito ao trabalho, pretende, *per saltum*, assumir o serviço funerário, independentemente de licitação, o que fere a legislação municipal, toda ela dizendo da necessidade do certame, para garantia do interesse público.

Esta Casa, em situação semelhante, decidiu:

"*Serviço funerário - Peculiaridade do município - Concessão - Particular - Não-submissão às condições legais - Ausência de direito líquido e certo para a prestação do serviço - Inteligência do inciso XIII do art. 5º da CF. - A prestação de serviço funerário constitui atividade pública decorrente do poder de polícia mortuária, sendo serviço público peculiar do Município, podendo ser concedido seu exercício a particular, mediante condições previstas em lei, dentre elas a concorrência pública, tudo sob a subordinação indelegável e inafastável do poder concedente. Inocorre direito líquido e certo de alguém para exercer prestação de serviços funerários, sem que se tenha submetido às condições legais, não tendo suporte legal a impetração que visa impor ao Poder Público a prática de ato de concessão de serviço público, o que é da competência exclusiva do Executivo, na qual não pode interferir o Judiciário. O inciso XIII do art. 5º da CF confere às pessoas tão-somente o direito de exercerem, livremente, a profissão, trabalho ou ofício que tenham por objeto as atividades ou os serviços cujo exercício ou prestação não constituam privilégio do Poder Público, ou que não foram reservados à sua competência exclusiva*" (Apelação Cível nº 33.806/1 - Comarca de Guaxupé - Relator: Des. Sérgio Lellis Santiago).

Com essas considerações deve manter-se intacta a bem estruturada sentença proferida pelo em. Juiz Dr. Jurandir Sebastião.

Do exposto, nego provimento ao apelo.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

VEREADOR - FALTAS ÀS REUNIÕES ORDINÁRIAS ALÉM DO NÚMERO PERMITIDO NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS LEGAIS - PERDA DO MANDATO ELETIVO - ATO DECLARATÓRIO - RESOLUÇÃO - PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL - AUTORIDADE COMPETENTE - MANDADO DE SEGURANÇA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- Prevista na Lei Orgânica do Município a perda do mandato eletivo do vereador, se ele deixar de comparecer à terça parte das reuniões ordinárias da Câmara, em cada sessão legislativa anual, sem demonstrar que as faltas se deram por motivo de doença comprovada, licença ou missão autorizada pela edilidade, e estabelecido, ainda, que, em tais casos, a competência para declarar a perda do mandato é do Presidente da Câmara, competência esta que se encontra em conformidade com o disposto no art. 8º, III e § 1º, do Decreto-lei nº 201/67, tem-se como legítimo o ato do Presidente da Câmara Municipal consubstanciado na resolução que extinguiu o mandato do vereador por ter ele faltado às reuniões da Câmara além do número permitido, sem apresentar as justificativas legais. Nesta hipótese não há que se falar em direito líquido e certo suscetível de concessão da segurança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 229.056-7/00 - Comarca de Mantena - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Vereador - Extinção do mandato por falta às reuniões ordinárias além do número permitido na sessão legislativa - Ato declaratório do Presidente da Câmara - Ordem de segurança impetrada à conta de ofensa a disposições da Lei Orgânica local - Reforma em reexame oficial - Ato que se insere na competência da autoridade indicada coatora e guarda conformidade com o disposto no art. 8º, III e § 1º, do Dec.-lei nº 201/67, com a redação dada pela lei nº 6.793/80 - Caso de faltas não oportunamente justificadas.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de março de 2002. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Sem recurso das partes, aqui chegam os autos em virtude de remessa oficial por ter sido neles concedida, pela sentença de fls. 184/187, a João Batista de Paula ordem de segurança para efeito de reconhecimento da ilegitimidade de ato do Senhor Presidente da Câmara Municipal de Nova Belém, consubs-

tanciado na Resolução nº 002, de 14 de novembro de 2000, extintivo de seu mandato de Vereador, aos fundamentos de ter ele resultado de decisão isolada da Presidência, e não da Mesa da Câmara, e sem observância da garantia da ampla defesa, como dispõe a Lei Orgânica local.

Constam dos autos, às fls. 155/157, respectivamente, cópias da decisão e da resolução expedida em seu cumprimento, declaratórias da perda do mandato do impetrante por ter faltado, além do limite permitido, às reuniões ordinárias da sessão legislativa.

É bem certo que, pelo art. 37 da Lei Orgânica do Município, perde o mandato o vereador "*que deixar de comparecer, em cada Sessão Legislativa anual, à terça parte das reuniões ordinárias da Câmara, salvo por motivo de doença comprovada, licença ou missão autorizada pela Edilidade*" (IV) e que a "*perda será declarada pela Mesa da Câmara, de ofício ou mediante provocação de um quinto dos membros da Casa, assegurando-se ampla defesa*" (§ 3º).

Também é verdade que a mesma lei, no art. 17, II, confere à Mesa da Câmara competência para "*declarar a perda de mandato de vereador, de acordo com o Regimento Interno*", decidindo sempre "*por maioria de seus membros*" (VII).

Por seu art. 16, § 4º, prevê, mais, caber "*ao Regimento Interno da Câmara dispor sobre a composição da Mesa Diretora*".

Pois bem, o Regimento Interno, no art. 11, diz compor-se a Mesa dos cargos de Presidente, Vice-Presidente, 1º Secretário e 2º Secretário.

E, no art. 35, IX, atribui ao Presidente da Câmara competência para "*declarar extintos os mandatos dos Prefeitos, Vereadores e Suplentes, nos casos previstos em lei e, em face de deliberação do Plenário, expedir decreto legislativo de cassação do mandato*".

Estabelece ainda o Regimento, no art. 43, parágrafo único, VIII, ser da "*competência privativa do Plenário cassar mandato do Prefeito e Vereadores, nos casos previstos em lei*".

A declaração, pela Mesa, em colegiado, da perda do mandato de vereador, limita-se às hipóteses previstas no art. 36 da Lei Orgânica (art. 28, XII, do Regimento Interno).

Ora, os casos de perda do mandato relacionados no art. 36 da Lei Orgânica são outros, entre eles não se incluindo a infreqüência às reuniões.

Também a mesma lei, no art. 20, VII, confere ao Presidente da Mesa "*declarar extinto o mandato do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, nos casos previstos em lei*".

E, ainda, em seu art. 33, XII, outorga à Câmara Municipal a competência para "*decidir e decretar a perda do mandato do Prefeito e dos Vereadores, nos casos indicados na legislação pertinente*".

Este é o retrato das disposições da Lei Orgânica do Município e do Regimento da Câmara, constantes dos autos.

A Resolução nº 002/2000, constitutiva do ato impugnado, reporta-se aos arts. 20, VII, da Lei Orgânica, acima citado, e 8º, III, do Dec.-lei nº 201/67, havendo sido expedida em cumprimento à decisão de seu próprio subscritor, como Presidente da Câmara, fundada nas mesmas disposições normativas.

Por sua vez, o art. 8º, III, do Dec.-lei nº 201/67, com a redação dada pela Lei nº 6.793/80, prevê a extinção do mandato do Vereador, a ser declarada pelo Presidente da Câmara, quando: "*deixar de comparecer, em cada sessão legislativa anual, à terça parte das sessões ordinárias da Câmara Municipal, salvo por motivo de doença comprovada, licença ou missão autorizada pela edilidade; ou, ainda, deixar de comparecer a cinco sessões extraordinárias convocadas pelo prefeito, por escrito e mediante recibo de recebimento, para apreciação de matéria urgente, assegurada ampla defesa, em ambos os casos*". E acrescenta, no § 1º: "*ocorrido e comprovado o ato ou fato extintivo, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, comunicará ao plenário e fará constar da ata a declaração da extinção do mandato e convocará imediatamente o respectivo suplente*".

A respeito do tema, é o seguinte o ensinamento deixado por HELY LOPES MEIRELLES: "*O Vereador pode perder o mandato, no decurso da legislatura, por cassação ou por extinção. A cassação, como ato punitivo, pode advir da própria Câmara, nos casos de conduta incompatível do edil com os exercícios da investidura política, ou da falta ético-parlamentar que autorize a sua exclusão da Câmara, ou pode provir da Justiça Penal, nos casos de condenação por crime funcional que acarrete a aplicação da pena acessória de perda ou inabilitação para qualquer função pública; a extinção, como simples ato declaratório do perecimento do mandato nos casos expressos em lei, é sempre da alçada do presidente da Mesa*".

E mais adiante: "*A declaração de extinção de mandatos de prefeito, vice-prefeito e vereadores é atribuição privativa do Presidente da Mesa nos casos previstos na lei orgânica local. Não se confunda declaração de extinção de mandato (atribuição do presidente) com cassação de mandato (atribuição do plenário). Ao presidente compete declarar extintos os mandatos que fenecerem em razão da ocorrência de qualquer das causas extintivas previstas em lei (morte, renúncia, perda dos direitos políticos, condenação criminal à pena acessória de perda de mandato ou proibição do exercício de função pública); ao plenário cabe deliberar sobre a cassação de mandato, nos casos estabelecidos na legislação pertinente. E compreende-se facilmente o motivo dessa diversificação de atribuições, ao presidente e ao plenário: no primeiro caso (extinção) o mandato se exaure automaticamente pela só ocorrência do fato extintivo (morte, renúncia, etc.); no segundo*

caso (cassação) o mandato está operante, mas poderá ser invalidado se o plenário reconhecer a ocorrência de uma situação ou ato que permita a deliberação de sua perda. Como só o plenário pode deliberar, só o plenário pode cassar o mandato" (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros Editores, 6ª ed, p. 456 e 463).

De acordo com as informações prestadas pela autoridade indicada coatora, "*o impetrante na data da extinção de seu mandato, contava com 09 (nove) falhas às reuniões ordinárias, não tendo sido nenhuma delas justificadas, sendo certo que o número máximo permitido são 06 (seis) faltas, que representa menos da terça parte das reuniões ordinárias estabelecidas para a sessão legislativa do ano de 2000*".

E esclarece mais: "*As faltas do impetrante às reuniões ordinárias não se verificaram por motivo de doença comprovada, licença ou missão autorizada pela Edilidade, tendo em vista que, nos arquivos da Câmara, não existem atestados médicos comprobatórios de doenças, não existe qualquer requerimento de licença, como também não existe qualquer ato expedido pela Edilidade o designando para a missão. Os documentos acostados ao processo, tais como atestados médicos e radiografias, seriam documentos comprobatórios bastantes para justificar as faltas, desde que entregues na Secretaria da Câmara, que não aconteceu. O impetrante foi advertido e alertado verbalmente pelo impetrado de que poderia ter seu Mandato extinto por motivo de faltas em excesso às reuniões ordinárias da Câmara e nem se deu por conta da gravidade de seus atos, dizendo por diversas vezes não iria comparecer mais às reuniões da Câmara, sendo certo que após as eleições não compareceu a nenhuma reunião da Câmara, apesar de verbalmente ser lembrado constantemente das realizações das mesmas*" (fls. 127/128).

À vista de todo o exposto, conclui-se que a extinção do mandato do impetrante se deu de forma correta e por ato de autoridade competente, não permitindo os elementos dos autos o reconhecimento da liquidez e certeza do direito invocado suscetível de concessão da segurança.

Em reexame necessário, reformo, portanto, a sentença, para denegar a ordem.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA.

-:::-

DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA - REPASSE MENSAL E REGULAR PELO EXECUTIVO - OBRIGATORIEDADE - GARANTIA CONSTITUCIONAL ASSEGURADA PELO ART. 168 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES

- O repasse mensal e regular dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias é garantia constitucional assegurada pelo art. 168 da Constituição Federal e haverá de ser respeitada pelo Poder Executivo, em nome do princípio da independência e harmonia que deve reinar entre os Poderes da República. Não é dado ao Executivo estabelecer a seu talante datas e valores a serem liberados, havendo de atender à previsão orçamentária e ao preceito constitucional cogente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 229.134-2/00 - Comarca de Estrela do Sul - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Dotações orçamentárias - Obrigatoriedade do repasse mensal e regular pelo Executivo - Garantia constitucional assegurada pelo artigo 168 da Constituição Federal a ser respeitada em nome do princípio da independência e harmonia que deve reinar entre os Poderes da República.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de março de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - A Câmara Municipal de Grupiara impetra mandado de segurança contra ato omissivo do Prefeito daquele Município, representado pela recusa do repasse ao Legislativo da cota de recursos orçamentários vencida em 31.07.2000, no valor de R$12.500,00 (doze mil e quinhentos reais), devida na forma do Termo de Acordo homologado judicialmente no Mandado de Segurança nº 4.712/99, celebrado entre as partes para solucionar o impasse criado com o acúmulo das cotas vencidas em face das dificuldades financeiras pelas quais passavam os cofres públicos, através do qual o Legislativo Municipal abria mão de parte da dívida em aberto.

Concedida a medida liminar, notificou-se a autoridade apontada como coatora para que procedesse ao repasse do duodécimo reclamado e prestasse as informações que desejasse, mas indiferente à intimação judicial, motivou a ordem de bloqueio bancário das contas municipais no limite da cota especificada, concluindo a

sentença final pela concessão do *writ*, confirmando a medida liminar.

Ausente o recurso voluntário, a despeito da regular intimação do impetrado, examina-se o feito em observância do disposto no artigo 12 da Lei 1.533/51 e, assim procedendo, confirma-se a sentença concessiva da ordem de segurança.

O repasse mensal e regular dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias é garantia constitucional assegurada pelo artigo 168 da Constituição Federal e haverá de ser respeitada pelo Executivo, em nome do princípio da independência e harmonia que deve reinar entre os Poderes da República. Não é dado ao Executivo estabelecer a seu talante datas e valores a serem liberados, havendo de atender à previsão orçamentária e ao preceito constitucional cogente.

A violação da norma constitucional compromete o bom funcionamento de um dos Poderes que constituem a estrutura do Município e representa grave lesão ao direito da impetrante que se apresentava líquido e certo.

Anota JOSÉ CRETELLA JR.:

"*Em todo setor da atividade humana, a autonomia financeira, regra geral, é condicionante dos outros tipos de autonomia, a administrativa, a didática, a funcional, o mesmo ocorrendo em relação aos Poderes do Estado. Se ao Poder Executivo cabe a distribuição de recursos aos outros dois Poderes, a falta de autonomia financeira do Poder Judiciário e do Poder Legislativo poderá comprometer, em grau maior ou menor, o desempenho das respectivas funções. Precisamente a autonomia do Poder Legislativo e a do Poder Judiciário, bem como a do Ministério Público, é que levaram o legislador constituinte a redigir o art. 168 da Constituição vigente, assinalando prazo fixo para a entrega, aos órgão das três entidades citadas, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares*"(*Comentários à Const. de 1988*, v. VII, p. 3.829).

É, sem dúvida, inegável o direito do Poder Legislativo em receber as verbas ajustadas, que, embora estipuladas em termo de acordo, a princípio executável por meios próprios, teve como pressuposto o artigo 168 da CF e visou facilitar o cumprimento do dever constitucional pelo Executivo, pelo que é de reconhecer-se, de plano, o direito líquido e certo, reclamável via mandado de segurança, assegurando-se, assim, a autonomia constitucional do Poder, no que diz respeito à gestão dos recursos que lhes são destinados no orçamento.

Pelo exposto, no reexame necessário, mantenho a sentença.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

REGISTRO DE IMÓVEIS - ESCRITURA PÚBLICA - DOCUMENTO NÃO TRANSCRITO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO - RETIFICAÇÃO - PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 213 DA LEI Nº 6.015/73 - IMPOSSIBILIDADE

- A retificação de erro constante do registro não se confunde com o erro cometido na lavratura da escritura decorrente de negócio jurídico de que esta se originou. Se a retificação pretendida tem como objeto simples escritura de venda de imóvel, da qual não consta transcrição no cartório de registros de imóveis competente, impróprio é o procedimento retificatório previsto no art. 213 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), aplicável especificamente a erro constante do registro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 229.639-0/00 - Comarca de Bicas - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Escritura pública - Documento não transcrito no registro imobiliário - Impossibilidade de retificação por meio do procedimento previsto no art. 213 da LRP aplicável apenas nos casos de erro constante do registro.

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, 25 de fevereiro de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Recorrem Marlene Rocha de Souza e outros herdeiros de Otacílio Otaviano de Souza da sentença que extinguiu, sem apreciação de mérito, o processo instaurado com a finalidade de retificação de escritura de imóvel no pertinente ao estado civil do *de cujus*.

Segundo informam, era o pai dos requerentes desquitado de Dilce da Rocha Souza quando da lavratura da escritura que apresentam às fls. 07/08 e jamais contraiu novas núpcias, mas, por um lapso do Cartório do 1º Ofício da Comarca de Bicas, foi qualificado como casado sob o regime de comunhão de bens com Maria do Carmo Nascimento Souza, de quem jamais tiveram conhecimento e diante da impossibilidade de lavrar-se nova escritura, eis que falecidos outorgantes e outorgados, buscam, como herdeiros, a retificação judicial, com fulcro nos artigos 213 da Lei nº 6.015/73 e 860 do Código Civil.

Falece razão aos recorrentes em pretender a reforma da r. sentença de fls. A retificação pretendida tem como objeto simples escritura de venda de imóvel, da qual não consta transcrição

no cartório de registro de imóveis competente e, em tais casos, impróprio o procedimento retificatório previsto no artigo 213 da LRP, aplicável especificamente a "erro constante do registro". A retificação de erro constante do registro não se confunde com o erro cometido na lavratura da escritura decorrente do negócio jurídico de que esta se originou.

Não se apresenta admissível modificar o teor da escritura pela forma pretendida pelos recorrentes, se registro não há e o que buscam, na realidade, não é a retificação do registro que se realizou na conformidade do título apresentado, mas sim a retificação do próprio título lavrado, que daria suporte a futura transcrição no fólio imobiliário.

Nego provimento ao recurso.

Pela assistência judiciária.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CÂMARA MUNICIPAL - RECURSOS CORRESPONDENTES ÀS DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS ANUAIS - PERCENTUAIS CABÍVEIS - ENTREGA DOS DUODÉCIMOS ATÉ O DIA 20 DE CADA MÊS - IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL

- Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, incluídos os créditos suplementares e especiais, destinados ao Poder Legislativo municipal deverão ser entregues, em duodécimos, até o dia 20 de cada mês, consoante dispõem os arts. 168 da CF e 162 da CEMGE.

- O total da despesa do Legislativo municipal, incluídos os subsídios dos vereadores, não poderá ultrapassar o percentual cabível, entre 8 e 5% (oito e cinco por cento) do somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159 da CF, efetivamente realizado no exercício anterior, nos termos do art. 29-A da mesma CF, acrescido pela Emenda Constitucional nº 25/2000, em vigor a partir de 1º.1.2001, ou no percentual existente entre a dotação orçamentária consignada à câmara municipal e a previsão orçamentária efetivamente realizada, para os exercícios dos anos anteriores.

- Considera-se realizada, efetivamente, para os fins do valor dos repasses, a receita orçamentária prevista, se diversamente não demonstrada pelo Poder Executivo questionado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 230.270-1/00 - Comarca de Formiga - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Câmara municipal - Recursos correspondentes às dotações orçamentárias anuais - Percentuais cabíveis - Entrega dos duodécimos até o dia 20 de cada mês - Imposição constitucional. - Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, incluídos os créditos suplementares e especiais, destinados ao Poder Legislativo municipal, deverão ser entregues, em duodécimos, até o dia 20 de cada mês, consoante dispõem os arts. 168 da CF e 162 da CEMGE. - O total da despesa do Legislativo municipal, incluídos os subsídios dos vereadores, não poderá ultrapassar o percentual cabível, entre 8 e 5% (oito e cinco por cento) do somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos artigos 158 e 159 da CF, efetivamente realizado no exercício anterior, nos termos do art. 29-A da mesma CF, acrescido pela Emenda Constitucional nº 25/2000, em vigor a partir de 1º.01.2001, ou no percentual existente entre a dotação orçamentária consignada à Câmara Municipal e à previsão orçamentária efetivamente realizada, para os exercícios dos anos anteriores. - Considera-se realizada, efetivamente, para os fins do valor dos repasses, a receita orçamentária prevista, se diversamente não demonstrada pelo Poder Executivo questionado.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de reexame necessário de sentença concessiva, em parte, da segurança impetrada pela Câmara Municipal de Pimenta-MG, contra atos do Prefeito Municipal de Pimenta, buscando a garantia do direito ao recebimento das diferenças dos duodécimos entregues a menor, consoante certidão demonstrativa de fls. 14.

A r. sentença de fls. 91/95, vinda ao reexame, não hostilizada, reconheceu e garantiu o direito da Câmara Municipal ao recebimento das diferenças dos duodécimos entregues a menor, vencidas a partir do mês de agosto de 2000, no importe de R$16.100,00, com fins de saldar os compromissos pendentes da Câmara Municipal, além de eventuais diferenças relativas a parcelas duodecimais vencidas após o ajuizamento da impetração. Deixou de conceder a segurança quanto às diferenças de duodécimos vencidos até julho de 2000, por alcançadas pela extinção prevista no art. 18 da Lei nº 1.533/51, contados das datas dos atos omissivos do Impetrado, até a data do

ajuizamento do *mandamus*, protocolado dia 22/nov./2000 (fls. 2-v.).

Impôs-se o reexame.

Não houve recurso voluntário.

O douto Procurador de Justiça, Dr. Roberto Cerqueira Carvalhaes, manifestou-se pela confirmação da sentença, no reexame necessário (fls. 103/105).

Conheço do recurso, *ex vi* do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, para confirmar a r. sentença.

Com efeito, a CF garante o repasse dos duodécimos da dotação orçamentária necessária ao funcionamento do Legislativo municipal (art. 168).

Preocupou-se o Legislador Constituinte em traçar normas para o cálculo da despesa total com a Câmara Municipal, atendo-se ao total da *receita efetivamente realizada*, não meramente orçada, como se extrai do art. 29 da CF, cujo inciso VII, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 1/92, dispunha que "*o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de 5% (cinco por cento) da receita do Município*".

É evidente, tratar-se da receita realizada, e não da supostamente realizável, a prevista, pois a redução da receita deve atingir a todos os itens da estrutura orgânica do Município. E, ante as dissidências surgidas entre os Poderes constituídos, envolvendo a despesa com o Legislativo Municipal e a sua transferência, o Judiciário deferiu dever incidir o percentual da dotação orçamentária sobre a *receita efetivamente realizada*, não podendo, aliás, ser diversamente, só considerando dever-se considerar devida a dotação prevista no orçamento anual em exercício, para fins de se calcularem os duodécimos, se o Executivo não demonstrar, através de documentos contábeis, a realização da efetiva arrecadação mensal, diversa, aliás, em cada mês. E, para se pôr termo às desavenças entre o Executivo e o Legislativo Municipais, a Emenda Constitucional nº 25, de 14.2. 2000, em vigor a partir de 1º.1.2001, acrescentou o art. "29-A" à CF, cujo *caput* preceitua que "*O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior*:

I - 8% (oito por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes;

II - 7% (sete por cento) para Municípios com população entre 100.001 (cem mil e um) e 300.000 (trezentos mil) habitantes;

III - 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes;

IV - 5% (cinco por cento) para Municípios com população acima de 500.000 (quinhentos mil) habitantes".

O § 1º do referido artigo dispõe que "*A Câmara Municipal não gastará mais de 70% (setenta por cento) de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores*".

E o § 2º definiu os crimes de responsabilidade do Prefeito Municipal e do Presidente da Câmara Municipal, por desrespeito ao disposto no referido artigo.

No caso em apreço, na falta de maiores informações por parte do Poder Executivo Municipal, há que se aplaudir e confirmar a decisão do preclaro Juiz de Direito sentenciante, Dr. Márcio Idalmo Santos Miranda.

Assim, acolhendo o percuciente parecer do douto Procurador de Justiça, Dr. Roberto Cerqueira Carvalhaes, no reexame necessário, confirmo a r. sentença, restada inacatada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - RECOLHIMENTO EXTEMPORÂNEO - JUROS DE MORA - TAXA SELIC - APLICABILIDADE - INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - ICMS DECLARADO E NÃO PAGO - PROVA PERICIAL - CONDICIONAMENTO À DEMONSTRAÇÃO DO ERRO OU DO ENGANO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

- O STJ já pacificou o entendimento de que, na execução fiscal para cobrança de ICMS declarado e não pago, a realização da perícia condiciona-se à inequívoca demonstração do erro ou do engano. Não havendo essa demonstração, o indeferimento da prova pericial não constitui cerceamento de defesa.

- Se os embargos à execução fiscal enfatizam eventual excesso de execução, impugnando a utilização da taxa Selic, a matéria posta em debate é de direito, e não de fato, devendo ser resolvida quando do exame do *meritum causae*.

- Inexiste ilegalidade ou inconstitucionalidade na aplicação dos juros de mora, com base na taxa Selic, aos créditos tributários recolhidos extemporaneamente. A sua incidência encontra amparo na exceção contida no § 1º do

art. 161 do Código Tributário Nacional, a afastar eventual violação do § 3º do art. 192 da Constituição da República, que não é auto-aplicável. A utilização da taxa Selic, nestes casos, está prevista também na Lei Estadual nº 6.763/75, a qual permite sejam os juros de mora fixados em consonância com os critérios utilizados nos tributos federais. Por outro lado, estando os débitos fiscais federais regulados pela Lei nº 9.065/95, cujo art. 13 os condiciona à taxa Selic, caracterizada fica a viabilidade de sua utilização nos juros de mora sobre os já referidos créditos tributários.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 230.288-3/00 - Comarca de Ouro Preto - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Execução fiscal - Taxa de juros - Aplicação da taxa Selic - Inexistência de ilegalidade ou inconstitucionalidade - Correção monetária - Multa. - Havendo previsão legal, a aplicação da taxa Selic, para efeito de cálculo dos juros de mora sobre crédito tributário recolhido extemporaneamente, é de todo viável. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2002. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, uma vez presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de embargos à execução fiscal, opostos por Coletivos Cristo Rei Ltda., em face da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

Por correto, adoto o relatório constante da sentença de fls. 52/53-TJ.

Acresço que os embargos foram julgados improcedentes.

Inconformada, apela a embargante (fls. 56/60-TJ), argüindo a preliminar de cerceamento do direito de defesa; no mérito, sustenta que resoluções e emendas de Secretários de Estado, ou de qualquer outra autoridade, não possuem o condão de se sobreporem às leis vigentes, de modo que a taxa máxima de juros é a de 12% ao ano, conforme prevê o art. 192, §3º, da Constituição da República. Outrossim, impugna a correção monetária cobrada, reportando-se às razões expostas nos embargos à execução.

Contra-razões, às fls. 63/72-TJ, batendo-se a apelada pela manutenção da sentença.

Assim relatados, passo à decisão

Preliminar.

Cerceamento do direito de defesa.

Sustenta a apelante que o julgamento antecipado da lide configurou cerceamento de defesa, razão pela qual requer a anulação da sentença objurgada.

Na execução fiscal para cobrança do ICMS declarado e não pago, é pacífico o entendimento do excelso Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a realização da perícia está condicionada à inequívoca demonstração de erro ou engano.

Aliás, nesse sentido confiram-se, entre outros, os seguintes precedentes do excelso Superior Tribunal de Justiça:

"*Execução fiscal. Embargos. Produção de prova pericial. Desnecessidade. ICMS declarado e não pago. Obrigação de pagar. Inocorrência de cerceamento de defesa. - Desnecessária a produção de prova pericial, em que, se tratando de débito declarado e não pago, o indeferimento não caracteriza cerceamento da defesa do executado*" (REsp nº 58.335-SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, *DJ* de 01.06.1998).

E ainda:

"*Execução fiscal. Embargos. Indeferimento de prova pericial. Cerceamento de defesa não caracterizado. Débito declarado. Lançamento por homologação.*

- 1 - Não há se falar em cerceamento de defesa se in casu *nenhum elemento de convicção foi trazido a fim de deixar clara a imprescindibilidade de prova pericial.*

- 2 - Precedentes.

- 3 - Recurso improvido" (REsp nº 112.266-SP, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 22.04.1997).

No caso dos autos, a Certidão de Dívida Ativa-CDA (fl. 4-TJ, dos autos em apenso), revela que a execução fiscal em curso tem por base a diferença de recolhimento do ICMS, ou seja, de tributo declarado e não pago. Com efeito, a realização da perícia está condicionada à inequívoca demonstração de erro ou engano, o que não ocorreu, como deveria.

No mais, como os embargos enfatizam eventual excesso de execução, impugnando a utilização da taxa Selic, é de direito, e não de fato, a matéria posta em debate, a ser resolvida quando do exame do *meritum causae.*

Assim sendo, rejeito a preliminar.

Mérito.

No mérito, a irresignação da apelante é restrita à aplicação da taxa Selic como índice de atualização do débito fiscal.

Conforme entendimento já manifestado anteriormente, entendo inexistir ilegalidade ou inconstitucionalidade na aplicação dos juros de mora, com base na taxa Selic. A sua incidência

encontra amparo na exceção, contida no parágrafo primeiro do art. 161 do CTN, a afastar eventual violação do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição da República, que não é auto aplicável.

Acrescente-se, ainda, que a utilização da taxa Selic está prevista na Lei Estadual nº 6.763/75, a qual permite sejam os juros de mora fixados em consonância com os critérios utilizados nos tributos federais, valendo a transcrição da citada lei de nosso Estado, art. 127, *in verbis:*

"*Os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos no prazo legal, terão seu valor corrigido (...) segundo coeficientes fixados pelo órgão federal competente e adotados para correção dos débitos fiscais federais*".

E, estando os débitos fiscais federais regulados pela Lei nº 9.065/95, cujo art. 13 os condiciona à taxa Selic, caracterizada fica a viabilidade de sua utilização na presente execução fiscal.

LEANDRO PAULSEN, em sua obra *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 30 ed., revista e atualizada, p. 785, em anotação pertinente à constitucionalidade da aplicação da taxa Selic, transcreve:

"*Tributário (...) - 5. A Taxa Selic pode ser computada a título de juros e correção monetária, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.065/95, não havendo que cogitar-se de inconstitucionalidade qualquer (...). (TRF 4, 2ª T., Ac. 1999.04.01.020145- 9/RS, Rel. Juiz Sérgio Tejada, dez/1999, DJ2, no 43, 1º.03.2000, p. 467-8)*".

Assim sendo, nego provimento ao apelo.

Custas recursais, pela apelante.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - VENCIMENTOS - REAJUSTES DIFERENCIADOS A DETERMINADA CATEGORIA DE SERVIDOR - POSSIBILIDADE - LEI DELEGADA Nº 38/97 - CARÁTER DE REVISÃO GERAL DOS VENCIMENTOS DO FUNCIONALISMO - INEXISTÊNCIA - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INAPLICABILIDADE - SÚMULA Nº 339 DO STF - INTELIGÊNCIA

- A Lei Delegada nº 38/97 concedeu reajustes de vencimentos a categorias específicas de servidores (PMMG e Polícia Civil de Minas Gerais). Não teve ela o objetivo de reajustar os vencimentos de todo o funcionalismo.

- A Administração Pública pode conceder aumentos diferenciados de vencimentos a determinadas categorias de servidores, para corrigir distorções, compensar desigualdades e valorizar determinadas categorias profissionais, não havendo que se falar, nesse caso, em isonomia constitucional. A classe de funcionário que não foi atingida pelo referido reajuste deve aguardar a revisão geral de vencimentos do funcionalismo, pois eventuais distorções oriundas de tais reajustes devem ser corrigidas por lei, e não pelo Judiciário, que não tem função legislativa e não pode aumentar vencimento de servidores públicos sob fundamento de isonomia, a teor da Súmula nº 339 do STF.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 230.418-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Servidores públicos - Reajustes diferenciados de vencimentos à determinadas categorias - Possibilidade - Inexistência do caráter de revisão geral dos vencimentos do funcionalismo - Inaplicabilidade da isonomia constitucional - Inteligência da Súmula nº 339 do STF.

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 março de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de apelação à r. sentença de fls. 55/62-TJ, que julgou improcedente pedido constante de ação ordinária afo-

rada por Lázara Abadia Ribeiro Gonçalves e outros contra o Estado de Minas Gerais, ao entendimento de que a Administração Pública pode reajustar os vencimentos de categorias específicas de servidores, a fim de compensar desigualdades, embasada na conveniência e oportunidade aferíveis em tais casos, não tendo a Lei Delegada nº 38/97 o caráter de revisão geral de vencimentos.

Os recorrentes, nas razões recursais de fls. 69/75-TJ, sustentam que a Lei Delegada nº 38/97, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz *a quo*, tem natureza de revisão geral dos vencimentos do funcionalismo (art. 37, X, da CF), conforme o princípio da isonomia constitucional (art. 5º, *caput*, da CF).

Conheço do recurso, desde que atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Da leitura da Lei Delegada nº 38/97 chega-se a conclusão de que os reajustes de vencimentos dos servidores foram concedidos à categorias específicas de servidores (PMMG e Polícia Civil de MG) e, ao contrário do que alegam os apelantes, não têm o objetivo de reajustar os vencimentos de todo o funcionalismo.

Em tais casos, não há que se falar em isonomia constitucional, pois é perfeitamente cabível a concessão de aumentos diferenciados pela Administração Pública, pois freqüentemente se utiliza de tais reajustes para corrigir distorções e para valorizar determinadas categorias profissionais, em razão da oscilação do mercado de trabalho, ou em conseqüência de cometimento de novas atribuições a determinados cargos, tratando-se de expediente legítimo, conforme pacífica orientação jurisprudencial e doutrinária.

Se a classe dos servidores a que pertencem os apelantes não foi atingida pelo referido reajuste, obviamente os mesmos deverão aguardar o reajuste geral do funcionalismo, pois as eventuais distorções oriundas das mencionadas revisões devem ser corrigidas por lei, e não pelo Judiciário.

A título elucidativo é sempre válida a lição do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES:

"*Há duas espécies de aumento de vencimentos: uma genérica, provocada pela alteração do poder aquisitivo da moeda, à qual poderíamos denominar aumento impróprio, por se tratar, na verdade, de um reajustamento destinado a manter o equilíbrio da situação financeira dos servidores públicos; e outra específica, geralmente feita à margem da lei que concede o aumento geral, abrangendo determinados cargos ou classes funcionais e representando realmente uma elevação de vencimentos, por se fazer em índices não proporcionais ao do decréscimo do poder aquisitivo. A segunda espécie ocorre através das chamadas reestruturações, pelas quais se corrigem as distorções existentes no serviço público, tendo em vista a valorização profissional observada no setor empresarial, para que a Administração não fique impossibilitada de satisfazer suas necessidades de pessoal. A fim de facilitar a ação do Poder Público e evitar a descaracterização das reestruturações, anteriormente transformadas em verdadeiros aumentos gerais, pela reação em cadeia que provocavam relativamente aos vencimentos de cargos não abrangidos diretamente pela lei reestruturadora, foi que as Constituições, desde 1967, passaram a proibir a 'vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público', ressalvado o direito de paridade previsto nos arts. 37, XII, e 39, § 1º (CF, art. 37, XIII).*

Em qualquer das hipóteses - aumento impróprio e reestruturação - podem ocorrer injustiças, pela inobservância do princípio da isonomia, tal como explicado acima. Nesse caso, porém, somente a lei poderá corrigi-las, pois qualquer interferência do Judiciário nesta matéria constituiria usurpação de atribuições do Legislativo, consoante vêm decidindo reiteradamente nossos Tribunais e, finalmente, sumulou o STF, nestes termos: 'Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia' (Súmula 339; v. STF, RT, *669/227)*" (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed., 1990, p. 386).

Deste entendimento não discrepa o col. Superior Tribunal de Justiça:

"*Ementa: Administrativo - Servidor público - Vencimentos - Revisão.*

- 1. O aumento de vencimento, quando concedido genericamente para manter o equilíbrio da situação financeira dos funcionários públicos, enquadra-se na letra do art. 37, X, da CF/1988. No entanto, quando ocorre através das denominadas reestruturações, com objetivo de corrigir distorções no serviço público, abrange apenas determinados cargos ou classes funcionais. Eventuais injustiças surgidas na aplicação desta segunda espécie devem ser corrigidas pela lei, e não pelo Judiciário, a teor do que dispõe a Súm. 339/STF.

- 2. Recurso ordinário improvido" (STJ, ROMS 6.119, j. em 15.04.97, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *DJU* de 12.05.97, p. 18.842).

A Lei Delegada nº 38/97 é clara e não inclui a categoria dos apelantes, pelo que não fazem jus ao acréscimo de vencimentos ali especificado.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos recorrentes.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO - PERÍODO ELEITORAL - DISPENSA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 73, V, DA LEI Nº 9.504/97

- A teor do art. 73, inciso V, da Lei nº 9.504/97, é vedada a dispensa de servidor contratado, durante o período eleitoral, exceto nas hipóteses previstas nas alíneas *a* a *e* do mesmo inciso e artigo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 230.528-2/00 - Comarca de Carlos Chagas - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Administrativo - Dispensa de servidor contratado em período eleitoral - Impossibilidade - Inteligência do art. 73 da Lei nº 9.504/97.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 26 de março de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Trata-se de reexame necessário à r.sentença de fls. 36/40-TJ, que concedeu a segurança impetrada por Daby Mara Martins de Oliveira e outros contra ato do Prefeito Municipal de Carlos Chagas, para determinar a reintegração dos mesmos aos seus respectivos cargos, sem prejuízo da remuneração durante o período em que estiveram afastados, tendo em vista a proibição da dispensa de servidor público em período pré-eleitoral, nos termos do art. 73, V, da Lei nº 9.504/97.

Conheço da remessa oficial.

Vê-se dos autos que os impetrantes foram dispensados pelo Prefeito Municipal de Carlos Chagas em período vedado por lei, conforme dispõe o art. 73 da Lei nº 9.504/97:

"*Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tenentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:*

(...)

V - nomear, contratar, ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, *remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados*".

As demissões não se coadunam com a exceções previstas nas alíneas *a* a *e* do citado artigo, o que evidentemente causou lesão a direito líquido e certo dos impetrantes a justificar a concessão da segurança.

No mesmo sentido o seguinte julgado:

"*Direito Administrativo - Contrato administrativo - Excepcional interesse público - Prestação de serviço - Rescisão - Período eleitoral - Impossibilidade. - Aplica-se ao contrato administrativo de prestação de serviço, celebrado entre a Administração Municipal e o particular, por excepcional interesse público para o preenchimento do cargo de supervisora educacional, a vedação legal da contratação e dispensa de servidores durante o período eleitoral, a fim de resguardar a probidade administrativa*" (TJMG, Ap. Cível nº 152.494-1/00, Rel. Des. Almeida Melo, j. em 07.10.99).

Nestes termos, confirmo a r. sentença no duplo grau de jurisdição.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - TELEJORNAIS - NÃO-INCIDÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 150, VI, *D*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS - ATIVIDADE INCLUÍDA NA LISTA ANEXA DO DECRETO-LEI Nº 406/68 COM A REDAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87 - ISSQN - INCIDÊNCIA

- A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, letra *d*, da Constituição Federal incide, objetivamente, sobre o produto acabado relativo a livros, jornais e periódicos que sejam veículo de propaganda de idéias no interesse social da melhoria do nível intelectual, técnico, moral, político e humano da comunidade, não incidindo sobre a atividade de telejornal, de empresa que presta serviços a terceiros; e com isso se inclui na lista anexa do Decreto-lei nº 406/68, com a redação da Lei Complementar 56/87, não podendo esta atividade ser havida como jornalística, para acobertar-se com a imunidade tributária relativa ao ISSQN.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 230.686-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Ação anulatória de débito fiscal - Imunidade tributária - Telejornais - Improcedência - Recurso desprovido. - É de ser mantida sentença que, em ação anulatória de débito fiscal, com base em imunidade tributária, julga a ação improcedente, por descaracterizada, assim, a atividade jornalística.

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, 21 de fevereiro de 2002. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Marcelo Braga Rios.

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

Alega a apelante, em suas razões, que a imunidade de jornais e periódicos (telejornais), por sua natureza objetiva, nada tem a ver com a pessoa jurídica que edita ou produz o telejornal; que a imunidade visa garantir valores consagrados pela Constituição Federal; que o processo de produção de jornal, periódico e livro são imunes também; que a tese da imunidade é ampla; que, sem a imunidade, ficará mais elevado o custo produtivo e o preço final do produto; que a imunidade não alcança apenas o produto acabado; que a produção e edição de telejornais não sofre incidência de tributo muni-

cipal; que a decisão da 1ª instância contraria entendimento do colendo STF; que, quando a apelante exerceu atividade publicitária, pagou o imposto devido; que a produção do telejornal representa uma atividade jornalística; que a atividade sobre a qual a apelada pretende exigir ISS nada tem a ver com publicidade e propaganda.

Tenho que não assiste razão à apelante.

Com efeito, o que se constata dos autos é que o art. 150, VI, letra *d*, da Constituição Federal, tem a mesma redação do art. 19, III, letra *d*, da Emenda Constitucional 1/69, que também dispunha:

"*É vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - Instituir impostos sobre:* d - *o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão*".

Ora, dentro de uma interpretação gramatical e lógica, o que se conclui da norma constitucional é que a imunidade tributária, objetivamente, incide sobre o produto acabado, porque a finalidade de tal imunidade é diminuir o custo do produto, seja de livro, jornal ou periódicos, mas dentro daquela dimensão posta por ALIOMAR BALEEIRO:

"*Livros, jornais e periódicos que sejam veículos universais dessa propaganda de idéias no interesse social da melhoria do nível intelectual, técnico, moral, político e humano da comunidade*".

"*Livros, jornais e periódicos são todos os impressos ou gravados, por quaisquer processos tecnológicos, que transmitam aqueles ideais, informações, comentários, narrações reais ou fictícias sobre todos os interesses humanos, por meio de caracteres alfabéticos ou por imagens e, ainda, por signos Braile destinados a cegos*".

"*Excluem-se os que servem apenas à propaganda comercial, ou profissional, que requesta clientela ou serve aos interesses privados de empresas ou prestadores autônomos de serviços*" (*Limitações Constitucionais do Poder de Tributar* - Forense, 1977, nº 4, p. 198-199).

E mais adiante:

"*Mas não é livro, jornal ou periódico, para esse efeito jurídico, catálogo impresso de mercadorias, os almanaques, boletins, estatutos, cartazes,* posters, *avulso, etc. que as firmas industriais ou comerciais distribuem quer entre seus subordinados, quer ao público*" (*idem, ibidem*, p.199).

Sustenta a apelante que o telejornal é órgão de publicidade e que, por isso mesmo, não há possibilidade de incidência de tributo; mas o que se conclui dos autos, inclusive do laudo pericial, é que o telejornal atende ao interesse de empresas, com as quais celebrou contrato de prestação de serviços, sendo certo que tal telejornal refoge, por completo, ao princípio teleológico da imunidade tributária, que é justamente ser o periódico veículo de propaganda de idéias no interesse social da melhoria do nível intelectual, técnico, moral, político e humano da comunidade, como sustentava Aliomar Baleeiro.

Vê-se, dessa forma, que, com a produção de telejornal, a apelante presta serviço a terceiros e, com a prestação de tais serviços, a apelante se inclui logicamente na lista anexa do Decreto-lei 406/68, com a redação da Lei Complementar 56/87.

Sua atividade com base no serviço de telejornal não pode realmente ser havida como atividade jornalística, para acobertar-se com a imunidade tributária.

Em ALIOMAR BALEEIRO se lê que:

"*não estão imunes do imposto serviços de composição gráfica, executados por pessoas físicas ou jurídicas, relativos aos livros, jornais e periódicos, visto que a imunidade tributária estabelecida na Constituição Federal é objetiva, alcançando apenas os impostos incidentes sobre operações relacionadas ao produto acabado; a imunidade no caso é objetiva: da coisa, papel de impressão ou livro, jornal ou periódico*" (ob. cit., 5ª ed., p. 190).

Com esses fundamentos, mantenho a decisão recorrida e nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente. Realmente, o direito é um fenômeno cultural e, portanto, ele é sensível ao progresso e às modificações da sociedade.

No caso concreto, como bem analisado pelo em. Relator, o constituinte de 88 não foi atento à necessidade, talvez, de adequar a tradicional imunidade para jornais, periódicos e livros à figura do telejornal, jornal falado ou gravado, notícias gravadas em vídeo, etc. Se há gastos com papel para os, indevidamente, a rigor chamados telejornais ou jornais gravados, a situação que enfrentam as empresas, como a apelante, não se insere no âmbito do dispositivo constitucional, razão por que eu acompanho integralmente o em. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - INDENIZAÇÃO - DER - ESTRADA CONSTRUÍDA ANOS ANTES DA AQUISIÇÃO DO TERRENO LINDEIRO - ILEGITIMIDADE ATIVA DO ADQUIRENTE

- Mesmo se admitindo que o adquirente de um terreno se sub-roga nos direitos do vendedor, inclusive naqueles relativos a indenização por expropriação

indireta, é necessário que a sub-rogação conste do próprio contrato de compra e venda, ou resulte evidente das circunstâncias do negócio, não representando, porém, uma carta em branco para ser usada se e quando aprouver ao comprador.

- Constando do título do adquirente que o limite do seu terreno é a cerca divisória da faixa de domínio da estrada, carece ele de legitimidade para pleitear indenização por expropriação indireta tolerada por seu antecessor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 231.230-4/00 - Comarca de Cássia - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Desapropriação indireta - Indenização - DER - Estrada construída anos antes da aquisição do terreno lindeiro - Ilegitimidade ativa do adquirente. - Mesmo admitindo-se que o adquirente de um terreno se sub-roga nos direitos do vendedor, inclusive naqueles relativos a indenização por expropriação indireta, é necessário que a sub-rogação conste do próprio contrato de compra e venda, ou resulte evidente das circunstâncias do negócio, não representando, porém, uma carta em branco para ser usada se e quando aprouver ao comprador. - Constando do título do adquirente que o limite do seu terreno é a cerca divisória da faixa de domínio da estrada, carece ele de legitimidade para pleitear indenização por expropriação indireta tolerada por seu antecessor.

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, 19 de março de 2002. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Apelam os autores de sentença que, acolhendo preliminar suscitada pelo réu, e ao fundamento de que tinham comprado o terreno com a situação já consolidada, julgou-os carecedores da ação de indenização por desapropriação indireta que propuseram contra o DER/MG.

Argumentam que, quando adquiriram o terreno, no registro não estava averbada qualquer servidão, tendo a propriedade sido transferida com todos os seus atributos e direitos, inclusive o direito de ação.

Acrescentam que, mesmo não falando a escritura de compra e venda do direito à indenização, esta é devida, porque a primitiva propriedade perdeu parte considerável de sua superfície com as obras realizadas pelo DER, para alargamento e asfaltamento da primitiva estrada.

Citam copiosa jurisprudência, no sentido de que, em conseqüência da compra de terreno que teve parcela expropriada indiretamente, sub-roga-se o comprador nos direitos do vendedor, para pleitear indenização.

Pedem a reforma da sentença e a rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa, devendo a ação prosseguir para julgamento do mérito.

Em contra-razões, sustenta o apelado o acerto da sentença, pois os autores nunca tiveram a propriedade ou a posse das faixas de terra supostamente expropriadas, pois, quando adquiriram o terreno, em junho de 1993, de há muito a estrada estava implantada e construída, das escrituras constando, exatamente, a cerca delimitadora da faixa de domínio como limite de sua propriedade, nelas não havendo, por outro lado, qualquer referência a possível indenização a ser reclamada.

Também invoca jurisprudência que, em caso semelhante à espécie dos autos, negou a legitimidade *ad causam* do adquirente.

Não fosse assim, estariam os apelantes se locupletando indevidamente, porque teriam adquirido terreno já desfalcado de parte de sua área e, portanto, por preço menor, e estariam embolsando uma indenização que, a rigor, seria dos primitivos proprietários.

Pede, pois, que o recurso não seja provido.

O Dr. Promotor de Justiça emitiu parecer no sentido de que o recurso merece conhecimento, mas não deve ser provido.

Já o ilustrado Procurador de Justiça se manifestou nos autos apenas para dizer que, em casos como o presente, não cabe a intervenção do Ministério Público.

Apresenta-se a apelação como recurso próprio, tempestivo, devidamente preparado. Dela conheço.

Embora não tenham precisado datas, na sua petição inicial, admitem os autores, na réplica à contestação, que os trabalhos de construção da rodovia e, conseqüentemente, o apossamento administrativo e a expropriação indireta se deram muito antes da data do ajuizamento da ação:

"*É certo que o leito da atual rodovia foi construído nos idos de 1980...*" (fls. 56/57).

Ora, sendo assim, quando os fatos se deram, não detinham os autores, ora apelantes, a posse e o domínio dos terrenos supostamente expropriados por via indireta.

Nem mesmo seus antecessores tinham, à época, tais direitos, porque as matrículas mencionadas na petição inicial tiveram origem em escritura de divisão amigável lavrada em 11.1.93 (fls.

8 e 10-v.), e só alguns meses depois, em junho/93, os imóveis foram transferidos para os apelantes.

Não consta, nem das matrículas e dos subseqüentes registros, nem da escritura de compra e venda de fls. 13/14, qualquer menção a cessão de direitos indenizatórios.

Ao contrário, pelo que consta das escrituras e registros, os limites do terreno vão exatamente até onde estava e está construída a cerca definidora da faixa de domínio da estrada:

"*... até o ponto nº 01, locado à margem da estrada Ibiraci-Cássia; vira à direita, na direção NE e vai por cerca e valo, à margem da estrada citada, à distância de 289,00 metros, até o ponto nº 02; ...*" (fl. 8-v., matrícula 11.934, e fl. 13-v., escritura).

"*... até o ponto nº 06, margem da rodovia Cássia-Ibiraci, confrontando com Waldemar Vilhena; volve à esquerda na direção SE e vai por cerca irregular , à margem da estrada citada, à distância de 671,00 metros, até alcançar o marco principal (MP), ...*" (fl. 10, matrícula 11.935, e fl. 13, escritura).

Se a estrada, como informam os próprios apelantes, fora construída "*nos idos de 1980*", ao douto Juiz sentenciante só restava mesmo concluir, como o fez na fundamentação da decisão recorrida, "*que a servidão foi consentida pelo proprietário anterior do imóvel, (que não eram os apelantes nem seus antecessores imediatos), e por ser aparente e contínua não dependia de transcrição para valer contra terceiro.*

De qualquer modo a aquisição ocorreu com a expressa menção da estrada..." (sentença, fl. 85).

Ainda que não houvesse forte presunção de que os primitivos proprietários do imóvel se compuseram amigavelmente com o DER, ou consentiram na realização das obras, sem indenização alguma, qualquer eventual direito estaria prescrito de há muito, uma vez admitido, pelos próprios apelantes, que a estrada fora construída "*nos idos de 1980*", e a ação só veio a ser proposta em novembro de 1995.

Por uma ou por outra razão, são eles carecedores da ação indenizatória e o processo haveria mesmo de ser declarado extinto, sem julgamento de mérito.

Em face do exposto, nego provimento à apelação, confirmando a r. decisão de primeiro grau.

Custas, pelos recorrentes.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - VENCIMENTOS - PROVENTOS E PENSÃO - CORRELAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 40 E SEUS §§ 4º E 5º (HOJE, §§ 7º E 8º) DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- O STF pacificou a exegese do art. 40 e seus §§ 4º e 5º (hoje, §§ 7º e 8º) da CF, dispondo que, sempre que revistos ou majorados os vencimentos, automaticamente serão revistos ou majorados os proventos e pensões, sem necessidade de qualquer regulamentação específica, alijando-se o vezo administrativo de beneficiar os servidores da ativa através de mero decreto regulamentador de norma constitucional reconhecida pelo STF como auto-aplicável, de eficácia imediata, como visto *in RT*, 689/290, 696/102; *RTJ*, 152/939.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 231.754-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Correlação existente entre vencimentos, proventos e pensão - CF: Art. 40 e seus §§ 4º e 5º (hoje, §§ 7º e 8º). - O STF pacificou a exegese do art. 40 e seus §§ 4º e 5º (hoje, §§ 7º e 8º) da CF, dispondo que, sempre que revistos ou majorados os primeiros, automaticamente serão revistos ou majorados os segundos, sem necessidade de qualquer regulamentação específica, alijando-se o vezo administrativo de beneficiar os servidores da ativa através de mero decreto regulamentador de norma constitucional reconhecida pelo STF como auto-aplicável, de eficácia imediata, como visto *in RT*, 689/290, 696/102; *RTJ*, 152/939.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Consoante relatório, cuida-se de reexame necessário e de recurso voluntário aviado pelo Estado de Minas Gerais, de sentença acolhedora do pedido de aplicar-se a paridade entre os proventos de servidores estaduais aposentados e os vencimentos dos ocupantes de igual cargo na ativa, nas garantias consagradas pelo art. 40, §§ 4º e 5º, da CF, transmudados nos §§ 7º e 8º pela Emenda nº 20/98, e pelo art. 36, § 4º, da CEMGE, direito dito e reconhecido maculado pelo art. 5º do Decreto Estadual nº 36.737/95, mediante o expediente da "restauração" opcional da jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias, já antes prevista pelo Decreto nº 16.409/74, art. 1º,

mas reduzida para 6 (seis) horas diárias pelo Decreto nº 29.302/89.

Conheço do reexame, *ex vi* do art. 475, II, do CPC, e do recurso voluntário, interposto a tempo e modo pelo Estado de Minas Gerais, para confirmar a r. sentença, restando prejudicado o recurso voluntário.

Com efeito, escorreita se mostra a r. sentença *sub examine* e objurgada, vista às fls. 117/122 dos autos, dado o entendimento do excelso STF, entendendo ser auto-aplicável, de eficácia imediata, o disposto no art. 40, § 4º, da CF, na redação anterior à Emenda nº 20/98:

"*Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos 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, na forma da lei*".

Ora, efetivamente, a norma constitucional não estatui qualquer imposição, qualquer restrição, qualquer exigência para que os acréscimos se façam nos proventos de aposentadoria.

Assevera o Estado de Minas Gerais não terem as postulantes-apeladas direito ao aumento, porque houve acréscimos da carga horária dos servidores em atividade, de 6 (seis) para 8 (oito) horas diárias, só cumprível pelos servidores optantes em atividade. Reitera os termos da emenda ao agravo regimental advindo do Agravo de Instrumento nº 277.761/6-MG, Relator o Min. Moreira Alves, j. em 26 de setembro de 2000, *DJ* de 10.11.2000, dispondo:

"*- Inexistência de ofensa ao § 4º do art. 40 da Constituição quando não se estende a inativos o novo nível de vencimentos em virtude do aumento da carga horária que eles não tinham quando se inativaram.*

Agravo a que se nega provimento".

Ora, tal ementa resultou da proferida no Recurso Extraordinário nº 134.578-SP, Rel. o Min. Ilmar Galvão, fotocopiado à fl. 93 destes autos, dispondo:

"*Funcionários inativos. Lei paulista que concede vantagem funcional para o exercício de atividade de magistério. Inextensibilidade aos inativos.*

- A lei instituidora de vantagem funcional, que tem por pressuposto o exercício de função de magistério, considerado a partir de sua vigência, não se estende a quem, nessa época, já se encontrava inativo.

- Benefício que se sujeita a requisitos que já não podem ser atendidos pelo servidor inativo.

- Recurso extraordinário não conhecido".

Todavia, as autoras-apeladas não exerciam, no serviço público, o cargo de *Professor*, mas de "Analista de Educação", de "Técnico em Educação", de "Assessor de Atividade Central", como se vê na documentação acostada às fls. 10 e seguintes, com a carga horária diária de 8 (oito) horas, obrigatória, como dispunha o Decreto nº 16.409/74, fotocopiado às fls. 35/42. E, se a carga horária foi reduzida para 6 (seis) horas diárias pelo Decreto nº 29.302/89 (cópia à fl. 44), não foi por opção das autoras, que, já aposentadas, não poderiam optar pelo retorno à carga horária de oito (8) horas diárias, como permitido pelo Decreto nº 36.737/95 (fls. 46/47). Daí que inocorre a paridade de situação decorrente da *lei* que concede vantagem funcional para o exercício do *magistério* exercido em carga horária dobrada. E a alteração da jornada de trabalho, em caráter opcional, de vantagem pecuniária *pro labore faciendo*, proposta a servidores aposentados pelo Decreto nº 36.361/94 resulta inviável a opção, lesionando direito adquirido e as garantias constitucionais à paridade salarial contidas nos §§ 4º e 5º do art. 40, atuais §§ 7º e 8º acrescidos pela Emenda nº 20/98, tratando-se de servidores aposentados não no exercício da função de magistério, mas diversas, como mencionado. Não pode o Estado, em burla evidente às garantias constitucionais, alterar as funções exercidas regularmente e nelas passarem para a inatividade, na previsão constitucional e legal. A Administração labora em truculência inaceitável, impondo condições impossíveis de serem cumpridas pelos inativos, contrariando o princípio de que *ad impossibilia nemo tenetur*.

Por tais razões, *venia rogata*, no reexame necessário, confirmo a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - DIREITO PATRIMONIAL - PRESCRIÇÃO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 166 DO CÓDIGO CIVIL E 128 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS (STJ)

- Em execução fiscal, o juiz não pode, de ofício, decretar a prescrição de direitos patrimoniais, só lhe cabendo decidir sobre esta matéria, se alegada pela parte a quem aproveita, nos precisos termos do art. 166 do Código Civil e do art. 128 do Código de Processo Civil, consoante jurisprudência mansa e pacífica do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 232.848-2/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Execução fiscal - Direito patrimonial - Prescrição - Decretação de ofício - Impossibilidade - Inteligência dos artigos 166 do Código Civil e 128 do Código de Processo Civil - Precedentes jurisprudenciais.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de março de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de apelação à r. sentença de fls. 10/11-TJ, que julgou extinto o processo de execução fiscal aforado pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra Distribuidora Quintal Ltda. e outros, ao fundamento de que a exeqüente permaneceu inerte e silente, permitindo a consumação da prescrição na forma do art. 174 do CTN.

A apelante sustenta que o Juiz não pode, de ofício, decretar a prescrição de direitos patrimoniais, pois incumbe tão-somente à parte a quem aproveita tal alegação (fls. 14/19-TJ).

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 475, II, do CPC.

Assim, *conheço da sentença no reexame necessário, bem como do recurso voluntário.*

Dispõe o art. 166 do Código Civil que "*o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes*".

Tratando-se o executivo fiscal de direito patrimonial, evidentemente não poderia o MM. Juiz *a quo*, de ofício, julgar extinto o processo, nos precisos termos do art. 128 do CPC.

Aliás, o recurso voluntário transcreve entendimento jurisprudencial do col. STJ que se amolda perfeitamente à questão:

"*Execução fiscal - Direito patrimonial - Prescrição - Decretação de ofício - Impossibilidade - Inteligência dos artigos 162 do Código Civil e 128 do Código de Processo Civil.*

- Consoante jurisprudência mansa e pacífica deste STJ, o juiz não pode, de ofício, decretar a prescrição de direitos patrimoniais, em execução fiscal, só cabendo decidir sobre essa matéria, se alegada pela parte a quem aproveita (art. 162 do CC c/c art. 128 do CPC).

- Recurso provido sem discrepância" (REsp 75.536-MA - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - 1ª Turma - *DJU* de 03.06.96 - p. 19.207).

Com tais considerações, casso a r. sentença recorrida no duplo grau de jurisdição, determinando o regular prosseguimento da execução fiscal.

Custas, pelos apelados.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

ITBI - ALÍQUOTA PROGRESSIVA - INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSTO REAL - FATO GERADOR - CONTRIBUINTE - ADQUIRENTE DO IMÓVEL - BASE DE CÁLCULO

- O Imposto de Transmissão de Imóveis *Inter Vivos*-ITBI, de competência do município, tem como fato gerador a transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis, configurando-se, assim, imposto real, porquanto se limita a descrevê-lo, sem levar em consideração certas qualidades dos possíveis sujeitos passivos. O contribuinte é o adquirente do bem imóvel ou do direito. A sua base de cálculo é o valor do bem ou do direito transmitido. No entanto, pode o Fisco arbitrar o valor das operações, desde que ele observe o processo regular e respeite o princípio da ampla defesa e do contraditório.

- A Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas do Imposto de Transmissão de Imóveis *Inter Vivos*-ITBI, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda.

- A alegação de que a progressividade de alíquotas se trataria de isenção, com o fito de "*dar tratamento desigual aos desiguais, razão pela qual os mais aquinhoados,* a priori, *sujeitam-se a tratamento tributário mais severo que os detentores de capacidade econômica inferior*" constitui falsa premissa, uma vez que, na isenção (que só decorre de lei), há a dispensa do pagamento, em face da exclusão do crédito tributário, e não a progressividade de alíquotas, para cobrar mais de quem tem mais (*v.g.*, imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 233.022-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Constitucional - Tributário - Imposto de Transmissão de Imóveis *Inter Vivos* - Alíquota. - A Constituição da República não autoriza a progressividade das alíquotas, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda. Confirmo a sentença. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de março de 2002. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço da remessa necessária, em face da disposição do art. 475, II, CPC.

Tratam os autos de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Aníbal Taveira de Souza, em face de ato do Diretor do Departamento de Rendas Imobiliárias do Município de Belo Horizonte, impugnando a progressividade das alíquotas do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis por Ato Oneroso *Inter Vivos* (ITBI), uma vez que se trata de fórmula não autorizada pelo § 2° do inciso II do art. 156 da Constituição da República.

A liminar foi concedida (fls. 13/14-TJ).

A autoridade coatora prestou as informações de fls. 18/32-TJ.

O parecer do Ministério Público encontra-se às fls. 35/41-TJ, sendo favorável à concessão da segurança.

A sentença concessiva da segurança determinou que a impetrada se abstenha de cobrar da impetrante o ITBI com base na alíquota progressiva, aplicando-se a alíquota de 2% (dois por cento). Com isso, vieram os autos para o reexame necessário.

Não foi interposto recurso voluntário.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu lúcido parecer de fls. 60/64-TJ, da lavra do douto Procurador Derivaldo Paula de Assunção, opina pela confirmação da sentença de primeiro grau.

Assim relatado, passo à decisão.

A sentença em reexame necessário deve ser confirmada.

O Imposto sobre Transações *Inter Vivos*, de competência dos Municípios, tem como fato gerador a transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis (aqueles que não podem ser arrancados ou destruídos sem causar dano à propriedade), por natureza ou acessão física; a transmissão de bem imóvel por natureza ou acessão física, por ato oneroso e de direitos reais sobre imóveis, exceto direitos reais de garantia e as cessões relativas às transmissões.

A sua base de cálculo é o valor do bem ou direito transmitido. No entanto, o Fisco pode arbitrar o valor das operações desde que ele adote 2 (duas) cautelas: 1ª - processo regular; 2ª - respeitar a avaliação contraditória (princípio da ampla defesa e do contraditório).

O contribuinte é o adquirente do bem imóvel ou do direito.

Como seu fato gerador é a transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis, configura-se imposto real, porquanto se limita a descrevê-lo, sem levar em consideração certas qualidades dos possíveis sujeitos passivos.

E, sobre os impostos reais e pessoais, ensina o autorizado GERALDO ATALIBA, na sua obra *Hipótese de Incidência Tributária*, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, p. 141, *verbis*:

"*São impostos reais aqueles cujo aspecto material da h.i. limita-se a descrever um fato, ou estudo de fato, independentemente do aspecto pessoal, ou seja indiferente ao eventual sujeito passivo e suas qualidades. A h.i. é um fato objetivamente considerado, com a abstração feita das condições jurídicas do eventual sujeito passivo; estas condições são desprezadas, não são consideradas na descrição material da h.i. (o que não significa que a h.i. não tenha aspecto pessoal; tem, porém este é indiferente à estrutura do aspecto material ou do próprio imposto).*

São impostos pessoais, pelo contrário, aqueles cujo aspecto material da h.i. leva em consideração certas qualidades, juridicamente qualificadas, dos possíveis sujeitos passivos. Em outras palavras: estas qualidades jurídicas influem, para estabelecer diferenciações de tratamento legislativo, inclusive do aspecto da h.i. Vale dizer: o legislador, ao descrever a hipótese de incidência, faz refletirem-se decisivamente, no trato do aspecto material, certas qualidades jurídicas do sujeito passivo. A lei, nestes casos, associa tão intimamente os aspectos pessoal e material da h.i. que não se pode conhecer este sem considerar concomitantemente aquele".

E finaliza ATALIBA:

"*A técnica geralmente adotada - no caso dos impostos pessoais - consiste em estabelecer diferenças na alíquota ou base imponível, em função de características pessoais do sujeito passivo, juridicamente qualificadas. Conforme, também, certas condições pessoais do sujeito passivo, varia a própria base imponível (insita no aspecto material)*".

Atento à característica real do Imposto sobre Transações *Inter Vivos*, o excelso Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

"*Imposto de transmissão de imóveis,* inter vivos - *ITBI: alíquotas progressivas: a Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda*" (RE 227033/SP, Rel. Min. Moreira Alves; RE 234105, Rel. Min. Carlos Velloso).

Por fim, a alegação do apelado de que a progressividade de alíquotas se trataria de isenção, com o fito de "*dar tratamento desigual aos desiguais, razão pela qual os mais aquinhoados,* a priori, *sujeitam-se a tratamento tributário mais severo que os detentores de capacidade econômica inferior*", nada mais é do que uma falsa premissa, pois na isenção (que somente decorre de lei) o fato abstrato deixa de existir e assim não pode nascer nenhuma obrigação tributária, ou seja, há a dispensa do pagamento, em face da exclusão do crédito tributário, e não a progressividade de alíquotas, para cobrar mais de quem tem mais (*v.g.*, imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza).

Assim sendo, em reexame necessário, confirmo a sentença de primeiro grau, que determinou ao impetrado que se abstenha de cobrar do impetrante o Imposto de Transmissão *Inter Vivos* com base em alíquota progressiva, aplicando-se a alíquota de 2% (dois por cento).

Custas recursais, *ex lege.*

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

PRESCRIÇÃO - DÍVIDA LÍQUIDA DE ENTE PÚBLICO - DECRETO Nº 20.910/32 - RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA - SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 4º E 6º DO DECRETO Nº 20.910/32 - JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO - NÃO-JULGAMENTO DAS DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO - SEGUNDA INSTÂNCIA - APRECIAÇÃO APENAS DA QUESTÃO RELATIVA À PRESCRIÇÃO

- Se o processo foi extinto em virtude de prescrição, não tendo sido julgadas, em primeiro grau, as demais questões de mérito, apenas a questão de prescrição pode ser julgada em sede recursal, para não haver supressão de instância, vedada em nosso ordenamento jurídico.

- Não se tratando de dívida ilíquida e havendo reclamação administrativa, tem-se como suspensa a prescrição contra a empresa pública, em razão do art. 4º do Decreto nº 20.910/32.

- Não há previsão legal específica acerca das formalidades a serem observadas no caso de apresentação de reclamação administrativa, sendo de se interpretar o conceito de forma ampla, considerando-se como reclamação administrativa apta a suspender a prescrição contra o ente público toda forma de comunicação do cidadão em face da Administração que deixe inequívoca a sua discordância da conduta administrativa.

- Segundo o art. 6º do Decreto nº 20.910/32, a reclamação administrativa, quando não previsto outro prazo, deve ser feita no prazo de um ano, sendo que, se for tempestiva, tem o condão de suspender a prescrição.

- Não cabe em favor da Administração a afirmação de que decorreu grande lapso temporal até que o interessado fizesse outra reclamação administrativa e ajuizasse a ação, pois, havendo a primeira reclamação, pendente de resposta por parte do ente público, mantém-se suspensa a prescrição, eis que o seu silêncio não tem o condão de fazer com que volte a fluir o prazo prescricional. Não havendo resposta da primeira reclamação administrativa aviada a tempo, esta continua pendente, com o que a prescrição continua suspensa. Enquanto o pedido estiver pendente de resposta, fica suspensa a fluência do prazo prescricional, em razão do silêncio administrativo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 233.101-5/00 - Comarca de Divinópolis - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Ação de cobrança - Contrato administrativo - Parcelas pagas com atraso - Pedido de correção - Reclamação administrativa - Suspensão da prescrição - Falta de manifestação da administração - Manutenção da suspensão - Inocorrência da prescrição - Inteligência dos Decretos 20.910/32 e 4.597/42. - Como reclamação administrativa deve ser entendida a manifestação inequívoca do interessado de oposição à conduta da Administração. Fica suspensa a prescrição na pendência de reclamação administrativa apresentada em tempo hábil.

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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2002. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Paulo da Gama Torres.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Sr. Presidente. Ouvi com atenção a sustentação oral produzida da tribuna por S. Exa. Registro também que tive oportunidade de ler com atenção o memorial que me foi dirigido.

Meu voto é o seguinte:

Trata-se de apelação manejada por Lamar Engenharia e Comércio Ltda., em autos de ação ordinária que move em face de EMOP-Empresa Municipal de Obras Públicas e Serviços, contra a sentença de fls. 64/65-TJ, que julgou antecipadamente o feito, extinguindo-o, em virtude de prescrição qüinqüenal prevista pelo Decreto 20.910/32 a favor do ente público, pois o último pagamento ocorreu em março de 1992 e a ação foi ajuizada em dezembro de 1999.

Como motivos justificadores para o acolhimento de sua irresignação, sustenta a autora, em apertada síntese, que teria havido pedido administrativo que suspenderia a prescrição; que o art. 4° do aludido decreto se aplica mesmo no caso de dívidas ilíquidas; há decisões do colendo STF neste sentido; a dívida cobrada é de fato líquida; a apelada é empresa pública que deve se sujeitar ao regime das empresas privadas, nos termos do art. 173 da Constituição Federal; não cabe para ela a prescrição de prazo curto, expirando-se o prazo, na hipótese, apenas em 2012; o não-pagamento configuraria enriquecimento sem causa da Administração, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 67/80-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

A apelante celebrou contrato com a apelada, após processo licitatório, objetivando a construção de rede de esgoto sanitário em alguns bairros de Divinópolis, tendo o serviço sido executado e faturado conforme notas fiscais, mas as parcelas teriam sido pagas com atraso, causando prejuízo para ela em virtude da inflação existente à época, conforme documentos acostados aos autos (fls. 07/34-TJ).

A própria recorrente deixou claro, em sua inicial de fls. 02/04-TJ, bem como na correspondência trazida às fls. 32/33-TJ, que os débitos foram pagos e a obrigação saldada, sendo que o que pleiteia é o pagamento de correção monetária em virtude dos atrasos ocorridos nos pagamentos, o que teria gerado prejuízo por tratar-se de período inflacionário.

A empresa pública municipal alegou em sua contestação que houve reajustamento dos valores do contrato para preservar o equilíbrio econômico-financeiro (*vide* termo aditivo de fls. 47/48-TJ), e retenção de parcelas que cabiam à apelante e não foram pagas, não tendo esta o que reclamar, visto que, além de tudo, ocorreu prescrição.

A autora entende que não se consumou a prescrição no caso, por força de dois pedidos feitos em via administrativa, que teriam o condão de suspender a fluência do referido prazo.

Tais pedidos, pelo que dos autos consta, referem-se às duas correspondências enviadas pela apelante à ré (fls. 32/34-TJ), a primeira das quais, onde se pleiteia o pagamento da correção, datada de 27.5.92, a outra de 6.10.97.

Feita esta breve digressão do ocorrido nestes autos, imprescindível para o deslinde satisfatório da questão, observar-se que o ponto a ser apreciado se refere à prescrição, determinando que as correspondências referidas têm o condão de afastar sua consumação.

Repare-se que apenas se pode apreciar, em sede recursal, neste momento, a questão da prescrição, visto que as demais questões de mérito acerca do direito da apelante não foram ainda apreciadas em primeiro grau, o que implicaria supressão de instância, vedada em nosso ordenamento jurídico vigente.

Assim, analisa-se, neste passo, apenas a questão da prescrição, que levou ao precoce trancamento do feito.

A fonte normativa, no que tange à prescrição contra a Fazenda, é o Decreto 20.910, de 6.1.32, com força de lei, que determina o prazo de 05 (cinco) anos contado da data do ato ou fato que o originou.

Complementando o decreto foi editado o Decreto-lei 4.597, de 19.8.42, que estendeu a aplicação do primeiro às dívidas passivas e todo e qualquer direito e ação movida contra "entidades e órgãos paraestatais".

Veja-se, ainda, o que dispõe o art. 4° do Decreto 20.910/32:

"*Art. 4°. Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou os funcionários encarregados de estudar e apurá-la*".

Percebe-se que o que pleiteia a irresignante não é dívida ilíquida, visto que esta, se realmente for demonstrado que existe, refere-se apenas à aplicação de índices de atualização, visando a recompor o valor em virtude do atraso no pagamento.

Repare-se também que a apelada não negou que recebeu as duas correspondências enviadas pela apelante e nem afirmou que houve resposta a estes pedidos feitos administrativamente.

Assim, é de se ter como suspensa a prescrição contra a empresa pública apelada, em razão da previsão do art. 4° do decreto aludido.

Uma vez que não há previsão legal específica acerca das formalidades a serem observadas no caso de apresentação de reclamação administrativa, é de se interpretar o conceito de forma ampla, isto é, considera-se reclamação administrativa apta a suspender a prescrição toda forma de comunicação do cidadão em face da Administração que deixe inequívoca a sua discordância da conduta administrativa.

Esta concepção ampla de reclamação administrativa é defendida pela Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em lúcida explicação:

"*A reclamação administrativa está prevista no Decreto n° 20.910, de 6-1-1932, que dispõe sobre prescrição,*

nas esferas administrativa e judicial, em favor da Administração Pública. Ele não especifica as hipóteses em que é cabível, razão pela qual se pode dizer que a reclamação tem um sentido amplo que abrange as várias modalidades de recursos administrativos que tenham por objeto as dívidas passivas da União, Estados e Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza (art. 1º).

A análise desse dispositivo permite concluir que ele não teve por objetivo disciplinar as hipóteses em que cabe a reclamação ou mesmo o seu procedimento, mas apenas estabelecer normas sobre 'prescrição administrativa' e sua interrupção e suspensão. Por isso, pode-se dar à reclamação um conceito amplo, abrangente, não excludente de outras modalidades de recurso: reclamação administrativa é o ato pelo qual o administrado, seja particular ou servidor público, deduz uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter o reconhecimento de um direito ou a correção de um ato que lhe cause lesão ou ameaça de lesão" (*in Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 11ª ed., São Paulo, p. 581) (grifou-se).

Segundo o art. 6º do mesmo decreto, a reclamação, quando não previsto outro prazo, deve ser feita no prazo de um ano, sendo que, se for tempestiva, tem o condão de suspender a prescrição.

Da análise destes autos, percebe-se que o último pagamento se deu em março de 1992 e a reclamação administrativa foi manejada em 27.5.92, ou seja, dentro do prazo de um ano, o que faz com que a prescrição esteja suspensa desde então.

Sufragando o entendimento de que a reclamação administrativa pendente suspende a prescrição, há diversos julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Direito administrativo. Prazo da prescrição de direitos decorrentes da relação funcional com a Administração Pública e termo inicial da prescrição. Suspensão do prazo prescricional (art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 20.910, de 1932). - É lição correntia na jurisprudência que, uma vez pendente de decisão, e na órbita administrativa, requerimento do funcionário postulando o reconhecimento de qualquer direito oriundo de sua relação com o poder público, suspende-se o prazo pertinente à prescrição*" (REsp nº 11.121/MG, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 16.3.92).

"*Prescreve em cinco anos todo e qualquer direito contra a Fazenda, contado o prazo da data do ato ou fato que lhe tenha dado origem.*

Não corre, porém, a prescrição enquanto a demora na apreciação de reclamação administrativa se deve à própria Administração" (REsp nº 13.794/GO, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 31.8.92).

"*Requerido administrativamente o pagamento de dívida da Fazenda Pública, o prazo da prescrição fica suspenso até decisão do pedido, na forma do artigo 4º do Decreto nº 20.910, de 1932*" (REsp nº 45.523/RO, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 9.12.96).

Lado outro, entendo que não cabe em favor da empresa pública apelada a afirmação de que decorreu grande lapso temporal até que a apelante fizesse outra reclamação administrativa e ajuizasse a ação, pois, havendo a primeira reclamação, pendente de resposta por parte da ré, mantém-se suspensa a prescrição, pois a omissão desta em responder ao pedido feito administrativamente, em outras palavras, seu silêncio, não tem o condão de fazer com que volte a fluir o prazo prescricional.

Desse modo, não tendo sido dada resposta à primeira reclamação administrativa aviada a tempo, esta continua pendente, com o que a prescrição continua suspensa.

Também no que tange ao silêncio administrativo, ou seja, à impossibilidade de a omissão da Administração ser apta a fazer correr o prazo prescricional, já se pronunciou mais de uma vez o eg. STJ favoravelmente à manutenção da suspensão da fluência da prescrição enquanto o pedido estiver pendente de resposta, como se constata dos arestos adiante transcritos:

"*Administrativo - Processo Civil - Silêncio da Administração - Início do prazo prescricional.*

- 1. Enquanto pender sem resposta requerimento dirigido à Administração, o fluxo prescricional em favor desta não se inicia.

- 2. Nas obrigações de trato sucessivo, a prescrição em favor do Estado incide apenas sobre as prestações não reivindicadas no qüinqüênio que antecedeu o exercício da ação (Decreto 20.910/32, art. 3º)" (REsp nº 7.374/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 17.12.92) (grifou-se).

"*Administrativo - Prescrição - Dec. 20.910/32 - Silêncio da Administração - Descontos indevidos - Prova da ilicitude - Questão de direito.*

- 1. Não corre prescrição enquanto pender, sem resposta, requerimento dirigido pelo credor à Administração, *tratando do direito em causa (Dec. 20.910/32 - art. 4º).*

- 2. Comprovada a ocorrência de retenções de pagamentos, apura-se a licitude ou ilicitude de tais descontos e questão de direito, que não demanda produção de provas" (REsp nº 19.405/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 16.11.92) (idem).

"*Administrativo - Silêncio da Administração - Prazo prescricional. - A teoria do silêncio eloqüente é incompatível com o imperativo de motivação dos atos administrativos. Somente a manifestação expressa da Administração pode marcar o início do prazo prescricional*" (REsp nº 16.284/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 23.3.92).

"*Administrativo - Processo Civil - Silêncio da Administração - Início*

do prazo prescricional - Lei estadual - Impossibilidade de recurso especial.

- 1. Enquanto pender sem resposta requerimento dirigido à Administração, o fluxo prescricional em favor desta não se inicia.

- 2. Nas obrigações de trato sucessivo, a prescrição em favor do Estado incide apenas sobre as prestações não reivindicadas no qüinqüênio que antecedeu o exercício da ação (Decreto 20.910/32 - art. 3º).

- 3. Em sede de recurso especial não se discute pendência relacionada com lei estadual" (REsp nº 9.512/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 9.12.91) (idem).

"*Processual Civil. Embargos de declaração. Contradição.*

- 1. Verificado que não se poderia conhecer de matéria não impugnada pelo recorrente, decota-se do acórdão embargado a parte excedente, sem, contudo, afetar a parte válida.

- 2. A ementa da decisão deve ser corrigida para que se reflita o conteúdo da decisão, passando a ser assim redigida:

'Administrativo. Vantagens. Prescrição. Inocorrência.

- 1. A prescrição administrativa para ter início deve existir a negação do direito pelo órgão da Administração.

- 2. Recurso não provido" (EDREsp nº 42.841/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* de 22.6.98) (idem).

Destarte, seguindo esta firme orientação jurisprudencial, entendo que a correspondência aviada pela apelante em 27.5.92, ainda sem resposta em face do silêncio da apelada, suspendeu a fluência do prazo prescricional, razão pela qual entendo que ela não se consumou na hipótese *sub examinen.*

Com estas considerações, dou provimento à apelação interposta e, em conseqüência, casso a sentença monocrática, determinando a remessa dos autos à Comarca e Vara de origem, para regular processamento do feito, decidindo-se, a final, como de direito.

Custas recursais, *ex lege.*

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - O estudo dos autos levou-me ao mesmo entendimento do douto Relator, no sentido de que a reclamação administrativa suspende a prescrição enquanto não decidida.

Assim sendo, também dou provimento para cassar o decisório recorrido e devolver os autos à primeira instância para exame das demais questões suscitadas no processo.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Acompanho os votos que me antecederam.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

INDENIZAÇÃO - AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - IRREGULARIDADES - FAZENDA PÚBLICA - PRESCRIÇÃO - PRISÃO E PROCESSO PENAL - ABSOLVIÇÃO

- Havendo processo penal pendente de julgamento, não corre prazo prescricional relativamente à ação de indenização por irregularidades do auto de prisão em flagrante ou do próprio processo.

- A absolvição do réu, em processo penal, por insuficiência de provas, não significa juízo no sentido de sua inocência, não podendo ser invocada para lastrear o pretendido reconhecimento da responsabilidade indenizatória do Estado pelos efeitos supostamente lesivos de sua prisão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 233.443-1/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Ação de indenização - Fazenda Pública - Prescrição - Prisão e processo penal - Absolvição. - Havendo processo penal pendente de julgamento, não corre prazo prescricional, relativamente à ação de indenização por irregularidades do auto de prisão em flagrante ou do próprio processo. - A absolvição do réu, em processo penal, por insuficiência de provas, não significa juízo no sentido de sua inocência, não podendo ser invocada para lastrear o pretendido reconhecimento da responsabilidade indenizatória do Estado pelos efeitos supostamente lesivos de sua prisão.

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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 19 de março de 2002. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Contra sentença que julgou improcedente seu pedido de indenização por danos emergentes e danos morais, em ação que ajuizara contra o Estado de Minas Gerais, cujos agentes o teriam prendido ilegalmente, interpõe apelação o autor vencido.

Alega que a ilegalidade de sua prisão fora ressaltada pelo Promotor de Justiça, quando opinou pelo relaxamento do flagrante, e pelo Juiz criminal, quando determinou o soltura do recorrente pelos defeitos do auto de prisão em flagrante.

Invoca os depoimentos de suas testemunhas, segundo as quais era, na

época, candidato a vereador e, em razão dos fatos, perdeu a eleição, perdeu a credibilidade que tinha na pequena cidade onde morava, passou a ser objeto de comentários maldosos, perdeu seus meios de trabalho.

Critica um argumento do Juiz sentenciante, segundo o qual o fato de ter sido absolvido no processo criminal não significa que o réu, ora apelante, fosse inocente.

Pede a reforma da sentença, com o reconhecimento da procedência dos pedidos de indenização formulados na inicial.

O recurso foi impugnado pelo Estado, cuja douta Procuradora sustenta que a prisão do apelante não merece a pecha de ilegal, pois fora praticada no estrito cumprimento do dever, por parte dos agentes policiais, pois havia notícia de ilícito penal (tráfico de drogas) a ser reprimido.

Ainda que tivesse ocorrido irregularidade no auto de prisão em flagrante, o erro foi imediatamente sanado pelo Judiciário estadual, que determinou o relaxamento da prisão.

De qualquer modo, incidira o apelante em ilícito penal, pois, embora tenha negado o tráfico, admitiu e confessou ser usuário e consumidor de droga, o que também caracteriza ilícito penal.

Nega o apelante, a seguir, a suposta responsabilidade do Estado pela divulgação dos fatos pela imprensa local, sobretudo considerando que os atos policiais e judiciais são públicos por natureza e acessíveis a quem por eles se interessar.

Salienta que não provou o apelante que sofreu dano patrimonial, inclusive porque continuou a trabalhar normalmente, e referência à elevada renda que ele afirma ter auferido, antes de sua prisão, foge completamente da realidade, sendo fantasiosos e carentes de prova os valores pleiteados a esse título.

Pede que ao recurso se negue provimento.

O réu interpôs, ainda, apelação adesiva, insistindo na tese levantada na defesa de prescrição do direito de ação, proposta mais de cinco anos após a data do fato supostamente gerador do direito que se arroga o autor da pretensão ajuizada, seja, a sua prisão, ocorrida em 15.8.92.

Ressalta sua legitimidade e o interesse recursal que o autoriza a recorrer adesivamente, pois a questão da prescrição fora suscitada oportunamente, rejeitada no despacho saneador (impugnado por via de agravo retido) e novamente abordada na sentença.

Acrescenta que o fato de ter a sentença julgado improcedentes os pedidos formulados na inicial não esgota o seu interesse de recorrer, pois, eventualmente, a apelação do autor poderia ser provida e, em conseqüência, preclusa ficaria a questão, sem o necessário reexame.

Invoca o Decreto 20.910, de 6.1.32, para dizer que a prescrição qüinqüenal abrange qualquer débito da Fazenda Pública e qualquer direito e ação contra ela, mesmo as pessoais.

Salienta que a existência da ação penal em curso não impediria o autor de propor ação civil de indenização, se, como ele mesmo expôs em sua petição inicial, o fato causador dos danos tivesse sido a sua prisão por agentes policiais.

Pede que seja acolhida a preliminar de prescrição do direito de ação.

Admitido o recurso adesivo, foi ele impugnado pela parte contrária.

A Dra. Promotora de Justiça se reportou ao parecer que emitira anteriormente e que fora acolhido na sentença, opinando pelo não-conhecimento do recurso adesivo, uma vez que não houve sucumbência do Estado. Quanto ao recurso principal, o parecer ministerial é pela confirmação da sentença.

Conheço das apelações principal e adesiva, uma vez que não constitui óbice ao conhecimento deste último recurso a circunstância de ter sido julgado improcedente o pedido do autor, após a rejeição da argüição de prescrição do *jus actionis*.

Com efeito, forçoso é reconhecer a subsistência do interesse processual do réu em ver declarada a prescrição, mesmo que, no mérito, a sentença lhe tenha sido favorável.

É que, estando a sentença sujeita à revisão e modificação, na instância superior, a falta de recurso quanto à rejeição da preliminar poderia ensejar a preclusão de matéria relevante.

E, conhecendo da apelação adesiva, também conheço dos agravos retidos de fls. 181/185 e 187/189, o primeiro inadmitido, por ter sido considerado intempestivo; e o segundo, por sua vez, não apreciado em primeira instância: o agravo interposto contra a decisão que inadmitiu o primeiro.

É que o MM. Juiz foi levado a erro pela certidão de fl. 186, segundo a qual "*o agravo de fls. 181 a 185 foi apresentado fora do prazo legal*".

Nesse particular, relegou-se a circunstância de que, por força do art. 188 CPC, conta-se em dobro para a Fazenda Pública o prazo para recorrer.

Por outro lado, embora já tivesse rejeitado a argüição de prescrição (fl. 179-v.), o MM. Juiz voltou a abordar a questão na sentença final, pelo que se justifica o recurso adesivo, cuja prejudicialidade é o quanto basta para submetê-lo, desde logo, a julgamento.

Conhecendo dos agravos retidos e da apelação adesiva, nego-lhes, entretanto, o almejado provimento, e mantenho a decisão que negou estar prescrito o direito de ação que se arroga o apelante.

A ação proposta pelo recorrente é de caráter nitidamente pessoal, sujeita, pois, ao prazo prescricional de vinte anos.

Além do mais, mesmo que a prisão do apelante tenha ocorrido em 1992, a ação penal contra ele instaurada só chegou ao final em 16.2.98, com o decreto absolutório, lastreado na falta de provas.

Só a partir desse momento é que teve início, então, o curso do prazo prescricional, que ainda não estava vencido quando foi proposta a ação, em março de 2000.

A ação dos agentes do Estado teve início em 1992, mas se prolongou e produziu efeitos, segundo narrado na inicial, até fevereiro de 1998.

Passo, agora, ao exame da apelação do autor.

Apesar das críticas feitas pelo recorrente à sentença, sustenta-se esta por sua exata e bem concatenada fundamentação.

Como bem salientou o MM. Juiz sentenciante, o pedido de indenização só se sustenta se apoiado no seguinte tripé: ação ou omissão danosa; culpa do agente; relação de causalidade entre o primeiro e o segundo requisito.

Além do mais, exige-se também que a vítima não tenha contribuído para o desencadeamento dos fatos.

No caso dos autos, o autor foi preso e autuado em flagrante por tráfico de droga, providência que, em princípio, é ato legítimo, até mesmo obrigação funcional dos agentes policiais.

Mesmo que o flagrante tenha sido relaxado, por irregularidades formais, as irregularidades não impediram a instauração e o processamento de ação penal, encerrada com o trânsito em julgado da sentença absolutória de fl. 24.

A absolvição do acusado por falta de prova (art. 386, VI, CPP, fl. 168) não envolve outro juízo, senão o de que, à vista do que consta do processo criminal, não pode ele ser condenado, à falta de prova suficiente. Não significa que o fato não ocorreu, nem que a autoria do fato deva ser imputada a outra pessoa, antes quer dizer que o denunciado não pode ser condenado porque não há prova da imputação que lhe fez o Ministério Público.

Suspende-se o juízo de mérito sobre culpabilidade ou inocência.

Esse foi o sentido da sentença, quando registrou que "*a absolvição por falta de provas não importa inocência do acusado*", o que tanta indignação causou ao apelante, mas é a pura expressão da verdade e do direito aplicável à espécie.

Como o próprio apelante admitira, no processo criminal, que era usuário e consumidor de maconha e como da batida policial resultou a apreensão de determinada quantidade da erva, assim como a prisão de vários envolvidos, conclui-se que a diligência policial não foi injustificada. Tanto não o foi que se instaurou, em seguida, a ação penal.

Se irregularidade houve, no auto de flagrante, foi ela sanada, de imediato, com o relaxamento da prisão; se, instaurada a ação penal, a denúncia foi julgada improcedente por falta de prova, isso não significa que ocorreu afronta ao princípio do devido processo legal, o que, por si só, já afasta a injustiça do ato, ou dos atos, falseando o apoio do tripé antes mencionado.

Não há, nos autos, nenhuma prova da prática de ato injusto, imputável aos agentes do Estado, nem se pode atribuir tal increpação a irregularidades formais logo sanadas.

Some-se a tudo isso, como fundamento para a rejeição, no mérito, dos pedidos formulados na inicial, a constatação de que, embora insista em afirmar que a sua prisão lhe causara diversos danos materiais e morais, não provou o apelante a ocorrência desses danos.

Pelo exposto, nego provimento à apelação, confirmando, por seus próprios fundamentos, a r. sentença hostilizada.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - ALIMENTOS - FIXAÇÃO - MARCO INICIAL - DATA DA CITAÇÃO - REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO - NOME DOS AVÓS PATERNOS - AVERBAÇÃO

- Os alimentos fixados na investigação de paternidade retroagem à data da citação do investigado, consoante orientação jurisprudencial unificada pelo STJ.

- Declarada a paternidade, na ação investigatória, declara-se também óbvia, racional e implicitamente que os pais do investigado são avós do investigante, devendo-se, assim, averbar no registro civil de nascimento deste o nome do pai e dos avós paternos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 234.570-0/00 - Comarca de Jequitinhonha - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Investigação de paternidade - Alimentos - Nomes dos avós paternos . - O colendo STJ fez cessar a oscilação jurisprudencial quanto ao marco inicial da computação dos alimentos fixados na ação investigatória, ao unificar o seu entendimento

e assentar que os alimentos são devidos desde a citação do investigado. Declarada a paternidade declara-se, óbvia, racional e implicitamente, que os pais do investigado são avós do investigante. Assim, averba-se no registro civil deste o nome do pai e dos avós paternos.

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 NÃO CONHECER DA PRIMEIRA APELAÇÃO E PROVER A SEGUNDA.

Belo Horizonte, 05 de março de 2002. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Decidida a investigatória, apelaram investigado e investigante. Esta última, em contra-razões, aduz a intempestividade do recurso daquele, no que conta com o respaldo da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça. Todavia, a questão é irrisória, nesta altura. É que o Juízo não recebeu a apelação do réu, declarando-a deserta em razão do descumprimento do despacho de fls. 151, ensejado pelo que determinei à fl. 149. Assim, e como à decisão do Juiz inferior se tenha acomodado o recorrente, não conheço do seu recurso, bem assim da matéria que lhe é pertinente, agitada em contra-razões e nos pareceres ministeriais de primeiro e segundo graus.

Conheço do recurso da autora, que pretende a reforma: a) para obter, a partir da citação, os alimentos que o Juízo lhe deferiu a partir do trânsito em julgado da decisão declaratória; b) para que se consignem no seu assentamento registral os nomes dos avós paternos.

Com razão a apelante.

O colendo Superior Tribunal de Justiça unificou a sua orientação jurisprudencial, para assentar que os alimentos, na investigação de paternidade, retroagem à data da citação. Destarte, já não pairando a antiga oscilação dos entendimentos, cede-se à dicção do sodalício superior.

Também lhe dou razão quanto ao acrescentamento dos nomes dos seus avós paternos. Se foi declarada filha do investigante, também foi, *pour cause* e por indisputável conseqüência lógica, declarada neta dos pais do seu genitor. Pode o mais quem pode o menos, é de preceito. Portanto, se pode o juiz, nesta sede, declarar a paternidade, o mesmo poder enfeixa para dispor sobre mero consectário natural da declaração emitida. Não endosso o entendimento do douto Promotor de Justiça no sentido de que a investigatória não seria meio adequado para a provisão em referência. O melhor entendimento é o desposado pela ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, que se afina com o que adoto.

Proceda-se, pois, à averbação através de mandado do Juízo singular.

Não conheço da primeira apelação e provejo a segunda.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA PRIMEIRA APELAÇÃO E PROVERAM A SEGUNDA.

-:::-

AÇÃO POPULAR - CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE O MUNICÍPIO E A SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE - TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS - VERBA DESTINADA AO COMBATE À CÓLERA - IRREGULARIDADES APURADAS - FINALIDADE ATENDIDA - TERMO DE COMPROMISSO FIRMADO PELO PREFEITO VISANDO À DEVOLUÇÃO DA QUANTIA RECEBIDA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO - INEXISTÊNCIA DE ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO

- Se, apesar das irregularidades apuradas, decorrentes do descumprimento das cláusulas pactuadas em convênio celebrado entre a Prefeitura Municipal e a Secretaria de Estado da Saúde, tendo como objetivo a transferência de recursos visando atender às ações de prevenção e/ou controle da cólera no Município, a verba recebida foi aplicada à finalidade a que se destinava, trazendo benefícios à população, não há que se falar na existência de ato lesivo ao patrimônio público, não merecendo acolhida a pretensão da ação popular, visando declarar nulo o ato do Prefeito que firmou termo de compromisso, comprometendo-se a devolver aos cofres públicos a quantia recebida, parceladamente, e ainda à suspensão do pagamento da última parcela.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 234.581-7/00 - Comarca de Cataguases - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Ação popular - Convênio com a Secretaria de Saúde do Estado - Verba destinada ao combate do cólera - Irregularidades apuradas - Finalidade atendida - Ausência de prejuízo ao erário público - Sentença confirmada em reexame obrigatório.

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.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2002. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida a espécie de ação popular com pedido de liminar objetivando a declaração de nulidade do ato de reconhecimento e parcelamento da dívida firmado pelo Prefeito, e pela condenação ao ressarcimento aos cofres municipais da importância despendida com o pagamento das cinco primeiras parcelas do termo de compromisso, reconhecendo a dívida.

O MM. Juiz *a quo* rejeitou as preliminares e, no mérito, julgou improcedente o pedido, sujeitando a decisão ao duplo grau de jurisdição.

Não há manifestação recursal voluntária.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela confirmação da sentença.

Em síntese, este é o relatório.

Conheço da remessa oficial para reexame obrigatório.

Agiu acertadamente o il. Julgador rejeitando a prefacial de inépcia da inicial.

A peça inicial mostra-se clara, precisa, tanto é que possibilitou defesa processual.

Também improcedente a preliminar de ilegitimidade passiva argüida às fls. 181/183, posto que o que se discute no presente caso é o termo de compromisso firmado pelo Prefeito, não importando a atuação de cada um no Legislativo.

No mérito, também merece inteira confirmação a r. decisão de primeiro grau.

A Prefeitura de Santana dos Cataguases celebrou convênio com a Secretaria de Estado da Saúde, tendo como objetivo a transferência de recursos visando atender às ações de prevenção e/ou controle da cólera desenvolvidas no Município.

Reconhecendo as irregularidades apontadas pela Administração Pública estadual, diante do descumprimento de cláusulas pactuadas no convênio, o Sr. Prefeito firmou termo de compromisso, comprometendo-se a devolver aos cofres públicos a quantia recebida, parcelada em seis prestações.

Pretendem os autores a suspensão do pagamento da sexta parcela e que seja declarada a nulidade do ato de reconhecimento, condenando o Prefeito a devolver aos cofres municipais a importância despendida com o pagamento das cinco primeiras parcelas.

Pela contestação apresentada pelo Estado nota-se que há o reconhecimento de que a dívida foi quitada.

Verifica-se nos autos que, apesar das irregularidades apuradas pelo

Estado, decorrentes da desobediência às cláusulas do convênio, a verba foi aplicada no combate e prevenção do cólera, atendendo assim a sua finalidade.

Sabendo-se que o pressuposto para a ação popular é a existência de ato lesivo ao patrimônio público, por inocorrente na espécie, não merece acolhimento a pretensão inaugural.

A verba recebida pelo Município foi devolvida e atingida a finalidade a que se destinava, trazendo benefícios à população.

Diante do exposto, em reexame obrigatório, confirmo integralmente a r. decisão de primeiro grau.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

PENSÃO ESPECIAL - VEREADOR - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - CRIAÇÃO - RESOLUÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL E LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO - AFRONTA AO § 5º DO ART. 195 DA CF E À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PAGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE

- Inviável que mero ato da Câmara Municipal institua, a cargo dos cofres públicos, benefício de cunho previdenciário, como a aposentadoria especial para vereadores, criada por resolução da edilidade e confirmada pela Lei Orgânica do Município, sem que haja a correspondente fonte de custeio total, ou o ingresso de valores para fazer frente ao gasto, não podendo os edis fazer jus ao recebimento da referida pensão especial, por estar baseada em legislação que afronta o disposto no § 5º do art. 195 da Constituição Federal, bem como a Constituição do Estado de Minas Gerais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 235.073-4/00 - Comarca de Matozinhos - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Benefício previdenciário - Pensão especial - Resolução da Câmara Municipal e Lei Orgânica do Município - Necessidade da preexistência de fonte de custeio - Inconstitucionalidade já declarada em ADIn - Descabimento da cobrança. - Descabida a cobrança de benefícios previdenciários, por ex-vereadores que se baseiam em resolução da Câmara Municipal, como em dispositivo de

lei orgânica, se tais diplomas não informam a origem da contraprestação, a fim de custear a despesa, sobretudo, quando, por julgamento em ADIn, concluiu-se pela inconstitucionalidade de tais fontes legais.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de março de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Em reexame necessário à r. sentença de fls. 51/52, que concedeu a segurança em favor de Afonso Ribeiro da Costa e Mozart Gonçalves do Nascimento, dela apelam o Município de Capim Branco e sua respectiva Câmara Municipal, ao fito de não se verem sujeitos ao pagamento da pensão vitalícia disposta na Resolução nº 211/94, bem como na Lei Orgânica do Município.

Isto porque a aposentadoria especial conferida aos apelados não tem como subsídio, para a validade de sua criação, qualquer fonte de custeio para suportá-la, além do fato de que tal matéria - fixação de remuneração e benefícios para os servidores públicos - é de iniciativa do Poder Executivo, razão pela qual inviável a sua instituição por resolução da própria Câmara Municipal.

Invocando inúmeros precedentes deste mesmo eg. Tribunal de Justiça, rogam os apelantes pelo provimento do recurso, a fim de que se determine a reforma da decisão singular (fls. 71/83).

Contra-arrazoando, às fls. 89/91, reforçam os apelados a validade da sentença, requerendo-se, portanto, o desprovimento do apelo.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina, às fls. 99/103, pela confirmação da r. sentença, em reexame necessário.

Conheço do recurso oficial, nos termos da Lei nº 1.533/51, bem como do apelo voluntário, atendidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se o inconformismo recursal, no fato de que a instância *a quo*, validando o pleito inicial, determinou o pagamento de aposentadoria especial aos apelados, ex-vereadores do Município de Capim Branco, haja vista o permissivo legal disposto no art. 198 da Lei Orgânica do Município, bem como na Resolução nº 211/94, de iniciativa da Câmara Municipal.

Embora já viessem recebendo a pensão especial, porquanto atendiam os apelados aos pressupostos para tanto, tenho o entendimento de que a r. sentença deve ser reformada, *data venia*.

Determina a Resolução nº 211/94, editada pela Câmara Municipal de Capim Branco, que "*fica o Poder Legislativo, através de sua Presidência, na obrigatoriedade de efetuar o pagamento aos vereadores ou ex-vereadores que exerceram seus mandatos no mínimo, por 05 (cinco) legislaturas, não tendo validade 'suplências'*", determinação esta ratificada, posteriormente, quando da promulgação da Lei Orgânica do Município, conforme se vê na leitura do seu artigo 198.

Assim, embora tenha restado demonstrado que os apelados atenderam aos requisitos para o recebimento da aludida pensão especial (fl. 26) e que os mesmos já a vinham percebendo desde janeiro de 1997, não vejo como tal benefício possa prevalecer diante da sistemática jurídica vigente.

É que, em razão do princípio da preexistência de custeio (em relação ao benefício ou serviço), o qual preceitua que nenhum benefício da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total, ou o ingresso de valores para fazer frente ao gasto, torna-se inviável que um mero ato da Câmara Municipal institua, a cargo dos cofres públicos, benefício de cunho previdenciário, tal como ocorreu com a Resolução nº 211/94, e logo confirmada pela Lei Orgânica do Município de Capim Branco, em 1995.

Ainda mais, releva-se destacar, quando esse eg. Tribunal de Justiça, no julgamento da ADIn nº 230.212/3, requerido pelo Sr. Prefeito Municipal de Capim Branco, em que se discutia exatamente a constitucionalidade dos referidos diplomas legais, assentou, pela pena do eminente Desembargador Bady Curi, o seguinte:

"*Em princípio as normas impugnadas contrariam realmente a Constituição do Estado de Minas Gerais, na medida em que erige benefício previdenciário sem apontar a correspondente fonte de custeio.*

As despesas decorrentes da aplicação das normas verberadas estarão sendo praticadas em prejuízo de outras atividades de competência do Município, possivelmente até mesmo de caráter social" (j. em 02.08.01).

Vale registrar que tal liminar foi ratificada pela Corte Superior deste Tribunal, em 22 de agosto último, não havendo, assim, neste juízo sumário de cognição, razão a me afastar da conclusão a que chegou aquele d. Colegiado, posto que pertinente e acertada.

Sob tais aspectos, estando a Resolução nº 211/94, bem como o art. 198 da Lei Orgânica do Município de Capim Branco em inequívoca afronta ao disposto no art. 195, § 5º, da Carta Magna, bem como da Constituição do Estado de Minas Gerais, não poderão os apelados, ex-vereadores daquele Município, continuar fazendo jus à pensão especial há tanto percebida.

Diante do exposto, em reexame necessário, reformo a r. sentença, preju-

dicado o recurso voluntário, de forma a tornar insubsistente a pensão concedida aos apelados.

Custas, pelos apelantes.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

PREFEITO - LOCAÇÃO DE IMÓVEL - FINALIDADE PRECÍPUA DA ADMINISTRAÇÃO - PREÇO COMPATÍVEL COM O VALOR DE MERCADO - LICITAÇÃO - DESNECESSIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 24, X, DA LEI Nº 8.666/93 - ATO ILEGAL E LESIVO AO ERÁRIO MUNICIPAL - INEXISTÊNCIA - MÁ-FÉ, DOLO OU CULPA NA CONDUTA DO AGENTE POLÍTICO - NÃO-COMPROVAÇÃO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INOCORRÊNCIA - RESSARCIMENTO DE DANOS - DESCABIMENTO - ATO ADMINISTRATIVO - ILEGALIDADE OU LEGALIDADE - CONTROLE JURISDICIONAL - MORAL ADMINISTRATIVA - INTERESSE COLETIVO

- A teor do art. 24, X, da Lei nº 8.666/93, é dispensável a licitação para locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

- Inviável a condenação do Prefeito à devolução de quantias desembolsadas pelo pagamento das despesas realizadas, ainda que sem prévio procedimento licitatório, se não provada a existência de ato ilegal e lesivo ao erário praticado com má-fé, dolo ou culpa pelo agente político, não bastando mera presunção.

- O controle jurisdicional limita-se ao exame da legalidade ou ilegalidade do ato administrativo; no entanto, entende-se por legalidade ou ilegalidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 235.372-0/00 - Comarca de Manhuaçu - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Administração municipal - Locação de imóvel em bairro, para suprimento de vagas em escola municipal - Valor locatício moderado - Dispensa de licitação: art. 24, X, da Lei nº 8.666/93 - Ação civil pública contra ex-prefeito - Improbidade administrativa alegada - Improcedência decretada, ratificanda em grau de recurso. - Inviável se torna condenar-se ao ressarcimento de supostos danos ao erário público, se não comprovado ato lesivo ao mesmo, não bastando, para a condenação do administrador à devolução das quantias desembolsadas para o pagamento dos dispêndios, a ausência do prévio procedimento licitatório. - "*O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou ilegalidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo*" (*RDA*, 89/134).

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, 02 de abril de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Consoante relatório que integro a este voto, cuida-se de ação civil pública aforada por representante do Ministério Público atuante na Comarca de Manhuaçu, embasada em representação de Vereadores que tinham cassado o cargo de Prefeito ao requerido, Sr. Geraldo Perígolo, ao fundamento único de que ele celebrara contrato de locação sem licitação, o que, *per se*, resultaria ato ilegal, implicando o dever de ressarcir o erário público, até mesmo se não resultasse prejuízo.

Julgada a ação improcedente, apela a Drª Promotora, insistindo na existência de prejuízo ressarcível, em face da locação irregular, porque sem a licitação ou a justificativa de sua dispensa, o que implica dever de indenizar, mesmo que não tenha havido prejuízo ao erário.

Conheço do recurso, tempestivo e próprio, improvendo-o, ante as razões criteriosas e sábias postas na r. sentença, que merece apoio e aplausos.

Com efeito, a locação efetivada, buscada anteriormente por outros administradores, logrou suprir a carência de cerca de 250 (duzentos e cinqüenta) vagas em escola municipal, no Bairro Engenho da Serra.

Não se divisa qualquer ilegalidade, restando harmônica com os dizeres do art. 24 da Lei nº 8.666/93, que reza em seu inciso X: "*é dispensável a licitação: X - para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia*" (redação dada pela Lei nº 8.883/94).

Ora, havia necessidade do imóvel, consoante se demonstrou.

Inexiste outro similar na região, dado seu tamanho. O preço da locação mensal, R$1.000,00 (mil reais), foi aquém do valor indicado por três laudos de avaliação de corretores profissionais (fls. 23, 24 e 27). Além disso, só foram pagos dois meses dos oito utilizados nas atividades escolares, devidos os demais, aliás.

Não se comprovou, pois, a existência de qualquer ato ilegal, ou lesivo ao Município. E, se existisse, não se demonstrou dolo ou culpa na ação do ex-Prefeito, que, aliás, segundo se afirma, foi vítima de conchavos e tramóias políticas escusas, seccionando seu mandato, no exclusivo interesse político-partidário.

Para a condenação do agente público à devolução de quantias desembolsadas pelo pagamento das despesas realizadas, até mesmo sem prévio procedimento licitatório ou outras formalidades legais, mister se faz demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo e ocasionado com má-fé, dolo ou culpa, não bastando mera presunção.

No magistério de HELY LOPES MEIRELLES:

"*O só fato de o ato ser lesivo não acarreta ao prefeito a obrigação de indenizar. Necessário se torna, ainda, que, além de lesivo e contraditório a direito, resulte de conduta abusiva do prefeito no desempenho do cargo ou a pretexto de seu exercício*". E "*... se o ato não se macula de má-fé, de corrupção, de culpa de maior monta, não deve acarretar a responsabilidade pessoal da autoridade*" (STF, *RDA*, 48/171; TJRS, *RT*, 143/198, 145/165 e 149/607) (*in Direito Municipal Brasileiro*, 6ª ed., 1993, p. 583/84).

Assentou, ainda, a jurisprudência pretoriana:

"*O inegável é que a moralidade administrativa integra o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, exigindo-se em favor da legalidade. Daí por que o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu com inegável acerto:*

'*O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade ou ilegalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou ilegalidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo*'. (TJSP, *RDA*, 89/134).

Consoante o STF, '*Irregularidades formais sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza não anulam o ato que já criou direito subjetivo para terceiro*'.

'*Como agente político, o Chefe do Executivo local só responde civilmente por seus atos funcionais se os praticar com dolo, culpa manifesta, abuso ou desvio de poder. O só fato de o ato ser lesivo não lhe acarreta a obrigação de indenizar. Necessário se torna, ainda, que, além de lesivo e contrário ao direito, resulte de conduta abusiva do prefeito no desempenho do cargo ou a pretexto de seu exercício*' (STF, *RDA*, 48/171)".

Na conformidade desses princípios, decidiu o então Magistrado paulista, Dr. Rodrigues de Alckmin, com plena confirmação do eg. TJSP, em ação regressiva intentada contra prefeito:

"*que o ato praticado por uma autoridade, principalmente em matéria que depende de julgamento, embora reconhecido legítimo pelos Tribunais, se não se macula de má-fé, de corrupção, de culpa de maior monta, não deve acarretar a responsabilidade pessoal da autoridade*" (*RDA*, 89/134; *RT*, 205/213-214; TJSP, *RT*, 143/198, 145/165, 149/607).

Descabida, pois, a pretensão da devolução de gastos ao erário público, eis que, em nenhum momento, se provou sequer indício de desonestidade, de má-fé ou intenção do Prefeito de se apropriar de bens públicos a seu favor ou de terceiros.

HELY LOPES MEIRELLES, em *Direito Municipal Brasileiro*, 6ª ed., p. 583 e 582, doutrina:

"*Como agente político, o chefe do Executivo local só responde civilmente por seus atos funcionais se os praticar com dolo, culpa manifesta, abuso ou desvio de poder. O só fato de o ato ser lesivo não lhe acarreta a obrigação de indenizar. Necessário se torna, ainda, que, além de lesivo e contrário a direito, resulte de conduta abusiva do prefeito no desempenho do cargo ou a pretexto de seu exercício*".

Assim, nego provimento ao recurso apelatório, ratificando integralmente a r. sentença, objurgada sem razão.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - IVVC-IMPOSTO SOBRE VENDAS A VAREJO DE COMBUSTÍVEIS - VALOR RECOLHIDO - LANÇAMENTO FISCAL - DIVERGÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO BASEADO EM DOCUMENTO DE CONFIABILIDADE DUVIDOSA - NULIDADE DA COBRANÇA

- Proposta ação anulatória de débito fiscal por contribuinte do IVVC-Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis, fundada em divergência entre o

valor recolhido pelo contribuinte e aquele lançado pelo Fisco no auto de infração, este baseado em documento de confiabilidade duvidosa, conforme demonstrado em perícia técnica, há que ser declarada a nulidade da cobrança.

- O lançamento fiscal, não obstante gozar de presunção de legitimidade, não dispensa a Fazenda Pública de demonstrar a forma pela qual lançou o imposto no auto de infração, pois é esse ato decorrente de norma abstrata contida na lei, e não da vontade manifestada pela Administração Pública. Ocorrendo erro em sua feitura, quer no conhecimento dos fatos, quer no conhecimento das normas aplicáveis, o lançamento pode e deve ser revisto.

- A fiscalização deve ser procedida sempre com seriedade e profundidade, para fins de constituição do crédito tributário imputado ao contribuinte, na medida em que não se admite a exigência de imposto sabidamente indevido, como forma de assoberbar ainda mais os pesados encargos que recaem sobre o contribuinte, ainda mais se se considerar que a presunção legal de veracidade do auto de infração não é absoluta, admitindo prova em contrário que a desconstitua.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 235.431-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Tributário - Anulatória de débito fiscal - IVVC - Divergência - Recolhimento - Auto de infração - Documento - Confiabilidade duvidosa - Perícia técnica - Nulidade da cobrança. - Proposta ação anulatória de débito fiscal por contribuinte do Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis-IVVC, fundada em divergência entre o valor recolhido pelo contribuinte e aquele lançado pelo Fisco no auto de infração, este baseado em documento de duvidosa confiabilidade, conforme demonstrado em perícia técnica, há que ser declarada a nulidade da cobrança.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2002. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Da sentença (fls. 497/501-TJ), que julgou procedente pedido constante dos autos de ação anulatória de débito fiscal proposta por Base Incorporações e Construções Ltda., em face do Município de Belo Horizonte, apela o réu, sustentando, em síntese, que há prova robusta nos autos da ocorrência do fato gerador do "Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis"-IVVC, sem o respectivo recolhimento do valor devido à Municipalidade, confrontando-se a "Declaração Mensal de Operações Sujeitas ao IVV"-DMOIVV e o relatório expedido pela fornecedora Shell Brasil S.A., resultando em sonegação do tributo, no período de junho de 1992 a dezembro de 1995, a fim de que sejam considerados válidos os autos de infração lavrados, bem como sejam recolhidos aos cofres municipais os valores devidos a título de "IVVC", tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 506/519-TJ.

Contra-razões às fls. 545/552-TJ, batendo-se a apelada pela manutenção do *decisum* monocrático.

Remessa necessária, em duplo grau de jurisdição, e recurso voluntário adequados, este tempestivamente manejado e sem preparo, *ex vi legis*.

Conheço da remessa necessária, em duplo grau de jurisdição, e do recurso voluntário interposto, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

O cerne da questão tratada nestes autos diz respeito à validade ou não dos "autos de infração" lavrados pelo Fisco municipal, em face do não-recolhimento do tributo devido, haja vista que a suposta inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.370/88, que instituiu o "Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis", fora afastada pelas considerações do digno Juiz sentenciante, fundamentadas em julgado proferido por este eg. Tribunal, razão pela qual não há que ser a questão revolvida, nesta oportunidade.

Apenas a título de elucidação, colaciona-se decisão proferida pelo Pretório Excelso, em que fora confirmada a exação do tributo, até a edição da Emenda Constitucional 03/93, que vedou a incidência de qualquer tributo sobre derivados de petróleo e combustíveis do País, cujos efeitos somente passaram a valer a partir de 1.1.96, como se constata do aresto adiante trazido à colação, na parte que interessa:

"6. No que diz respeito à alíquota para a cobrança desta espécie de exação, observa-se que o artigo 156, § 4º, da Lei Maior (redação anterior à EC-03) exige edição de lei complementar para a fixação da alíquota máxima. Dir-se-ia, por isso, que enquanto não editada a referida norma o imposto seria inexigível. No entanto, o artigo 34, § 7º, do texto transitório da Carta Federal, dispôs e fixou que 'até que sejam fixadas em lei complementar, as alíquotas máximas do imposto municipal sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos não excederão a três por cento'.

7. À vista dessa autorização constitucional, o Município de Vitória, no Estado do Espírito Santo, editou a Lei nº 3.571, de 24.01.89 (fls. 91/2), disciplinando a cobrança do imposto incidente sobre a venda a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, efe-

tuada por qualquer estabelecimento a consumidor final, independentemente da qualidade e forma de acondicionamento dos produtos, tendo como base de cálculo o preço da venda do produto e a alíquota fixada em três por cento (artigos 25, 26, 27)" (2ª T., RE nº 205.165-9/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 17.8.99).

Ocorre que, *a latere* da constitucionalidade do imposto em questão, consta dos autos que a apelante, para a homologação dos recolhimentos feitos pela apelada, utilizou-se de mera presunção fiscal da existência de entradas de mercadorias não escrituradas, haja vista que confrontou a "Declaração Mensal de Operações Sujeitas ao IVV"-DMOIVV, de responsabilidade do contribuinte, e o relatório expedido pela fornecedora Shell Brasil S.A., constatando suposta vultosa diferença entre as quantidades declaradas pela contribuinte e aquelas declaradas pela fornecedora.

Nesse interim, pela suposta sonegação fiscal, tendo em vista a apuração do descumprimento das obrigações principal e acessória, houve a Fazenda Pública municipal, através de seu órgão de execução, por lavrar o "auto de infração", aqui guerreado, efetivando o lançamento do imposto no período de junho/92 a dezembro/95.

Mediante a imprescindível prova pericial (fls. 376/378-TJ), para que se pudesse chegar à conclusão segura, ficou constatado que os relatórios emitidos pela Shell Brasil S.A. não são meio confiável para fins de lançamento de tributo - salientando-se que a Fazenda Municipal neles se baseou para lançamento do crédito -, uma vez que há discrepância entre o relatório fornecido ao Fisco Municipal do mês de setembro/92 e aquele fornecido à perícia, relativo ao mesmo período, conforme se comprova:

"*Conferindo os relatórios da Shell Brasil constatamos discrepância entre aquele fornecido à fiscalização no que se refere a fornecimentos do mês de setembro/92, onde, no primeiro relatório, fornecido à fiscalização consta o fornecimento de 50.000 litros de gasolina, 29.999 litros de gasolina fórmula Shell (aditivada) e 80.000 litros de álcool hidratado, conforme relação de fls. 224 dos autos.*

No novo relatório fornecido para a perícia pela Shell, já não consta fornecimento no mês de setembro/92, conforme anexo ao presente laudo. Constatamos também divergência de quantidade nos meses 11/92, 04/93 e 08/93, entre as quantidades constantes dos relatórios inicial, fls. 216 a 235 dos autos e o final, agora juntado a estes esclarecimentos" (*litteris*, fls. 376-TJ).

Além do mais, também constatado na produção da prova pericial, não foram considerados pelo Fisco municipal os percentuais de evaporação e perda por manuseio de 0,6% para a gasolina e 0,4% para o álcool, conforme previsão na Portaria CNP-DIPLAN 066, de 12.2.81, fazendo incidir, indevidamente, imposto sobre todos os combustíveis adquiridos, e não sobre os efetivamente vendidos.

Como bem asseverou o digno Magistrado *a quo*, arrimado em decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 48.516/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 13.10.97), o lançamento fiscal, não obstante gozar de presunção de legitimidade, não dispensa a Fazenda Pública de demonstrar a forma pela qual lançou o imposto no "auto de infração", pois é esse ato decorrente de norma abstrata contida na lei, e não da vontade manifestada pela Administração Pública, como muito bem asseverou HUGO DE BRITO MACHADO, *in verbis*:

"*Divergindo de opiniões de tributaristas ilustres, admitimos a revisão do lançamento em face de erro, quer de fato, quer de direito. É esta a conclusão a que conduz o princípio da legalidade, pelo qual a obrigação tributária nasce da situação descrita na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. A vontade da Administração não tem qualquer relevância em seu delineamento. Também irrelevante é a vontade do sujeito passivo. O lançamento, como norma concreta, há de ser feito de acordo com a norma abstrata contida na lei. Ocorrendo erro em sua feitura, quer no conhecimento dos fatos, quer no conhecimento das normas aplicáveis, o lançamento pode, e mais que isto, o lançamento deve ser revisto*" (*in Curso de Direito Tributário*, Malheiros Editores, 12ª ed., 1997, p. 123).

É certo e necessário que a fiscalização deve ser procedida sempre com seriedade e profundidade, para fins de constituição do crédito tributário imputado ao contribuinte, na medida em que não se admite a exigência de imposto sabidamente indevido, como forma de assoberbar ainda mais os pesados encargos que recaem sobre o contribuinte, ainda mais se se considerar que a presunção legal de veracidade do "auto de infração" não é absoluta, admitindo prova em contrário que a desconstitua, conforme asseverou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Processo Civil. Prova. Presunção de veracidade. - Os atos administrativos, de que o lançamento fiscal é espécie, gozam da presunção de veracidade, de modo que a prova eventualmente necessária à respectiva anulação constitui ônus do sujeito passivo da obrigação tributária (CPC, art. 334, IV). Hipótese, todavia, em que as instâncias ordinárias decidiram, uniformemente, que a prova pericial, embora dispensável no contexto da causa, convence de que o lançamento fiscal foi abusivo. Recurso especial não conhecido*" (2ª T., REsp nº 36.011/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 20.6.96, *DJU* de 12.8.96, p. 27.464).

Nesta eg. Corte de Justiça, a matéria já fora objeto de diversos julgados:

"*Tributário - Anulatória de débito fiscal - Reexame necessário - Perícia oficial - Processualidade. - Se a sentença detectou que a autuação fiscal fora*

anômala, inclusive impondo tributação indevida, o que mereceu ser corroborado por laudo pericial oficial, correta a conclusão acolhendo os argumentos da inicial" (2ª CC, Apelação Cível nº 199.332-8, Rel. Des. Francisco Figueiredo, j. em 17.4.01, *DJ* de 8.6.01).

"*Execução fiscal - Tributo - Dívida ativa - Lançamento irregular - Inscrição viciada - Embargos procedentes. - Verificado nos autos que o lançamento da dívida tributária da embargante pelo Fisco Estadual realizou-se de forma contrária à lei, pois lastrou-se em meras presunções derivadas de levantamento arbitrário efetivado, aleatoriamente, na documentação contábil da contribuinte, resulta contaminado o referido procedimento tributário administrativo, circunstância esta que derrui a regularidade da inscrição da dívida executada, por situar-se em rota de franca colisão com o art. 202 do CTN, atraindo a cominação de nulidade prevista no subseqüente art. 103 do aludido Código. Confirmada a sentença no seu reexame necessário*" (3ª CC, Apelação Cível nº 213.576-2, Rel. Des. Lucas Sávio Gomes, j. em 24.5.01, *DJ* de 14.6.01).

Com tais considerações, em reexame necessário, mantenho a sentença proferida em inferior instância, por seus próprios e judiciosos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR, CONFIRMANDO A SENTENÇA EM DUPLO GRAU.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Sérgio Lellis Santiago) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 04.02.2002, a pedido do Revisor, após votar o Relator confirmando a sentença em duplo grau.

Com a palavra o Des. Jarbas Ladeira.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Sr. Presidente. Pedi vista para melhor exame da matéria, dada a complexidade dos autos, e pude verificar que a ação fiscal se baseou nas informações da Distribuidora Shell Brasil S.A.; entretanto, estas informações se revelaram inidôneas, eis que a própria Distribuidora reconheceu ter cometido sérias inexatidões.

Quanto ao perito, o mesmo, por seu turno, confessou a impossibilidade de analisar 330.000 (trezentos e trinta mil) notas fiscais, motivo pelo que fez seu trabalho por amostragem. Assim sendo, não pode prevalecer a autuação feita contra a apelada, dado que as informações referentes à movimentação de combustível, de entrada e saída, não guardam a necessária confiabilidade.

Com estes fundamentos, estou acompanhando o Relator para manter a sentença monocrática, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

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

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

-:::-

ISSQN - EXIGÊNCIA SOBRE A NATUREZA DO SERVIÇO, E NÃO PELA DENOMINAÇÃO ESCOLHIDA PELO PRESTADOR - CONCEITO ECONÔMICO - BASE DE CÁLCULO - PREÇO DO SERVIÇO - ALÍQUOTA

- Para fins de fixação de alíquota do ISS, o que vale é a essência da atividade exercida, e não a sua denominação, visto que os serviços tributados são os efetivamente prestados, em razão de sua própria natureza. Assim, não pode a apelante pretender pagar ISSQN sobre construção civil, se a renda por ela auferida foi decorrente de locação de mão-de-obra e corretagem de imóveis.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 235.439-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Tributário - ISS - Exigência sobre a natureza do serviço, e não da denominação escolhida pelo prestador - Recurso improvido. - Para fins de fixação de alíquota do ISS, o que vale é a essência da atividade exercida, e não a sua denominação, posto que os serviços tributados são os efetivamente prestados, em razão de sua própria natureza. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de março de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - CDI MG-Cia. de Distritos Industriais de Minas Gerais apela da r. sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, por ela manejados, defendendo-se da execução ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte.

O MM. Julgador singular entendeu não ter a embargante infirmado, como lhe competia fazer, a presunção de certeza e liquidez da CDA que instrui a execução em apreço.

A embargante postula a reversão do julgado, sustentando que, apesar

de ter sido inscrita na categoria de execução de obras de construção civil, foi enquadrada e autuada na categoria de mão-de-obra e corretagem de imóveis, através de fiscalização realizada pelo Fisco municipal, com alteração da alíquota do imposto a pagar. Aduz que se rebela contra tal fato, por não concordar com seu reenquadramento, levado a efeito pela exação fiscal que dera origem à presente execução. Entende que, neste caso, não se pode alegar pagamento a menor do ISS.

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

Verifica-se dos autos que a presente execução diz respeito à imputação de recolhimento a menor de ISS, relativo às atividades de locação de mão-de-obra e corretagem de imóveis.

Alegando que teve sua categoria de serviços reenquadrada quando da fiscalização realizada em sua empresa, com alteração de alíquota, pretende a apelante se eximir do crédito tributário ora exigido.

Ocorre que, para demonstrar a regularidade da exação fiscal, a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte trouxe para os autos a cópia do PTA que originou o crédito tributário em questão.

Pois bem.

Consta do relatório da fiscalização, fls. 358-TJ, que a matéria tributável foi a locação de mão-de-obra e corretagem de imóvel, exigindo-se da contribuinte a demonstração efetiva da não-realização da atividade descrita no trabalho fiscal, o que não ocorreu por parte da apelante.

Desta forma, outra não pode ser a conclusão a que chegou o digno Julgador singular. Em sendo assim, só me resta confirmar a sentença, fazendo-o com os seguintes fundamentos.

De fato, os documentos acostados aos autos pela apelada comprovam o regular lançamento da obrigação cobrada e elucidam a questão posta em exame.

Verifica-se, como se disse, que foi apurada objetivamente a natureza dos serviços prestados pela apelante, entendidos estes em seu conceito econômico, já que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço. Vale dizer, a situação fática indicativa de serviços para fins de incidência do tributo em questão é a atividade efetivamente exercida pelo prestador, o que foi apurado pelo Fisco quando da autuação da apelante.

Considere-se, ainda, que a Fazenda Pública Municipal, ao proceder à autuação e fazer o lançamento, na apreciação dos elementos de fato, indicou qual o serviço que estava sendo tributado, fazendo o respectivo enquadramento na lista de serviços.

Portanto, a irresignação da apelante não encontra qualquer respaldo nos autos, pois, se auferiu renda a título dos serviços cobrados decorrentes de locação de mão-de-obra e corretagem de imóveis, não pode ela pretender pagar ISS sobre construção civil.

Por isso, não vejo como afastar o enquadramento realizado pelo Fisco, na medida em que os serviços efetivamente prestados pela apelante foram de locação de mão-de-obra e corretagem de imóveis e não há qualquer elemento para concluir o contrário.

Daí que a apelante não pode valer-se da denominação da atividade constante na "Ficha de Inscrição Cadastral" acostada à fl. 6-TJ, para pretender recolher o ISS a menor, por se revelar uma situação de fato inexistente.

Isto porque "*a denominação do serviço não pode prevalecer sobre sua verdadeira natureza. Um nome para sua atividade, escolhido pelo próprio prestador do serviço, pode não prevalecer na incidência do imposto, pois o que vale é a essência da atividade exercida. Caso contrário, bastaria o contribuinte dar outro nome , não verdadeiro, para o serviço prestado, para fugir da incidência tributária*" (SÉRGIO PINTO MARTINS - in *Manual do Imposto sobre Serviços*, Editora Atlas S.A., 3ª ed., p. 44).

Em conclusão: os serviços a serem tributados pelo ISS são os efetivamente prestados, em razão de sua própria natureza; via de conseqüência, mostra-se correta a exigência fiscal, a despeito da resistência da apelante.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - APELAÇÃO - RECEBIMENTO NO EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO - EXCEÇÃO - NECESSIDADE DE SE DEMONSTRAR A PLAUSIBILIDADE DA REFORMA DO JULGADO

- A apelação interposta contra sentença proferida em ação civil pública é recebida no efeito meramente devolutivo, salvo se puder a parte comprovar, *prima facie*, a plausibilidade da reforma do julgado.

AGRAVO Nº 235.519-6/00 - Comarca de Manhuaçu - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Ação civil pública - Apelação - Recebimento no efeito meramente devolutivo - Exceção

- Necessidade de se demonstrar a plausibilidade da reforma do julgado. - A apelação interposta contra a sentença proferida em ação civil pública é recebida no efeito meramente devolutivo, salvo se puder a parte comprovar, *prima facie*, a plausibilidade da reforma do julgado.

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, 14 de fevereiro de 2002. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Geraldo Luiz da Terra Pereira e outros aviam agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo contra decisão (fl. 06) que, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual, recebeu a apelação de fls. 10/16 apenas em seu efeito devolutivo.

Inconformados, pugnam pela anulação do julgado por ausência de fundamentação e, no mérito, sustentam que, não se enquadrando o feito dentre aqueles arrolados pelo art. 520 do CPC, o apelo deveria ter sido recebido também no efeito suspensivo.

O recurso foi contraminutado.

A fundamentação é exigida pela lei processual e Constituição da República com escopo de possibilitar à parte a defesa de seus interesses, fato que se apura ter ocorrido por meio deste agravo, não sofrendo os agravantes qualquer prejuízo a implicar a nulidade da decisão.

Nesse sentido é o comando expresso do art. 249, § 1°, do CPC, ao dispor que "*o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte*".

Assim, afasto a preliminar suscitada.

No mérito, não assiste razão ao agravante.

Dispõe o art. 14 da Lei n° 7.347/85:

"*O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte*".

Vê-se, destarte, que a Lei da Ação Civil Pública outorgou auto-executoriedade à sentença, impondo o recebimento da apelação somente no efeito devolutivo, como regra, ante a supremacia do interesse coletivo defendido sobre o particular.

Exceções há, em casos especiais, onde se admite suspender os efeitos da sentença. Para tanto, é mister a comprovação do *fumus boni iuris*, não da possibilidade de recebimento do apelo no duplo efeito, mas da plausibilidade de reforma do julgado pelo Tribunal.

No caso em exame, os agravantes deixaram de aduzir, na minuta do agravo, o *error in judicando*, o que, à primeira vista da r. sentença monocrática e das razões do apelo, também não verifico existir.

É que, quanto às questões preliminares, já estariam elas rejeitadas, com decisão irrecorrida, não contestando os agravantes essa afirmação. E, no que tange ao mérito, fundamentou-se o julgado em farta documentação, que não consta deste instrumento, inviabilizando o seu reexame.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos agravantes.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - REALIZAÇÃO DA QUARTA PRAÇA - INADMISSIBILIDADE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO

- Não havendo licitantes, o credor pode requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados, pois a adjudicação é forma indireta de satisfação do crédito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 235.727-5/00 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Execução fiscal - Penhora - Realização da quarta praça - Inadmissibilidade - Decisão mantida - Recurso improvido. - Não havendo licitantes, o credor pode requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados, pois a adjudicação é forma indireta de satisfação do crédito.

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, 12 de março de 2002. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra decisão do Juiz *a quo* que, nos autos da execução fiscal ajuizada contra Comercial Freitas J.F. Ltda., indeferiu a realização de uma nova praça.

Alega a agravante que a lei de execução fiscal prevê a possibilidade de que os bens penhorados sejam adjudicados pela Fazenda Pública antes ou após a realização do leilão, entretanto não se trata de uma obrigação imposta à credora, mas de uma faculdade assegurada para os casos em que se busca garantir a plena satisfação de seu crédito.

O prazo transcorreu *in albis* sem apresentação das contra-razões.

A Procuradoria-Geral deixou de emitir seu parecer, alegando ser desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.

Na verdade, não merece reparos a decisão de primeiro grau, porquanto correto o entendimento esposado pelo Magistrado, indeferindo a realização da quarta praça, sustentando que o "*juízo não pode ficar eternamente à disposição da credora, realizando atos judiciais de seu exclusivo interesse, quando ela tem outros meios de receber o que lhe é devido,* v.g, *a adjudicação*".

Ora, não havendo licitantes, o credor pode requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados, pois a adjudicação é forma indireta de satisfação do crédito, que se realiza com a transferência da propriedade do bem penhorado ao credor, para extinção de seu direito.

Realmente, é facultativa a adjudicação judicial pelo credor. Contudo, a repetição de praças também seria inócua, com despesas inúteis e sem alcançar o seu objetivo.

De mais a mais, não desejando a agravante adjudicar os bens, deve procurar outros meios, em substituição, para a cobertura de seu crédito, pois a execução deve lograr sua finalidade precípua, ou seja, a satisfação do crédito.

Assim, correta a decisão monocrática que indeferiu a realização de nova praça.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO IMPUGNADO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - ANULAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL PRÉ-CONSTITUÍDA - NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL - AÇÃO MANDAMENTAL - IMPOSSIBILIDADE

- O mandado de segurança não é a via processual adequada para impugnar ato que se procura anular por vício de consentimento, uma vez que a prova de tal vício não se faz de plano, documentalmente, havendo necessidade de instrução processual, o que é incompatível com o rito da ação mandamental, cuja prova há de ser pré-constituída.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 236.075-8/00 - Comarca de Morada Nova de Minas - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Mandado de segurança - Direito líquido e certo - Prova pré-constituída - Instrução processual - Impossibilidade. - A necessidade da instrução processual evidencia que a ação mandamental não é a via adequada para impugnar ato que se procura anular por vício de consentimento. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de março de 2002. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de mandado de segurança, impetrado por José Carlos Ribeiro, José Maria de Lima e José Ernesto de Freitas, em desfavor da Mesa da Câmara Municipal de Morada Nova de Minas, que, após emenda da inicial, apontou como autoridades coatoras José Maria Franco, Gilmar Álvares da Silva, Liderval Lucas de Souza, João Cecílio dos Santos e Luiz Carlos de Oliveira.

Alegam os impetrantes, vereadores, terem sido enganados na votação das contas do Município de Morada Nova de Minas do ano de 1996, isto porque as "*irregularidades apontadas no balanço patrimonial*" pelo Tribunal de Contas não haviam sido sanadas.

A sentença recorrida indeferiu, liminarmente, a inicial, por entender que o direito líquido e certo a ser amparado, na verdade, carecia de ampla instrução probatória, sendo incompatível com o rito da ação de mandado de segurança (fls. 76/78-TJ).

Inconformados, apelam os vencidos (fls. 79/84-TJ), atacando a sentença objurgada.

Contra-razões, às fls. 122/131-TJ, batendo-se os apelados pela manutenção da sentença.

Parecer recursal, às fls. 132/136-TJ, opinando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 144/150-TJ, opina pela manutenção da sentença hostilizada.

Assim relatados, passo à decisão.

Alegam os apelantes terem sido enganados no ato de votação das contas municipais do exercício financeiro do ano de 1996, sobretudo porque as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas e que deveriam ser sanadas teriam sido omitidas, de modo a permitir a aprovação das contas.

Quando uma pessoa se diz enganada, está ela a dizer que há desequilíbrio entre sua atuação volitiva relativamente a sua declaração. Noutras palavras, não diria o que disse ou faria o que fez, se tivesse conhecimento de um fato precedente vinculado ao efeito de sua declaração de vontade.

No entanto, quando se alega que determinada manifestação de vontade está imbuída de vícios de consentimento, há necessidade de que a parte que alega prove o erro, dolo ou coação. A prova de qualquer desses vícios de consentimento jamais será feita por meio de documentos, única plausível na ação mandamental (despacho, decisão, legislação etc.). Na hipótese, mister se faz a produção de outras provas, *v.g.*, testemunhal, pois só a partir do exame conjunto dos fatos que precederam a realização do ato impugnado é que se poderá aferir se houve ou não o vício alegado.

Aliás, é lição do sempre atual CASTRO NUNES, *in Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed, 1954, p. 93, *literis*:

"*Direito certo é incontestável, para os efeitos do mandado de segurança, se define por uma condição processual e pelo teor da obrigação que incumba à autoridade. Condição processual é a possibilidade de provar de plano, documentalmente, os pressupostos da situação jurídica a preservar do ato lesivo e a violação ou ameaça de que se queixa o impetrante, suscetível, em regra, de prova oficial.*

A segunda indagação é o mérito da questão, o exame da legalidade do procedimento da autoridade, o direito de exigir da autoridade o cumprimento de dever funcional".

E destaca CASTRO NUNES:

"*Dessa obrigação legal é correlato o direito de exigir*".

E complementa o renomado autor (*ob. cit.*, p. 101):

"*Direito líquido e certo ou que assim deva ser declarado situa-se, como já ficou explicitado, no plano jurídico da obrigação certa quanto à sua existência, determinada quanto ao seu objeto e líquida na prestação exigida.*

Se é certa a obrigação da autoridade, se em termos suficientemente precisos na lei o dever de abster-se ou de praticar um dado ato, será este ato ou essa abstenção devida o objeto do pedido. A obrigação será certa e determinada e por igual o direito reclamado.

Líquido está no texto como reforço de expressão, mais na acepção vulgar de escoimado de dúvidas, o que equivale a certo, do que no sentido correlato da obrigação correspondente".

No caso dos autos, a necessidade de instrução processual para que se constatasse ou não o "engano" alegado pelos apelantes evidencia que a ação mandamental não é a via adequada para impugnar ato que se procura anular por vício de consentimento.

Assim sendo, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença que indeferiu, liminarmente, a inicial desta ação mandamental.

Custas recursais, pelos apelantes.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ISSQN - EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONES - SERVIÇOS DE SECRETARIA E EXPEDIENTE - SERVIÇOS INTERNOS DE MANUTENÇÃO NOS PRÓPRIOS EQUIPAMENTOS - AUTO-SERVIÇO - NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - SERVIÇO DE PUBLICIDADE - PAGAMENTO DO TRIBUTO - REPASSE DAS QUANTIAS DEVIDAS À EDITORA - NÃO-TRIBUTAÇÃO - LINHAS TELEFÔNICAS - BENS MÓVEIS - LOCAÇÃO - INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO E REPAROS DE APARELHOS - INSTALAÇÕES TELEFÔNICAS - SERVIÇOS PRESTADOS AOS CLIENTES - INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - ITENS 85, 79 E 69 DA LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68

- Não se pode fugir à lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, ainda que tal método de orientação para a cobrança do ISSQN seja imperfeito e passível de interpretação dúbia. Somente aqueles serviços cobrados pela municipalidade que se fazem presentes na referida listagem é que podem motivar a cobrança do ISSQN.

- Os serviços de secretaria e expediente da Telemig, sendo serviços de âmbito interno da empresa, voltados para o auxílio da consecução de seu objetivo final, que é o fornecimento de serviços de comunicação telefônica, não podem ser tributados pelo ISSQN, haja vista que não são serviços prestados a terceiros com intenção de auferir lucro.

- O serviço de publicidade se encontra expressamente incluído no item 85 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, pelo que, ao receber o pagamento pela inclusão do anunciante nos espaços publicitários da lista telefônica, a Telemig já se obrigou pelo pagamento do ISSQN, não se podendo admitir que o mesmo imposto incida mais uma vez na transferência da parte do valor que cabe à editora da lista. Não há que tributar com o ISSQN o repasse das quantias devidas à editora das listas, uma vez que o fato gerador é a venda de publicidade, e não a intermediação a terceiros.

- Sendo as linhas telefônicas bens móveis, a locação das mesmas se enquadra na lista de serviços tributáveis pelo ISSQN, uma vez que o item 79 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68 inclui claramente os serviços de "*locação de bens móveis*" entre aqueles aptos a ensejar a cobrança do imposto sobre serviços.

- Os serviços internos de manutenção e reparos efetuados pela Telemig nos seus próprios equipamentos e em suas máquinas não são aptos a ensejar a cobrança de ISSQN, por possuírem caráter de auto-serviço, o qual não gera a obrigação de pagar o referido imposto, uma vez que não é prestado a terceiros mediante pagamento.

- Os serviços de instalação, manutenção e reparo de aparelhos, bem como instalações telefônicas prestados pela Telemig aos seus clientes, que pagam por estes serviços, preenchem os requisitos para a caracterização do fato gerador da obrigação de pagar o ISSQN, pois tais serviços constam da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, no item 69.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 236.638-3/00 - Comarca de Betim - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: ISSQN sobre serviços prestados por concessionária de telefones - Embargos à execução fiscal. - Excluem-se os serviços de secretaria e expediente, já que tais serviços não são prestados ao consumidor final. - Não há que tributar com o ISSQN o repasse das quantias devidas à editora das listas, uma vez que o fato gerador é a venda de publicidade, e não a intermediação a terceiros. Embargos acolhidos em parte. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela segunda apelante, o Dr. Igor Mauler Santiago.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Ouvi com atenção as palavras do nobre advogado e meu voto, que versa as questões por ele suscitadas, é o seguinte:

Cuida-se de embargos manejados pela Telemig contra a execução fiscal movida pelo Município de Betim, motivada por débitos oriundos de cobrança de ISSQN.

A Telemig sustenta que os serviços noticiados pelo Município de Betim não estão previstos pelo Decreto-lei 406/68, pelo que não se poderia cobrar ISSQN sobre os mesmos, no que são contraditos pelo Município.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, com a exclusão de parte dos serviços cobrados pelo Município - intermediação de serviços de terceiros (publicação de anúncios em lista telefônica) e serviços de expediente e secretaria.

Cada parte interpõe recurso em face da sentença; o Município, visando à reinclusão dos serviços alijados da execução pelo Julgador de primeiro grau, e a Telemig, visando à exclusão do restante dos serviços e a conseqüente anulação da execução.

Conheço dos recursos, pois presentes seus requisitos de admissibilidade.

Impõem-se, primeiramente, algumas considerações a respeito da taxatividade do Decreto-lei 406/68, que, se admitida, pode ensejar a impossibilidade de se cobrar o ISSQN sobre todo e qualquer serviço que não esteja naquela lista.

O jurista SACHA CALMON NAVARRO COELHO ensina em sua obra *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, versando o ISSQN:

"*O imposto incide* sobre prestação de serviços de qualquer natureza *realizada em favor de terceiros por profissionais autônomos ou empresas, o que exclui de saída:*

- os serviços prestados em regime celetista (relação de emprego);

- os serviços prestados em regime estatutário (serviços públicos prestados pelos órgãos da Administração Pública);

- os auto-serviços.

A escorar as prestações de serviços tributáveis, subjazem contratos escritos ou verbais (negócios jurídicos).

Em nosso entendimento doutrinário - o que não significa dizer que a jurisprudência assente adota o mesmo entendimento - os serviços tributáveis são todos, excluídos os mencionados acima, bem como os que foram entregues, em sede constitucional, aos Estados-Membros da Federação para serem tributados pelo ICMS.

A cláusula constitucional 'serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II', ao nosso sentir, definiu por inteiro e por exclusão a área tributável posta à disposição dos municípios. Ora, a lei complementar não pode restringir o poder do constituinte. Se o fizesse estaria a alterar a Constituição. O poder de tributar é derivado da vontade do povo, por seus representantes, reunidos em Assembléia Constituinte, que o reparte *entre as pessoas políticas. Dessarte, os entes políticos, em posição isônoma, recebem da Constituição suas respectivas competências. O Município recebeu competência para tributar os serviços de* qualquer natureza, *não compreendidos no art. 155, II (os serviços de transporte não estritamente municipais), e comunicações. Conclui-se que a* área tributável *do ISS está* perfeitamente delimitada *pela própria Constituição*" (*op. cit.*, Editora Forense, 6ª ed., p. 521).

O douto jurista explica que, no entanto, ante a omissão do Poder Legislativo em definir e conceituar o que sejam "serviços", para os fins de tributação pelo ISSQN, continuou valendo a legislação anterior à CF/88, ou seja, o Dec.-Lei 406/68 e a Lei Complementar 56/87.

Assim explana o mesmo autor:

"*A omissão do legislador complementar levou a jurisprudência, sem discrepância, a recepcionar a legislação complementar anterior à Carta Política de 1988.*

Estão a viger - por isso que recepcionados pela Constituição de 1988, segundo o dizer dos tribunais, inclusive o do STF - o Decreto-lei nº 406/68 (lei complementar ratione materiae*) e a Lei Complementar nº 56/87.*

Os serviços tributáveis, portanto, devem constar de lista numerus clausus, *ou seja, taxativa.*

O que o legislador até hoje não fez foi exatamente definir a nomina juris *serviços, o que, a nosso sentir, resulta em inaplicação da Constituição. O ICMS recebeu as primícias do legislador complementar. E só a esta altura (1998) se está cogitando do assunto, ante a importância das finanças municipais, mormente as das megalópoles. A técnica imperfeita da lista continua*" (*idem*, p. 522).

Não só o jurista supracitado se coloca na posição de que a lista do Dec.-lei 406/68 é taxativa. Também os ilustres doutrinadores MAURY ÂNGELO BOTTESINI, ODMIR FERNANDES, RICARDO CUNHA CHIMENTI, CARLOS HENRIQUE ABRÃO E MANOEL ÁLVARES salientam que:

"*o STF, em conformidade com a opinião geral dos juristas, já deliberou que a lista é taxativa, isto é, somente são tributáveis os serviços nela mencionados. Contudo, o próprio STF admitiu a aplicação analógica da lista (RDA 118/155), decisão que, segundo alguns juristas, viola os princípios da estrita legalidade e o art. 108, § 1º, do CTN ('O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei')*" (*Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*, Editora RT, 3ª ed., p. 359).

Ante tais argumentos, os quais reputo de grande propriedade, adoto posição igualmente no sentido de que não se pode fugir à lista do Dec.-lei 406/68, ainda que tal método de orientação para a cobrança do ISSQN seja imperfeito e passível de interpretação dúbia.

Aplicando tais considerações ao caso presente, tenho que somente aqueles serviços cobrados pela municipalidade que se fazem presentes na referida listagem é que podem motivar a cobrança do ISSQN.

Neste espeque, devem-se excluir imediatamente os serviços de secretaria e expediente, haja vista que não são serviços prestados a terceiros com intenção de auferir lucro. Na verdade, são serviços de âmbito interno da empresa, voltados para o auxílio da consecução de seu objetivo final, ou seja, o fornecimento de serviços de comunicação telefônica.

Destarte, devem ser considerados como auto-serviços, fazendo com que não possam ser tributados.

Com relação aos serviços descritos como "*intermediação de serviços de terceiros*" - tidos como insuscetíveis de tributação pelo ISSQN, pelo digno Juiz prolator da r. decisão atacada -, trata-se, na verdade, de venda de publicidade, já tributada anteriormente pelo ISSQN.

De fato, o serviço de publicidade se encontra expressamente incluído no item XV (N.B.: atual item 85) da lista de serviços do Dec.-lei 406/68, pelo que, ao receber o pagamento pela inclusão do anunciante nos espaços publicitários da lista telefônica, a Telemig já se obrigou ao pagamento do ISSQN. Não se pode admitir que o mesmo imposto incida mais uma vez na transferência da parte do valor que cabe à editora da lista, uma vez que este não pode ser considerado "serviço" para os fins de cobrança do ISSQN.

É dizer, não existe o fato gerador a ensejar nova cobrança de ISSQN, além de haver evidente cumulatividade em tal operação.

Nada há que modificar na r. sentença, pois, quanto aos serviços eliminados da execução, por impossibilidade de cobrança do tributo em questão sobre os mesmos.

Quanto aos serviços restantes, no entanto, analisando sua natureza, ponho-me no sentido de que é devido o ISSQN pela realização de ambos.

Com relação à locação de linhas telefônicas, tenho que as mesmas são,

obviamente, bens móveis, ainda que tenham valor monetário cada vez mais baixo, aproximando-se hoje do irrisório. Assim, enquadram-se perfeitamente na lista de serviços tributáveis, uma vez que o item XVIII (N.B.: atual item 79) da lista do Dec.-lei 406 inclui claramente os serviços de "*locação de bens móveis*" entre aqueles aptos a ensejar a cobrança do imposto sobre serviços.

Não vejo como se contestar a fria letra da lei, sendo inútil qualquer exercício de exegese afeito a demonstrar o indemonstrável: que a locação de linhas telefônicas não pode ser incluída na expressão "*locação de bens móveis*".

Muito bem se houve o digno Magistrado de primeira instância, portanto, ao manter a cobrança do ISSQN sobre os serviços de locação de linhas telefônicas, uma vez que tal cobrança obedeceu estritamente aos ditames permissivos da legislação tributária.

Por último, considero que os serviços de manutenção e reparos merecem uma consideração especial, haja vista existirem duas hipóteses distintas para estes serviços.

Primeiramente, há o caso dos serviços *internos* de manutenção e reparos, que são aqueles efetuados pela Telemig nos seus próprios equipamentos e em suas máquinas. Esse tipo de serviços - a exemplo dos já apreciados serviços internos de secretaria e expediente - não são aptos a ensejar a cobrança de ISSQN, haja vista que possuem caráter de *auto-serviço*; e, como se observa pelos textos doutrinários supra, o auto-serviço não gera obrigação de pagar o ISSQN, uma vez que não é prestado a terceiros mediante pagamento.

No entanto, há a segunda hipótese, qual seja, os serviços de instalação, manutenção e reparo de aparelhos e instalações telefônicas prestados aos clientes da Telemig, que pagam por estes serviços. Esta hipótese, ao contrário da primeira, preenche os requisitos para a caracterização do fato gerador da obrigação de pagar o ISSQN, pois tais serviços, inclusive, constam da lista do Decreto-lei 406/68, no item XXIII (N.B.: atual item 69).

São estes os serviços cobrados pelo Município de Betim, ao que deve ser mantida a execução no que tange aos mesmos.

Com tais considerações, vê-se que o digno Juiz de primeiro grau aplicou o melhor Direito cabível, decidindo com propriedade e acerto. Nada há, pois, que ser modificado na bem-lançada sentença que se reexamina, pelo que, atendendo à remessa necessária, mantenho a r. decisão monocrática.

Prejudicados restam, destarte, os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Também estou, em reexame necessário, confirmando a respeitável sentença, julgando prejudicados os recursos voluntários, com adoção dos mesmos fundamentos contidos no substancioso voto do em. Relator, permitindo-me, com a devida vênia, frisar o axioma por S. Exa. feito: o fato gerador é a venda da publicidade, e não a intermediação a terceiros.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo com o Relator.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - EXTRAVIO DE BEM - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - CONDUTA LÍCITA DA ADMINISTRAÇÃO - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - INTELIGÊNCIA DO § 6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO DIREITO DO PARTICULAR - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO - PATRIMÔNIO PÚBLICO - PROTEÇÃO - DEVER DAS ENTIDADES E DOS AGENTES PÚBLICOS

- Tratando-se de dano causado pelo Poder Público, não há que se cogitar de responsabilidade subjetiva, perquirindo acerca de comportamento doloso ou culposo, exigindo-se, apenas, a existência de conduta, o nexo causal e o dano, pois a responsabilidade do Estado é objetiva, independentemente dos elementos subjetivos da conduta. Saliente-se, ainda, que, tratando-se de conduta estatal comissiva, pode ela ser legal ou ilegal, bastando que cause um dano ao particular, uma lesão ao seu direito, para haver a responsabilidade estatal. Mas, mesmo com toda esta amplitude, o Poder Público apenas está obrigado a indenizar se causar lesão a direito do particular. Se a conduta estatal não violar a esfera jurídica protegida do particular, não há que cogitar de responsabilidade, nem de reparação.

- O procedimento administrativo de apuração de responsabilidade é uma conduta da Administração inteiramente lícita, somente surgindo dano indenizável caso seja anormal, especial e haja excesso. Não há direito do funcionário de não figurar em processo administrativo que visa à apuração de responsabilidade, não configurando lesão à sua esfera juridicamente protegida a abertura de regular procedimento administrativo para apuração de responsabilidade por extravio de bem, mormente se consentânea com as normas pertinentes, não podendo ser tida como comportamento administrativo capaz de causar danos morais ao funcionário.

- Não se pode condenar o ente público sem que tenha ele concorrido culposamente para a ocorrência do evento, exegese que se tira da leitura do

disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, com o que o simples fato da abertura de um procedimento administrativo para a apuração do extravio de um bem não está a acarretar dano moral àquele servidor que tinha responsabilidade pela informação de seu destino.

- A proteção do patrimônio público é um dever das entidades e dos agentes públicos, não podendo estes descurar desta proteção nem deixar de adotar os atos necessários, sob pena de estarem descumprindo tal dever.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 238.430-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Direito Administrativo - Ação ordinária de indenização por dano moral - Abertura de procedimento administrativo para apuração de responsabilidade por extravio de bem - Conduta lícita e regular da Administração - Inexistência de direito do agente público de não figurar em procedimento de apuração de responsabilidade - Inexistência de dano especial e anormal - Ausência de responsabilidade do Estado - Inteligência do art. 37, § 6º, 5º, V e X, todos da Constituição Federal. - A responsabilidade estatal é objetiva, mas, em se tratando de conduta lícita, exige-se lesão especial e anormal a direito do particular para ensejar indenização. Não configura tal lesão a abertura regular de procedimento administrativo para apuração de responsabilidade por extravio de bem, mormente se consentânea com as normas pertinentes.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de março de 2002. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. Ângelo B. Neto.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Trata-se de apelação em ação ordinária de indenização por dano moral, interposta por Máximo Antônio Barbosa em face da Companhia de Saneamento Básico do Estado de Minas Gerais-Copasa, contra a sentença de fls. 115/119-TJ, na qual se entendeu não haver dano moral a ser reparado, por inexistir comportamento ilícito da ré, nem nexo de causalidade entre a suposta perturbação no ânimo do autor e a conduta daquela, tendo sido o pedido julgado improcedente.

Irresignado, postula o vencido sua reforma, alegando que não foi juntado aos autos o depoimento de uma das testemunhas, configurando cerceamento de defesa; que o dano moral é indenizável independentemente de dolo ou de culpa; que houve acusação contra ele sem embasamento, tendo sido aberta sindicância administrativa sem esgotar todas as possibilidades de resolução do problema, o que lhe causou prejuízo moral, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 122/128-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Para o correto deslinde da questão trazida a este Tribunal, inclusive para permitir o exame da alegação de cerceamento de defesa, que se erige em verdadeira prefacial, consistente no fato de não ter sido juntado ao processado o depoimento de uma testemunha, urge percorrer, ainda que perfunctoriamente, as circunstâncias fáticas descritas nos autos e que supostamente teriam levado à causação de danos morais ao autor.

Narra este, em sua inicial, que era motorista da Copasa, tendo permanecido em licença médica por 06 (seis) meses, tendo ficado afastado da empresa por um total de 07 (sete) meses em virtude de férias anteriores à licença, e que, retornando ao serviço, foi chamado à Seção de Vigilância Patrimonial para prestar contas do destino de um "*quadro eletrônico de comando*", valioso bem da Empresa, que deveria ter entregado na Estação de Tratamento de Água de Nova Lima, com o que, os inspetores não acreditaram que o bem havia sido entregue por não haver "*guia de m.d.p.*", ou seja, de entrega, sendo o autor obrigado a assinar "*dossiê de sindicância administrativa*" responsabilizando-se pelo extravio e, posteriormente, ele próprio encontrou uma das quatro vias da "*guia de m.d.p.*", entregando-a aos inspetores e o extravio foi elucidado.

Ainda segundo ele, estes acontecimentos lhe causaram imensa dor, pois foi tido como ladrão, além de ter sido, ele próprio que resolveu a questão.

Diante do quadro acima descrito, e embora reconheça que de fato houve omissão na juntada do depoimento de uma das testemunhas ouvidas pelo juízo monocrático, tal fato não acarretou as conseqüências que lhe são atribuídas pela ré.

É que, considero esta irregularidade de menor importância, visto que o ilustre Juiz de primeiro grau, que tomou os depoimentos, deu-se por suficientemente convencido para proferir sua decisão, e, neste segundo grau, também tenho para mim que o conjunto probatório carreado aos autos oferece elementos capazes de embasar o reexame, sem causar qualquer prejuízo à parte interessada pela omissão.

Rejeito, pois, a preliminar.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

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

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Compulsando os autos, encontro uma comunicação interna onde se lê que deve ser instaurada uma sindicância em 90 (noventa) dias, segundo uma norma de procedimento interno, para a apuração de responsabilidade relativa a perda, extravio e danos de bens patrimoniais, havendo, também, uma dirigida ao autor, solicitando seu comparecimento na Vigilância para esclarecer sobre o extravio do aludido bem (fls. 26/27-TJ).

É de se observar que às fls. 26/31-TJ, foram juntados documentos pelo próprio apelante que demonstram que o procedimento de verificação do destino do bem extraviado se deu em condições de perfeita regularidade, com o que sua juntada comprova que ele recebeu as comunicações solicitando seu comparecimento, e, além disso, há várias menções a normas que disciplinam o procedimento de sindicância, demonstrando a preocupação e sua efetiva observância.

De fato, a análise destes documentos não deixa dúvida de que a empresa-ré atuou com impessoalidade, publicidade e segundo o princípio da legalidade, nada há que demonstre espírito de perseguição ou de humilhação do irresignante; pelo contrário, é deixado bem claro que o procedimento visa a verificar o destino do bem.

O que venho de dizer ressai cristalino dos termos com que o autor foi convocado à Vigilância:

"*Conforme determina a Norma de Procedimento 84.003/0 intitulada 'Apuração de Responsabilidade Relativa a Perda, Extravio e Danos de Bens Patrimoniais', solicitamos a V. S.ª, gentileza de comparecer a Vigilância para prestar informações a respeito do dossiê nº CR-95.0070/97, no prazo de 15 dias, cujo dossiê já lhe foi enviado pela SCBD.*

Caso não seja possível o seu comparecimento a Vigilância, no prazo supra citado, solicitamos nos enviar, por escrito, suas considerações/defesa contendo principalmente: (...)" (*litteris*, fls. 27-TJ).

É ainda de se ver que, mesmo antes da abertura do processo, o autor foi comunicado, tendo sido a ele requerido que, tendo uma das vias da "*guia de m.d.p.*", bastava entregá-la na Seção de Controle de Bens e Ativos Diversos, evitando, assim, a abertura do processo (fls. 61-TJ).

Percebe-se que não houve qualquer acusação a ele, o que se fez foi instalar um procedimento administrativo, previsto por normas internas, para a apuração de responsabilidade de extravio de bem.

A propósito, é do escólio de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a seguinte explicação acerca da responsabilidade do Poder Público:

"*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. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano*" (*in Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 12ª ed., São Paulo, 1999, p. 787/788).

De fato, bem se sabe que, no caso de dano causado pelo Poder Público não há que se cogitar de responsabilidade subjetiva, ou seja, não há que perquirir acerca de comportamento doloso ou culposo, apenas se exige a existência de conduta, o nexo causal e o dano.

Isto quer dizer que a responsabilidade do Estado é objetiva, independendo dos elementos subjetivos da conduta, irrompendo a obrigação de reparar o dano causado mesmo que não tenha havido culpa ou dolo.

Saliente-se, ainda, que, tratando-se de conduta estatal comissiva, pode ser ela legal ou ilegal, bastando que cause um dano para o particular, uma violação de sua esfera jurídica protegida, para haver a responsabilidade estatal.

Mesmo com toda esta amplitude, é preciso não perder de vista que a responsabilidade extracontratual do Estado exsurge apenas se a conduta estatal viola, como dito, a esfera jurídica protegida do particular, ou seja, o Poder Público apenas está obrigado a indenizar no caso de ter causado lesão a direito do particular.

Com isto quero assentar a idéia de que, se a conduta estatal não fere direito do particular, não há que cogitar de responsabilidade, nem de reparação.

O que venho de dizer coincide com as lições do mestre paulista citado, que assim se pronuncia acerca do dano indenizável:

"*Para que nasça o dever público de indenizar é mister que o dano apresente certas características.*

a) A primeira delas é que o dano corresponda a lesão a um direito da vítima. Quem não fere direito alheio não tem por que indenizar. Ou, dito pelo reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular indenização. Isto é, importa, como disse Alessi, dantes citado, que o evento danoso implique, ademais de lesão econômica, lesão jurídica" (*ob. cit.*, p. 802).

Este ensinamento vem a calhar no caso em tela, visto que não há direito do funcionário de não figurar em processo administrativo que visa à apuração de responsabilidade, não havendo assim lesão à sua esfera juridicamente protegida.

De fato, quando um indivíduo se torna agente público, coloca-se sob o influxo de certas normas cogentes que não podem ser afastadas por sua vontade; assim, são, por exemplo, as

normas disciplinares e aquelas que disciplinam os procedimentos administrativos internos de apuração de responsabilidade.

Daí por que o agente público, quando inserido na organização administrativa, submete-se às normas jurídicas de sua disciplina interna, não havendo direito algum de não ser submetido a sindicância ou processo administrativo, muito pelo contrário, podendo-se até mesmo aventar que há um dever deste constituído por tais normas.

Neste passo, os agentes públicos superiores, verificando alguma irregularidade têm o dever inafastável de iniciar os procedimentos cabíveis para sua verificação e possível responsabilização dos envolvidos.

Tais agentes não podem se furtar deste dever, têm, necessariamente, que apurar as responsabilidades pelas irregularidades eventualmente ocorridas.

Com isto, percebe-se que a instauração de procedimento administrativo ou sindicância, como quer que se denomine, constitui um dever dos agentes competentes, e, mais que isto, configura uma atividade essencialmente legal da Administração, ou seja, uma conduta lícita, podendo, ainda assim, surgir responsabilidade do Estado de indenizar particular acaso lesado, mas, em virtude da legalidade da conduta, surgem exigências mais pesadas relativamente ao dano para que caiba indenização.

Mais, uma vez, é o que ensina o mesmo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"*A configuração do dano reparável na hipótese de comportamentos estatais lícitos requer que, ademais da certeza do dano e da lesão a um direito, cumulem-se as seguintes duas outras características: especialidade e anormalidade.*

Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas.

(...)

Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em Sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal.

(...)

Assim também, não configurariam dano moral providências legítimas, embora às vezes constrangedoras, como a revista, desde que efetuada sem excessos vexatórios, por agentes policiais ou alfandegários em alguma pessoa, seja por cautela, seja por suspeita de que porta consigo arma, bem ou produto que não poderia portar ou que, na circunstância, ser-lhe-ia defeso trazer consigo" (*ob. cit.*, p. 804/805).

Nestas considerações finais, *mutatis mutandis*, se enquadra perfeitamente o caso em tela, visto que o procedimento administrativo de apuração de responsabilidade é uma conduta inteiramente lícita, somente surgindo dano indenizável caso seja anormal e especial, o que não ocorre, visto que não houve qualquer excesso nesta apuração.

Aliás, passa um pouco dos limites da razoabilidade conceber que a abertura de procedimento administrativo para a apuração de responsabilidade configura ofensa ao agente público, pois não há acusação, mas apenas se pretende elucidar a verdade, com o fim de preservar o patrimônio público.

A aceitar a afirmação de que a abertura do procedimento por si só é capaz de macular a honra do funcionário causando-lhe dor íntima, dano moral a ser reparado, ter-se-ia que repensar a possibilidade de se denunciar alguém por crime sem se ter, antes da denúncia, provas capazes a indicar com quase total certeza a autoria, o que não é de se admitir, visto que o processo visa justamente a esta verificação.

Aqui, o problema não é outro, o procedimento não é aberto porque já se sabe que o funcionário extraviou o bem, é aberto porque o funcionário esteve encarregado do bem em determinado momento e o bem não foi encontrado, pretendendo-se esclarecer seu destino com a colaboração do funcionário, que tem seu direito de ampla defesa plenamente preservado, como se viu na transcrição feita linhas acima.

Ora, o procedimento é de verificação, de apuração, e antes dele não se pode falar efetivamente de acusação, junte-se a isto o fato de que tais procedimentos são rotineiros e legítimos nas entidades, como também se percebe dos documentos analisados neste caso.

Cumpre ainda se observar que até se poderia pensar em dano moral se, das circunstâncias do caso, transparecesse alguma peculiaridade que demonstrasse finalidade de perseguição, de humilhação do autor, mas não é isto o que se extrai do conjunto probatório.

Por um lado, o apelante tinha de fato estado com o bem em seu poder, não sendo totalmente descabido o requerimento de que prestasse esclarecimentos; por outro lado, o procedimento adotado, visto que embasado em normas internas, é padrão, ou seja, adotado com impessoalidade para todos os casos semelhantes, aliás, disto informa a apelada à fl. 46-TJ, corroborado pelos documentos mencionados.

Por fim, é de destacar que a proteção ao patrimônio público é mesmo um dever das entidades e agentes públicos, afinal, trata-se, em certa medida, de patrimônio de todos, por isto, não podem estes descurar desta proteção, não podem deixar de adotar os

atos necessários, sob pena de estarem descumprindo tal dever.

Ora, como é que se vai proteger o patrimônio público se não se puder nem mesmo instaurar um procedimento administrativo para a apuração de responsabilidade? Que outro meio terá o Poder Público internamente para verificar irregularidades ocorridas que não o procedimento administrativo? Será legítimo impor ao Poder Público a obrigação de encontrar o responsável antes mesmo da realização do procedimento?

Neste passo, é de acolher a alegação da ré feita à fl. 46-TJ, cuja transcrição ora se impõe:

"*Assim, não se compreende que o autor tente forjar, a partir de um episódio de rotina administrativa, uma ofensa moral que não resiste à lógica dos fatos. Perquirir um empregado responsável pelo transporte de um bem patrimonial, cujo processo de movimentação não estava concluído, não pode gerar dano moral algum*".

De fato, a abertura de procedimento para apuração de responsabilidade não pode ser tida como comportamento administrativo capaz de causar danos morais em funcionário, principalmente se se tem em mente a regularidade do procedimento, sua finalidade e a ausência de excessos.

Aliás, esta eg. Corte de Justiça, já se pronunciou a respeito, como se constata dos arestos adiante trazidos à colação:

"*Ação de indenização contra o Poder Público - Não-intervenção do MP - Nulidade - Não-ocorrência - Promotor de Justiça - Sindicância realizada pela PMMG - Danos morais - Inexistência de prova. - Intimado o Órgão Ministerial a intervir no feito, é lícito recusar-se ele a fazê-lo, quando entenda descabido, sendo que daí não decorre nenhuma nulidade.* - Não se tem como reconhecer a ocorrência de dano moral, em razão de levantamento efetuado por Corporação Militar, *se não se comprovou que foi dada publicidade ao documento então elaborado, do qual consta o registro de fatos desabonadores*" (Apelação Cível nº 193.256-5, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. em 2.8.01, *DJ* de 17.8.01) (grifou-se).

"*A instauração de procedimento administrativo constitui meio legítimo e obrigatório para a apuração de irregularidade detectada por qualquer agente da Administração, não se revelando, por isso, conduta culposa*" (Apelação Cível nº 201.868-7, Rel. Des. José Francisco Bueno, j. em 15.3.01, *DJ* de 6.4.01).

"*Policial militar em diligência - Desvio da rota traçada por seus superiores - Prisão disciplinar - Sindicância para apurar denúncias de ameaças a terceiros - Supostos danos morais reclamados em ação indenizatória - Descabimento.* - Improcede pretensão indenizatória por alegados danos morais, pelo fato da abertura de sindicância, *tendo em vista desrespeito ao Regulamento Disciplinar da PMMG, ante o desvio da rota previamente traçada por seus superiores e apuração de possíveis ilícitos procedimentais, com ameaças a terceiros, por se tratar de procedimento previsto nas normas disciplinares da PMMG*" (Apelação Cível nº 229.120-1, Rel. Des. Orlando Carvalho, j. em 20.11.01, *DJ* de 23.11.01) (grifou-se).

No que tange à alegação do autor (fls. 73-TJ), reiterada em seu memorial de fls. 112-TJ, no sentido de que seu desligamento da Copasa se deu também em virtude da acusação de extravio, não é de ser tida como verdadeira, visto que não há qualquer prova nos autos que a isto aponte, e, como se sabe, a prova desta alegação a ele cabia.

Por último, e a despeito de a questão debatida envolver uma sociedade de economia mista, onde poderia se aplicar a responsabilidade objetiva, mesmo assim, não se pode condenar o ente público sem que tenha ele concorrido culposamente para a ocorrência do evento, exegese que se tira da leitura do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, com o que o simples fato da abertura de um procedimento administrativo para a apuração do extravio de um bem não está a acarretar dano moral àquele servidor que tinha responsabilidade pela informação de seu destino.

Outro não tem sido o entendimento em seara de responsabilidade subjetiva; a se afigurar como de todo pertinente trazer-se à colação o julgado referente à Apelação Cível nº 311.879-8, de minha relatoria, quando ainda integrante do eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, com assento na 3ª Câmara Cível, oriunda da Comarca de Ituiutaba, ocorrido em 30.8.00, e que restou assim ementada:

"*Indenização - Dano moral -* Notitia criminis - *Não-configuração de denunciação caluniosa - Exercício regular do direito - Inteligência do inciso X, do art. 5º da Constituição Federal e art. 159 do Código Civil. - Não constitui denunciação caluniosa, para os efeitos de reparação civil por danos morais, a apresentação de* notitia criminis *pelo empregador, na qual imputa conduta inidônea do empregado, se não restar demonstrado que houve abuso de direito ou intenção dolosa de prejudicá-lo moralmente*".

Cotejando o que se disse inicialmente acerca da responsabilidade do Poder Público por conduta lícita, com o que se vem de dizer sobre as circunstâncias destes autos, está a me parecer que conduta praticada pela ré não foi de porte a causar danos morais ao autor, uma vez que não lesou direito e não houve dano especial e anormal, não havendo, assim, o que reparar ou indenizar.

Com tais considerações, nego provimento à apelação interposta, mantendo-se, em conseqüência, incólume a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante, de cujo pagamento o suspendo, por se encontrar ele amparado pela gratuidade de justiça (art. 12, *in fine*, da Lei 1.060/50).

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Sr. Presidente. A simples realização de sindicância para apurar o paradeiro de bem integrante de patrimônio de empresa não constitui ato culposo a suscitar a obrigação de indenizar.

Assim sendo, incensurável a decisão monocrática, pelo que também nego provimento na esteira dos doutos fundamentos expostos pelo em. Relator.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Sr. Presidente. Ponho-me de acordo com os votos que me antecederam.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO-IPTU - LANÇAMENTO REALIZADO EM NOME DO ANTIGO PROPRIETÁRIO, QUE TRANSFERIU A PROPRIEDADE DO IMÓVEL A OUTREM - CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS - SUB-ROGAÇÃO NA PESSOA DO ADQUIRENTE - PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O ATUAL PROPRIETÁRIO - ADMISSIBILIDADE - ARTS. 129 E 130 DO CTN - ART. 677, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - INTELIGÊNCIA

- A teor do art. 129 do CTN, a responsabilidade do sucessor "*aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos*". Tem-se, assim, que, para efeito de caracterização da responsabilidade do sucessor, pode-se prescindir de quaisquer indagações relacionadas com a data da efetivação do lançamento, porque o sucessor responde pelos tributos apurados ou passíveis de apuração (lançados ou não) à data da intercorrência do fenômeno sucessório, pois os créditos tributários referentes a impostos sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, na forma do art. 130 do CTN. Por estas mesmas razões, a execução fiscal pode ser proposta ou prosseguir, independentemente de emenda ou substituição da certidão de dívida ativa, contra os sucessores, porque nesses casos não há necessidade de realização de acertamento algum para permitir a execução fiscal. Perante o Fisco o adquirente do imóvel gerador dos tributos, sucessor do alienante, ocupa a mesma posição jurídica do devedor primitivo, independentemente da apuração de qualquer fato estranho ao acertamento até então promovido. Cuida-se de situação líquida e certa, objetivamente criada pela própria lei (art. 130 do CTN e art. 677, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 238.434-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Execução fiscal - Imposto predial e territorial urbano (IPTU) - Lançamento realizado em nome do antigo proprietário, que transferiu a propriedade do imóvel a outrem - Pretensão de prosseguimento da execução contra o atual proprietário - Admissibilidade. - A teor do art. 129 do CTN, a responsabilidade do sucessor "*aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos*". Tem-se, assim, que, para efeito de caracterização da responsabilidade do sucessor, pode-se prescindir de quaisquer indagações relacionadas com a data da efetivação do lançamento, porque o sucessor responde pelos tributos apurados ou passíveis de apuração (lançados ou não) à data da intercorrência do fenômeno sucessório, pois os créditos tributários referentes a impostos sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, na forma do art. 130 do CTN. Por estas mesmas razões, a execução fiscal pode ser proposta ou prosseguir, independentemente de emenda ou substituição da certidão de dívida ativa, contra os sucessores, porque nestes casos não há necessidade de realização de acertamento algum para permitir a execução fiscal. Perante o Fisco o adquirente do imóvel gerador dos tributos, sucessor do alienante, ocupa a mesma posição jurídica do devedor primitivo, independentemente da apuração de qualquer fato estranho ao acertamento até então promovido. Cuida-se de situação líquida e certa, objetivamente criada pela própria lei (art. 130 do CTN e art. 677, parágrafo único, do CCB).

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 ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 12 de março de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuida-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto contra a v. sentença que, nos autos da execução fiscal movida pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte contra Antônio Soares de Souza, julgou extinta a execução, nos termos do art. 267, IV, do CPC, por força do disposto no art. 598 do mesmo estatuto, condenando a autora (exeqüente), ainda, ao pagamento das custas processuais (fl. 19-TJ).

Em seu apelo, alega a exeqüente que a decisão que extingue a execução por ausência de interesse de agir, antes mesmo de determinar a citação do executado, em razão do diminuto valor da causa, está sujeita ao reexame

necessário, conforme julgados que transcreve. Argumenta também que a decisão hostilizada se revela desarrazoada, na medida em que "*o valor diminuto de algumas execuções, não pode servir de obstáculo para que a Administração Pública exerça o seu direito de cobrar o que lhe é devido*". Afirma também que "*o interesse de agir deve ser evidenciado em face da necessidade e utilidade do processo como remédio, e não somente em decorrência do valor econômico do pedido*". Salienta, por fim, que a decisão atacada fere frontalmente o inciso XXXV do art. 5º da CF/1988, tolhendo-lhe o direito de ação, além de sujeitar o administrador público, em tese, às sanções da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) (fls. 20/27-TJ).

Conheço do reexame necessário, porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Execução fiscal. Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Lançamento realizado em nome do antigo proprietário, que transferiu a propriedade do imóvel a outrem. Pretensão de prosseguimento da execução contra o atual proprietário. Admissibilidade.

A Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte aforou execução fiscal contra Antônio Soares de Souza, exigindo o pagamento dos valores referentes ao IPTU, Taxa de Limpeza Pública e Taxa de Fiscalização de Aparelhos de Transporte, relativos aos exercícios de 1993 a 1997, num montante de R$ 3.719,96.

Ocorre que o i. oficial de justiça, em cumprimento ao mandado de penhora, avaliação e depósito, certificou que quem estaria residindo no imóvel gerador dos tributos acima mencionado seria Sebastião José da Costa, conforme informação prestada pelo próprio (fl. 13-v.-TJ).

Diante de tal certidão, requereu a exeqüente que, "*embora não tenha sido feita qualquer alteração cadastral, tendo sido certificado a atual propriedade do imóvel pelo Sr. Oficial de Justiça e estando o Sr. José Sebastião Costa na posse do imóvel e, considerando a responsabilidade tributária, requer a exeqüente a inclusão no feito do nome do mesmo na lide, a ser citado no endereço do imóvel*" (fl. 17-TJ).

O d. Juízo monocrático, contudo, indeferiu o pedido e extinguiu o processo, em decisão assim lançada:

"*Trata-se de execução fiscal que se funda em CDA extraída em nome de pessoa que não detém a responsabilidade fiscal, como reconhece a própria exeqüente ao requerer à substituição da parte passiva.*

Ora, se, como no presente caso, a inscrição em dívida ativa se deu posteriormente à transferência da propriedade imobiliária como demonstra a documentação juntada aos presentes autos, há evidente erro de lançamento, de tal forma que a CDA, que deveria gozar de presunção de certeza, não o faz. O caso é de extinção do processo executivo. Falta ao presente feito, por isso mesmo, o fundamento jurídico que se consubstancia no título" (fl. 19-TJ).

A v. decisão hostilizada está a merecer reforma.

O raciocínio desenvolvido pelo douto Julgador, em princípio, está bem conduzido. Isto porque, como bem define HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "*não se destina o procedimento previsto na Lei nº 6.830 a acertamento da relação creditícia entre o Fisco e o contribuinte, nem à definição de responsabilidades outras relacionadas com o crédito tributário; mas apenas se volta para a expropriação de bens do devedor para satisfação do direito do credor (CPC, art. 646)*" (*in Lei de Execução Fiscal*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8).

E mais adiante:

"*O acertamento é fato que precede à execução e que se consolida no título executivo (no caso, a 'Certidão de Dívida Ativa'). Daí a equiparação do título extrajudicial à sentença condenatória com trânsito em julgado, para efeito de autorizar a execução por quantia certa (CPC, art. 583), em caráter definitivo (CPC, art. 587).*

A execução fiscal não foge à regra da execução forçada comum. Assim é que, por expressa disposição legal, somente a Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de liquidez e certeza (Lei nº 6.830, art. 3º). E, na definição da lei, é a inscrição prévia que se constitui 'no ato de controle administrativo da legalidade', sendo promovida 'pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito (art. 2º, §3º)'".

(...)

"*Antes, portanto, de ingressar em Juízo, tem a Fazenda Pública de promover o acertamento de seu crédito, tanto* objetiva *como* subjetivamente, *mediante o procedimento da inscrição, para atribuir-lhe liquidez e certeza, ou seja, para determinar, de forma válida, a existência do crédito tributário, a quantia dele e a responsabilidade principal e subsidiária por seu resgate. Em outros termos, há de apurar-se antes da execução da existência da dívida, o que se deve e quem deve.*

Somente depois da inscrição, que resolve todos esses problemas, e da extração da competente Certidão de Dívida Ativa - que é o título executivo fiscal - é que estará a Fazenda habilitada a promover a execução em Juízo" (*in ob. cit.*, p. 8 e 9).

Não se discute, portanto, que com relação à co-responsabilidade de terceiros pelo crédito tributário deva haver, sempre, regular processo administrativo, pelo lançamento e inscrição, sob pena de estar-se a admitir execução forçada sem título executivo e, conseqüentemente, sem a certeza jurídica da obrigação que se intenta realizar, sob coação estatal de medidas executivas concretas.

Ocorre que, no caso dos autos, a hipótese é diversa. Aqui não se apura

eventual responsabilidade de terceiros, conforme previsto nos arts. 134 e 135 do CTN, mas a sujeição passiva indireta, por transferência, em razão de sucessão, na forma do art. 121, parágrafo único, II, c/c os arts. 129 e 130, todos do CTN.

De fato, dispõem os dispositivos legais supramencionados:

"*Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.*

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa da lei".

"*Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data*".

"*Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuição de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação*".

Registre-se que a legislação tributária em comento apenas ratifica o comando do art. 677 do Código Civil Brasileiro, que determina:

"*Art. 677. Os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente.*

Parágrafo único. O ônus dos impostos sobre prédios transmite-se aos adquirentes, salvo constando da escritura as certidões do recebimento, pelo fisco, dos impostos devidos e, em caso de venda em praça, até o equivalente do preço da arrematação" (grifos nossos).

Em comentários ao citado art. 129 do CTN, leciona o insigne tributarista SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

"*Cuida o artigo dos 'sucessores' que se tornam responsáveis - por transferência - pelas dívidas fiscais dos seus sucedidos. Fica explicitado que os débitos conhecidos à data da sucessão, ou seja, já lançados, assim como os que estiverem em vias de sê-lo ou mesmo desconhecidos, mas que venham a ser descobertos e lançados, podem ser irrogados aos sucessores, conforme as regras da Seção, desde que tenham ocorrido os respectivos fatos geradores, à conta dos sucedidos, até a data da sucessão. Em suma, o artigo explicita a normalidade e a abrangência da Seção*" (*in Comentários ao Código Tributário Nacional.* Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 310/311).

Na hipótese dos autos, que reflete uma evidente sucessão imobiliária, a obrigação tributária, nascida com o alienante, transfere-se, *ex vi legis*, ao adquirente. Não há que se falar, assim, em solidariedade ou em co-responsabilidade, porque somente uma pessoa (o adquirente, sucessor e sub-rogado) restará no pólo passivo da relação tributária.

O que ocorre é uma sub-rogação do crédito, de forma que, se o adquirente do imóvel (sub-rogado) paga o tributo em cuja obrigação se sub-rogou, resta-lhe a faculdade de voltar-se, como credor, contra o antigo devedor (alienante), investido dos poderes relativos à sub-rogação legal operada.

Por estas mesmas razões, a execução fiscal pode ser proposta ou prosseguir, independentemente de emenda ou substituição da certidão de dívida ativa, contra os sucessores, porque nestes casos não há necessidade de realização de acertamento algum para permitir a execução fiscal. Perante o Fisco o adquirente do imóvel gerador dos tributos, sucessor do alienante, ocupa a mesma posição jurídica do devedor primitivo, independentemente da apuração de qualquer fato estranho ao acertamento até então promovido. Cuida-se de situação líquida e certa objetivamente criada pela própria lei (art. 130 do CTN e art. 677, parágrafo único, do CCB, acima citados).

Esta a orientação do ilustrado ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS:

"*O sucessor, para ser acionado e ter seus bens responsabilizados, não precisa estar inscrito como co-responsável, da mesma forma que, normalmente, não o estão a massa e o espólio.*

A relação de sucessão se prova por simples informação documental" (*in Manual de Direito Processual Civil.* 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 274).

Assim também HUMBERTO THEODORO JÚNIOR leciona, valendo-se das lições do não menos renomado SILVA PACHECO, um e outro com a clareza que lhes é peculiar:

"'Se a dívida é inscrita em nome de uma pessoa, não pode a Fazenda cobrá-la de outra nem tampouco pode a cobrança abranger outras pessoas não constantes do termo e da certidão', *salvo, é claro, os sucessores, para quem a transmissão do débito é automática e objetiva, sem reclamar qualquer acertamento judicial ou administrativo*" (*in ob. cit.*, p. 29) (grifos nossos).

Entender-se em contrário consistiria não apenas em negativa de vigência aos artigos acima referendados, como também cuidaria de postergar o cumprimento da obrigação tributária

objetivamente atribuída ao sucessor pela lei. Além disso, estaria bastante comprometida a eficácia da execução de tributos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, pois bastaria aos devedores (originário ou responsável por transferência) transferir a propriedade do bem, periodicamente, para que, sempre, fosse necessário novo processo administrativo de lançamento e inscrição em dívida ativa. *Data venia* contraria a lógica e os princípios que informam a execução fiscal, pudesse a satisfação de um crédito público ser retardada ou prejudicada por ato imputável ao devedor e a seus sucessores, e não à Fazenda.

Em conformidade com a argumentação retroexpendida, vale transcrever trecho do voto proferido pelo i. Juiz Álvaro Torres Júnior, que integra o eg. Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, nos autos da Apel. Cível nº 0791980-8:

"*(...) Tem, pois, incidência o disposto no artigo 130 do Código Tributário Nacional, no tocante aos créditos tributários que derivam de impostos cujo fato gerador seja a propriedade de bem imóvel, bem assim os relativos a taxas de prestação de serviços, que ficam sub-rogados nas pessoas dos respectivos adquirentes, a não ser que se comprove a sua quitação.*

Irrelevante a alegada nulidade da certidão por defeito ou inexistência de notificação do lançamento, na medida em que a substituição ocorrida no pólo passivo da ação resultou de norma expressa e permissiva, não se sustentando a tese de que deveria ocorrer novo procedimento administrativo para regularização da dívida, tocantemente à identificação ou notificação de seu atual responsável.

A execução, aditada a petição inicial, prossegue contra o responsável tributário identificado, até porque a Fazenda não tem como saber, a não ser quando provocada a respeito, da transferência do imóvel.

De mais a mais, o lançamento não sofreu alteração, ocorrendo simples modificação da relação processual executória.

Neste sentido, é a jurisprudência desta Corte:

'Execução fiscal - IPTU - Legitimidade passiva ad causam *- Procedimento originariamente instaurado contra o antigo proprietário do imóvel - Sub-rogação do crédito ao adquirente do bem - Admissibilidade por ser o responsável tributário - Inteligência do art. 4º, V, da Lei n. 6.830, de 1980, e dos arts. 128 e 130 do CTN'. (Apelação nº 656.270-6, 6ª Câmara de Férias, janeiro/97, Relator o Juiz Evaldo Veríssimo, julgada em 18.02.1997.)*

Os embargos, nessas circunstâncias, eram mesmo improcedentes, solução não ofensiva aos artigos 142, 145 e 151, III, do Código Tributário Nacional". (Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Apel. Cível nº 0791980-8, 5ª Câmara de Férias, julho, julg. 04.08.1999, v.u., pub. *JTALEX*, 180/174-6.)

Acrescente-se, por fim, que, além de não haver qualquer elemento nos autos que permita concluir que a alienação do imóvel tenha ocorrido antes ou depois da inscrição em dívida ativa, como afirmado na v. decisão hostilizada, também não há que se dizer que isto comprometeria a presunção de validade da CDA expedida.

Isto porque, a teor do art. 129 do CTN, a responsabilidade do sucessor "*aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos*". Tem-se, assim, que, para efeito de caracterização da responsabilidade do sucessor, pode-se prescindir de quaisquer indagações relacionadas com a data da efetivação do lançamento, porque o sucessor responde pelos tributos apurados ou passíveis de apuração (lançados ou não) à data da intercorrência do fenômeno sucessório, pois os créditos tributários referentes a impostos sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, na forma do art. 130 do CTN, conforme acima amplamente demonstrado.

Em vista de todo o articulado retro, deve a sentença ser cassada, no reexame necessário, para que a execução fiscal prossiga contra o sucessor, procedendo-se à devida substituição processual, independentemente de reinscrição da dívida.

Quanto ao recurso voluntário, o mesmo não merece conhecimento, seja porque prejudicado pela decisão proferida no reexame oficial, seja porque, lamentavelmente, as razões de recurso não guardam qualquer pertinência com os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que restou assim inatacada.

Conclusão.

Por todo o exposto, no reexame necessário, casso a v. sentença revisanda, determinando seja dado regular processamento à execução fiscal, que deverá prosseguir contra o sucessor, procedendo-se à devida substituição processual, independentemente de reinscrição da dívida.

Fica prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - ANULARAM A SENTENÇA.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - VÍCIO PROCESSUAL - MATÉRIA DE MÉRITO - DISCUSSÃO - PENHORA - SEGURANÇA DO JUÍZO - AUSÊNCIA - INADMISSIBILIDADE

- A jurisprudência pátria tem admitido a exceção de pré-executividade, a qual só pode ser deslindada conjuntamente com o mérito.

- Cuidando-se de vício processual ou questão de mérito, que demande a produção de prova em juízo, não se admite a exceção de pré-executividade sem o oferecimento de bens à penhora, visto que esse pré-requisito processual é indispensável ao pronto exercício do contraditório, sendo exigido expressamente tanto pelo Código de Processo Civil, art. 737, I, aplicável subsidiariamente à Lei nº 6.830/80, que faz essa exigência no seu art. 16, § 1º. Se a discussão envolve matéria de mérito, impõe-se a observância de garantia do juízo previamente, sob pena de se substituírem os embargos de devedor pela exceção de pré-executividade, máxime quando se sabe que, na realidade, substancialmente, o objetivo de todos os embargos é, na prática, o ataque frontal ao título executivo apresentado pelo Fisco, sendo, portanto, indispensável o oferecimento de bens para essa discussão.

AGRAVO Nº 239.305-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Dívida tributária - Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - Inadmissibilidade - Taxa de Fiscalização e Localização - Requisitos - Agravo.

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, 11 de outubro de 2001. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Trata-se de agravo de instrumento que enfrenta ato judicial do MM. Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, em execução fiscal proposta contra Erasmo Ferreira Rocha.

O agravante apresentara exceção de pré-executividade (rejeitada pela decisão agravada), onde se pretendia a extinção do processo de execução fiscal destinado ao recebimento de Taxa de Localização e Funcionamento de Cinoflex Ltda., argüindo ainda a iliquidez e incerteza do título executivo.

A resposta da Fazenda municipal diz, resumidamente, que a exceção de pré-executividade é medida excepcionalmente aceita pela jurisprudência em casos raríssimos, teratológicos, não se enquadrando o presente na hipótese.

Preliminar: Não-conhecimento.

Conheço do recurso, tendo em vista que a jurisprudência pátria tem admitido a exceção de pré-executividade, a qual só pode ser deslindada conjuntamente com o mérito.

Rejeito.

Mérito.

Na verdade, tratando-se de matérias de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo Juízo (normalmente quando expressamente configurada uma causa de nulidade processual insanável, que fulmine todo o processo de execução), vem-se entendendo que é cabível a denominada exceção de pré-executividade por parte do executado, mesmo sem a prévia segurança do juízo. Nesse sentido: *RT,* 671/187, maioria; *RT,* 596/146; *JTJ,* 157/214, 158/181; *RJTAMG,* 18/111, *apud RDDT,* 43/27.

Cuidando-se de vício processual ou questão de mérito, que demande a produção de prova em juízo, obviamente não se admite tal exceção de pré-executividade sem o oferecimento de bens à penhora, posto que esse pré-requisito processual é indispensável ao pronto exercício do contraditório, sendo exigido expressamente tanto pelo Código de Processo Civil, art. 737, I, aplicável subsidiariamente à Lei 6.830/80, que faz essa exigência no seu art. 16, parágrafo primeiro.

A discussão que naturalmente se travará judicialmente é matéria de mérito, que impõe a observância de garantia do juízo previamente, sob pena de se substituirem os embargos de devedor pela exceção de pré-executividade. Ainda mais quando se sabe que, na realidade, substancialmente, o objetivo de todos os embargos é, na prática, o ataque frontal ao título executivo apresentado pelo Fisco, sendo, portanto, indispensável o oferecimento de bens para essa discussão.

O documento de fls. 67-TJ parece chocar-se com a existência de um contrato de prestação de serviços advocatícios (fls. 59-TJ), mas nada se comprovou em contrário.

Isto posto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

Sem custas.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ENERGIA ELÉTRICA - CORTE DO FORNECIMENTO NO MESMO DIA DO PAGAMENTO DA CONTA - CASA ÀS ESCURAS EM DIA DE REUNIÃO DE ANIVERSÁRIO - CONSTRANGIMENTO - DANOS MORAIS - INDEFERIMENTO DA INICIAL - IMPOSSIBILIDADE - CEMIG-COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS - ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA - RECURSO - JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INTELIGÊNCIA DO ART. 106, II, *A*, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Encontrando-se a Cemig-Companhia Energética de Minas Gerais no rol das entidades da Administração indireta e tendo em vista o art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, é do Tribunal de Justiça, e não do Tribunal de Alçada, a competência para julgar recurso interposto contra decisão proferida na ação cível em que aquela companhia energética figura como ré.

- Aquele que sofreu corte de energia elétrica, no mesmo dia da quitação da conta e na mesma data em que estava havendo reunião de aniversário em sua residência, mesmo após comunicação telefônica e solicitação de baixa, tem interesse legítimo para postular ação de indenização por danos morais, em face da Cemig-Companhia Energética de Minas Gerais. Em tais casos, descabe ao juiz indeferir a inicial, ao entendimento de que o pagamento se fez com atraso e que por isso o corte da energia é direito da concessionária, decidindo de plano e inclusive adentrando no mérito, sem que sequer tenha sido instaurada a lide. Se existe um contrato de fornecimento de energia elétrica, qualquer um dos contratantes tem interesse processual em questionar qualquer cláusula ou prejuízo que esteja ocorrendo. Assim, deve-se cassar a sentença, para que o feito tenha andamento salutar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 239.794-1/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Energia elétrica - Corte no fornecimento no mesmo dia do pagamento da conta - Casa às escuras em dia de reunião de aniversário - Constrangimento - Danos morais - Indeferimento da inicial - Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 14 de março de 2002. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Indeferida a inicial ao argumento de faltar o legítimo interesse para postular em juízo, apela o autor, entendendo nula a decisão, pois nem estabelecida estava a relação processual.

O apelante sofreu o corte da energia elétrica de sua residência no mesmo dia da quitação da conta de luz, ato praticado pela Cemig-Companhia Energética de Minas Gerais, mesmo após comunicação telefônica e solicitação de baixa, data em que haveria uma reunião familiar para comemorar o aniversário de uma filha.

Alega ter interesse legítimo para postular, condições processuais para a ação, descabendo ao Juízo, como fez, decidir de plano e, inclusive, adentrar no mérito, sem que sequer tenha sido instaurada a lide.

Quer a recepção da exordial e o prosseguimento da ação.

A Promotoria de Justiça opinou pela manutenção da decisão; a douta Procuradoria de Justiça, por sua vez, entende que a competência para o julgamento é do eg. Tribunal de Alçada e, no mérito, é pelo provimento.

Não procede a competência do eg. Tribunal de Alçada por tratar-se de relação de consumo, pois prevalece, no caso, a competência determinada no art. 106, II, letra *a*, da Constituição Estadual:

"*II - julgar, em grau de recurso:*

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

Na espécie, a qualidade da pessoa prevalece sobre a matéria, e a Cemig encontra-se no rol das entidades da Administração indireta.

Assim, conheço da apelação própria e tempestiva.

A sentença, reconhecendo que o pagamento se fez com atraso, entendeu ser o corte da energia direito da concessionária e que existe o dever moral de pagar o débito pelo uso da energia.

Data venia, o julgado merece reforma.

Ao entendimento de não ter o autor interesse processual, indeferiu-se a inicial. Assim, houve a extinção do processo sem julgamento de mérito, mas, ao mesmo tempo, apreciou o mérito da causa, antes mesmo de o réu integrar a lide.

Se existe um contrato de fornecimento de energia elétrica, qualquer um dos contratantes tem interesse processual em questionar qualquer cláusula ou prejuízo que esteja ocorrendo.

Em face do exposto, endossando a parte final do parecer da douta Procuradoria de Justiça, dou provimento ao recurso e casso a sentença

para que o feito tenha andamento salutar.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

TUTELA ANTECIPADA - SIMPLES PROBABILIDADE DE BOM ÊXITO DO QUE SE ALMEJA COM O PEDIDO FEITO OU A SE FAZER - CONCESSÃO - INADMISSIBILIDADE

- A antecipação de tutela pressupõe ameaça de lesão irreversível, mediante a produção prévia de prova inequívoca do direito sustentado, não se submetendo à mera conveniência da parte requerente. Tendo a "*medida antecipada, qualitativamente, reflexos do mesmo conteúdo do que se pretende no pedido, através de julgamento definitivo*", **para sua concessão não se admite** "*a simples probabilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a se fazer*", **mas a prova que,** "*por sua própria estrutura, gere convicção plena dos fatos e juízo de certeza da definição jurídica respectiva*".

AGRAVO Nº 240.057-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Processo Civil - Antecipação de Tutela. - A antecipação de tutela pressupõe ameaça de lesão irreversível, mediante a produção prévia de prova inequívoca do direito sustentado, não se submetendo à mera conveniência da parte requerente. Tendo a "*medida antecipada, qualitativamente, reflexos do mesmo conteúdo do que se pretende no pedido, através de julgamento definitivo*", para sua concessão não se admite "*a simples probabilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a se fazer*", mas a prova que, "*por sua própria estrutura, gere convicção plena dos fatos e juízo de certeza da definição jurídica respectiva*". 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 dezembro de 2001. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, tempestivo e dispensado de preparo, porque deferida, na decisão agravada, a assistência judiciária em favor do agravante.

Trata-se de agravo de instrumento apresentado contra a decisão trasladada à fl. 07-TJ, que indeferiu a antecipação de tutela postulada na "*ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c anulação de ato administrativo e danos morais*", ajuizada pelo agravante.

O recorrente alega, em síntese, que requereu a tutela antecipada para excluir seu nome como devedor perante a Secretaria de Estado da Fazenda, inscrição que decorreu de ato do Diretor-Geral do Instituto Estadual de Florestas, que anulou a aquisição de área destinada à ampliação do Parque Estadual Serra das Araras. Diz que o referido ato foi precedido de relatório da Auditoria-Geral do Estado sobre os processos de criação do Parque, que foram realizados pelo Conselho de Administração do IEF, do qual era um dos membros. Aduz que, antes de encaminhar o relatório aos órgãos de fiscalização competentes, o Diretor do IEF convocou entrevista coletiva à imprensa para divulgá-lo, com o intuito de obter ganhos políticos. Sustenta que se trata de questão complexa e que o relatório não pode ser considerado como decisão final, com repercussão no seu patrimônio, sem o devido processo legal e ampla defesa. Acusa a incompetência do Diretor-Geral do IEF para a anulação do ato de aquisição, que deveria ter-se efetivado mediante lei.

O Juiz entendeu ausentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, ao fundamento de que a "*questão depende de discussão e ainda necessita de outras provas*".

Em comentários ao artigo 273 do Código de Processo Civil, preleciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que, "*para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (CF, artigo 5º, incs. LIV e LV), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial*" (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, 24ª ed., 1998, v. I, p. 370).

A antecipação de tutela pressupõe ameaça de lesão irreversível, mediante a produção prévia de prova inequívoca do direito sustentado, não se submetendo à mera conveniência da parte requerente.

O dano iminente à liberdade e ao patrimônio do recorrente não está evidenciado, conforme se sustenta nas razões do recurso.

No caso, o fato de existir ordem do Diretor-Geral do Instituto Estadual de Florestas para a inscrição do nome

do agravante no registro de despesas denominado "*Diversos Responsáveis/Responsabilidades em Apuração*" não constitui ameaça de perdimento de bens pelo inscrito, nem subversão do devido processo legal.

Inversamente, trata-se de obrigação imposta ao Administrador, por força das conclusões da auditoria instaurada para a apuração da regularidade do processo de alienação de imóveis destinados à integração aos Parques Estaduais Serra das Araras e Veredas Acari, nos termos do relatório trasladado às fls. 164/175-TJ, sob pena de lhe ser imputada responsabilidade pela falha ou omissão, a teor do art. 40 da Lei Complementar Estadual nº 33, de 28.06.1994, e dos arts. 50 e 52 do Decreto Estadual nº 37.924, de 16.05.1996.

Nos termos do ato de declaração de nulidade de negócio jurídico assinado pelo Diretor-Geral do IEF (fl. 123-TJ), determinou-se facultar às pessoas que lhe deram causa a ampla defesa, o que deverá ocorrer mediante processo administrativo próprio, especialmente porque a inscrição dos seus nomes em "*Diversos Responsáveis*" está seguida da ressalva "*Responsabilidades em Apuração*".

Logo, do exame dos elementos que instruem o recurso não se conclui que o recorrente se encontra exposto a dano iminente, de difícil ou impossível reparação, nem que a autoridade pública se descurou de observar o devido processo legal.

Também não existe prova de que a inscrição do recorrente em "*Diversos Responsáveis*" corresponda à sua qualificação como devedor do erário ou lhe imponha qualquer ressarcimento anterior à conclusão da apuração de responsabilidades.

Assim, falta o *periculum in mora*, o que, por si só, impede o deferimento da antecipação de tutela postulada.

Saliento, ainda, que a prova inequívoca de que trata o art. 273 do Código de Processo Civil não é suprida, simplesmente, pela aparência do bom direito do processo cautelar, conforme preleciona KAZUO WATANABE, *verbis*:

"*Mas um ponto deve ficar bem sublinhado: prova inequívoca não é a mesma coisa que* 'fumus boni juris' *do processo cautelar. O juizo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juizo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples 'fumaça', que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.*

Está nesse requisito uma medida de salvaguarda, que se contrapõe à ampliação da tutela antecipatória para todo e qualquer processo de conhecimento. Bem se percebe, assim, que não se trata de tutela que possa ser concedida prodigamente, como mero juízo baseado em 'fumaça de bom direito', como vinha ocorrendo com a ação cautelar inominada" (*Obrigações de Fazer e Não Fazer - Reforma do Código de Processo Civil*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 33-34).

Conforme destaquei, ao indeferir o pedido de atribuição de efeito ativo ao recurso (fls. 129/130-TJ), o próprio recorrente afirma que se trata de questão complexa (fl. 04-TJ, item 08), o que reforça a inviabilidade da concessão da providência negada na primeira instância.

A propósito, a advertência de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, ao afirmar que, tendo a "*medida antecipada, qualitativamente, reflexos do mesmo conteúdo do que se pretende no pedido, através de julgamento definitivo", para sua concessão não se admite "a simples probabilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a se fazer", mas a prova que, "por sua própria estrutura, gere convicção plena dos fatos e juízo de certeza da definição jurídica respectiva*" (*Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, Del Rey, 1999, p. 25).

Posto isso, acolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SOCIEDADE DE FATO - DISSOLUÇÃO - SIMPLES CONVIVÊNCIA *MORE UXORIO* - AUSÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO DIRETA OU INDIRETA DA EX-COMPANHEIRA NA FORMAÇÃO DO ACERVO PATRIMONIAL - INEXISTÊNCIA DE BENS ADQUIRIDOS NO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º DA LEI Nº 9.278/96 E DA SÚMULA Nº 380 DO STF - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO ALEGADO - AUTOR - ÔNUS DA PROVA

- Nos termos da legislação processual civil vigente, cada parte tem o ônus da prova de suas assertivas, sendo, ainda, do autor a prova do fato constitutivo do alegado direito.

- A caracterização da sociedade de fato não fica na dependência da colaboração exclusivamente material da mulher. Admite-se, também, o reconhecimento da sociedade de fato e do conseqüente direito à partilha proporcional,

quando constatada a contribuição indireta da ex-companheira para constituição do patrimônio amealhado durante a convivência *more uxorio*, consistente nas tarefas de gerenciamento da casa, incluindo-se aí a prestação de serviços domésticos, bem como a diminuição de despesas (economia).

- Simples convivência *more uxorio* não gera a sociedade de fato e conseqüente direito à partilha de bens, pela sua dissolução, sendo indispensável a comprovada participação, ainda que indireta, na formação do acervo patrimonial, pela conjugação de esforços e/ou recursos financeiros.

- Inexistentes bens móveis e imóveis adquiridos na constância da união estável a título oneroso a que faz menção o art. 5º da Lei nº 9.278/96, bem como não comprovado, no caso concreto, patrimônio adquirido pelo esforço comum a que alude a Súmula 380 do STF, insubsistente a pretensão posta em juízo, consistente no pedido do reconhecimento da sociedade de fato e do conseqüente direito à partilha de bens, pela sua dissolução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 240.110-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Sociedade de fato - Dissolução - Inexistência de bens adquiridos no período de convivência - Improcedência - Sentença que se reforma.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 04 de outubro de 2001. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, a Dra. Maria da Conceição Lopes Pereira.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de ação de dissolução de sociedade de fato ajuizada por M.I.B. contra A.P.B., pedido julgado procedente, como consta do relatório.

Sempre é bom repisar que, nos termos da legislação processual civil vigente, cada parte tem o ônus da prova de suas assertivas, sendo, ainda, do autor a prova do fato constitutivo de alegado direito.

Não resta dúvida de que a caracterização da sociedade de fato não fica na dependência da colaboração exclusivamente material da mulher, já que, "*muitas vezes, é no silêncio do lar, no apoio moral, na estruturação da vida familiar, é que surge esse trabalho de base, que assegura ao homem a disponibilidade de tempo para dedicar-se ao trabalho, sem a preocupação com os problemas pessoais, particulares que, não raro, conduzem ao desânimo, ao desalento e à depressão*".

Aliás, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência* more uxorio, *contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e do conseqüente direito à partilha proporcional.*

Verificando que haja sido significativa para a formação de tal patrimônio a diminuição de despesas (economia) proporcionada pela ex-companheira, há que se reconhecer patenteado o 'esforço comum' a que alude o Enunciado 380 da Súmula/STF" (*RT*, 708-201).

Ademais:

"*O critério da auferição da contribuição da amásia para a formação do patrimônio comum obedece muito mais a avaliação subjetiva do julgador do que a meras contas aritméticas, já que são analisados os aspectos da afetividade levada durante anos, a conduta da requerente com seu consorte e, finalmente, as condições econômicas deste. Estando tais análises compatíveis com o* quantum *arbitrado, há de ser confirmada a decisão*" (*RT*, 727-260).

No caso, porém, tais requisitos, os mínimos necessários e indispensáveis ao acolhimento do pedido, não restaram comprovados a contento, com o respeito devido aos que sustentam ponto de vista diverso.

Na verdade, desde o início já não se mostrava segura a pretensão deduzida em juízo, ante os termos da peça de ingresso, onde o autora já noticiava a ausência de patrimônio amealhado durante o período de convivência, mas, sim e apenas, que, com o fruto de seu trabalho, teria ajudado o "*falecido a reformar a casa e o barracão existente no terreno*" (*sic*).

Ora, conforme se sabe, a simples convivência *more uxorio* não gera a sociedade de fato e conseqüente direito à partilha de bens, pela sua dissolução, sendo indispensável a comprovada participação, ainda que indireta, na formação do acervo patrimonial, pela conjugação de esforços e ou recursos financeiros.

Por sua vez, não veio para os autos prova alguma da alegada ajuda, enquanto das testemunhas ouvidas apenas N.R. noticiou que "*M.I. trabalhou para fora e que depois C. exigiu que M.I. ficasse em casa por conta dele*" (fls. 55), o que, porém, não é suficiente para tipificar sociedade de fato.

Por fim, observo que o art. 5º da Lei 9.278/96 faz menção a bens móveis e imóveis adquiridos na constância da união estável e a título oneroso - inexistentes na espécie - enquanto a

Súmula 380, do STF, fala em partilha "*do patrimônio adquirido pelo esforço comum*" - não comprovado no caso concreto.

Concluindo, não tenho como subsistente a pretensão posta em juízo.

Com estas razões de decidir, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido, com inversão dos ônus da sucumbência.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR DAVAM PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. Wander Miguel Brescia Peres.

O Sr. Presidente (Des. Hugo Bengtsson) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 27.09 p.p., a pedido do Vogal, ocasião em que o Relator e o Revisor davam provimento ao recurso.

Com a palavra, o Des. Aluízio Quintão.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente. Após analisar os autos, acompanho os votos proferidos e também dou provimento ao recurso.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PRESCRIÇÃO - PRAZO - CONTAGEM - INSCRIÇÃO EM DIVIDA ATIVA BEM ANTES DO PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS PREVISTO NO ART. 174 DO CTN - ART. 2º, § 3º, DA LEI Nº 6.830/80 - INAPLICABILIDADE - BENEFÍCIO DE ORDEM - VEDAÇÃO LEGAL (ART. 124, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN)

- O início da contagem do prazo prescricional dos créditos tributários se dá após os 30 dias da ocorrência do lançamento, dias esses oferecidos ao contribuinte para a devida impugnação ao crédito que lá foi constituído, ou, havendo defesa, contar-se-á o prazo a partir da decisão administrativa.

- Se o crédito tributário tiver sido inscrito em dívida ativa pouco depois do lançamento e bem antes de findos os 5 (cinco) anos da prescrição, não há que se aplicar, em favor da Fazenda Pública, a contagem dos 180 (cento e oitenta) dias da suspensão da prescrição, benesse disposta no § 3º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, porquanto este prazo extraordinário somente se revela necessário, quando a Fazenda Pública promover a inscrição em dívida ativa no último dia do prazo fatal do art. 174 do CTN, já que, neste caso, precisa diligenciar no sentido de localizar o devedor e seus bens.

- O benefício de ordem inexiste no direito tributário, por expressa proibição legal (art. 124, parágrafo único, do CTN), podendo incidir a execução, portanto, sobre qualquer um dos contribuintes, à conveniência do Fisco.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 240.380-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Execução fiscal - Prescrição - Art. 2º, §3º, da Lei nº 6.830/80 - Cumprimento ao art. 174 do CTN - Solidariedade passiva - Benefício de ordem - Vedação legal (CTN - art. 124, parágrafo único). -1 - Não há de se aplicar, em favor da Fazenda Pública, a contagem dos 180 dias, benesse disposta no §3º do art. 2º da LEF, se o crédito tributário tiver sido inscrito em dívida ativa, bem antes de findos os 5 anos da prescrição. 2 - Não comporta, no direito tributário, o benefício de ordem, por expressa proibição legal, podendo incidir a execução, portanto, sobre qualquer um dos contribuintes, à conveniência do Fisco.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de março de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de reexame necessário à r. sentença de fls. 28/31, que, nos autos dos embargos opostos por Luiz de Almeida Gonçalves à execução fiscal promovida pela Fazenda Pública Municipal, julgou-os parcialmente procedentes, para, reconhecendo a prescrição do crédito que contra ele recai, a título de IPTU, referente ao exercício de 1993, decotar a importância descrita na CDA de fl. 04.

Transcorrido o prazo para a interposição de recurso, por ambas as partes sucumbentes (fls. 32 e 35), extrai-se da sentença o acolhimento da prescrição, referente à parcela da execução referente ao IPTU, do exercício financeiro de 1993, porquanto, "*sendo a ação de execução ajuizada em 01.07.98, conforme afirma a embargada à fl. 10 dos embargos e a ordenação da citação ocorrida em 17.07.98, conforme fls. 14 dos autos da execução, infere-se, portanto, que encontra-se prescrito o crédito tributário, relativo ao exercício de 1993*".

Vê-se, ademais disto, que o MM. Juiz sentenciante, com base no art. 124, parágrafo único, do CTN, rechaçou a tese deduzida pelo embargante no sentido de ver afastada a incidência da execução somente sobre sua pessoa, havendo, ao seu entender, que a estender para todos os demais proprietários do imóvel, solidários do débito.

Sendo este o relatório, passo a decidir.

Por força do duplo grau de jurisdição, conheço do recurso, preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

De início, reexamino a questão atinente à prescrição.

E, neste sentido, tenho que a bem lançada sentença não deve sofrer retoque algum, na medida em que acolheu a prescrição do crédito tributário, referente à cobrança do IPTU, do exercício de 1993, tal como invocado pelo apelado, porquanto aplicável, na espécie, a regra do art. 174 do CTN, segundo o qual dispõe que "*a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva*".

A rigor, o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66, com *status* de lei complementar, disciplina, sob a égide da Constituição de 1988, a prescrição dos créditos tributários, em consonância com o disposto no art. 146, III, *b*, da Carta Magna.

Dele se depreende a diretriz de que o marco inicial para a contagem do prazo prescricional se dará a partir da constituição definitiva do crédito tributário, consubstanciando esta, justamente, por ato do lançamento (CTN - art. 142), procedimento administrativo, de competência da autoridade fazendária, através do qual se identificará o sujeito passivo, o tributo e seu *quantum debeatur* e cominação de penalidades, se for o caso.

A par disto, minha opinião, conquanto admita a existência de outras teorias, é que, de fato, o início da contagem para a verificação da prescrição se dá somente após os 30 dias - após o lançamento - oferecidos ao contribuinte para a devida impugnação ao que lá fora constituído, ou, havendo a referida defesa, contar-se-á o prazo a partir da decisão administrativa.

Neste sentido, é a lição de HUGO DE BRITO MACHADO (*Curso de Direito Tributário,* Forense, 1993, p. 144), BERNARDO RIBEIRO DE MORAES ("A Decadência e a Prescrição diante do Crédito Tributário", *Caderno de Pesquisas Tributárias*, nº 1, p. 51), SACHA CALMON NAVARRO COELHO, Decadência e Prescrição, *Resenha Tributária*, 1976, p. 18), e, dentre tantos outros, EDVALDO BRITO ("A Constituição Definitiva e a Prescrição", *Caderno de Pesquisas Tributárias*, nº 1, p. 91).

De outro modo, impende registrar que, ao contrário do alegado na defesa oposta pela Fazenda Pública (fls. 09/14), não há de se aplicar, no caso dos autos, o disposto na Lei nº 6.830/80, em seu art. 2º, § 3º.

Com efeito, este, de forma expressa, determina, como causa de suspensão da prescrição, além dos 5 anos do art. 174 do CTN, a contagem de 180 (cento e oitenta) dias, até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

A meu ver, não se justifica o pretendido alongamento do fluxo prescricional, a favor do Fisco, porquanto este prazo extraordinário somente se revela necessário quando a Fazenda Pública promover a inscrição em dívida ativa no último dia do prazo fatal do art. 174 do CTN, sendo descabida, pois, a sua utilização ao bel-prazer do ente fazendário.

É que, consoante se depreende do seu próprio texto, há o nítido estabelecimento do vínculo de proximidade que deverá existir entre o prazo suspensivo e a data do ajuizamento da execução, valendo-se a Fazenda de tal prerrogativa, então, somente para a tomada de diligências hábeis a localizar o devedor e seus bens, a partir do momento em que o inscreve na Dívida Ativa.

A bem da verdade, tal orientação - ao contrário de eventual alegação de exacerbação da função judicante - mostra-se indispensável, porquanto, caso não se admita a restrição de seu uso, certamente se valerá a Fazenda Pública da contagem dos 180 dias todas as vezes em que, diante de sua omissão, sua inércia implique a extinção do crédito pela consumação da prescrição.

Este entendimento, aliás, é adotado por ANTÔNIO CARLOS COSTA E SILVA, ao interpretar o histórico da instituição de tal prescrição, pelo legislador ordinário, *verbis:*

"*Todavia, achou a Comissão Especial, de bom alvitre, e acolhendo a emenda do Dep. Adroaldo Campos, fixar prazo certo de vigência dessa suspensão, que é apetrechada para que, no seu curso, a administração fazendária adote, administrativamente, as providências destinadas à localização do devedor.*

Contudo - justificou o parlamentar - localizados o devedor ou os responsáveis legais, cessarão os motivos da suspensão da prescrição, iniciando-se, destarte, a execução. O prazo para as respectivas diligências deve contudo ser limitado ao tempo, isto é, de 180 dias ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de defluído referido prazo" (*Teoria e Prática do Processo Executivo Fiscal*, Aide, p. 64).

O que vale dizer: a contagem dos 180 dias, como forma de suspensão do crédito tributário, somente terá valia se a Fazenda Pública o tiver inscrito no último dia, para o término do prazo fatal dos 5 anos, em face do art. 174 do CTN, a fim de que lhe permita a localização de bens do devedor ou ele próprio.

Logo, no caso dos autos, mostra-se descabida a assertiva da Fazenda Pública de que o crédito tributário,

a título de IPTU, referente ao exercício de 1993, não se afigura prescrito, pois pugnara pela aplicação do prazo de 180 dias.

É que, como se dessume dos autos, à fl. 04 da execução, a inscrição em Dívida Ativa ocorreu em 09.01.94, pouco após a constituição definitiva do crédito, ocorrida pelo lançamento em 01.01.93, como afirma a própria embargada (fl. 15), não se justificando, destarte, que se valha a Fazenda Pública de mais 180 dias para a contagem do prazo prescricional, posto que, à evidência, ainda se mostrava razoável quase 04 anos para a localização do devedor, bem como de seu patrimônio, para o êxito da execução.

Na realidade, diante das considerações postas, se o crédito foi constituído, definitivamente, pelo lançamento, em 01.01.93, havendo os 30 dias, a favor do contribuinte, para a sua devida impugnação - e que não houve - o termo *a quo* para a contagem dos 5 anos, à luz do art. 174 do CTN, seria a partir de 01.02.93, tendo fim, portanto, somente, em 01.02.98.

Se a ação foi ajuizada em 01.07.98, mostra-se indubitável que a prescrição se impõe, diante da inércia da Fazenda Pública.

De outro lado, a sentença, igualmente, deve-se manter irretocável, na medida em que não acolheu a defesa do apelado, no sentido de que, tendo o imóvel, sobre o qual recaiu a execução, mais proprietários, indispensável seria a emenda da inicial, a fim de chamar em juízo os demais contribuintes do IPTU.

Neste desiderato, não se pode olvidar a regra de solidariedade, no âmbito do direito tributário, segundo o qual, nos termos do art. 124, parágrafo único, do CTN, "*a solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem*", podendo, por consequência, ao arbítrio da Fazenda Pública, fazer recair a cobrança de tributo sobre qualquer um ou mesmo sobre todos os contribuintes solidários.

Tal é a conclusão de SACHA CALMON NAVARRO COELHO, nos *Comentários ao Código Tributário Nacional*, Forense, 1998, p. 285, para quem, "*pelo sistema do CTN, o Fisco escolhe o devedor mais solvente a seu bel-prazer e conveniência. O benefício de ordem, pois, inexiste. A satisfação do crédito tributário prevalece em favor dos entes tributantes*".

Em assim sendo, impertinente que o executado, na hipótese dos autos, ocorrendo a solidariedade passiva, diante do fato de que o imóvel em questão tenha vários proprietários, pretenda chamar a juízo os demais contribuintes solidários, na medida em que tal possibilidade - benefício de ordem - inexiste na seara tributária, por expressa vedação legal.

Do exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

INVENTÁRIO - COLAÇÃO - DETERMINAÇÃO JUDICIAL - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - DOAÇÃO - CARÁTER REMUNERATÓRIO - ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA

- O ato judicial que determina a colação de bens em inventário, atendendo-se pedido de um dos herdeiros, em face do silêncio do beneficiário, tem natureza de decisão interlocutória, passível de ser atacado por agravo de instrumento.

- A não-comprovação, de plano, do caráter remuneratório da doação, bem como a inexistência de expressa dispensa do seu objeto à colação em documento público hábil, impõe seja o mesmo colacionado no inventário, principalmente por se tratar de adiantamento de legítima.

AGRAVO Nº 241.100-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Inventário - Colação - Determinação judicial - Decisão interlocutória - Doação - Caráter remuneratório - Adiantamento de legítima. - O ato judicial que determina a colação de bens em inventário, atendendo-se a pedido de um dos herdeiros, em face do silêncio do beneficiário, tem natureza de decisão interlocutória, passível de ser atacado por agravo de instrumento. - A não-comprovação, de plano, do caráter remuneratório da doação, bem como a inexistência de expressa dispensa do seu objeto à colação em documento público hábil, impõe seja o mesmo colacionado no inventário, principalmente por se tratar de adiantamento de legítima. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO, ACOLHER PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DO AGRAVANTE EM RECORRER DA DECISÃO, NA PARTE QUE LHE CONCEDEU A INVENTARIANÇA DO ESPÓLIO, E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2002. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Cuida-se de agravo de instrumento oposto por Wellington Rezende, na condição de inventariante do espólio de Isaura Rezende, contra decisão determinativa de se trazerem à colação bens que lhe foram doados.

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.

O preclaro Procurador de Justiça, Dr. Carlos Eduardo Mafra Cavalcanti, opinou à fl. 105-TJ pelo não-conhecimento deste agravo, em razão da sua impropriedade, por considerar que o ato judicial impugnado possui natureza de despacho de expediente, o qual não suscetível de ser atacado por este recurso.

À minha ótica, não se pode comungar com a preliminar esgrimida pelo insigne Procurador de Justiça, porquanto ressai do instrumento que o agravante omitiu a existência do bem doado, quando requereu a abertura do inventário da sua falecida genitora (fls. 16/17-TJ), fato este que ocasionou a insurgência do herdeiro, Wilson Rezende Sobrinho, ora agravado, solicitando fosse trazido à colação o referenciado bem (fls. 62/67-TJ), situação esta que configura, induvidosamente, uma controvérsia e que gerou o ato judicial sob foco, determinando, a um primeiro momento, a colação do aludido bem. Portanto, este ato judicial subsume-se na hipótese do art. 162, § 2º, do CPC, tornando-o passível de ser hostilizado pelo recurso de agravo de instrumento. Em decorrência, rejeito a preliminar em apreço aos fins de conhecer do presente recurso.

O agravado agitou, também, duas questões de cunho preliminar. A primeira dizente à falta de interesse de agir do agravante em recorrer da decisão, na parte que lhe concedeu a inventariança do espólio, por lhe ter sido favorável a decisão; a segunda alusiva à impossibilidade de se debater nesta Corte fatos e provas que sequer ocorreram e foram analisados na instância primeva.

Com relação à primeira preliminar, vislumbro que, realmente, falece interesse ao agravante de recorrer de parte da decisão em epígrafe, já que não se adequa ao requisito inserto no art. 499 do CPC, pelo que não se poderá apreciar o agravo nesta parte.

No que concerne à segunda preliminar, tenho que se trata do próprio mérito deste agravo e nessa condição será apreciado a seguir, conjuntamente, com as alegações do agravante.

O agravante assevera que não pode subsistir a determinação judicial de se trazer o bem à colação, porquanto fora doado por sua falecida genitora em contraprestação ao pagamento que efetivara das dívidas trabalhistas da

mesma, a evidenciar o caráter remuneratório da referida doação, a teor do art. 1.167 do Código Civil. Afirma, mais, que o bem doado pertencia à parte disponível da *de cujus*, possuindo ela outros bens e rendas naquela oportunidade, inclusive, tal doação realizou-se com a expressa anuência dos demais herdeiros. Portanto, entende que o bem doado está dispensado de ser trazido à colação, nos termos do art. 1.794 do CC, o que, a seu ver, determina a cassação do decisório recorrido.

Do compulsar do instrumento, dessumo que as proposições defendidas pelo agravante se ressentem de elementos materiais de convicção que as embase, conforme bem apontado pelo agravado, pois nada há que comprove, de plano, o alegado caráter remuneratório da aludida doação; assim, caberá ao agravante fazer tal prova no inventário ou em ação ordinária à eventual caracterização da hipótese do art. 1.794 do Código Civil.

De outra face, embora conste da escritura de doação que a doadora tivesse, à época, outros bens e rendas, nos termos do art. 1.175 do CC (fls. 33/34-TJ), é certo que não constou a expressa dispensa da colação do objeto da liberalidade na mencionada escritura ou documento público diverso, consoante se extrai das exigências do art. 1.789 do aludido código. Assim, não pode o agravante pretender a aplicação imediata do art. 1.788 do CC, beneficiando-se, automaticamente, da dispensa da colação do bem doado.

Por fim, necessário fixar que a anuência do agravado à referida doação não dispensa o agravante de trazer à colação o seu objeto, já que se trata de adiantamento de legítima; logo, é imperativo legal igualar a legítima dos herdeiros, segundo dispõe o art. 1.785 da Lei Substantiva Civil.

Por conseguinte, evidencia-se o acerto do Juiz singular em determinar ao agravante que, a um primeiro momento, trouxesse à colação o bem recebido em doação da *de cujus*, restando-lhe, todavia, o direito de comprovar as exceções contidas nos pré-falados arts. 1.788 e 1.794 do Código Civil.

Isto posto, nego provimento ao presente agravo.

Custas, pelo agravante.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO. ACOLHERAM PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DO AGRAVANTE EM RECORRER DA DECISÃO, NA PARTE QUE LHE CONCEDEU A INVENTARIANÇA DO ESPÓLIO. NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PRECATÓRIO COMPLEMENTAR - ATUALIZAÇÃO COMPLEMENTAR - POSSIBILIDADE - DECISÃO QUE DETERMINA SE PROMOVA EXECUÇÃO NOS TERMOS DO ART. 730 DO CPC EM FACE DA DIVERGÊNCIA ENTRE AS PARTES QUANTO À COMPLEMENTAÇÃO EXIGIDA - EFETIVAÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA DESAPROPRIAÇÃO - NOVO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO - DESNECESSIDADE

- Se houver retardamento no pagamento de ofício requisitório, devem os cálculos ser atualizados, ainda que por mais de uma vez, sem que isso signifique a incidência de correção monetária sobre correção monetária, porque se tem, em tal caso, mera atualização desta, sendo lícita a atualização complementar do cálculo da condenação, quando há demora no pagamento devido.

- O requerimento de atualização do valor da condenação deve ser solucionado no bojo dos próprios autos, não se fazendo necessário novo procedimento de execução, com a expedição, sendo o caso, do respectivo requisitório complementar.

AGRAVO Nº 241.844-0/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Desapropriação - Precatório complementar - Atualização - Possibilidade - Recurso a que se dá provimento parcial.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2002. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de agravo de instrumento aviado por Cristais São Marcos Ltda., contra a decisão que, "*em face da divergência entre as partes quanto à complementação exigida, é de se esperar que a credora promova a necessária execução, nos termos do art. 730 do CPC*" (fls. 30), proferida em requerimento de expedição de precatório complementar, nos autos de ação de indenização por desapropriação indireta com repetição de indébito que moveu ao Município de Poços de Caldas, em fase de execução de sentença, como consta do relatório.

Trata-se de desapropriação indireta em fase de pagamento do valor devido, através de precatório.

Pelo que ressai dos autos, o primeiro cálculo de liquidação seria de 13.11.1996, gerando requisitório inicial em data de 30.06.1997, cujo valor, porém - R$350.701,42 -, apenas foi depositado em dezembro de 2000, ou seja, cerca de quatro anos depois.

Em conseqüência, buscou a expropriada a atualização do valor devido, requerimento que, afinal, recebeu a decisão hostilizada.

A respeito:

"*A atualização da conta se faz nos próprios autos da desapropriação. Nada impede, porém, que seja cobrado mediante ação ordinária de indenização (RT, 87/616).*

Se houver retardamento no pagamento do ofício requisitório, devem os cálculos ser atualizados, ainda que por mais de uma vez, sem que isso signifique a incidência de correção monetária sobre correção monetária, porque se tem, em tal caso, mera atualização desta" (*RTFR*, 162/187) - THEOTONIO NEGRÃO, *CPCLPV*, 31ª ed., fls. 1.178, nota l0 ao art. 26 do Dec.-lei 3.365/41.

"*É lícita a atualização complementar do cálculo da condenação, quando há demora no pagamento devido*" (*RT*, 108/463).

"*A atualização é feita considerando o período decorrido entre a data do cálculo com base na qual foi efetuado pagamento respectivo e aquele em que dito pagamento ocorreu (RTFR, 147/149); neste sentido: RTJ, 124/1.231. Considerando que a correção deve incidir entre a data da expedição do precatório e do respectivo pagamento*" - *RTJ*, 118/230.

"*V., em complemento, LD 26, notas 9 (Súmula 67 do STJ) e 10*" (idem, idem, nota 17 ao art. 730 do CPC).

A bem da verdade, dúvida não resta de que o requerimento de atualização do valor da condenação deve ser solucionado no bojo dos próprios autos, não se fazendo necessário novo procedimento de execução, na espécie.

Com estas razões de decidir, dou parcial provimento ao recurso, a fim de que seja solucionada a desejada atualização do débito, com expedição, sendo o caso, do respectivo requisitório complementar.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - BANCO DO BRASIL - AUTORIZAÇÃO PARA DEPOSITAR DETERMINADA PARCELA EM CONTA DE CONSTRUTORA PRESTADORA DE SERVIÇOS À MUNICIPALIDADE - PROCURAÇÕES OUTORGADAS PELO PREFEITO - REVOGAÇÃO - DÚVIDA SOBRE QUEM DEVE RECEBER O PAGAMENTO - ESCLARECIMENTO - AÇÃO CONSIGNATÓRIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 973, IV, DO CÓDIGO CIVIL

- Tendo o município outorgado procurações ao Banco do Brasil para que ele depositasse determinada parcela da verba do Fundo de Participação dos Municípios a favor de construtora, com que a municipalidade firmou contrato de prestação de serviços, se tais procurações forem revogadas, criando uma situação de perplexidade, em que o município e a construtora se dizem com direito aos depósitos, é correta a atitude do Banco que lança mão da ação consignatória para esclarecer a quem pagar, nos termos do art. 973, IV, do Código Civil. Neste caso, ao Banco do Brasil interessa apenas desincumbir-se do pagamento, pouco lhe interessando quem deva receber, pois, sendo ele o agente financeiro encarregado da distribuição das quotas do Fundo de Participação dos Municípios, se fizer o pagamento à pessoa errada, pode ser compelido a pagar de novo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 242.472-9/00 - Comarca de Carlos Chagas - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Ação consignatória pelo Banco do Brasil - Quotas do Fundo de Participação dos Municípios - Procurações outorgadas pelo Município para que parcelas fossem depositadas a favor de construtora, em virtude de serviços prestados. - Revogadas as procurações, apesar de que as mesmas eram qualificadas de "irrevogáveis", criou-se uma situação de perplexidade, em que o Município e a construtora se dizem com direito aos depósitos. Correta, pois, a atitude do Banco, lançando mão da ação consignatória, para esclarecer a quem pagar, nos termos do art. 973, IV, do Código Civil. Apelo provido para cassar a sentença, que indeferiu a inicial, por falta de interesse.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de março de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco do Brasil S.A. contra a sentença que, em ação de consignação em pagamento por ele ajuizada contra o Município de Carlos Chagas e a Construtora Libra S.A., indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, I, IV e VI, do CPC.

O douto Magistrado *a quo* entendeu que a petição inicial é inepta, porquanto lhe falta a causa de pedir, pois o autor não é o devedor, sendo impossível juridicamente o pedido. A consignatória somente pode ser manejada por devedor ou terceiro, nos casos previstos em lei e com o objetivo de pagamento de quantia certa ou para a consignação de coisa devida. Acrescentou que o autor não indicou a que título é devedor e não comprovou a existência de qualquer dívida do mesmo em relação aos réus, bem como não demonstrou a existência de contrato firmado com estes, em que seja estabelecida a obrigação de pagar ou existência de dívida de qualquer natureza.

O apelante relatou na exordial da ação acima destacada que o Município de Carlos Chagas, em 24.08.99, enviou-lhe uma autorização para desconto da parcela do FPM-Fundo de Participação do Município, para crédito da Construtora Libra S.A., autorização essa que seguiu acompanhada de mandato público, datado de 15.04.99, outorgado pelo então prefeito em caráter irretratável e irrevogável, em que o Município outorga à mesma construtora, para receber junto ao Banco do Brasil ou outro que possa vir a substituí-lo, valores referentes ao pagamento de parcelas mensais. Informou que aquele mandato foi renovado por mais duas vezes, em 17.02.2000 e 10.07.2000. Todavia, em 31.01.2001, recebeu do atual Prefeito Municipal contra-ordem para sustar as retenções que vinham sendo efetuadas no FPM em favor da mencionada construtora.

Pretendendo se liberar da obrigação, requereu autorização para fazer o depósito da quantia de R$13.329,92 (treze mil, trezentos e vinte nove reais e noventa e dois centavos), bem como a permissão para consignar as parcelas vincendas, nos termos do art. 892 do CPC.

Foi deferido o depósito do valor descrito na inicial, bem como as citações dos apelados.

O pedido foi contestado pelo Município de Carlos Chagas e pela Construtora Libra S.A, conforme alegações expendidas e que foram objeto de referência no relatório anexado aos autos.

Nas razões recursais, o apelante reeditou as alegações da inicial e ressaltou que não foram argüidas as preliminares dos incisos I, IV e VI do art. 267 do CPC. Alega que o Prefeito não tem legitimidade para integrar a lide, haja vista que foi ele quem requereu a liberação dos valores consignados e a cassação das procurações. Também, não houve argüição das mesmas preliminares pela Construtora.

Informou que depois de terem sido consignadas várias parcelas, o Município promoveu notificação judicial visando à revogação do mandato outorgado pelo ex-Prefeito em favor da Construtora Libra. Sustenta que, na qualidade de agente financeiro encarregado do repasse das verbas do FPM, possui legitimidade ativa necessária para promover a presente ação. Afirma que o ônus de tal crédito é conferido pelo artigo 93 do Código Tributário Nacional. Aduz que existe a causa de pedir e que o descumprimento da norma prevista no art. 284 do CPC torna a decisão anulável.

Salienta que em nenhum momento demonstrou interesse na extinção da dívida do Município para com a Construtora; que pretendeu apenas esclarecer a dúvida sobre quem deve legitimamente receber o objeto do pagamento de parte proveniente do Fundo de Participação dos Municípios. Assegura que estão presentes todos os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como a legitimidade do apelante. Questiona a liberação da quantia consignada para o Município, em virtude de não ter sido apreciado o mérito. Insurge-se contra a condenação nas custas e honorários advocatícios, ao argumento de que os réus, comparecendo, sujeitam-se ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Requereu a reforma da sentença e a apreciação do mérito; que seja autorizado consignar as prestações periodicas até o julgamento final. Caso o entendimento seja o contrário, pede que a condenação seja apenas dos honorários de sucumbência de um dos apelados, vez que a verba consignada foi liberada.

Presentes os pressupostos para a sua admissão, conheço do recurso.

Após cuidadoso estudo dos autos, *permissa venia*, entendo que a respeitável sentença de primeiro grau não pode prevalecer.

Como se vê da inicial, o Município de Carlos Chagas autorizou o apelante, através de procuração, com as características de "irrevogável e irretratável", a depositar determinada parcela da verba do Fundo de Participação dos Municípios a favor da Construtora Libra S.A., em virtude de contrato com a mesma firmado. O instrumento foi seguido de dois outros, sempre com as características de irrevogabilidade e irretratabilidade, mantendo a autorização para depósito de parcelas a favor da Construtora.

Entretanto, em 31.01.01, o Prefeito Municipal de Carlos Chagas endereçou ofício à agência do apelante, para que sustasse, até segunda ordem, as retenções, que vinham sendo efetuadas no FPM, em favor da Construtora Libra S.A. Estabelecendo-se a discórdia sobre quem deveria receber, o Banco do Brasil socorreu-se da ação consignatória.

Estabelece o art. 973, IV, do Código Civil, que a consignação é cabível "*se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento*".

No presente caso, o apelante recebeu instruções, através de três instrumentos procuratórios, para depositar parte da quota do FPM do Município de Carlos Chagas a favor da Construtora Libra. Tais procurações, apesar de ditas "irrevogáveis", foram revogadas pelo Município. Assim, travou-se a discussão sobre quem deva receber os valores. Como se vê da leitura das contestações apresentadas, tanto o Município como a Construtora se apresentam como habilitados a receber.

Sendo o Banco do Brasil o agente financeiro encarregado da distribuição das quotas do Fundo de Participação dos Municípios, pode ser compelido a pagar de novo, se fizer o pagamento à pessoa errada.

Ao apelante interessa apenas desincumbir-se do pagamento, pouco lhe interessando quem deva receber. Uma vez feito judicialmente o depósito, o apelante lava as mãos e a demanda prossegue exclusivamente entre os apelados, para decidir quem tem direito aos valores, como é da natureza da consignatória.

Desta forma, ressalta claro o interesse do apelante no ajuizamento da ação, impondo-se o processamento da demanda e conseqüente decisão de mérito, como julgar de direito o ilustre Magistrado de primeiro grau.

Com estes fundamentos, dou provimento ao apelo para cassar a sentença, retornando os autos ao Juízo de origem, para o devido andamento.

Custas, pelos apelados.

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

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

ALIMENTOS - DESPACHO DO JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - FIXAÇÃO DOS PROVISIONAIS - INTIMAÇÃO DO DEVEDOR PARA PAGAMENTO SOB PENA DE SE DECRETAR SUA PRISÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUIZ PRIMEVO - APRECIAÇÃO DA MATÉRIA PELA SEGUNDA INSTÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - EXECUÇÃO ALIMENTÍCIA - INEXISTÊNCIA - PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR - INVIABILIDADE

- Se a sentença de primeiro grau não se manifestou a respeito da litispendência suscitada no agravo de instrumento, tendo apenas fixado os alimentos provisionais com a intimação do devedor para pagamento sob pena de se

decretar sua prisão, é vedada a análise daquela matéria pela segunda instância, sob pena de supressão de instância.

- Diante da inexistência da indispensável ação de execução de alimentos, inviável é o decreto de prisão civil do devedor.

AGRAVO Nº 242.495-0/00 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Direito civil e processual civil - Alimentos - Despacho que fixa alimentos provisionais com determinação de intimação para pagamento sob pena de prisão - Alegação de ocorrência de litispendência - Parcial provimento do recurso. - 1. Diante da inexistência da indispensável ação de execução de alimentos, inviável o decreto de prisão civil do devedor, a ensejar o parcial provimento do recurso. - 2. Alegada a existência de litispendência entre diversas ações, envolvendo as mesmas partes, e verificada a ausência de manifestação do juízo primevo no tocante às questões suscitadas somente por ocasião do recurso de agravo de instrumento, vedada é a sua análise por este Sodalício, sob pena de supressão de instância. - 3. Parcial provimento do recurso.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, manifestado por E.R.O., em face do r. despacho proferido pela MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Ituiutaba, que, nos autos da ação de alimentos provisionais aforada por S.M.O., fixou os alimentos provisionais em 2 (dois) salários mínimos para cada filho, sob pena de ser decretada a prisão do ora agravante.

A formação do agravo foi deferida, ante a existência de seus pressupostos, a ele tendo sido denegado o pleito de suspensividade recursal.

Nas razões recursais pleiteia-se que seja concedida liminar para que não seja decretada a prisão civil do alimentante, diante da antijuricidade da ordem emanada em primeiro grau, consoante os argumentos expendidos e as provas documentais apresentadas, bem como que seja reconhecida a existência de litispendência entre as ações de arrolamento de bens e de alimentos provisionais para com a ação de divórcio anteriormente proposta.

Solicitadas informações à MMª Juíza da causa principal, estas se encontram às fls. 73/74-TJ, no sentido de que foram indeferidos os pedidos postulados de prisão civil do agravante e expedição de alvará para levantamento de importância depositada em nome do agravante junto à Credipontal - Cooperativa de Crédito Rural do Pontal do Triângulo Ltda.

Apesar de devidamente intimada, transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta (fls. 88/89-TJ).

Diante das informações prestadas pela MMª Juíza, determinou-se ao agravante que se manifestasse nos autos a respeito de seu eventual interesse no prosseguimento do feito, o que foi atendido à fl. 95-TJ.

Instada a manifestar-se no feito, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no sentido de extinção do feito, por perda de seu objeto, e, caso ultrapassada esta, por seu desprovimento.

É a síntese do necessário.

Decido.

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

Pelo que se infere dos autos, a agravada aforou ação de divórcio direto, na data de 30 de maio de 2001, e, posteriormente, em 04 de julho do mesmo ano, ingressou com ação de arrolamento de bens, bem como ação de alimentos provisionais, tendo o MM. Juiz plantonista exarado o despacho que se encontra à fl. 71-TJ, e é contra esse despacho que ora se recorre.

Contudo, pelas informações prestadas pela MMª Juíza, extrai-se que o pedido de prisão civil do alimentante não foi deferido, o que acarretaria, em tese, a perda do objeto do presente recurso, não fossem as demais argumentações trazidas pelo agravante no que pertine à existência de litispendência entre as demais ações, mas a ele vou dar parcial provimento e o faço pelas razões a seguir alinhadas.

Quanto ao pedido de prisão civil por débito alimentar, muito embora a MMª Juíza tenha indeferido o pedido a tanto, o que ensejaria a perda de objeto do recurso como acima explicitado, neste aspecto tenho que o agravo merece provimento, tendo em vista a inexistência de débito a ensejar o referido decreto, mormente em face da inexistência da indispensável ação de execução dos alimentos.

Quanto à alegada ocorrência de litispendência, não obstante as argumentações trazidas a efeito, tenho que tal matéria refoge ao âmbito do presente julgamento, tendo em vista a ausência de manifestação do juízo primevo no tocante às questões suscitadas no presente recurso, sob pena de supressão de instância.

Nunca é demais salientar que a decisão exarada pelo MM. Juiz e de

que ora se recorre é aquela que se encontra à fl. 71-TJ, que fixou alimentos em dois salários mínimos, com intimação para pagamento em cinco dias, sob pena de se decretar a sua prisão, em nada se pronunciando a respeito da alegada litispendência, não podendo esta ser objeto do presente recurso.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para arredar do r. despacho recorrido o fenômeno da prisão civil nele constante, nos termos acima explicitados.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - CARÊNCIA DA AÇÃO - INOCORRÊNCIA - ENFRENTAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - ACESSO A ESCOLA PÚBLICA E GRATUITA PRÓXIMA À RESIDÊNCIA - DIREITO ASSEGURADO PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ART. 53, V, DA LEI Nº 8.069/90 - INTELIGÊNCIA - CONCESSÃO DA SEGURANÇA

- Concorrendo na espécie a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de partes e estando também presentes os pressupostos específicos do mandado de segurança, quais sejam, o ato de autoridade, ilegalidade do ato e lesão a direito líquido e certo, não há como julgar a impetrante carecedora da ação.

- Tendo a sentença, embora decretando a carência de ação, enfrentado o mérito, analisando e indeferindo o pedido, sendo equívoca a conclusão sentencial, possível se torna, afastada a prefacial pelo acórdão, de pronto examinar o mérito recursal.

- O art. 53, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente garante o acesso a escola pública e gratuita próxima da residência, não podendo a Comissão de Cadastro Escolar se descuidar de tal regra, não se podendo falar em correição do critério de seleção de alunos naquela escola pela idade, tendo em vista a única exigência da lei ser em relação à proximidade entre a escola e a residência do aluno. Assim sendo, não é razoável admitir que, havendo escola pública próxima à residência da adolescente, seja ela obrigada a percorrer longas distâncias para freqüentar outro educandário existente na cidade, sob pena de tornar letra morta o art. 53, V, do ECA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 242.902-5/00 - Comarca de Caxambu - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Acesso a escola pública e gratuita próxima da residência - Direito assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. - Não é razoável admitir que, havendo escola pública próxima à residência da adolescente, seja ela obrigada a percorrer longas distâncias para freqüentar outro educandário existente na cidade, sob pena de tornar letra morta o art. 53, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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, 02 de abril de 2002. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. João Bosco Santos Teixeira.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - *Conheço* do recurso, eis que satisfeitos os pressupostos de sua admissibilidade.

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado por Ana Caroline da Silva, representada por sua mãe, Helena de Fátima da Silva, contra ato praticado pela Diretora da Escola Estadual Ruth Martins de Almeida, que se recusou a efetuar a matrícula escolar da menor, encaminhando-a para outra escola estadual onde a vaga estaria garantida.

Sustenta a impetrante que o Estatuto da Criança e do Adolescente lhe assegura o "*acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência*" (art. 53, V), arrimando seu pedido também nos artigos 206 e 208 da Constituição Federal de 1988.

Ao sentenciar o feito (fls. 39/42), o MM. Juiz de Direito concluiu pela carência de ação, julgando extinto o processo, e, por conseqüência, cassou a liminar antes deferida.

No caso, não tenho como emprestar minha modesta adesão ao entendimento encampado pelo ilustre Sentenciante.

Prefacialmente, tenho que a impetrante não é carecedora de ação, haja vista que concorrem na espécie a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de partes, estando também presentes os pressupostos específicos do mandado de segurança, quais sejam, ato de autoridade, ilegalidade do ato e lesão a direito líquido e certo.

Na verdade, a mácula que poderia impedir o adentramento no mérito seria tão-somente a não-comprovação de plano dos fatos alegados.

Todavia, o único fato que poderia se afigurar duvidoso seria a recusa de se efetuar a matrícula da impetrante na referida escola.

Suprindo tal deficiência, vieram as informações da autoridade coatora (fls. 18/19), que comprovam inteiramente as afirmações contidas na inicial.

Ora, se as razões postas na peça de ingresso não fossem confirmadas pela impetrada, aí, sim, surgiria controvérsia quanto aos fatos, o que é de todo inadmissível em sede de mandado de segurança, mas isso não ocorreu no caso em exame. A certeza quanto aos fatos se completou com a manifestação da autoridade apontada coatora, que deixou claro que não matriculou a impetrante naquele educandário, remetendo-a para o outro, situado em local mais distante.

Outrossim, não é verdade que a pretensão posta em juízo não encontra respaldo em expressa norma legal. A Lei 8.069/90 expressamente assegura à criança e ao adolescente o "*acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência*" (art. 53, V).

Assim, o pressuposto da certeza jurídica também resta satisfeito e propicia que o feito possa ser apreciado quanto ao mérito.

À vista de tais considerações, tenho que não há razões para se decretar a carência de ação e tenho que, na verdade, a sentença acabou enfrentando o mérito: analisando e indeferindo o pedido, sendo equívoca a conclusão sentencial.

Neste entendimento, considerando que verdadeiramente houve a análise da questão de fundo, passo ao exame do mérito recursal.

Embora respeitáveis as justificativas da Senhora Diretora Escolar, tenho que não se pode fazer de uma disposição de lei uma letra morta no ordenamento jurídico.

Se o Estatuto da Criança e do Adolescente garante o acesso a escola pública e gratuita próxima da residência, não poderia a Comissão de Cadastro Escolar se descuidar de tal regra.

Não há que se falar que foi correto o critério de seleção de alunos naquela escola pela idade, se a lei faz exigência somente em relação à proximidade entre a escola e a residência.

É óbvio que, a partir da norma em enfoque, não poderia o Judiciário, imiscuindo-se em área afeta ao poder discricionário do Executivo, determinar que se construíssem novas escolas ou que fosse fornecido o transporte público e gratuito para encurtar as distâncias; todavia, se há uma escola próxima à residência da menor, é ilegal exigir que ela atravesse boa parte da cidade para ter um lugarzinho na sala de aula.

Tenho que a impetração não busca apenas a proteção de interesses, como dito, mas um direito decorrente de norma jurídica expressa.

Assim, a partir do momento em que se nega vigência a um direito consagrado em lei, e tenho que o direito reclamado o está, ocorre uma ilegalidade que pode ser corrigida através do *mandamus*.

Com tais razões de decidir, com redobrada vênia àqueles que entendem de modo diverso, dou provimento ao recurso e determino que a infante Ana Caroline da Silva seja admitida na Escola Estadual Ruth Martins de Almeida.

Custas, pelo apelado.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CASAMENTO - REGIME DE BENS - COMUNHÃO UNIVERSAL - MULHER MAIOR DE 50 (CINQÜENTA) ANOS - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 - PROIBIÇÃO CONTIDA NO ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL - IGUALDADE ENTRE HOMEM E MULHER

- Com o advento da norma ínsita no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal/88, que define a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, não resta dúvida de que a proibição contida no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil, relativamente à mulher, se igualou, no mínimo, àquela definida para o homem, ou seja, somente após os sessenta anos de idade completos é que ficaria a nubente proibida de contrair matrimônio em regime de comunhão universal de bens.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 243.087-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Civil - Matrimônio - Comunhão universal de bens - Art. 258 do CC - Art. 5º, inciso I, da CR. - Com o advento da norma ínsita no art. 5º, inciso I, da Constituição da República, que define a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, não resta dúvida de que a proibição contida no art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC, relativamente à mulher, se igualou, no mínimo, àquela definida para o homem, ou seja, somente após os sessenta anos de idade completos é que ficaria a nubente proibida de contrair matrimônio, em regime de comunhão universal de bens. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de junho de 2002. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. Otávio Abreu Portes.

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra sentença que julgou procedente o pedido de autorização judicial para celebração de casamento em regime de comunhão universal de bens proposto por Eliana Gonçalves da Silva.

As razões recursais das partes foram alvo de sucinta reportagem no relatório de fls.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos legais.

Da análise da questão debatida no feito, exsurge o efetivo acerto da decisão fustigada.

Com efeito, não obstante a combatividade do apelante, com o advento da norma ínsita no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República, que define a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, não resta dúvida de que a proibição contida no artigo 258, parágrafo único, inciso II, do CC, relativamente à mulher, se igualou, no mínimo, àquela definida para o homem, ou seja, somente após os sessenta anos de idade completos é que ficaria a nubente proibida de contrair matrimônio, em regime de comunhão universal de bens.

Constatando-se, pois, que a requerente conta com cinqüenta e dois anos de idade (documento de fls. 06-TJ), nenhum impedimento se verifica a impossibilitar o seu intento de contrair matrimônio no regime de comunhão universal de bens.

Desta forma, a outra conclusão não se poderia mesmo chegar, senão àquela vertida na sentença.

Ante a tanto, confirma-se o *decisum*, por seus próprios fundamentos, desprovido o recurso interposto.

Sem custas.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO INATIVO - LEI ESTADUAL Nº 12.278/96 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

- A partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, é indevido o desconto, a título de contribuição previdenciária, sobre os proventos dos servidores públicos inativos, nos termos do disposto no art. 195, II, da Constituição Federal, que se aplica ao regime de previdência dos servidores públicos. Mencionada alteração constitucional, todavia, não tem o condão de tornar indevidos os descontos de contribuição previdenciária realizados no período de vigência da Lei Estadual nº 12.278/96, que, até a Emenda Constitucional nº 20/98, não foi considerada inconstitucional pela egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

- V.v.: - A nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao inciso II do art. 195 da CF/88 exclui apenas e tão-somente da contribuição para com a seguridade social "*a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral da previdência de que trata o art. 201***". Os destinatários do disposto no inciso II do mencionado art. 195 da CF/88 são os aposentados e pensionistas do INSS, não se aplicando tal dispositivo aos aposentados e pensionistas dos regimes estaduais e municipais, pois o art. 201 da mesma Carta Magna refere-se apenas ao regime geral da previdência, estando excluídos da redação da norma os regimes estaduais. Assim, a redação dada ao inciso II do art. 195 da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 20 não atinge o Sistema Previdenciário Estadual.** *(Des. Orlando Carvalho)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 243.945-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Previdenciário - Servidor público inativo - Lei Estadual nº 12.278/1996 - Descontos de contribuição previdenciária. - A partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, é indevido o desconto, a título de contribuição previdenciária, sobre os proventos dos servidores públicos inativos, nos termos do disposto no art. 195, II, da Constituição Federal, que se aplica ao regime de previdência dos servidores públicos. - A mencionada alteração constitucional, todavia, não tem o condão de tornar indevidos os descontos de contribuição previdenciária realizados no período de vigência da Lei Estadual nº 12.278/1996, que, até a Emenda Constitucional nº 20/1998, não foi considerada inconstitucional pela egrégia Corte Superior deste Tribunal de Justiça.

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 PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 19 de março de 2002. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de apelação contra a sentença de fls. 440-445, proferida em ação com pedidos de repetição de indébito e de declaração de inconstitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária sobre os proventos de servidores e pensionistas do Estado de Minas Gerais.

O ilustre Juiz *a quo*, declarando a inconstitucionalidade da exigência da contribuição previdenciária de aposentados e pensionistas, julgou procedente o pedido inicial para:

"*(...) determinar que sejam devolvidos aos autores os valores recolhidos a título de contribuição previdenciária, devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora de 0,5% (...), a partir da citação (...)*" (fl. 443).

Inconformado, o segundo apelante sustenta que: a Lei Estadual nº 12.278/1996 é constitucional; quanto aos valores já cobrados a título de contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas, não devem ser devolvidos; os servidores inativos não perdem o vínculo com a Administração Pública, permanecendo o dever de custear parcialmente o sistema de previdência e assistência social; a lei em questão obedeceu ao devido processo legislativo, revestindo-se de constitucionalidade, bem como está em consonância com o disposto no art. 24, § 6º, da Constituição Mineira; a cobrança da contribuição, no percentual de 3,5%, não reduziu o valor dos proventos dos servidores; a Lei Estadual nº 13.441/2000 produz efeitos *ex nunc*, não podendo atingir o ato jurídico perfeito.

O apelado apresentou contra-razões ao recurso interposto pelo Estado de Minas Gerais, pugnando pelo seu desprovimento (fls. 457-461).

Conheço do recurso de reexame necessário e do recurso voluntário interposto, porque se encontram presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário de sentença que condenou o Estado de Minas Gerais a restituir os valores descontados dos proventos dos servidores aposentados recorridos a título de contribuição previdenciária, com base na Lei Estadual nº 12.278/1996.

Permissa maxima venia, a meu inteligir, a pretensão deduzida na exordial não merece prosperar integralmente, da forma como foi entendida pelo ilustre Juiz *a quo*, que determinou o ressarcimento de todos os valores cobrados a título de contribuição previdenciária dos servidores inativos, ora apelados.

No tocante aos descontos efetuados pelo Estado de Minas Gerais no período anterior à vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, não vislumbro a mencionada inconstitucionalidade.

Isso porque tais descontos previdenciários foram efetuados com base na Lei Estadual nº 12.278/1996, votada e sancionada em consonância com o disposto no art. 149, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, e art. 24, § 6º, da Constituição Mineira. Vejamos o que dispunham esses dispositivos normativos:

"*Art. 149, parágrafo único: Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social*" (CF/88).

"*Art. 24, § 6º: O Estado, no âmbito de cada Poder, pode cobrar contribuição social de seus servidores, para custeio de sistemas de previdência e assistência social, nos termos da Constituição da República e na forma da lei*" (CE/89).

Como se vê, os textos constitucionais destacados não faziam qualquer distinção entre o servidor estável ou transitório, ativo ou inativo, para efeito de desconto de contribuição previdenciária de natureza compulsória.

Quanto à Lei Estadual 12.278/96, a egrégia Corte Superior deste Tribunal, no julgamento da ADIn nº 93.882-9, realizado em 25.03.1998, pronunciou-se no sentido de reconhecer a sua constitucionalidade, sendo afastadas, naquela oportunidade, inclusive, as alegações de afronta a direito adquirido e ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos. Nesse ponto, vale destacar os argumentos apresentados no julgamento dessa ADIn pelo eminente Relator Des. Orlando Carvalho, com os quais compartilho e passam a integrar a fundamentação deste recurso:

"*(...) 2.4. Da vulneração do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, e das demais argüições do requerente.*

A instituição da contribuição social decorre do exercício de competência assegurada ao Estado pela Constituição Federal (art. 149, parágrafo único) e Estadual (art. 24, § 6º), o que afasta qualquer alegação de ofensa a direito adquirido, mesmo quanto a aposentados, consoante, aliás, decisão do Tribunal TR2, de 25.09.89, ementada: 'Contribuição Previdenciária. Aposentadoria. - Inexiste vício de inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 1.910/81, assim como não afronta ao direito adquirido a exigência da contribuição de quem se aposentara anteriormente à sua instituição'. Neste sentido: STF, RE 106.457-SP, *RTJ,* 116/376; *MS* 20351, *RTJ,* 108/547 etc.

A orientação do STF a respeito não deixa dúvida: 'O funcionário público não adquire direito a determinada situação jurídica, nem, como na

espécie, a certo percentual de gratificação, posto que a Constituição Federal lhe assegure irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV), (...)" (TJMG, ADIn nº 93.882-9, julgada em 25.03.1998).

Sobre a alegada afronta ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, frise-se, novamente, que a irredutibilidade diz respeito ao valor nominal dos proventos, que não foi alterado, e não ao valor real.

Todavia, com a reforma do ordenamento jurídico-constitucional efetivada pela Emenda nº 20/1998, a Lei 12.278/1996, no ponto relativo à cobrança de contribuição previdenciária dos servidores aposentados, sofreu revogação tácita, não subsistindo, pois, a partir da vigência dessa emenda, a constitucionalidade da referida cobrança.

Essa é a conclusão inafastável a que se chega após a interpretação sistemática das normas constitucionais sobre o assunto, precisamente, o disposto no art. 40, § 12, da Constituição Federal, que estendeu ao regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo a adoção, no que couber, dos requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

No que concerne a esses critérios do regime geral de previdência social aplicáveis aos servidores públicos aposentados, vislumbramos o constante do disposto no art. 195, II, da Constituição Federal. Não obstante o *caput* do mencionado art. 195 estabelecer que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o inciso II do art. 195 teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, concedendo-se aos aposentados e pensionistas a imunidade relativa à cobrança de contribuição sobre aposentadoria e pensão.

Ora, a meu juízo, *rogata venia*, a partir dessa alteração constitucional, os servidores inativos não podem ter seus proventos descontados por contribuição social destinada ao custeio do sistema de seguridade social, visto que tal restrição não se encontra em nenhuma norma relativa ao regime de previdência social dos servidores públicos, aplicando-se, aqui, o critério estipulado para o regime geral de previdência social.

Desse modo, o réu, segundo apelante, deve ressarcir aos autores, ora apelados, os valores cobrados a título de contribuição previdenciária, limitando-se ao período posterior à vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, a partir de quando passou a ser inconstitucional esse desconto sobre os proventos dos servidores inativos.

Com essas considerações, em reexame necessário, reformulo em parte a sentença e considero prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de reexame necessário de sentença que condenou o Estado de Minas Gerais a devolver as contribuições previdenciárias descontadas dos proventos dos servidores aposentados, anteriores à Emenda nº 20.

A hipótese dos autos não é nova neste Tribunal. Tenho, pois, o meu posicionamento já firmado, e ele vai ao encontro do entendimento do e. Relator apenas com relação à constitucionalidade da Lei 12.278/96.

Com efeito, a Lei Estadual nº 12.278/96 foi regularmente votada e sancionada, tendo embasamento no art. 149, parágrafo único, da CR/88, bem como no art. 24, § 6º, da CEMGE, sendo, portanto, constitucional. Aliás, tive oportunidade de me pronunciar nesse sentido, por ocasião do julgamento da ADIn nº 93.882-9, quando foi reconhecida a constitucionalidade da referida lei pela eg. Corte Superior deste Tribunal, julgada em 25 de março de 1998; do Mandado de Segurança nº 169.836-4.00, julgado em 24.05.00, e por diversos outros julgados.

No caso dos autos, não há que se falar em afronta ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, tampouco em lesão ao direito adquirido na aposentadoria, eis que os descontos vêm previstos nas Constituições Federal e Estadual, como exposto acima; e a irredutibilidade diz respeito ao valor nominal dos proventos, não ao valor real. Ressalto que entendimento diverso implicaria a necessidade de ajuste dos proventos sempre que ocorresse a desvalorização da moeda, consoante raciocínio desenvolvido pelo em. Min. Octavio Gallotti, na ADIn nº 1.441/2-DF, julgada em 28 de junho de 1996 pelo STF.

Nesse jaez, resta assente a jurisprudência, *v.g*:

"*O desconto mensal compulsório de contribuição previdenciária para o custeio de aposentadoria dos Magistrados não ofende a garantia de irredutibilidade de vencimentos*" (STJ, Min. Milton Luiz Pereira, ROMS-9648/MG, *DJ* de 16.11.99, p. 184).

"*Não pode o servidor invocar a garantia do direito adquirido para reivindicar a percepção de proventos segundo o sistema vigorante ao tempo da inativação*" (Min. Ilmar Galvão, RE-159196-SE, *DJ* de 22.09.95, p. 30.609).

Deve ser ressaltado, ainda, o fato de que os textos constitucionais mencionados não fazem qualquer distinção entre servidor estável ou transitório, ativo ou inativo, para efeito de desconto de contribuição previdenciária de natureza compulsória. O Estado, ao exigir de todos os seus servidores, dos três Poderes, em atividade ou não, contribuição previdenciária em idêntico percentual, age em sintonia com os princípios constitucionais da isonomia, legalidade, anterioridade, uniformidade e capacidade tributária.

Desse modo, pode-se concluir que, se os descontos se deram embasados na Lei 12.278/96, descabe a devolução dos valores na forma determinada pela sentença *sub examine*.

Com relação à aplicação da Emenda Constitucional nº 20, com todo o respeito ao entendimento esposado pelo e. Relator, tenho para mim

que referido dispositivo em nada socorre a pretensão dos autores. A norma contida no atual art. 195, II, da CR/88, tem como destinatários os aposentados e pensionistas do INSS.

A esse respeito, cito parte da informação prestada pelos Exmos. Srs. Governador do Estado e Secretário de Recursos Humanos e Administração, por ocasião do Mandado de Segurança nº 171.613-3/00:

"*Verifica-se que a nova redação dada pela EC nº 20 ao inciso II do artigo 195 da Constituição Federal exclui apenas e tão-somente da contribuição para com a seguridade social 'a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência de que trata o art. 201'.*

Referido dispositivo legal não se aplica aos aposentados e pensionistas dos regimes estaduais e municipais, dos chamados regimes próprios de previdência. Os destinatários do disposto no inciso II do artigo 195 da CR/88 são os aposentados e pensionistas do INSS, pois o art. 201 se refere apenas ao regime geral da previdência, estando excluídos da redação da norma os regimes estaduais".

Desse modo, tratando-se de institutos específicos, o INSS e o Previdenciário Estadual Estatutário, diversos são os embasamentos constitucionais que os acolhem e os regem. Portanto, a redação dada ao inciso II do art. 195 da CR/88 pela Emenda nº 20 não atinge o Sistema Previdenciário Estadual.

Cito também trecho do voto proferido pelo e. Des. José Francisco Bueno, que entendo pertinente ao caso em tela:

"*Não se deve esquecer que os sistemas previdenciários dos servidores da União, dos Estados e Municípios possuem, relativamente à forma de custeio, tratamento específico e diferenciado do chamado regime geral, razão pela qual, quanto a esse aspecto, inocorre a paridade referida no § 12 do art. 40 da CF, acrescido pela EC nº 20/98, dada a excepcionalidade resultante da expressão 'no que couber'.*

É que, ao disciplinar o custeio da previdência geral, a Carta Política, art. 195, II, especifica a vedação de incidência da contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas por este regime geral, não contemplando os proventos dos servidores públicos inativos.

Daí por que a permissão contida no parágrafo único do art. 149 da CF/88, autorizando a instituição de contribuição a cargo dos servidores para o custeio dos sistemas especiais de previdência da União, dos Estados e Municípios, inclui os inativos, cujos vínculos não se extinguem pelo jubilamento, não havendo razão para a distinção entre ativos e inativos, especialmente diante da garantia de equivalência dos proventos com os vencimentos da atividade".

Por outro lado, a Lei nº 13.441/00, citada pelo ilustre Sentenciante, tão-só modificou as Leis 12.278/96, 12.328/96 e 12.329/96, bem como a Resolução nº 5.171/96 da Assembléia Legislativa. E modificou simplesmente retirando dos textos a referência à incidência da contribuição de 3,5% sobre os proventos dos aposentados. Porém, não se pode fazer a inovação benéfica retroagir a situações anteriores reguladas por dispositivos legais que mereceram do próprio Poder Judiciário o reconhecimento da regularidade e da constitucionalidade.

À vista do exposto, peço vênia ao ilustre Relator, para dele discordar e, em reexame necessário, julgar improcedente o pedido inicial, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo com o Relator.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

-:::-

ICMS - NOTAS FISCAIS - EMISSÃO POR EMPRESA CUJA INSCRIÇÃO FOI DECLARADA INIDÔNEA - OPERAÇÕES DE COMPRA E VENDA REALIZADAS ANTES DO ATO DECLARATÓRIO - CONTRIBUINTE DE BOA-FÉ - OPERAÇÃO ANTERIOR - PROVA DO PAGAMENTO DO TRIBUTO - INEXIGIBILIDADE - APROVEITAMENTO DO CRÉDITO - POSSIBILIDADE

- Para aproveitar os créditos de ICMS embutidos no valor das mercadorias que entram no seu estabelecimento, o comprador não depende da prova de que o vendedor pagou o tributo. Exige-se dele apenas a comprovação de que a nota fiscal corresponde a um negócio efetivamente realizado e de que o vendedor estava regularmente inscrito na repartição fazendária como contribuinte do tributo.

- Somente depois de publicada é que a inidoneidade da inscrição do vendedor gera efeitos contra terceiros. Se à época das operações mercantis o comprador não tinha conhecimento da inidoneidade da inscrição do vendedor, eis que declarada após a efetivação das mesmas, as notas fiscais representativas das negociações de compra e venda autorizam o aproveitamento dos créditos correspondentes.

- Na ausência publicitária da punição fiscal, até pelo espelhar da teoria da aparência, não se pode apenar o comerciante que age de boa-fé, amparando-se em documentação insuspeita de irregularidade formal. Ademais a inidoneidade não se presume. Uma vez alegada, esse ônus cabe a quem o proclama.

- Só a isenção do tributo ou sua não-incidência é que podem provocar a anulação do crédito relativo às operações anteriores e não implicam crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes. O comerciante não responde pelo imposto devido na operação anterior. Aquele que lhe vendeu a mercadoria é que é o devedor do tributo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 245.317-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Tributário - ICMS - Crédito oriundo de nota fiscal emitida por empresa cuja inscrição foi declarada inidônea - Confirmação do recebimento de mercadorias. - "*Para aproveitar os créditos de ICMS embutidos no valor das mercadorias que entram no seu estabelecimento, o comprador não depende da prova de que o vendedor pagou o tributo; só se exige do comprador a comprovação de que a nota fiscal corresponde a um negócio efetivamente realizado e de que o vendedor estava regularmente inscrito na repartição fazendária como contribuinte do tributo*" (STF). "*A inidoneidade da inscrição do vendedor só gera efeitos contra terceiros depois de publicada; todavia, ainda que idônea a inscrição, a nota fiscal só autoriza o aproveitamento dos créditos correspondentes se representativa de verdadeira compra e venda*" (STF).

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, 01 de abril de 2002. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Marcelo Braga Rios.

O Sr. Des. Alvim Soares - Sr. Presidente. Quero cumprimentar o Dr. Marcelo Braga Rios pela objetividade e desenvoltura do seu trabalho da tribuna.

Conheço do recurso interposto, próprio, atempadamente ofertado e preparado.

Perante a Terceira Vara da Fazenda Pública e Autarquias desta Capital, a aqui recorrente Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda. ajuizou a presente ação anulatória de débito fiscal em face da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, ora apelada, argumentando que, em seu desfavor, foi expedido "*...o auto de infração relativo ao PTA nº 01.000122366.73, através do qual exige o recolhimento de ICMS e multa, no valor de R$13.752,01 sob a alegação que o contribuinte aproveitou o crédito de notas fiscais da empresa Medusa Comércio e Representações Ltda., no mês de junho de 1993, consideradas inidôneas pelo auto de inidoneidade nº 03.479060, de 13.12.1993, motivando o estorno do crédito de ICMS e a cobrança de multas cabíveis*"; informou ainda a suplicante que apresentou defesa na esfera administrativa, sendo indeferida sob o argumento de ter sido intempestiva; argüiu que as notas fiscais ditas como inidôneas foram emitidas em junho de 1993 e o auto de inidoneidade foi datado de 13.12.1993; logo, dele a empresa/autora não tinha conhecimento; alega, mais, que "*para a aprovação de créditos de ICMS basta que a nota fiscal se refira à mercadoria adquirida e que o vendedor seja regularmente inscrito na repartição fazendária e as operações foram praticadas com o preenchimento desses requisitos*"; juntou documentos.

Citada, a Fazenda Pública estadual ofertou sua contestação (fls. 39/49-TJ), trazendo fotocópias; a impugnação à peça contestatória fluiu às fls. 78/81-TJ, trazendo, igualmente, xerocópias; deferida a prova pericial, o laudo despontou às fls. 107/110-TJ; manifestações das partes sobre o trabalho do *expert*, lançadas às fls. 139 *usque* 142-TJ; memorial (fls. 144/146-TJ) somente apresentado pela autora; a representante ministerial do primeiro grau eximiu-se de se manifestar no presente feito; a decisão singular vergastada encontra-se lançada às fls. 148/152-TJ julgando improcedente o pedido inaugural.

Irresignada com a decisão proferida, insurgiu-se a empresa/autora através do apelo recursal emoldurado às fls. 158/172-TJ, acoplando acórdão reprografado e oriundo deste Tribunal, bem assim do STJ, julgando matéria similar à aqui versada.

Data venia, após muito analisar, com real minudência, por todo o contexto aqui compilado, em face do tema abordado e da qualidade técnica dos procuradores que aqui atuaram, tenho que a ilustre Prolatora da decisão monocrática profligada não se houvera com o costumeiro acerto, máxime se a cotejarmos com todo o contido nos votos exteriorizados no julgamento realizado em 08.09.1998, cujo acórdão se encontra encartado por cópia às fls. 175/188-TJ e que tivera, como Relator, o eminente Des. *Pinheiro Lago* e, como Revisor e Vogal, os não menos eminentes Desembargadores *Abreu Leite* e *Fernandes Filho*.

Incontroversa verdade que das emissões das notas fiscais (junho 93) até a elaboração do auto de inidoneidade (13.12.1993) decorreram meses e, "*... na ausência publicitária da punição fiscal, até pelo espelhar da teoria da aparência, não se pode apenar o comerciante que age de boa-fé, amparando-se em documentação insuspeita de irregularidade formal; ademais, não se presume a inidoneidade; uma vez alegada, esse ônus cabe, cumpridamente, a quem o proclama*" (TJRJ - 8ª Câmara Cível - AP 5.368/88 - *Diário Jud. RJ*, publicado em 21.09.1989).

Aponta a empresa apelante que três fundamentos justificam a reforma da sentença planicial:

"1) A comprovação da realização das operações geradoras dos créditos de ICMS legitima a apropriação dos mesmos nas operações subseqüentes;

2) A Constituição Federal admite a glosa de crédito de ICMS em apenas duas hipóteses: isenção e não incidência, que não são hipóteses em discussão nos autos;

3) As operações geradoras dos créditos de ICMS foram praticadas em junho de 1993 e a inidoneidade da documentação somente foi apurada pela Fazenda Pública Estadual em dezembro de 1993.

No que pertine ao primeiro fundamento, tal como já abordado acima sobre o terceiro, sua comprovação é incontestável, pela documentação e no laudo pericial; ocorrência da realização das operações e detalhes quanto aos pagamentos à empresa fornecedora de mercadorias.

Quanto à não-cumulatividade do tributo (artigo 155, parágrafo 2°, inciso II, alíneas *a* e *b*), somente a "*isenção*" ou sua "*não incidência*" é que poderiam provocar a anulação do crédito "*... relativo às operações anteriores*" e não implicam "*crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes*"; decisões em paralelo, muitas poderiam ser citadas; trago decisão do TJRJ, publicada no *Diário do Judiciário* daquele Estado, retratada na ementa seguinte:

"*ICMS - Anulação de débito fiscal. - Não responde o comerciante pelo imposto devido pela operação anterior pela qual é devedor o que lhe vendeu a mercadoria e que não recolheu o imposto, apesar de destacá-lo na fatura*".

Colho e aqui deixo o registro do consignado no acórdão acima citado e deste Tribunal de Justiça, pelo Relator *Des. Pinheiro Lago, ipsis literis*:

"*Com a consagração do princípio da não cumulatividade pelo Texto Constitucional, não pode o legislador infraconstitucional ignorar seus contornos, com o propósito de promover restrições, competindo-lhe somente a tarefa de explicitar as regras já implícitas na própria Constituição, como a que proíbe o aproveitamento de créditos relativos a materiais de consumo*".

Mais adiante, vaticinou:

"*Reputo necessária, obrigatória, louvável sob todos os aspectos, a preocupação fazendária em coibir negócios ilícitos, espúrios, e, sobretudo, sonegatórios que tenham por escopo permitir transferências de créditos, simulados em pseudo venda de bens e prestações de serviços*" (fls. 180-TJ).

No caso em comento, verifica-se a mais não poder que "*o ato declaratório da inidoneidade*" não precedeu à época em que se realizaram as operações mercantis, e era verdadeiramente impossível à empresa recorrente dele tomar ciência, eis que inexistente até então; adviera sim, seis meses após.

Pelas razões expostas e do mais que emerge deste caderno processual, dou provimento ao recurso interposto e julgo procedente a ação, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Custas, na forma de lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Sr. Presidente. Examinando a matéria, e como bem salientou o ilustre advogado, é de se reconhecer que o art. 23 do Código Comercial estabelece uma presunção de veracidade dos lançamentos contábeis feitos pelo comerciante, listando as situações em que ela prevalece. E ali se explicita que esses lançamentos fazem prova em juízo, até prova em contrário - pela referida presunção de veracidade estabelecida no Código Comercial - a favor ou contra aquele que for proprietário dos livros que contêm ditos lançamentos, e até nos relacionamentos mercantis com terceiros.

Achei, portanto, ao fazer a revisão, substancioso o voto do eminente Des. Relator e muito frágil a argumentação da ilustre Juíza de primeiro grau, quando diz que o lançamento que estava a comprovar a efetiva transação mercantil era um lançamento unilateral, vale dizer, colocando essa presunção da veracidade em xeque, ou em questionamento, quando pela própria lei comercial isso não seria possível.

Então, com esses adminículos, também estou dando provimento, na esteira do voto do eminente Des. Relator.

O Sr. Des. Edvaldo George - Sr. Presidente. Quero também saudar o brilhante advogado que assumiu a tribuna.

Após as palavras dos eminentes Desembargadores Relator e Revisor, nada mais posso acrescentar e também dou provimento, na esteira dos votos que me antecederam.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CLASSIFICAÇÃO - PRIVILEGIADO ESPECIAL - JUÍZO DE APELAÇÃO - INOVAÇÃO DE TESE - INADMISSIBILIDADE - PRAZO COMPLEMENTAR - INOBSERVÂNCIA - INTEMPESTIVIDADE DO APELO

- Na falência, o crédito resultante de honorários advocatícios, em razão de sua natureza alimentar, é classificado como privilegiado especial.

- Via de regra, as questões de fato, não propostas na instância inferior, não poderão ser suscitadas no juízo de apelação, uma vez que a apelação não é uma nova demanda. A matéria processual para a primeira instância também o é para a segunda.

- Havendo perdas e sucumbência para todas as partes, o prazo para recurso é comum. Restabelecido o prazo em face de retirada indevida do processo, a não-observância do prazo complementar implica a intempestividade da apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 245.866-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Falência - Habilitação de crédito - Honorários advocatícios - Classificação - Privilégio especial. - Na falência, o crédito resultante de honorários advocatícios, em razão de sua natureza alimentar, é classificado como privilegiado especial.

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 AO PRIMEIRO RECURSO, NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO E NÃO CONHECER DO TERCEIRO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2001. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Conheço dos recursos, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de habilitação de crédito ajuizada por Luiz Gonzaga de Miranda contra a massa falida do Banco do Progresso S.A.

A MM.ª Juíza, pela sentença de fls. 299/303, julgou, parcialmente, procedente o pedido de Luiz Gonzaga Miranda. Interpôs apelação, fls. 319/322. Alega:

"*a r. sentença julgou, parcialmente, procedente a habilitação dos créditos supra mencionados, com a redução, para $52.541,49, o crédito da ação rescisória, reconhecendo apenas o valor correspondente a 5%, calculados sobre o valor de eventual sucumbência de 10% dos R$10.508.298,05 (valor da ação)*";

"*que o trabalho da apelante consistiu na contestação da ação rescisória proposta por Fazenda Nacional perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com o objetivo de desconstituir decisão proferida por Turma daquele Tribunal, que, em apelação interposta em ação ordinária de repetição do indébito do Finsocial, declarou a inconstitucionalidade da legislação modificadora do Decreto-lei n.º 1.940/82. A ação rescisória foi julgada improcedente pelo acórdão acostado aos autos da habilitação, com trânsito em julgado*";

"*trata-se de ação nova, como está demonstrado nos autos, diferente da ação de repetição de indébito onde foi proferida a decisão rescindenda. A economia, que constitui a base de cálculo dos honorários habilitados, deve ser considerada em cada uma das ações, isoladamente. Foram outorgadas procurações distintas para aquelas ações (de repetição de indébito e rescisória) e em datas diversas. A primeira das ações foi proposta perante a Justiça Federal de Belo Horizonte (em junho de 1992), e a ação rescisória foi proposta em Brasília-DF (em julho de 1995), perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região*";

"*que o trabalho desenvolvido pelo advogado, ora habilitante, não foi o mesmo nas duas ações*";

"*que os honorários têm natureza de verba alimentar, porque se destinam ao sustento do profissional e de sua família*".

Massa falida do Banco do Progresso S.A. interpôs apelação, fls. 325/339. Afirma:

"*impropriedade da habilitação de crédito - a habilitação de crédito é imprópria, na medida em que se funda na Alteração Contratual de fls. 204 dos autos, já sem vigor*";

"*do término da relação contratual pela Massa Falida, nos termos do artigo 43 da Lei de Falências, com a conseqüente substituição do Habilitante pelo novo advogado*";

"*dos termos do Acordo firmado entre os advogados substituto e substituído constante das fls. 310 e 311 dos autos*";

"*ainda que a Alteração Contratual de fls. 204 dos autos estivesse em vigor, a Habilitação de Crédito permaneceria imprópria, nos termos do parágrafo único da cláusula 6ª da Alteração Contratual*". Sandoval de Morais e Progresso Comércio e Participações Ltda., às fls. 346/357, apresentaram recurso de apelação, alegando:

"*é inadmissível a sucumbência do falido em habilitações de crédito*";

"*inexistência de sucumbência recíproca dos falidos - relevância da informação prestada*";

"*o verdadeiro sucumbente*";

"*sucumbência parcial*".

1ª apelação.

O parágrafo único do artigo 6º da alteração contratual, fl. 204, estabelece: "*por defesas, inclusive propositura de ação, que o Banco confiar ao contratado, como advogado, ficam desde já fixados honorários advocatícios, que serão calculados sobre o valor da economia conseguida a favor daquele, na base de 5% (cinco por cento), a serem pagos quando da finalização da causa, tenha o respectivo processo curso apenas na área administrativa ou no Judiciário*".

O item transcrito deixa claro que os honorários serão calculados

sobre o valor da economia conseguida na base de 5% a serem pagos no final do processo.

No caso, como reconheceu a r.sentença, "*as causas acompanhadas pelo habilitante já estão findas, até mesmo nas ações de repetição de indébito*".

Quanto à ação rescisória proposta pela Fazenda Nacional perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, visando desconstituir decisão proferida por Turma daquele Tribunal, e julgada improcedente, a falida teve proveito econômico, como acertadamente reconheceu a Juíza sentenciante, diferente do que entende o apelante, "*consistente no ônus de sucumbência que não teve de arcar*".

Sobre o cunho alimentar dos honorários advocatícios, o eminente Desembargador Cláudio Costa, no Agravo nº 160.332-3, argumenta: "*O cunho alimentar dos honorários de advogado está patente no julgamento do Mandado de Segurança nº 1.392-0-SP; REsp nº 12.741-0-SP; REsp nº 34-SP; REsp 32.741-SP; STJ-ROMS nº 1.392-SP*" (em "*Jurisprudência Mineira*", v. 153, p. 68/71).

O artigo 24 da Lei n.º 8.906/64 estabelece: "*a decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem créditos privilegiados na falência, concordata, concurso de credores, insolvência e liquidação extrajudicial*".

Se a lei não esclareceu a espécie do privilégio, se especial ou geral, "*fica aberto espaço ao julgador para dirimir a lacuna da lei*", nas exatas palavras do Relator do agravo citado.

Pelo exposto, dou provimento, parcial, ao recurso, para que seja incluído o crédito do apelante no QGC como crédito privilegiado especial, mantendo, no mais, a r. sentença.

2ª apelação.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Massa falida apresentou apelação, fls. 325/339. Ocorre que, na impugnação de fls. 280/285, o síndico discordou da habilitação de créditos, aduzindo:

"*que a habilitação de crédito quanto aos honorários advocatícios decorrentes da ação de repetição de indébito é impertinente, pois a economia ainda não foi conseguida*";

"*opina pela inclusão apenas dos créditos relativos a três processos administrativos que especifica*".

No entanto, na apelação alterou o pedido, afirmando "*impropriedade da habilitação de crédito - a habilitação de crédito é imprópria, na medida em que se funda na Alteração Contratual de fls. 204 dos autos, já sem vigor*".

Não se pode admitir a discussão trazida pelo apelante, por se tratar de inovação de tese, o que é defeso, a teor do disposto no artigo 264 do CPC.

Nesse sentido a seguinte ementa:

"*A apelação não é uma nova demanda. A matéria processual para a primeira instância o é também para a segunda. Assim, as questões de fato, não propostas na instância inferior, não poderão, via de regra, ser suscitadas no Juízo de apelação. Se assim não fosse, essas questões estariam violando o princípio do duplo grau de jurisdição*" (do voto do Des. Nívio Gonçalves, na Apel. 28.278, julgado em 14.12.1992, pela 3ª T. do TJDF; *Rev. Doutr. Jurisp.*, 44/172).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

3ª apelação.

Sandoval de Morais e Progresso Comércio e Participações Ltda. apresentaram apelação, pelas razões de fls. 346/357.

Os apelantes, na petição de fls. 340/342, alegando que "*uma das partes havia acarretado manifesto prejuízo aos demais interessados, ao restringir o acesso aos autos*", requereram a suspensão do prazo ao prejudicado "*por tempo igual ao que restava para a sua complementação, consoante a regra do artigo 180 do CPC*", citando jurisprudência.

No dia 11.05.01, sexta-feira, foi publicado o despacho concessivo do prazo complementar. É de se salientar que na certidão de fato, fl. 344, está registrado o seguinte: "*certifico que os autos saíram de carga com o síndico no dia 23.4.01, permanecendo até 02.5.01, interrompendo-se assim o prazo. Havendo perdas e sucumbência para todas as partes, o prazo para recurso, portanto é comum*".

Assim, o prazo iniciado no dia 14 de maio, segunda-feira, terminou no dia 23, quarta-feira, com a complementação de 10 dias do prazo.

Se a apelação foi protocolizada no dia 25.5.01, fl. 346, é intempestiva.

Não conheço, pois, do recurso.

Custas, conforme a sentença.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO, NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO E NÃO CONHECERAM DO TERCEIRO RECURSO.

-:::-

CARGO PÚBLICO - PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO - POLICIAL CIVIL - TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR - PROCESSO ADMINISTRATIVO - EXCLUSÃO DA CORPORAÇÃO - ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO - REVISÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE

- Comprovada a transgressão disciplinar praticada pelos civis, em processo administrativo, onde foi respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa, não sendo detectado, no ato administrativo da exclusão, nenhum vício capaz de invalidá-lo, correta está a sentença que julgou improcedente o pedido de reintegração de cargo, pois esta só poderia ser autorizada diante da nulidade do ato demissório.

- Os atos administrativos podem ser revistos pelo Poder Judiciário, porém com limitações. O exame judicial deve limitar-se ao exame da legalidade, da forma, da competência e da finalidade do ato, não lhe cabendo adentrar nas questões de mérito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 245.991-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Pedido de reintegração de cargo - Policial civil - Exclusão da corporação - Ato administrativo válido - Impossibilidade de ser revisto o mérito do ato administrativo. - Comprovada a transgressão disciplinar praticada pelos civis, em processo administrativo, onde foi respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa, não sendo detectado, no ato administrativo da exclusão, nenhum vício capaz de invalidá-lo, correta está a sentença que julgou improcedente o pedido de reintegração de cargo, pois esta só poderia ser autorizada diante da nulidade do ato demissório. Os atos administrativos podem ser revistos pelo Poder Judiciário, porém com limitações. O exame judicial deve limitar-se ao exame da legalidade, da forma, da competência e da finalidade do ato, não lhe cabendo adentrar nas questões de mérito.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de março de 2002. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, a Dra. Vera Lúcia Martins de Souza Rossi.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Dênio Melo Henriques e outros contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de reintegração de cargo ajuizada contra o Estado de Minas Gerais.

Alegam os recorrentes, em síntese, que exerciam cargos públicos, lotados na Secretaria de Estado de Segurança Pública, nas funções e cargos de policiais civis - detetives; que foram envolvidos em processo administrativo e, à conclusão deste, foram excluídos dos quadros funcionais da Polícia Civil.

Processados e julgados perante o Juízo da Terceira Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, foram absolvidos, sendo a sentença confirmada pelo egrégio Tribunal de Alçada.

Ajuizaram então uma ação ordinária de reintegração de cargo, sendo o pedido julgado improcedente.

Alegam que a sentença não está correta quando entende ser o ato administrativo uno e inatacável e que a afirmativa nela contida de que "*ao poder judiciário não cabe analisar o mérito do ato administrativo*" não encontra respaldo na doutrina.

A afirmativa não é verdadeira. Os atos administrativos podem ser revistos pelo Poder Judiciário, porém com limitações. O exame judicial deve limitar-se ao exame da legalidade, da forma, da competência e da finalidade do ato, não lhe cabendo adentrar nas questões de mérito.

"*O que não se permite ao judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição judicial*" (HELY LOPES MEIRELLES, *in Direito Administrativo Brasileiro*, p. 133).

Ao Judiciário não cabe decidir se foi injusta, ou não, a exclusão, se foram os fatos, corretamente, elucidados, ou não.

A pretensão dos apelantes de serem reintegrados ao cargo só poderia ser acolhida caso fosse verificada qualquer ilegalidade no ato que os excluiu da corporação.

Nenhuma irregularidade pôde ser observada.

Aos apelantes foi assegurado o direito de ampla defesa, realizada esta através de advogado, legalmente habilitado, e, quanto às apontadas contradições, tal fato não eiva de nulidade o processo, uma vez que não foram, eles, excluídos, em razão de prática de crime, já que absolvidos na esfera criminal, por falta de provas, mas pela prática de atos contrários ao regulamento da corporação, transgressão disciplinar prevista no artigo 158, II, da Lei 5.406/69, que restou comprovada no processo administrativo.

A punição administrativa não depende do processo civil ou criminal. Apurada a falta funcional, o servidor fica sujeito à penalidade administrativa correspondente.

Não sendo detectado no ato administrativo que excluiu os apelantes da corporação nenhum vício capaz de invalidá-lo, correta está a sentença, que julgou improcedente o pedido de reintegração de cargo, pois esta só poderia ser autorizada diante da nulidade do ato demissório. O que não ocorreu.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edivaldo George - Sr. Presidente. Prestei a atenção devida às palavras da ilustre advogada e reitero aqui as palavras do ilustre Des. Antônio Carlos Cruvinel, quando ele diz que a punição administrativa não depende do resultado do processo civil ou criminal.

Apurada a falta funcional, o servidor fica sujeito à penalidade administrativa correspondente, isto quer dizer, feito o processo administrativo, independe este de absolvição na área criminal.

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

POLICIAL MILITAR - CURSO DE HABILITAÇÃO DE OFICIAIS DA PMMG - INSCRIÇÃO OBTIDA MEDIANTE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - DIREITO DE FREQÜENTAR AS AULAS - DIREITO À FORMATURA E AOS DEMAIS BENEFÍCIOS CONFERIDOS PELA HABILITAÇÃO ENQUANTO DURAREM OS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL

- Se o impetrante obteve direito de inscrever-se no curso de habilitação de oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais, por força de antecipação de tutela concedida em processo judicial, esta ordem judicial se estende não só à freqüência às aulas, como também à conseqüente formatura. Enquanto durarem os efeitos da antecipação de tutela que lhe permitiu a participação no referido no curso, deve ele ser tratado em igualdade de condições com os demais, usufruindo de todos os benefícios que a habilitação lhe confere.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 247.593-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Mandado de segurança - Pedido para participação em formatura, após conclusão do Curso de Habilitação de Oficiais da PMMG, cuja inscrição se deu por força de antecipação de tutela. - Enquanto durarem os efeitos da antecipação de tutela, que permitiu a participação do impetrante no Curso de Habilitação dos Oficiais da PMMG, deve ser ele tratado em igualdade de condições com os demais, usufruindo de todas os benefícios que a habilitação lhe confere.

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, 25 de março de 2002. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Trata-se de recurso oficial interposto da sentença que concedeu a segurança pleiteada no mandado de segurança, impetrado por Antônio Coelho Fernandes, contra ato do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, o Coronel Diretor de Pessoal da Polícia de Minas Gerais e o Coronel Comandante da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais.

Alegou o impetrante que, por força da antecipação de tutela concedida em processo judicial, junto à 2ª Vara da Fazenda Pública, inscreveu-se no Curso de Habilitação de Oficiais, foi aprovado e está sendo obstaculizado, pelos impetrados, o seu direito de participar da formatura e de ser promovido ao primeiro posto.

Deferida a liminar, ao final foi concedida a segurança, determinando o Juiz sentenciante que seja mantida a aprovação e conseqüente promoção do impetrante, conforme pedido na exordial (fls. 10, nº 3), para fins de deveres e direitos.

A sentença decide com acerto.

O impetrante obteve o direito de inscrever-se no Curso de Habilitação de Oficiais, através de uma ordem judicial, e esta, por óbvio, se estende não só à freqüência das aulas, como a conseqüente formatura. Admitir o contrário seria cair no vazio, pois de que lhe adiantaria freqüentar o curso, obter aprovação, se não pudesse ser diplomado em igualdade de condições com os demais.

Aprovado, o impetrante tem o direito de usufruir de todos os benefícios que o curso lhe confere.

Caso a decisão a ser proferida na ação ordinária lhe seja desfavorável, retornará a sua situação anterior.

Enquanto durarem os efeitos da antecipação de tutela que permitiu a participação do impetrante no Curso de Habilitação dos Oficiais da PMMG,

deve ser ele tratado em igualdade de condições com os demais, usufruindo de todos os benefícios que a habilitação lhe confere.

Pelo exposto, em reexame necessário, fica mantida a sentença.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ESTABELECIMENTO PRISIONAL - MORTE DE PRESO - CULPA *IN VIGILANDO* - INDENIZAÇÃO

- Estando o detento em estabelecimento prisional, com óbvia custódia e proteção direta do Poder Público, que é responsável pela sua integridade física, ocorrendo a sua morte, seja por suicídio ou não, responde o Estado integralmente, por culpa *in vigilando*, aplicando-se o disposto no § 6º do art. 37 da CF.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 248.646-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Ação de indenização - Estabelecimento prisional - Custódia - Morte - Responsabilidade do Poder Público. - "*Estando o detento em estabelecimento prisional, com óbvia custódia e proteção direta do Poder Público, responsável por sua integridade física, e até, ocorrendo sua morte, responde integralmente o Estado, por culpa* in vigilando, *aplicando-se o disposto no artigo 37 da Constituição Federal em seu parágrafo sexto*".

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, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2002. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Recursos de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Litigando sob os auspícios da assistência judiciária, a aqui apelante adesiva Maria José Cunha aviou, em

desfavor do Estado de Minas Gerais e Hospital Galba Veloso, o que denominou de ação de ressarcimento compensação por danos morais e materiais, relatando que, em 28.09.1996, seu filho Robson José Alves encontrava-se nas proximidades de sua casa, em uma manifestação popular quanto foi abordado por uma turma de rapazes que passaram a agredi-lo, sem qualquer motivo aparente; com a roupa suja de sangue, atordoado e assustado, voltou para casa, intencionado em trocar de roupa e procurar auxílio médico; motivado "*por extrema insegurança*", muniu-se de uma faca e seguiu para o Pronto Socorro, quando, novamente, passou a sofrer a segunda agressão; no entrevero, acabou por esfaquear um de seus agressores; detido por um policial, foi levado para o Departamento de Investigações; no dia seguinte a suplicante tomou conhecimento do ocorrido, e, ao encontrar-se com o filho, este lhe pediu a contratação de um advogado; contudo, estranhamente no dia posterior, "*Robson informou que era desnecessária a providência solicitada, porque fora avisado pelos policiais que não sairia dali vivo, posto que a pessoa que matara era sobrinho de um policial civil e pagaria, ele próprio, com sua vida, o ato cometido*"; na cela foi espancado e abusado sexualmente e quando das visitas de sua mãe, então autora, nunca escondeu que corria enorme risco de vida; entrou em profundo processo depressivo, tentou o suicídio e, recomendado pelo médico psiquiatra de plantão, foi encaminhado ao Hospital Galba Veloso, recebendo informações dos policiais de que "... *não havia vaga*"; fato é, que, em 12.10.1996 recebera a suplicante um telefonema da Delegacia informando que Robson falecera, enforcado em uma de suas celas, por suicídio; informa mais, que jamais acredita nessa *causa mortis*; buscou, em razão do alhures descrito, a responsabilidade dos suplicados, elencando, ao final da extensa exordial, o que entendia de direito; juntou documentos.

Percebe-se, à fl. 103-TJ, requerimento da suplicante buscando a exclusão do pólo processual passivo do Hospital Galba Veloso e inclusão da Fhemig; providência acatada.

Citados, os requeridos ofertaram suas contestações e o feito tramitou regularmente; ao final, pela decisão singular vergastada (fls. 174/182-TJ), o pedido foi julgado parcialmente procedente, excluindo-se do pólo passivo a Fhemig.

Inconformados, rebelaram-se o Estado de Minas Gerais (fls. 184/190-TJ) e adesivamente Maria José da Cunha; o primeiro, buscando reforma total do decidido para eximir-se de responsabilidade; a segunda, almejando majoração dos valores.

Data maxima venia, resplandece, na decisão atritada, todo um sadio equilíbrio no reconhecimento de responsabilidades, bem assim na dosagem quanto à aplicação dos valores colocados a título de indenização, ante ao que emerge deste caderno processual.

No caso em comento, sobressai-se de forma incontrastável a responsabilidade do Estado e, mais que isso, se envolve morte, a responsabilidade civil pela teoria objetiva, seja por cometimento de suicídio ou não, responde o Poder Público, na concepção do parágrafo sexto do artigo 37 da Carta Magna.

O estado perturbador em que se encontrava o detento, psiquicamente alterado e pelas várias tentativas de suicidar-se, exigia, à falta de vaga para internação, uma completa vigilância pelos responsáveis pela prisão, consoante bem enfatizado pela Prolatora do ato sentencial ferreteado; enfim, deveria o Estado agir com maior eficiência em seu poder de custódia; a exclusão da Fhemig foi perfeita, na medida em que, "*não houve relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o resultado morte*".

Sopesados os fatos articulados, bem decidiu a Magistrada sentenciante, nada havendo, ao meu sentir, que justifique a reforma ou mesmo, conforme pleiteou a então autora, majoração dos valores definidos, distribuídos sem dúvida, com justeza e equilíbrio.

Isso colocado, em reexame necessário, entendo, por bem, manter integralmente a decisão singular molestada; via de conseqüência, tenho por prejudicados o recurso voluntário, bem como o adesivo, interpostos.

Custas, na forma de lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

COBRANÇA - SERVIÇOS PRESTADOS AO MUNICÍPIO - DÍVIDA CONTRAÍDA - INADIMPLÊNCIA - ALEGADA FALTA DE EMPENHO - IRRELEVÂNCIA - PAGAMENTO DEVIDO

- Instruída a inicial com a documentação comprobatória da dívida contraída pelo município, bem como demonstrada a execução dos serviços, não se pode alegar falta de prévio empenho para se furtar ao seu pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito do município.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 248.868-2/00 - Comarca de Arcos - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Ação ordinária de cobrança - Inadimplência do município - Contrato - Falta de empenho - Pagamento devido. - Instruída a inicial com a documentação comprobatória da dívida contraída pelo município, bem como demonstrada a execução dos serviços, não se pode alegar falta de prévio empenho para se furtar ao seu pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito do município.

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.

Belo Horizonte, 18 de março de 2002. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Por força do duplo grau de jurisdição obrigatório é que se examina a sentença que condenou o Município de Arcos a pagar ao autor, devidamente representado pela inventariante Ernestina Roque Teixeira da Cunha, a importância de R$4.704,00 (quatro mil, setecentos e quatro reais) acrescidos de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, e correção monetária pelos índices oficiais, a contar da data da emissão da nota fiscal.

O Município não logrou êxito em provar a ocorrência de qualquer vício contratual capaz de ilidir a presunção de boa-fé da requerente, que, por sua vez, demonstrou a execução dos serviços, além de buscar receber o valor devido.

Ora, existe nos autos a prova concreta da dívida, originária da emissão de nota fiscal, e, mesmo que os empenhos ainda não foram liquidados pelo ordenador da despesa, não podem responsabilizar o particular que contratou com a Administração Pública por isso, não servindo o argumento para desobrigar o Município do pagamento da dívida contraída, eis que o particular não pode ser lesado, sob pena de enriquecimento ilícito do Município.

Consoante bem salientou o douto Julgador, o Município, em momento algum, negou a realização do serviço, pois as notas fiscais e os documentos informativos de empenho prévio não foram objeto de impugnação.

Outrossim, concretizada a prestação do serviço, não pode o Município ser desonerado da obrigação de remunerá-lo.

Calha à espécie, o entendimento desta Corte:

"*O dever de pagar surge (...) da obrigação moral do Estado de indenizar obras e serviços que lhe trouxeram algum proveito, sob pena de locupletamento ilícito (...) o dever de indenizar imposto à administração municipal não subsistiria se ficasse comprovada a má-fé ou conluio do particular, porque somente os atos praticados em nome da boa-fé devem receber proteção do direito*" (TJMG, Rel. Des. Pinheiro Lago, *DJU* de 13.05.98).

"Cobrança. Empresa particular que presta serviços à Municipalidade. Licitação por carta convite. Inadimplência. Alegada falta de empenho. Serviço realizado e dívida comprovada. - Havendo regular processo licitatório com expressa autorização do Sr. Prefeito Municipal para realização de serviços, farta prova da dívida, recibo da entrega de mercadorias e prestação de serviços por preposto da ré, não se faz relevante a alegação de falta de empenho para pagamento de reforma da máquina, uma vez que a edilidade não pode tomar proveito dos serviços de terceiros, merecedores de remuneração adequada e contratada por mero pretexto de irregularidades administrativas a que deu causa, mormente quando reconhece a dívida na contestação" (TJSC, Ap. 47.999, Rel. Des. Carlos Prudêncio, *DJU* de 03.04.96).

Com tais considerações, no reexame necessário, confirmo a sentença de primeiro grau.

Sem custas.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

UNIÃO ESTÁVEL - MORTE DO COMPANHEIRO - DIREITO SUCESSÓRIO - LEIS Nºs 8.971/94 E 9.278/96 - AB-ROGAÇÃO - INEXISTÊNCIA - HERDEIRO FACULTATIVO - TESTAMENTO PÚBLICO - PEDIDO DE TOTALIDADE DOS BENS - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO DE USUFRUTO - RECONHECIMENTO - PEDIDOS SUCESSIVOS - PREJUDICIALIDADE

-Existem duas leis reguladoras da união estável no Brasil: a Lei 8.971/94, que dispõe a respeito dos direitos dos companheiros a alimentos e a sucessão; e a Lei 9.278/96, que regulamenta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. A última não regulou toda a matéria tratada na primeira, principalmente aquela relativa ao direito de sucessão, presumindo-se que a lei mais antiga deve prevalecer para fins de direito sucessório, não se podendo dizer que houve ab-rogação.

- Considerando-se que o companheiro se enquadra na condição de herdeiro facultativo da união estável, assim como o cônjuge, pode ele ser afastado por testamento (art. 1.725 do Código Civil). Assim, no caso de o falecido ter realizado testamento público, perfeitamente válido, a pretensão de receber a totalidade dos bens deixados por morte do companheiro não pode ser acolhida.

- A teor do art. 2º, inciso II, da Lei 8.971/94, na união estável, falecendo um dos companheiros, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes, o companheiro sobrevivente, enquanto não contrair nova união, faz jus ao usufruto da metade dos bens deixados pelo falecido.

- Se na hipótese de concurso o companheiro sobrevivente tem direito por lei, como legatário legítimo, ao usufruto de um quarto ou de metade dos bens da herança, não se pode olvidar que também possui esse direito quando o falecido tenha, por testamento, distribuído seus bens conforme sua própria vontade.

- O companheiro não se investe na posse dos bens *ex autoritate* própria. O herdeiro conhece posição superior ao legatário, pois recebe o domínio e a posse com a abertura da sucessão (art. 1.572 do Código Civil), enquanto o companheiro sobrevivente, embora tenha adquirido o direito ao legado *ipso iure*, não tem a posse, não podendo entrar nela por autoridade própria (art. 1.690, parágrafo único, do Código Civil).

- Reconhecido o pedido anterior referente ao direito do companheiro sobrevivente ao usufruto da metade dos bens deixados pelo *de cujus*, o posterior, relativo à metade dos bens adquiridos na constância da união, resultantes da atividade mútua, não pode ser conhecido, pois, tratando-se de pedidos sucessivos, aplica-se o princípio da prejudicialidade, nos termos do art. 289 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 249.670-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Ação declaratória - União estável - Leis 8.971/94 e 9.278/96 - Ab-rogação - Inexistência - Companheiro - Herdeiro facultativo - Testamento público - Pedido de totalidade dos bens - Impossibilidade - Direito de usufruto - Reconhecimento - Pedidos sucessivos - Prejudicialidade. - Considerando-se que a Lei 9.278/96 não regulou toda a matéria tratada na Lei nº 8.971/94, precipuamente aquela relativa ao direito sucessório, não se pode dizer que houve ab-rogação. - Considerando-se que o companheiro se enquadra na condição de herdeiro facultativo na união estável, assim como o cônjuge, ele pode ser afastado por testamento (art. 1.725 do Código Civil). Assim, no caso de o falecido ter realizado testamento público, perfeitamente válido, a pretensão de receber a totalidade dos bens deixados por morte do companheiro não pode ser acolhida. - Considerando-se que na hipótese de concurso o companheiro sobrevivente tem direito por lei, como legatário legítimo, ao usufruto de um quarto ou

metade dos bens da herança, não se pode olvidar que também possui esse direito quando o falecido tenha, por testamento, distribuído seus bens conforme sua própria vontade. - Tratando-se de pedidos sucessivos, aplica-se o princípio da prejudicialidade, nos termos do artigo 289 do CPC. - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de março de 2002. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de ação declaratória ajuizada por E.P.L., objetivando a declaração da união estável entre ela e o falecido J.N.M., ocorrida entre julho de 1988 e dezembro de 1998, e a declaração do seu direito à totalidade dos bens deixados por morte do companheiro ou ao usufruto da metade dos bens deixados pelo *de cujus* ou, finalmente, à metade dos bens adquiridos na constância da união, resultantes da atividade mútua.

Adoto o relatório da sentença de origem, acrescentando-lhe que o pedido foi julgado procedente, para declarar a existência da união estável, como entidade familiar da autora com o falecido companheiro, e o direito da requerente ao usufruto da metade dos bens pertencentes ao falecido J.N.M. à época da sua morte (fls. 109-115).

Inconformada, a apelante interpôs o presente recurso, pretendendo a reforma do *decisum*, "*para julgar procedente o pedido apenas em relação ao terceiro pedido feito pela apelada em sua peça de ingresso, ou seja, apenas em relação aos bens adquiridos na constância da convivência e, com isto modificar o incorreto dispositivo da sentença quanto ao usufruto de todos os bens, que contraria expressamente o testamento deixado pelo falecido J.N.M., com a inversão dos ônus da sucumbência (CPC, art. 20, § 3º)*" (fls. 116-137).

Regularmente intimada, a apelada apresentou contra-razões, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 145-149).

A ilustre Promotora de Justiça, Denise Faria Machado, ainda em primeira instância, deixou de emitir o seu parecer, ao fundamento de que a presente ação trata exclusivamente de interesses patrimoniais privados entre partes maiores e capazes (fl. 148).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ressalte-se, inicialmente, que a apelante em momento algum se rebelou quanto ao pedido de declaração da união estável entre E.P.L. e o falecido J.N.M., ocorrida entre julho de 1988 e dezembro de 1998. Ao contrário, no pedido de abertura de inventário e partilha de bens deixados pelo *de cujus*, afirmou expressamente que "*o falecido, já no ocaso de sua existência, estabeleceu uma união livre, em caráter duradouro, com E.P.L....*" (fl. 07).

A questão cinge-se, portanto, quanto aos seguintes pedidos alternativos: declaração do direito da apelada à totalidade dos bens deixados por morte do companheiro ou ao usufruto da metade dos bens deixados pelo *de cujus* ou, finalmente, à metade dos bens adquiridos na constância da união, resultantes da atividade mútua.

É preciso esclarecer que existem duas leis reguladoras da união estável no Brasil: a Lei nº 8.971/94, que dispõe a respeito dos direitos dos companheiros a alimentos e a sucessão; e a Lei nº 9.278/96, que regulamenta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Ocorre, todavia, que, ao contrário do que pretende fazer crer a apelante, não houve ab-rogação, pois a Lei 9.278/96 não regulou toda a matéria tratada na Lei nº 8.971/94. Na verdade, a última lei que trata da união estável não regulou sobre o direito à sucessão, presumindo-se que a lei mais antiga deve prevalecer para fins de direito sucessório.

Sobre o tema vale transcrever o entendimento de MARCO AURÉLIO S. VIANA:

"*... Não se vislumbra incompatibilidade absoluta e formal entre as normas citadas. Somente se pode falar em contraste no campo do direito sucessório, sobre o qual não se encontra disciplina na lei nova. Aqui está demarcado o limite de incompatibilidade entre os dois textos legais. A lei nova deu disciplina a todos os pontos abordados pela lei antiga, que, nesse particular, é derrogada, mas não fez qualquer referência ao direito sucessório, que a lei anterior contempla de forma clara. Por isso mesmo não vemos como se possa falar, também, que a lei nova tenha criado um sistema inteiro, completo e diferente sobre o mesmo assunto contemplado na lei antiga*" (*Da União Estável*, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 17).

Ultrapassada a questão da vigência dos dispositivos da Lei 8.971/94, que tratam sobre o direito sucessório na união estável, o art. 2º, III, desse mesmo diploma legal dispõe que o convivente que tenha sobrevivido participará da sucessão do outro, em não havendo descendente ou ascendente, tendo direito à totalidade da herança.

Considerando-se, portanto, que o companheiro se enquadra na condição de herdeiro facultativo na união estável, assim como o cônjuge, ele pode ser afastado por testamento (art. 1.725 do Código Civil). Assim, no caso de o falecido ter realizado testamento público, perfeitamente válido, a pretensão da apelada de receber a totalidade dos bens deixados por morte do companheiro não pode ser acolhida, assim como entendeu o ilustre Sentenciante.

Já os incisos I e II do art. 2º da Lei 8.971/94 disciplinam o usufruto

em favor do companheiro sobrevivente, assegurando-lhe o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, em havendo filhos deste ou comuns, e à metade dos bens deixados pelo autor da herança, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes.

Com efeito, na hipótese dos autos, em que não há descendentes nem ascendentes, faz jus a apelada ao usufruto de metade dos bens deixados pelo falecido, vigorando este direito enquanto a convivente não constituir nova união.

Ora, se na hipótese de concurso o companheiro sobrevivente tem direito por lei, como legatário legítimo, ao usufruto de um quarto ou metade dos bens da herança, não se pode olvidar que também possui esse direito quando o falecido tenha, por testamento, distribuído seus bens conforme sua própria vontade.

A jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça é copiosa nesse sentido:

"*União estável - Direito de herança - Inteligência do art. 2º e §§ da Lei 8.971/94. - Satisfeitas as condições de estado previstas no art. 1º da Lei nº 8.971/94, falecendo uma das partes sem deixar descendentes ou ascendentes, a que lhe sobreviver, tendo direito à totalidade da herança, nos termos do inciso III do art. 2º da supracitada lei, pode perfeitamente optar por reivindicar-lhe o usufruto vitalício, desse modo respeitando disposição de última vontade da falecida, que legou a propriedade dela a uma terceira pessoa*" (TJMG, 1ª Câm. Cív., Ap. Cível nº 196.466-7, Rel. Des. Páris Pena, julg. em 15.05.01).

A questão parece-me idêntica àquela adotada na sucessão do cônjuge, vale dizer, o companheiro não se investe na posse dos bens *ex autoritate* própria.

O herdeiro conhece posição superior ao legatário, pois recebe o domínio e a posse com a abertura da sucessão (art. 1.572 do Código Civil), enquanto o companheiro sobrevivente, embora tenha adquirido o direito ao legado *ipso iure*, não tem a posse, não podendo entrar nela por autoridade própria (art. 1.690, parágrafo único, do Código Civil).

Por outro lado, reconhecido o direito da apelada ao usufruto de metade dos bens deixados pelo *de cujus*, o terceiro pedido, relativo à metade dos bens adquiridos na constância da união, resultantes da atividade mútua, não pode ser aqui conhecido, pois, tratando-se de pedidos sucessivos, aplica-se o princípio da prejudicialidade, nos termos do artigo 289 do CPC, *in verbis*:

"*É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior*".

O i. processualista ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS ensina:

"*Os pedidos sucessivos regulam-se pela regra da cumulação (CPC, art. 292), a eles só se acrescentando o requisito da prejudicialidade, de forma tal que o posterior se conhece apenas na hipótese de não-acolhimento do anterior*" (*Manual de Direito Processual Civil*, v. I, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 355).

Dessa forma, deve prevalecer apenas o pedido de usufruto sobre os bens deixados pelo falecido, nos termos da v. sentença recorrida.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de apelação contra sentença que, nos autos da ação declaratória, reconheceu o direito da autora ao usufruto de metade dos bens pertencentes ao falecido à época de sua morte.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos que condicionam sua admissibilidade.

A teor do art. 2º, III, da Lei 8.971/94, que não foi revogada pela Lei 9.278/96, somente teve suas disposições que lhe eram contrárias derrogadas, o convivente que tenha sobrevivido participará da sucessão do outro quando não houver descendente ou ascendente, tendo direito à totalidade da herança.

Sobre o tema vale transcrever o entendimento de EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA:

"*Permanecem em vigor, no entanto, as disposições da lei anterior, art. 2º, sobre herança e usufruto, eis que intangidas pela Lei nº 9.278/96, que se limitou, no plano sucessório, ao reconhecimento de mais um direito aos companheiros*" (*Concubinato-União*: 3ª ed., p. 230; *União Estável - Comentários às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96*, 3ª ed., 1997).

Lê-se em WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

"*Não havendo descendentes ou ascendentes do* de cujus, *o companheiro sobrevivente será herdeiro legítimo dos bens deixados, assim como ocorreria na hipótese do art.1.603, III, do Código Civil*" (*Curso de Direito Civil*. 31ª ed., Saraiva, 1997, v. 6, p. 76).

Entretanto, no casos dos autos, realizado testamento público perfeitamente válido pelo *de cujus*, a apelada não fará jus à totalidade dos bens deixados pelo falecido, mas sim à metade dos mesmos na forma determinada pela decisão de primeiro grau.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PATRIMÔNIO CULTURAL - CONSELHO DELIBERATIVO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - INCLUSÃO DE IMÓVEIS DO CONJUNTO URBANO DA PRAÇA DA LIBERDADE E AVENIDA JOÃO PINHEIRO - ATO LEGAL - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO - TOMBAMENTO - INEXISTÊNCIA - MUNICÍPIO - LEGISLAÇÃO SOBRE SEU PECULIAR INTERESSE - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE OU RESIDUAL

- A inclusão de imóveis no conjunto urbano da Praça da Liberdade e Avenida João Pinheiro pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte está amparada por lei municipal, não constituindo tombamento. Trata-se de limitação administrativa impessoal e genérica, incapaz de gerar indenização ao argumento de que houve esvaziamento de potencial de uso e ocupação do solo com impedimento de construção e de comercialização, pois, sendo ato legal do município, visando ao resguardo da identidade cultural da Capital, especialmente o patrimônio arquitetônico, não pode causar a obrigação de indenizar.

- A Constituição Federal reserva ao município competência residual ou concorrente para deliberar e dispor acerca dos assuntos do seu peculiar e personalíssimo interesse, notadamente nas searas da preservação da ordem ambiental e da política de preservação do seu patrimônio cultural.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 250.969-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Indenização - Esvaziamento de potencial de uso e ocupação do solo, com impedimento de construção e de comercialização - Aviltamento econômico do imóvel - Atos legais do Município - Indenização negada.

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 votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2002. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço da apelação.

A Associação Médica de Minas Gerais fez citar o Município de Belo Horizonte, de quem reclamou indenização pelos prejuízos que lhe teriam

sobrevindo com o tombamento dos imóveis que a inicial menciona, medida a seu ver ilegal e passível de reversão pela nulidade que encerra, conforme os argumentos do libelo. Parecendo admitir a postulante que tombamento pode não ter havido, a sua pretensão de ressarcimento se funda na inclusão desses imóveis no Conjunto Urbano da Praça da Liberdade e Avenida João Pinheiro. Seja como for, a postulação se arrima no agravo patrimonial que se teria abatido sobre os imóveis de sua propriedade, derivado da medida concertada pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte, ato cuja nulidade quer ver pronunciada por sentença.

O ponto de propulsão da demanda, que, para melhor elucidação, transcrevo *in verbis*, em negrito e entre aspas, se articula na alegação de que o ato administrativo em apreço "*esvaziou o potencial de uso e ocupação do solo previsto na Lei 4.034/85 (art. 117, Lei 7.166, de 27.08.96) e causou-lhe prejuízos, pela natural desvalorização dos imóveis e impedimento de construção e comercialização, dado a que imóveis tombados não podem ser demolidos para que outras construções neles se levantem e, se vazios, nem mesmo podem ser construídos de acordo com a norma de uso e ocupação do solo (art. 17 do DL 27/37)*".

A partir desse argumento, a inicial traça o estuário de detalhamentos restritivos que o tombamento fatal e naturalmente inflige ao imóvel tombado, mas toda a articulação da causa em torno dele gravita. Todavia, e como visto, a postulante faz curta paragem na "inclusão" dos seus imóveis no dito Conjunto Urbano da Praça da Liberdade e Avenida João Pinheiro - situação que, de todo modo, desaguaria nas mesmas restrições e no mesmo acanhamento econômico dos seus imóveis, como argumenta.

Depois de largas considerações nesses passos, combate rijamente a legalidade do ato administrativo em referência, fazendo-o: a) no plano formal - porque alheio aos preceitos do devido processo legal; b) *in substantia* - por falta, em última análise, de real motivação técnica.

Seguem-se os pedidos da demandante, que podem ser assim especificados:

a) indenização pelo aviltamento econômico dos seus imóveis, em todos os sentidos;

b) decreto de nulidade do tombamento ou da inclusão desses imóveis no conjunto tombado;

c) provisão declaratória de que se lhe mantêm, quanto aos seus imóveis, os parâmetros urbanísticos de edificação previstos na Lei nº 4.034/85 e no Código de Obras, como lhe assegura o art. 117 da Lei nº 7.166/96, ambas do Município de Belo Horizonte;

d) subsidiariamente, e nas hipóteses intercaladas que situa, indenização pela perda do potencial construtivo

- considerando os coeficientes de edificação admitidos nas leis citadas, visto que era maior o da lei anterior;

e) ainda subsidiariamente, provisão que lhe assegure a transferência do direito de construir, sem o ônus do ITBI, considerando a Lei nº 4.034/85 e o Código de Obras.

Acredito ter conseguido, no essencial, sumular a gama de situações indenizáveis que a postulação encerra, esclareço que foi ela julgada improcedente. Assim e como o recurso, no feitio e na índole, reedita o libelo, passo ao julgamento da apelação que, já adianto, não provejo.

Pouco tempo custou para que se desenganasse a autora, ela mesma, quanto ao carro-chefe da sua postulação, que foi o tombamento dos seus imóveis. Negou-o o réu, negaram-no o perito e o Juízo de origem, mas, transparece, antes disso já admitira a autora, a falta de sustentação da sua premissa inicial: quase acabou reconhecendo que os seus imóveis não foram tombados, embora não tenha de todo abandonado essa premissa, porque até o remate do libelo o alegado tombamento foi sistematicamente suscitado como causa legal de sustentação da universalidade dos pedidos formulados.

Mas, voltando as suas armas para outra frente, já alinhavada na petição inicial, perseverou no fato de que a inclusão desses imóveis no Conjunto Tombado (chamemo-lo assim para simplificar), instaurou sobre eles o mesmo aviltamento econômico que lhe teria acarretado o efetivo tombamento. A razão desse conseguinte agravo, ou prejuízo, seria a exigência, em última análise, da submissão ao crivo do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de qualquer projeto de edificação ou modificação relativo aos mesmos imóveis - além, evidentemente, ou *pour cause*, da *deminutio* econômica diretamente derivada dessa restrição. E mais, das restrições de ordem arquitetônica, especialmente no que respeita ao potencial de edificação, de aproveitamento, de ocupação do solo.

E entrelaça um estado de correlação e interação entre o tombamento e os critérios da Lei de Zoneamento instituídos pela já citada Lei Municipal nº 7.166/96, consórcio de onde resplenderam, afirma, considerável restrição de potencial construtivo - tanto que, igualmente assevera, com o advento da nova Lei de Zoneamento esse potencial passou a ser "*o mesmo imposto pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural, através das normas de tombamento, isto é, as restrições que o dito Conselho impôs*" (*in verbis*).

Pois bem. Leio os autos com afinco e vagar e me detenho na sentença, no estudo pericial e no parecer do Dr. Promotor. Ao cabo me chega inevitável concluir o que ali se concluiu: a autora não tem razão.

Já não me angustia a insistente alegação de tombamento ilegal, em forma e substância, dos imóveis da autora, porque eles não foram tombados - nem legal nem ilegalmente, de sorte que esse ponto se afasta de qualquer lembrança. Também não me comove o entrelace - certamente equivocado - entre a Lei Municipal nº 7.166/96 e algum ato do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural, que evidentemente não foi o editor dessa lei. Mas é justamente aí que se avantaja o norte da solução da demanda, como primeiro degrau. O segundo se delineia sem esforço: a aspiração da autora, nas dobras das suas argumentações, é se prevalecer, de qualquer sorte, dos critérios ditos de aproveitamento do solo com viso em edificações, tais como vinham nos permissivos da Lei nº 4.034/85.

Em outras palavras, a autora se ressente da alteração dos critérios da lei anterior, que lhe dava maiores folgas de aproveitamento do solo, e não se quer contentar com o critério de aproveitamento *in aedificandi* que a lei nova instaurou. Mas esse novo critério é da lei, em sentido formal, que tem o número 7.166/96, votada pelo Parlamento Municipal, e não de qualquer ato ou provisão administrativa do Conselho do Patrimônio Cultural. Então, tombamento e ato desse dito colegiado são de todo irrelevantes na espécie, porque as restrições de que se queixa a autora foram lavradas e impostas pela lei doméstica do Município, e não há quem possa assumir o dever de indenizar a postulante pela *deminutio*. Podendo ter, não teve; já não tendo, quisera ter de novo. Mas isso é quimera, apenas - até que eventual lei superveniente venha, um dia, retomar, ou convalescer, os critérios da lei anterior.

Tanto assim é que a autora quer romper por uma brecha imaginária que a seu ver lhe permitiria, a despeito do advento dos novos critérios, a manutenção daqueles hoje revogados. Por isso é que, desde os primórdios da inicial, vem acenando, e sempre, com o art. 117 da Lei nº 7.166/96, que trata da *vacatio legis* e revoga as disposições legais que explicita nominalmente, com ênfase maior na Lei nº 4.034/85, justamente. É lícito concluir, aí se explica o pedido subsidiário da inicial quanto ao "direito da autora aos parâmetros urbanísticos de construção no imóvel nos termos das normas da Lei 4.034/85 (*in verbis*).

Neste lanço, já opuseram o Município, o Juízo e os pareceres ministeriais, um argumento que ressuma verdade a mais não poder: quando a autora sugere que lhe remanesceriam, ainda hoje, os critérios ou parâmetros de edificação adotados pela Lei nº 4.034/85, e modificados com a edição da Lei nº 7.166/96, basta considerar que ela, proprietária, viu a entronização da lei nova e, impassível, também não manifestou, de qualquer modo, eventuais projeções que teriam, projetos de edificação, as idéias, de aproveitamento do solo que idealizava. Enfim, visto que a publicação da lei faz pressupor o seu conhecimento pela coletividade, jamais aproveitou a vigência dos critérios antigos para apresentar à Administração Municipal que acessões, eventualmente, pretenderia realizar nos seus imóveis. Aliás, se esse interesse tivesse sido real, certamente estariam nestes autos planificações, plantas e projetos elabo-

rados por engenheiros e arquitetos como sendo o que, numa concessão especial, chamaríamos de pretensão de construir, ou *cogitationis in aedificandi*. Exaurida qualquer oportunidade para isso, é vã a tentativa hoje manifestada.

Premida por essa circunstância, que ela mesma já lucidamente aventara, pretende contornar o esbarro. Afirma à fl. 4 que se viu impedida de lançar mão do direito assegurado pela nova Lei de Uso e Ocupação do Solo do Município (Lei nº 7.166/96), a qual manteve por cento e vinte dias os critérios de edificação da lei anterior, ou seja a Lei nº 4.034/85. Nesse prazo a Administração Municipal acolheria, para estudo e eventual aprovação, projetos técnicos, urbanísticos e arquitetônicos, "desde que protocolizados até a data de vigência desta lei" (7.166/96, art. 3º, Disposições Transitórias). Mas, então, a autora assevera que lhe teria sido inútil levar ao Protocolo Municipal os seus projetos, "por causa do tombamento".

Não me convenço. Não no "tombamento", que não houve; não em qualquer ato do Colegiado de Preservação do Patrimônio Cultural, encontrará a autora a razão das restrições de edificação contra as quais se investe, mas na lei vigente que rege o retalhamento e o uso do solo urbano. Nem colhe a alegação de que seria inútil apresentar à Administração projetos desconformes com as restrições da lei nova, porque aí a afirmação se estouraria em puro subjetivismo, senão em pretexto mal fundado: cumpria-lhe apresentar os seus projetos até mesmo contando com a inutilidade dessa medida, quando mais não fosse para pleitear em Juízo, mais tarde, no caso de insucesso ou desconsideração, a atendibilidade dos seus anelos arquiteturais. Mas, é óbvio, porque os autos são indigentes prova nesse sentido, a autora ficou revel enquanto a lei nova lhe abria oportunidade para manifestar objetivamente eventuais projetos de edificação ou reforma que tivesse relativamente aos seus imóveis.

Demais disso, como salientam o perito e o Dr. Promotor, já a lei mais antiga que a revogada (não relacionada no elenco das disposições inoperantes do art. 117 da Lei nº 7.166/96) já fazia submeter ao alvitre do Conselho de Patrimônio projetos arquitetônicos feitos para imóveis localizados na vizinhança de coisa tombada (Lei nº 3.802/84, art. 17). Então, a autora não tem razão de porfiar em imputações ao dito Colegiado porque também essa restrição era já uma disposição de lei municipal.

Quanto à alegação de incompetência do Município para legislar sobre tombamento, convém notar que a legislação considerada nesta espécie diz com parcelamento, uso e ocupação do solo urbano. A autora foi quem entreteceu nos meandros da lide a questão do tombamento, afirmando que por conta de um tombamento os seus imóveis sofreram restrições de edificação, quando tais restrições advêm de lei específica que estabelece zoneamentos e modo de usar o solo. A questão da competência vem *a lattere* na verdadeira essência da lide, mas ainda

assim, e talvez por isso, é irrelevante para o desate da causa.

De todo modo, não custa advertir que seria inadmissível negar ao município competência residual para suplementar normas de hierarquia estadual e federal quando se trate de proteção e resguardo de coisas e assuntos do seu peculiar e personalíssimo interesse. Muito a propósito, calha alinhar nesta oportunidade a orientação manifestada pelo excelso Supremo Tribunal Federal, em julgado tão recente que se pode dizê-lo de verdes dias. Refiro-me ao pronunciamento lavrado em 26.02.2002 no RE 121.140-RJ, quando a Corte Suprema - reportando-se ao precedente do RE 114.468-PR (*RTJ*, 127/255) - enalteceu a inteireza e a plena eficácia do Decreto nº 7.046/87, da Cidade do Rio de Janeiro, que resguarda e disciplina exatamente a preservação de unidades e conjuntos arquitetônicos dos velhos Bairros de Laranjeiras e Cosme Velho, que encanta o País por sua arquitetura tão marcante quanto evocativa do Rio Antigo, justamente nesses bairros onde o iluminado Machado de Assis situou os seus inesquecíveis personagens e os respectivos dramas.

O que se quer realçar com essa lembrança, todavia, é um aspecto jurídico de grande monta na contextura político-administrativa da República: os municípios têm reserva própria, inda que concorrente ou residual, para deliberar e dispor acerca dos assuntos do seu peculiar interesse, notadamente nas searas da preservação da ordem ambiental e da política de preservação do seu patrimônio cultural. Palavras do Colegiado Supremo, último oráculo da Carta Magna.

Tudo isso sem contar que, ao idealizar e delimitar o Conjunto a que se refere a inicial, a Administração da Capital andou bem no carreiro da legislação federal que rege o tema, inclusive dando divulgação ampla, com croquis, mapas e plantas, à saciedade, para conhecimento da sociedade. Não atino com o que mais lhe seria exigível. A Lei Municipal nº 3.802/84, acima citada, que trata do assunto, sobre guardar perfeita sintonia com o velho DL 25/37, foi cumprida para, como dito, divulgar a contento o enquadramento do Conjunto Praça da Liberdade e Avenida João Pinheiro no escrínio da proteção especial.

Nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - No presente caso, também estou rechaçando a pretensão indenizatória levada a efeito pela apelante, haja vista que restou provado, à saciedade, que tombamento não houve em relação ao imóvel de propriedade da entidade representativa da classe médica, o que restou bem demonstrado no laudo pericial de fls. 330/371, houve sim, limitação administrativa impessoal e genérica, inábil para arrancar indenização ao Poder Público.

A iniciativa do Município, exercida dentro da competência que lhe reserva a Carta Magna, em muito contribui

para que se resguarde a identidade cultural de nossa Capital, em especial o patrimônio arquitetônico, sem que, com isso, acarrete os danos reclamados pela apelante.

Assim, entendendo que a decisão primeva deu incensurável desate à lide e que o eminente Relator examinou em profundidade a espécie recursal, acompanho-o, para também negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CARACTERIZADO - DIFERENÇA DE VENCIMENTOS - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO

- Não caracterizado o desvio de função, não tem o funcionário público direito ao recebimento da diferença de vencimentos entre o seu cargo e aquele que alegadamente ocuparia.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 251.152-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Indenização - Funcionário público - Desvio de função - Ônus da prova. - Não caracterizado o desvio de função, não tem o funcionário público direito ao recebimento da diferença de vencimentos entre o seu cargo e aquele que alegadamente ocuparia.

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, 22 de abril de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Conheço do recurso.

Norma Maria da Paz Corgozinho, qualificada nos autos, ajuizou ação ordinária de indenização contra o Departamento de Obras Públicas do Estado de Minas Gerais-DEOP-MG, alegando, para tanto, ser funcionária pública estadual junto ao suplicado, ocupando a função de Auxiliar Administrativo II.

Em 01.02.99, por determinação do Diretor Administrativo e Recursos Humanos da Autarquia, Sr. Nagib Nédir, passou a assessorá-lo, após o encaminhamento de ofícios ao Diretor Geral e ao Sr. Governador do Estado, requerendo sua nomeação no cargo em comissão de Assessor II.

Apesar de evidenciado o desvio de função, não lhe foram pagos os vencimentos de acordo com o cargo que passou a exercer, motivo pelo qual pugna pela procedência do pedido, para condenar a autarquia ao pagamento das diferenças devidas, acrescidas de juros legais e correção monetária, como se apurar em liquidação de sentença.

Defende-se o Departamento, sustentando que a autora jamais exerceu, de fato ou de direito, o cargo e função de Assessor II, tendo apenas prestado colaboração à secretária encaminhando papéis e "*intermediando os serviços de competência dos* office boys".

Impugna os documentos anexados com a inicial, ao argumento de que o diretor que subscreveu o pedido de nomeação da autora não tem competência para representar a autarquia perante terceiros, reservada ao Diretor-Geral, que indeferiu liminarmente a pretensão, acrescentando que a autora não preenche os requisitos necessários para ocupar o cargo de Assessor II.

Instada a manifestar-se sobre a especificação de provas, a autora entendeu-as desnecessárias.

A sentença (fls. 70/73), considerando não comprovado o exercício da função de Assessor II, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, condicionados à mudança na situação econômica da mesma por estar sob o pálio da justiça gratuita.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação, nos termos das razões de fls. 75/78, sustentando que a prova documental anexada aos autos com a inicial, principalmente as solicitações do diretor administrativo é inequívoca, a demonstrar com clareza que, desde fevereiro de 1999, exercia a função pela qual pleiteia a diferença de vencimentos, permanecendo em desvio de função exclusivamente por determinação de seu superior.

Quer a apelante se lhe reconheça o direito à percepção da diferença de vencimentos entre seu cargo, de Auxiliar Administrativo II, e o de Assessor II, que, segundo ela, vem ocupando desde 01.02.99.

Não resta dúvida de que, caracterizado o desvio de função, tem o funcionário público direito ao recebimento das diferenças de vencimentos dos respectivos cargos, independentemente de preencher os requisitos necessários à função para a qual foi desviado. É princípio de direito o de evitar-se o enriquecimento ilícito da Administração responsável pela irregularidade, com o conseqüente empobrecimento do servidor.

Entretanto, para o seu reconhecimento necessário se faz a prova evidente de que, na realidade, o funcionário desempenha ou desempenhou tal função.

Consoante o disposto no CPC, 333, I e II, é do autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito, cabendo ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito daquele.

Como prova de seu direito, a apelante anexou cópia de ofício subscrito pelo Diretor de Administração e Recursos Humanos ao então Governador do Estado solicitando autorização para a nomeação da apelante no cargo de Assessor II, de recrutamento limitado. Curioso notar que, datado de 20.09.99, referida cópia somente foi autenticada em 13.04.2000, inexistindo, portanto, sequer elementos hábeis à comprovação de que foi realmente enviada. Referido documento foi impugnado pelo apelado em sede de contestação ao argumento de ser tal expediente de competência exclusiva do Diretor-Geral do Departamento.

O pedido de designação da servidora para o cargo comissionado (fls. 12) foi indeferido pelo Diretor-Geral, como comprova o documento de fls. 50, apresentado pelo recorrido, estando evidenciado que a apelante prestou serviços na DCO, Divisão de Contabilidade, Portaria, e que atualmente trabalha na Diretoria de Administração e Recursos Humanos, exercendo atividades próprias do cargo que ocupa (de auxiliar administrativo).

Inexistindo prova hábil a comprovar o alegado desvio de função, foi correta a r. decisão monocrática em julgar improcedente o pedido inicial.

Em resumo: não caracterizado o desvio de função, não tem o funcionário público direito ao recebimento das diferenças de vencimentos dos respectivos cargos.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas, por estar a apelante sob o pálio da assistência judiciária.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - OFERTA - INTERDITANDO - LEVANTAMENTO DA QUANTIA - INDEFERIMENTO - PREPARO - FALTA - PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

- Todas as medidas desnecessárias e prejudiciais à celeridade da prestação jurisdicional devem ser evitadas, devendo ser admitidas somente quando faltam condições mínimas para o prosseguimento da ação. Assim sendo, a falta de preparo pelo agravante, que leva à extinção do processo, pode ser relevada, com a determinação de que as custas sejam pagas por ele a final.

- Tendo a oferta de alimentos sido feita de modo espontâneo pelo pai, tendo em vista que este é o curador do agravado e tem o dever legal de sustentá-lo, não visando tal quantia suprir as necessidades do interditando, e sim resguardá-lo em caso de falta do pai, não é de se autorizar o levantamento da importância oferecida, devendo esta permanecer com o agravado com a finalidade para a qual foi depositada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 251.730-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Oferta de alimentos - Interditando - Levantamento da quantia - Indeferimento. - Em se tratando de depósito voluntário feito pelo pai a favor de seu filho portador de esquizofrenia, não é de se autorizar o levantamento da quantia pelo próprio pai.

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, 12 de março de 2002. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Conheço do recurso já que presentes todos os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por I.S.O. em face de F.C.O., representado por sua mãe M.C.V., tendo em vista o indeferimento do pedido de alvará para levantamento da quantia depositada em favor de seu filho.

O agravante ajuizou ação de oferta de alimentos oferecendo o valor de seis salários mínimos, em apenso à ação de interdição, com o propósito de resguardar e proteger o direito de seu filho, já que este é portador de esquizofrenia, não possuindo renda suficiente para se manter.

Foi determinado pelo MM. Juiz *a quo* que a quantia ofertada fosse depositada, tendo o MP se manifestado de acordo com a oferta.

Posteriormente, o processo foi julgado extinto, e o agravante pediu o levantamento do depósito, alegando que vem provendo diretamente a subsistência do agravado, não necessitando este do dinheiro.

O pedido foi julgado improcedente pelo MM. Juiz *a quo*.

O agravante reiterou seu pedido de levantamento do depósito.

O agravado não impugnou o recurso.

A douta Procuradoria se manifestou pelo não-conhecimento do agravo pela ausência de comprovação de preparo.

Preliminar.

A preliminar levantada pelo douto Procurador, que diz respeito à falta de preparo, não deve ser acolhida, *data venia*, devido ao princípio da economia processual.

Todas as medidas desnecessárias e prejudiciais à celeridade da prestação jurisdicional devem ser evitadas, devendo ser admitidas somente quando faltam condições mínimas para o prosseguimento da ação.

No presente caso, apesar de saber que o preparo cabe ao agravante, entendo por bem não extinguir o processo nesta fase e determinar que as custas sejam pagas por ele ao final.

Mérito.

Já no que diz respeito ao mérito, razão não assiste ao agravante.

Conforme se pôde ver dos autos, a quantia foi depositada com intuito de proteger o interditando, que é portador de esquizofrenia, mesmo estando o pai provendo todas as suas despesas.

A oferta de alimentos no presente caso não era necessária, tendo sido feita de modo espontâneo pelo pai, tendo em vista que este é o curador do agravado e tem o dever legal de sustentá-lo. Como disse o próprio agravante, a quantia "*servirá de título e conservação de seus direitos, em caso de falta do seu pai curador*".

Desta forma, a quantia não visava suprir as necessidades do interditando, e sim resguardá-lo em caso de falta do pai.

Assim, entendo que tal quantia deve permanecer com o agravado com a finalidade para a qual foi depositada.

Desta forma, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - DUPLICATA SEM ACEITE - PROTESTO - COMPROVANTE DA ENTREGA DA MERCADORIA - CONFISSÃO DE RECEBIMENTO PELO DEVEDOR - ACOMPANHAMENTO - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 1º, § 3º, DO DEC.-LEI Nº 7.661/45 C/C O ART. 15 DA LEI Nº 5.474/68 - PETIÇÃO INICIAL - PEDIDO E CAUSA DE PEDIR - PRESENÇA - INDEFERIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - CONDIÇÃO DE COMERCIANTE DO DEVEDOR - PROVA - DESNECESSIDADE - ART. 11 DA LEI DE FALÊNCIAS - QUALIDADE DE CREDOR - ÔNUS DA PROVA - FALTA DE PROTESTO ESPECÍFICO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - INEXISTÊNCIA

- Se da petição inicial referente ao pedido de falência se extrai que o autor requereu a citação do devedor a fim de apresentar defesa, sob pena de quebra, sendo que na escolha pelo procedimento falimentar o pretendido é a própria quebra da empresa, contém ela pedido e causa de pedir, não podendo ser indeferida, ao argumento de estar em desconformidade com o art. 282 do CPC.

- Em pedido de falência, não se pode indeferir a petição inicial, sob a alegação de que não há certidão da Jucemg provando a condição de comerciante do devedor, pois o que o art. 11 do Dec.-lei nº 7.661/45 exige é a prova da qualidade de credor por parte do requerente, e não a qualidade de comerciante do devedor.

- O ônus da prova da qualidade de credor, em pedido de falência, compete ao devedor.

- Não procede a alegação de impossibilidade jurídica do pedido por falta de protesto específico para fins falimentares, quando restar provado nos autos que foi tirado o protesto especial, providência supérflua, porque bastaria o protesto cambial.

- A Lei Falimentar (Dec.-lei nº 7.661/45), em seu art. 1º, § 3º, c/c o art. 15 da Lei nº 5.474/68, permite que o credor ingresse com a ação de falência, mesmo que a duplicata não contenha aceite, desde que esteja devidamente protestada e acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria. Duplicatas não aceitas, mas protestadas e devidamente acompanhadas de romaneio do transportador, bem como de confissão de recebimento da mercadoria pelo devedor ensejam título executivo extrajudicial e, em conseqüência, legitimam o pedido de falência.

AGRAVO Nº 252.109-4/00 - Comarca de Alfenas - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Duplicatas protestadas, devidamente acompanhadas de romaneio de transportadora e confissão de recebimento da mercadoria pela devedora, enseja título executivo extrajudicial, dando suporte à declaração de falência, conforme o art. 1º, parágrafo 3º, do Dec.-lei 7.661/45 c/c art. 15 da Lei de Duplicatas.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de março de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão que decretou a falência da embargante, Campinho Citrus do Brasil Ltda., figurando como embargada, Amorim Comercial S.A.

A agravante teve sua falência decretada, conforme r. decisão de fls. 45/48-TJ, que rejeitou as preliminares da defesa, sendo estas a não-comprovação da condição de comerciante da devedora, o indeferimento da inicial por ausência de pedido e a falta de protesto especial para fins falimentares. No mérito, o douto Juízo *a quo* não acolheu a alegação de que a mercadoria não foi entregue, pois, em sua contestação, a devedora disse que a mercadoria não foi recebida em conformidade com o pedido feito, confessando, implicitamente, recebimento das mesmas.

Inconformada, a agravante aviou razões recursais às fls. 22/27-TJ, requerendo, preliminarmente, o indeferimento da inicial por ausência de pedido, falta de certidão da junta comercial comprovando sua atividade comercial, bem como inexistência de protesto especial exigido pela legislação falimentar. No mérito, ressaltou que a Lei 5.474/68 exige que a duplicata sem aceite esteja acompanhada do canhoto de entrega de mercadorias, portanto não servindo romaneio de transportadora. Reconheceu, ao final, que a mercadoria foi entregue e recebida por pessoa estranha ao quadro de funcionários da empresa. Alegou também que a mercadoria estaria fora das especificações do pedido.

Conforme despacho à fl. 57-TJ, foi concedido efeito suspensivo ao presente recurso, sob o fundamento da evidência dos prejuízos de uma decisão que decreta falência.

A agravada pugnou pela manutenção da r. decisão *a quo* pelo seus próprios fundamentos. Verificou-se, quando da lacração do estabelecimento, que o mesmo já estava fechado e vazio, presumindo-se que a empresa só sobrevive nos autos, posto que fisicamente já estava falida (fls. 66/73-TJ).

Presentes os pressupostos e requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminares:

1) Sem fundamentação se encontra a alegação de que a inicial deve ser indeferida por estar em desconformidade com o art. 282 do CPC, uma vez que a mesma não possui pedido. Apesar de não ser modelar, a inicial contém pedido e causa de pedir, dela podendo-se extrair que a agravada requereu a citação da devedora a fim de apresentar defesa, sob pena de quebra. Ressalta-se, ainda, que, na escolha pelo procedimento falimentar, o pretendido é a própria declaração de quebra da empresa.

2) Requer a embargante o indeferimento da inicial devido à ausência de certidão da Jucemg comprovando sua condição de comerciante. Analisando o art. 11 do Dec.-lei 7.661/45, depreende-se que o exigido é a prova da qualidade de credora por parte da requerente, e não a qualidade de comerciante da devedora. Até porque, compulsando os autos, não há qualquer prova que negue a referida qualidade, sendo que tal ônus compete ao devedor.

Sobre o tema a jurisprudência tem assente:

"*Falência - Devedora comerciante - Prova de ausência desta qualidade - Ônus que compete ao devedor requerido - Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito*" (TJSP - *JTJ*, 164/166).

3) Não procede a alegação de impossibilidade jurídica do pedido por falta de protesto específico para fins falimentares, pois resta provado nos autos, às fls. 105/107-TJ, que foi tirado o protesto especial, providência supérflua, porque bastaria o protesto cambial.

No mérito.

A r. sentença recorrida bem apreciou a espécie, não estando por isto a merecer reforma. Nota-se, nos autos, que os documentos juntados pela ora agravada, aliados à alegação da agravante de que realmente recebeu a mercadoria, são suficientes e atendem às exigências legais para embasar pedido de falência.

A Lei Falimentar, em seu art. 1º, c/c art. 15 da Lei 5.474/68, permite que o credor ingresse com a ação de falência, mesmo que a duplicata não contenha o aceite, desde que esteja devidamente protestada e acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria.

A agravante atrela sua defesa na não-existência do canhoto da nota fiscal, aduz que este requisito conjuntamente com o protesto da duplicata sem aceite seriam essenciais para dar executividade de título extrajudicial, bem como legitimar pedido de falência.

É cediço que tal comprovante, comumente, é o próprio canhoto da

nota fiscal/fatura. Mas pode também ser suprido por outro documento que comprove de forma inequívoca o recebimento dos produtos ou serviços descritos na nota, *in casu,* os romaneios acostados às fls. 86/88 e 90-TJ, acompanhados de declaração que confirma o recebimento da mercadoria, firmada pela própria devedora, em sua defesa.

Oportuna a citação de manifestações jurisprudenciais sobre o tema:

"*A falta de prova da entrega de mercadoria, a que corresponde duplicata não-aceita, embora protestada, é motivo bastante para indeferimento do pedido falencial, desde que a requerida se tenha insurgido com firmeza contra o recebimento da mercadoria e a requerente não haja provado o contrário. Nesse caso, não haverá título executivo a embasar o pedido inicial, contrariando-se o prescrito no art. 1º da Lei de Falência. O processo falimentar não é meio regular de cobrança* (ac. unân. da 3ª Câm. Cív. - TJSC *in BJA*/83.449-82).

"*As duplicatas não-aceitas, mas protestadas e acompanhadas de documento que comprove a entrega e recebimento da mercadoria, ensejam execução por título extrajudicial e, em conseqüência, legitimam pedido de falência* (ac. unân. da 8ª Câm. Cív.-TJRJ *in BJA*/83.448-82).

A agravante, portanto, em momento algum diz não ter recebido a mercadoria. Ao alegar, à fl. 26-TJ, que a mesma foi entregue em desconformidade com o pedido, está visivelmente reconhecendo seu recebimento. Verifica-se, também, a mesma alegação na transcrição fiel do trecho da sua contestação em seu item 10:

"*... 10 - Pelo mérito, o que na realidade pretende a suplicante é utilizar indevidamente da lei falimentar para constranger a suplicada a pagar pela compra de mercadoria a qual não foi recebida em conformidade com o pedido feito, de modo que, encontra-se a mercadoria comprada à disposição da suplicante para ser retirada, pois não serviu para ser instalada...*".

Quanto à alegação da controvérsia comercial, não há provas da referida afirmação e, mesmo que houvesse, exigir-se-iam providências adequadas e tempestivas, para desfazer a relação comercial, ou seja, aquelas previstas no art. 212 do Código Comercial e arts. 7º, 8º da Lei nº 5.474/68, inclusive para o fim de obstar formação de título executivo, na forma da alínea *c* do inciso II do art. 15 da última lei citada.

Conclusão.

Ex positis, nego provimento ao presente recurso, mantendo a r. decisão hostilizada, cassando, assim, a liminar deferida. Prossiga o processo falimentar nos seus ulteriores termos.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - REVISIONAL - EXISTÊNCIA POSTERIOR DE OUTRA FAMÍLIA E FILHOS - PENSÃO - OBRIGAÇÃO CONCOMITANTE DA MÃE - ADEQUAÇÃO

- Mesmo tendo o alimentado direito à pensão, mediante decisão judicial pretérita, não pode passar despercebida ao julgador a compossibilidade e a adequação do valor da pensão, tendo em vista a existência de novos beneficiários, de maneira a tornar a partilha salarial equânime e harmoniosa, evitando a incompossibilidade de o alimentante se sustentar, mister observando-se que a obrigação alimentar do menor é dos pais, cabendo também à mãe contribuir para tal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 252.440-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Ação revisional de alimentos - Impossibilidade - Adequação. - Mesmo tendo o alimentado direito à pensão, mediante decisão judicial pretérita, não pode passar despercebida a compossibilidade e a adequação do valor da pensão e outros beneficiários.

ACÓRDÃO

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

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

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da apelação por própria e regularmente processada.

In casu, uma ação revisional de pensão, pedida pelo alimentante, ao fundamento de que a pensão de 30% (trinta por cento) mais 1/2 (meio) salário mínimo a que está obrigado com o alimentado, via decisão judicial, está incompatível com mais 30% (trinta por cento) que paga a outros três filhos paralelos e menores, fora sua família constituída com mulher e *mais* três filhos.

Sintetizando, os filhos nascidos fora do casamento perfazem 60% (sessenta por cento) mais 1/2 (meio) salário mínimo de sua pensão, o que tem feito da sua vida um transtorno financeiro incontrolável.

Nestes termos, passamos a dissecar o cenário:

I - Não nos cabe crítica ao comportamento de ninguém, mas a análise de seus efeitos. Nunca vi um cidadão ser tão prolífero de forma tão imprudente e imprevidente, como o alimentante *sub judice*, como imprudente e imprevidente é a mãe do menor *in causa* sair com um homem à primeira vez que o viu e ir para a cama com ele (fl. 78).

Assim, *data venia*, entendo que a imprudência e a imprevidência de ambos (pai e mãe) devem ser rateadas nos seus efeitos.

II - Estou de pleno acordo com o raciocínio do Juiz sentenciante, ao dizer que o novo casamento e mais três filhos deste foram fatos posteriores à concepção do menor em questão e ao acordo judicial, mesmo porque sou ardente defensor do artigo 30 da Lei 6.515/77. Mas, por outro lado, entendo que a situação deste cenário é a incompossibilidade (independente do novo núcleo familiar legal), após o rateio do soldo do alimentante, para este poder viver e atender a suas necessidades básicas.

De seu soldo existente, fora o seu atendimento pessoal e o de sua família legal (esposa e três filhos), o alimentante tem o comprometimento de 60% (sessenta por cento) mais meio salário mínimo para outros filhos, sendo: 30% (trinta por cento) para três filhos e 30% (trinta por cento) mais meio salário mínimo para um filho, o *sub judice*, sobrando em torno de 30% (trinta por cento) para ele, a esposa e mais três filhos.

Assim, vê-se que a partilha salarial não está equânime ou harmoniosa e a menos de um passo para a incompossibilidade alegada de o alimentante se sustentar.

Não é à toa que está cheio de empréstimos e, o que é mais grave, conforme documento de fl. 16, àquela época, já estava com *43* (quarenta e três) cheques "sem fundo". Não se está fazendo a apologia da irresponsabilidade e imprudência do alimentante, mas do seu direito de viver, antes que seja expulso da Polícia Militar.

III - Assim, reduzo a pensão para somente 20% (vinte por cento) do soldo líquido do alimentante, a partir de 1° de janeiro/02, subentendendo que tal incidência deve ser sobre o valor líquido, ou seja, valor bruto, descontados *somente* os valores previdenciários e fiscais.

Registre-se mais que, se o alimentado já está com *10* (dez) anos, a obrigação de alimentá-lo e educá-lo é de ambos os pais, e se a mãe com quase *40* anos já não está no mercado de trabalho, a sua idade está ótima para tal.

Convenhamos, mais, que a pensão recebida pelo menor não é comum, mas privilegiada, segundo temos apurado em nossos julgamentos, e ter a garantia de recebê-la, por ser o alimentante de vencimento certo e garantido, por ser militar, é dado que não pode passar despercebido pelo alimentado.

Assim, com estas considerações, *dou parcial provimento* à apelação.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

DOAÇÃO MODAL - DOADOR - SOCIEDADE CIVIL - DONATÁRIO - MUNICÍPIO - DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO - REVOGAÇÃO - PRESIDENTE DA ENTIDADE DOADORA - LEGITIMIDADE ATIVA DE PARTE - DOAÇÃO COM ENCARGO FEITA A ENTE PÚBLICO - CONTRATO CIVIL, E NÃO ADMINISTRATIVO - PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA - ART. 178, § 6°, I, DO CÓDIGO CIVIL - INAPLICABILIDADE

- Se houve reunião convocada pelo presidente da entidade doadora, a fim de se discutir e votar a doação do imóvel; se nessa reunião ficou decidido, por unanimidade, que o referido imóvel seria doado; se foi lavrada escritura pública, formalizando-se a doação modal, cujos termos se fizeram claros quanto à destinação do imóvel, bem como quanto ao prazo para conclusão das obras que nele deveriam ser realizadas; se há cláusula prevendo que, se não fosse realizada a construção dentro daquele prazo, o imóvel reverteria automaticamente à sociedade doadora, é de se concluir que, havendo descumprimento do encargo, o pedido de revogação é conseqüência da própria reunião que ensejou a doação, não se cuidando de deliberação nova. Destarte, é o presidente da entidade parte legítima para propor a referida revogação da doação modal, estando ele cumprindo apenas o que já restava decidido naquela reunião, ao buscar a reversão do terreno, principalmente se o estatuto da entidade prevê que ao presidente compete gerir os negócios da sociedade e representá-la judicialmente, ativa e passivamente.

- A doação com encargo feita ao ente público é um contrato civil, e não administrativo, regendo-se pelas normas constantes do Código Civil, não havendo que falar em impossibilidade jurídica do pedido de sua revogação, ao argumento de que os bens públicos se regem por normas de direito público.

- Consoante jurisprudência do STJ, seguida por vários tribunais pátrios, "*a ação de revogação da doação por descumprimento de encargos prescreve em vinte anos, não se aplicando a prescrição ânua definida no art. 178, § 6°, I, do Código Civil, que concerne à revogação por ingratidão do donatário***".**

AGRAVO N° 253.039-2/00 - Comarca de Rio Vermelho - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Ação de revogação de doação com encargo - Contestação - Preliminares: Ilegitimidade ativa - Impossibilidade jurídica do pedido - Prescrição - Rejeição. - É o presidente da entidade doadora parte legítima para propor ação de revogação de doação modal, tanto pela previsão estatutária neste sentido, quanto pelo fato de estar apenas cumprindo deliberação anterior. A doação com encargo feita ao ente

público é um contrato de direito civil, e não de direito administrativo, não havendo que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de sua revogação. Precedentes do STJ proclamam que a ação de revogação da doação por descumprimento de encargo prescreve em vinte anos. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de abril de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Rio Vermelho, que, nos autos da ação ordinária de revogação de doação ajuizada pela Sociedade Cultural Rio Vermelho em face do Município de Rio Vermelho, rejeitou as preliminares argüidas pelo réu em sede de contestação.

Alega o agravante que a carência de ação por ilegitimidade de parte no caso em estudo se mostra patente, tendo em vista que o presidente da agravada necessitava de autorização dos membros da sociedade que representa para interpor a presente demanda. Argumenta, ainda, que restou consignada a possibilidade de prorrogação do prazo para o cumprimento do encargo estipulado no momento da doação, o que entende impedir a sua revogação da maneira como pretendida. Afirma haver-se operado a prescrição do direito da sociedade de requerer o bem doado. Por fim, assevera que o pedido é juridicamente impossível, ao argumento de que os bens públicos se regem por regras próprias.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Analisando os autos, tenho que a r. decisão impugnada não merece reparo.

Primeiramente, quanto à ilegitimidade do Presidente da Sociedade Cultural de Rio Vermelho, vejo que algumas considerações se fazem necessárias.

É bem verdade que houve uma reunião convocada pelo presidente da mencionada entidade, a fim de se discutir e votar a doação do terreno "Jota Braga", objeto da controvérsia, como se vê do documento de fls. 31-TJ.

Todavia, como se observa desta mesma ata, houve votação, por unanimidade, no sentido de que fosse o imóvel doado ao Município "*para ser usado única e exclusivamente para a construção de uma praça de esportes conforme melhor uso do terreno*".

Dentro desta orientação, fora lavrada a escritura pública de fls. 22/23-TJ, formalizando-se a doação modal realizada pela agravada em benefício do agravante.

Os termos da doação se fizeram claros quanto à destinação do bem, assim como ao prazo para a conclusão das obras que ali deveriam ser realizadas. Também foi expressa a cláusula de que "*se não for construído neste prazo o terreno sem construção concluída será automaticamente revertido à Sociedade Cultural de Rio Vermelho, salvo se esta sociedade autorizar um novo prazo, de acordo com os termos constantes na ata da Sociedade Cultural da reunião de 10.02.95*".

Disto se conclui que o pedido de revogação em exame nada mais é que uma conseqüência prevista na própria reunião que ensejou a doação, não se cuidando, pois, de deliberação nova.

Assim, o presidente da sociedade, *in casu*, está apenas cumprindo o que já restara decidido por votação unânime, ou seja, buscando a reversão do terreno, ao fundamento de descumprimento do encargo, não carecendo, por isso, de outra votação para tanto.

Cumpre esclarecer, ainda, que, de acordo com o documento de fls. 49/51-TJ, compete ao presidente gerir os negócios da sociedade e representá-la judicialmente, ativa e passivamente.

Para arrematar, frise-se que a prorrogação invocada pelo agravante como empecilho para o ajuizamento da presente demanda não passa de faculdade da agravada, inexistindo nos autos qualquer elemento que comprove tenha o donatário externado a sua vontade no sentido de prorrogar o pacto.

Portanto, sem fundamento jurídico a preliminar de ilegitimidade de parte suscitada pelo recorrente.

No que toca à alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que os bens públicos se regem por normas de direito público, deve-se esclarecer que a doação com encargo feita ao ente público é um contrato civil, e não administrativo, regendo-se pelas normas constantes do *Codex* Civilista.

Por derradeiro, quanto à prescrição invocada pelo agravante, consigno, de início, que, em sua peça de defesa, alegou ele ser aplicável à espécie o art. 178, § 6º, do Código Civil, estando prescrito o direito da agravada de reaver o bem em questão ao término de um ano.

Agora, em sede de agravo, faz menção ao prazo de quatro anos, a indicar a aplicação do art. 178, § 9º, V, do Código Civil.

De qualquer maneira, sem razão.

É que a doação se efetivou aos 17.02.95; o prazo para a construção do Ginásio Poliesportivo era de 2 anos; e para a construção de benfeitorias no restante do terreno era de mais 3 anos; portanto, findou-se o prazo total aos 17.02.00. A interpelação judicial para a devolução do bem, por sua vez, data de

28 de dezembro de 2000, estando, pois, dentro do primeiro ano após o termo final para a realização do encargo.

Tais cálculos, no entanto, sequer se fazem necessários.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça, seguido por vários tribunais pátrios, já decidiu que "*a ação de revogação da doação por descumprimento de encargo prescreve em vinte anos, não se aplicando a prescrição ânua definida no art. 178, § 6º, I, do Código Civil, que concerne à revogação por ingratidão do donatário*" (REsp 32.496/SP).

Com estas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a r. decisão monocrática na íntegra.

Sem custas.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO AVÔ - ILEGITIMIDADE PASSIVA - INEXISTÊNCIA - PENSÃO COMPLEMENTAR - POSSIBILIDADE - SUCUMBÊNCIA - JUSTIÇA GRATUITA - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 1.060/50

- Aos filhos de tenra idade são devidos os alimentos pelo pai ou pela mãe, sendo que a obrigação alcançará os avós, se comprovada a impossibilidade econômico-financeira dos pais. Não é necessário que a ação seja proposta contra o pai e o avô, ou primeiro contra o pai e depois contra o avô. O que se exige é que se comprove a falta de condições do pai, ou da mãe, de arcar com as obrigações alimentares total ou parcialmente, quando, então, se continuará na linha de seus ascendentes, sempre em linha reta.

- A questão relativa à legitimidade passiva do avô para ação alimentar é matéria de mérito, não podendo ser resolvida de plano, antes de se realizar a prova da incapacidade econômica do pai. Porém, se demonstrado, durante a instrução do processo, que o alimentante pode ser sustentado pelo seu genitor, o avô será excluído da lide.

- É possível a complementação da pensão alimentícia pelo parente mais distante, quando o mais próximo não tem condições suficientes. Assim, sendo insuficiente a capacidade econômica do pai para arcar integralmente com os alimentos devidos ao filho, pode o avô ser chamado para complementar a pensão, na medida de suas possibilidades, apuradas em juízo.

- Se, apesar do patrimônio do réu, tem ele diversas despesas, inclusive obrigações alimentares, devidamente comprovadas nos autos, há de se confirmar a concessão dos benefícios da justiça gratuita, pelo que fica suspenso o pagamento dos encargos da sucumbência, inclusive de honorários advocatícios, que no exame do recurso são acrescentados ao dispositivo da sentença, nos termos da Lei nº 1.060/50.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 253.414-7/00 - Comarca de Sacramento - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Ação de alimentos contra avô paterno - Prova de que o pai do alimentando, que também é menor, não aufere qualquer rendimento - Afastada, com isso, a preliminar de ilegitimidade de parte passiva - Fixação dos alimentos no correspondente a um salário mínimo - Razoabilidade levando-se em conta os compromissos alimentares anteriormente impostos ao requerido - Fixação de honorários advocatícios, suprindo-se omissão da sentença, mas que devem ter o pagamento suspenso, nos termos da Lei nº 1.060/50. - Desnecessária a propositura, antes, de ação de alimentos contra o pai do alimentante, para o ajuizamento de ação, também de alimentos, contra o avô paterno, sendo bastante que se prove que o pai não tem rendimentos. Mostra-se razoável a fixação dos alimentos no valor equivalente a um salário mínimo, levando-se em consideração obrigações, também alimentares, que, anteriormente, foram impostas ao requerido. De se confirmar a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça ao requerido, em razão dos seus rendimentos e de seus compromissos, pelo que fica suspenso o pagamento dos encargos da sucumbência, inclusive de honorários advocatícios, que no exame do recurso são acrescentados ao dispositivo sentencial.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 15 de abril de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - L.S.C., menor impúbere, nascido em 10.04.2000, representado por sua mãe, M.S.S., também menor impúbere, nascida em 18.09.1985, representada por seu pai, A.C.S., ajuizou ação de alimentos em face de seu avô paterno, A.C., cujo pedido foi julgado parcialmente procedente, tornando definitivos os alimentos provisórios

inicialmente fixados, tendo sido o avô paterno, A.C., condenado a pagar ao neto-autor, L.S.C., uma pensão alimentícia no valor mensal equivalente a um salário mínimo, que deverá ser depositado até o dia 10 (dez) de cada mês, em conta corrente do avô materno, que foi indicada.

Inconformado, o autor apresenta suas razões recursais, alegando, em síntese, que restaram demonstradas nos autos suas necessidades, bem como as reais possibilidades econômicas de seu avô paterno, que é detentor de patrimônio significativo, compatível com quem tem renda bem superior a R$1.000,00 (hum mil reais) mensais, rendimento alegado pelo apelado. Sustenta que as necessidades demonstradas o foram de forma razoável, sendo pedidas apenas despesas básicas, buscando não abusar das condições do avô paterno. Alega que as despesas de moradia, água, luz, educação e lazer, que vêm sendo arcadas pelo avô materno, devem ser consideradas e computadas, bem como o plano de saúde.

Considera comprovadas suas necessidades no importe aproximado de 2,5 (dois e meio) salários mínimos, e a capacidade do avô paterno de arcar com tal responsabilidade, pelo que pretende a reforma da sentença para a majoração dos alimentos.

Pleiteia, ainda, a reforma da sentença para ver condenado o réu nas custas processuais e honorários advocatícios, vez que a sentença foi omissa em relação a tais verbas.

Também o réu demonstra seu inconformismo através das razões acostadas às fls. 145/161, onde sustenta, em síntese, sua ilegitimidade passiva, vez que seu filho H., pai do autor, trabalha e aufere renda, sendo possuidor de situação financeira confortável, já que não tem qualquer gasto com sua manutenção e alimentação, tendo, portanto, condições de arcar com a prestação alimentícia do filho que gerou. Alega não ser possível a propositura da ação de alimentos diretamente contra os avós, sem que antes tenha havido ação contra o progenitor, com a demonstração de que o mesmo não tem condições de pensionar seu filho.

Sustenta, ainda, que não é o caso de denunciação à lide em face da natureza dos alimentos, que não geram direito de regresso.

Afirma, mais, que as necessidades apresentadas pelo autor são exageradas e que, conforme restou demonstrado, o réu tem despesas significativas, inclusive com o pensionamento de sua ex-esposa e uma filha excepcional.

Insurge-se, enfim, contra a determinação de envio de cópia dos autos à Delegacia de Polícia, para apuração de prática de agiotagem, por entender que não foi provado fato típico e, mesmo que tivesse sido, já teria ocorrido a prescrição.

Contra-razões, às fls. 176/183 e 188/195.

Em seu parecer recursal, o Ministério Público de primeiro grau opina pelo provimento do recurso do autor, com a fixação da pensão alimentícia em um salário mínimo e meio, e pelo improvimento do recurso do réu, requerendo, ainda, a reforma da decisão que concedeu o benefício da gratuidade de justiça ao réu.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 213/215, opina pelo provimento do primeiro apelo e improvimento do segundo.

Conheço dos recursos, por presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Tenho como matéria prejudicial, e, portanto, preliminar, a argüição da ilegitimidade passiva argüida pelo segundo apelante, A.C, de que, prefacialmente, passo ao exame.

A obrigação alimentar decorrente da consangüinidade, de reciprocidade entre pais e filhos e que se estende a todos os ascendentes, está determinada pelo art. 397 do Código Civil, que estabelece, ainda, que a obrigação deve recair nos mais próximos em grau, "*uns em falta de outros*".

Assim, aos filhos de tenra idade, é devida a mantença, através dos alimentos, pelos pais - pai ou mãe -; se comprovada a impossibilidade econômico-financeira, a obrigação alcançará aos pais destes, os avós.

Sob a ótica processual, não se faz necessário que a ação seja proposta contra o pai e o avô, ou primeiro contra aquele e depois contra este. O que se exige é que se comprove a falta de condições do pai, ou da mãe, de arcar com as obrigações alimentares, total ou parcialmente, quando, então, se continuará na linha de seus ascendentes, sempre em linha reta.

Assim a questão da legitimidade do avô é meritória, não devendo ser reconhecida a ilegitimidade antes da realização da prova.

Neste sentido, os ensinamentos de YUSSEF SAID CAHALI, em sua obra *Dos Alimentos*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999, p. 706:

"*Colocada nesses termos, verifica-se que a questão pertinente à legitimidade passiva do avô para a ação alimentar não pode ser resolvida de plano, eis que atrelada à verificação do pressuposto da possibilidade econômica do genitor; assim, a questão atinente à ausência de prova inequívoca da incapacidade econômica do pai é matéria de mérito, devendo, pois, ser certificada durante a instrução do processo, e não ser indeferida da pretensão* initio litis*; somente se ficar demonstrado no curso do processo que o autor pode ser sustentado pelo seu genitor é que seus avós serão excluídos da lide*".

Dando seqüência a seus ensinamentos, demonstra o mesmo doutrinador e adverte sobre a possibilidade da complementação da pensão alimentícia pelo parente mais distante, quando o mais próximo não tem condições suficientes.

"Mas a exclusão dos mais remotos pelos mais próximos, entre os ascendentes, não impede que possam aqueles ser chamados para complementar a pensão, se provada pelo alimentante a insuficiência do que recebe, aliás, a regra da complementação é válida ainda quando um só dos ascendentes da mesma classe esteja prestando os alimentos reputados insuficientes.

A doutrina é tranqüila no sentido da admissibilidade do pedido de complementação.

Assim, há 'responsabilidade complementar do avô, pessoa abastada, para complementar os alimentos necessários, que o pai não pode oferecer aos filhos menores'" (ob. cit., p. 707).

O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça-STJ vem no mesmo sentido, veja-se:

"Civil. Família. Ação de alimentos. Legitimidade passiva de avô. Presença do pai no pólo passivo. Possibilidade, responsabilidade suplementar. Art. 397 do Código Civil. Divergência não comprovada.

- I. Não se conhece do recurso especial amparado na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, quando inadequadamente demonstrada pelo recorrente a divergência.

- II. O art. 397 do Código Civil Brasileiro, ao dispor sobre o direito à prestação alimentar, não exclui a responsabilidade solidária dos ascendentes próximos. Sendo insuficiente a capacidade econômica do pai para arcar integralmente com o dever jurídico de alimentos devidos ao filho, poderão suplementar a pensão os ascendentes próximos (avós), na medida de suas possibilidades, apuradas em juízo.

- III. Precedentes do STJ.

- IV. Recurso especial não conhecido" (REsp 81.838/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, publ. *DJ* em 04.09.2000).

"Ação de alimentos proposta por neto contra os avós paternos. Exclusão pretendida pelos réus sob a alegação de que o progenitor já vem contribuindo com uma pensão. Art. 397 do Código Civil.

- O fato de o genitor já vir prestando alimentos ao filho não impede que este último possa reclamá-los dos avós paternos, desde que demonstrada a insuficiência do que recebe. A responsabilidade dos avós não é apenas sucessiva em relação às responsabilidades dos progenitores, mas também é complementar para o caso em que os pais não se encontrem em condições de arcar com a totalidade da pensão, ostentando os avós, de seu turno, possibilidades financeiras para tanto.

- Recurso especial não conhecido" (REsp 70.740/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, publ. em 25.08.1997).

"Ação de alimentos proposta por netos contra o avô paterno. Citação determinada dos avós maternos. Inocorrência de litisconsórcio passivo necessário.

- O credor não está impedido de ajuizar a ação apenas contra um dos coobrigados. Não se propondo a instauração do litisconsórcio facultativo impróprio entre devedores eventuais, sujeita-se ele às conseqüências de sua omissão.

- Recurso especial não conhecido" (REsp 50.153/RJ, Quarta Turma, Min. Barros Monteiro, publ. em 14.11.1994).

Com estes fundamentos, rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte passiva.

O autor, criança de tenra idade, vive com sua mãe, também menor de idade, na casa dos avós maternos, tendo como provedor único o avô materno.

Na busca de dividir a responsabilidade alimentar, foi ajuizada a presente ação contra o avô paterno, A.C., já que o pai, H.C., à época do ajuizamento, também não atingira, ainda, a maioridade, e não se tinha notícia de que o mesmo trabalhasse.

No curso da ação, restou demonstrado que o réu, avô paterno, montou um comércio para que o filho H. tivesse alguma atividade lucrativa, mas que o mesmo, na realidade, trabalha como pintor, não ficando comprovado, no entanto, qual a renda média mensal auferida.

Por outro lado, incontroverso nos autos que H. recebe pensão alimentícia de seu pai, o réu, e mora com sua mãe, o que não lhe gera qualquer despesa com moradia e alimentação. No entanto, se a ele são prestados alimentos, tem-se que seus ganhos devem ser ínfimos e, como tal, a prestação alimentícia que pode vir a ser oportunamente imposta deverá guardar a devida proporção, o que, sem dúvida, gerará a obrigação complementar que atingirá ao avô paterno.

Quanto à possibilidade do réu, estou entendendo, em consonância com o Ministério Público de primeiro grau, que o que se demonstrou nos autos leva à convicção de que o Sr. A.C. aufere rendimentos superiores aos alegados R$1.000,00 (mil reais), seja por suas diversas atividades - taxista, comerciante de carros, proprietário de mercearia, além de contar com a renda de diversos imóveis locados.

É verdade que já tem a obrigação alimentar com sua ex-esposa e sua filha, que, pelo documento de fl. 137, está fixada em 3,5 (três e meio) salários mínimos, mas não tenho tal obrigação como impeditiva da obrigação para com o neto.

As necessidades do pequeno L., por sua vez, foram razoavelmente demonstradas e, pelo conhecimento comum, estão dentro dos limites da média brasileira, que, registre-se, já é bastante baixa.

Os avós maternos já contribuem efetivamente com a criação do neto. É

verdade que não se cobra uma parcela de aluguel, ou a proporção de água e energia elétrica, nem a refeição fornecida, mas é fato que tais necessidades devem ser valoradas para o efeito da prestação alimentícia e, como tal, consideradas na distribuição da responsabilidade alimentar.

A questão referente ao plano de saúde, hoje em dia, é mais uma precaução que uma necessidade diária que poderia ser suprida pela rede de saúde pública. No entanto, sendo esta extremamente precária, em caso de necessidade a solução é recorrer à rede particular, que, sem o plano de saúde, é impraticável.

Com relação à condenação do réu nas custas processuais e honorários advocatícios, a respeitável sentença foi, realmente, omissa, devendo ser suprida no presente julgamento.

Com estes fundamentos, dou parcial provimento ao recurso, para majorar o valor dos alimentos para 1,5 (um e meio) salário mínimo, condenando o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor de 12 (doze) parcelas alimentares mensais.

Quanto às questões colocadas pelo recurso do réu, já foram examinadas e decididas anteriormente, exceção no que se refere ao não-envio de cópias dos autos à Delegacia de Polícia. O pedido, como os demais, não prospera.

Com efeito, não restou provado inequivocamente a prática de agiotagem, no entanto, restou noticiada e apontados indícios, que deverão ser melhor apurados pela autoridade competente.

Nego provimento, pois, ao recurso do réu, nos termos aqui lançados.

Por fim, quanto ao requerimento do Ministério Público de primeiro grau, para que seja reformada a decisão que concedeu o benefício da gratuidade de justiça, com a devida vênia, tenho que o mesmo deve ser negado.

É que, apesar do patrimônio do réu, o mesmo tem diversas despesas, inclusive com obrigações alimentares, devidamente comprovadas nos autos, que, em meu sentir, até o presente momento, estão a justificar o benefício concedido.

Custas recursais, pelo réu, segundo apelante, nos termos da Lei nº 1.060/50.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Quanto à preliminar constante do segundo recurso, coloco-me de inteiro acordo com o eminente Relator.

Reexaminando as apelações interpostas, levando em consideração circunstâncias especiais no caso sob julgamento, principalmente que o pai do menor também era menor ao tempo da ação, e não existindo provas de que tivesse condição, mínima que fosse, para alimentar o filho, considerando também que o avô materno presta sua contribuição para sustento de seu neto que com ele mora, juntamente com a

mãe, dou adesão à conclusão do voto do eminente Relator, diante da excepcionalidade, e, repito, para negar provimento ao segundo recurso do avô paterno, réu na ação, tendo em vista a fixação dos alimentos em quantia diminuta.

Adiro à conclusão do eminente Relator, para reformar parcialmente a sentença, alterando o valor da pensão alimentícia para um e meio salário mínimo, ficando a sucumbência, também, como definida no voto do em. Relator.

O Sr. Des. Célio César Paduani - No que pertine à preliminar, rejeito-a pelos mesmos motivos e fundamentos consagrados no voto do em. Relator.

Meritoriamente, com razão a douta Relatoria. O cenário dos autos envolve situação excepcional, como bem enfatiza o em. Des. Revisor, posto que o pai do menor impúbere também é menor, destacando-se que o avô do mesmo tem condições financeiras para prestar a pensão alimentícia postulada.

No que concerne ao *quantum* da aludida pensão, de igual sorte, tenho que a mesma deva ser majorada para o valor equivalente a um e meio salário mínimo, como bem recomenda a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Com estas considerações, rejeito a preliminar do recurso interposto por A.C. e provejo parcialmente o recurso, que manifesta o inconformismo do menor impúbere, devidamente representado. É o meu voto.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO.

-:::-

DIVÓRCIO - PARTILHA - CASAMENTO - REGIME DE BENS - COMUNHÃO UNIVERSAL - BENS ADQUIRIDOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO - COMUNICABILIDADE - OITIVA DE TESTEMUNHA - PROVA DESNECESSÁRIA - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

- O juiz não está obrigado a deferir provas que entenda despiciendas, se os demais elementos de informação e prova dos autos são suficientes para a formação do juízo de convencimento, máxime em se tratando de matéria de direito. Mostrando-se desnecessária a oitiva de testemunha, o seu indeferimento não constitui cerceamento de defesa.

- Se o regime de bens adotado à época do casamento foi o da comunhão universal, os bens adquiridos após a separação de fato, mesmo que ocorrida vários anos antes da ação de divórcio, são comunicáveis, estando sujeitos à

partilha. A sociedade conjugal não se extingue com a simples separação de fato, a qual não cria, por si, incomunicabilidade de bens ou patrimônio separado. Enquanto existir a sociedade conjugal, perdurará a comunhão, independentemente da separação de fato do casal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 253.515-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Partilha decretada em decorrência da ação de divórcio - Casamento sob o regime da comunhão universal de bens. - Não prevalece a alegação de que o patrimônio foi adquirido após a separação de fato do casal, pois a separação de fato não se constitui em causa de incomunicabilidade de bens - Recurso desprovido para manter a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 04 de março de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. Manoel de Souza Barros Neto.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Conheço da presente apelação por estarem presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de inconformismo do apelante F.C.C., com a r. sentença de fls. 256, que decretou a partilha em 50% dos bens objeto do litígio.

Preliminarmente requer a apreciação do agravo retido nos autos, como se vê às fls. 241/247, em seguida argúi a ocorrência de cerceamento de defesa alegando ter sido desrespeitado o princípio do contraditório, da ampla defesa e o da igualdade entre as partes. No mérito, defende a tese da incomunicabilidade dos bens, rogando pela reforma de r. sentença, a fim de excluir da partilha os bens adquiridos por ocasião da separação de fato.

Inicialmente é de se conhecer do agravo retido nos autos, no qual se insurge o apelante contra a decisão de fls. 239, em que entendeu o douto Magistrado não haver nulidade a ser decretada, sendo que a prova oral, bem como a realização da perícia médica requeridas pelo apelante se faziam desnecessárias ao julgamento do pleito de partilha, acrescentando ainda que a decisão de fls. 205 é irrecorrida.

Compulsando os autos, tem-se que não merece ser provido interposto agravo, uma vez que não há que se falar em cerceamento de defesa, já que a matéria é de direito, como vastamente demonstrado no processo, não estando o juiz obrigado a deferir provas que entenda despiciendas diante dos demais elementos de informação e prova dos autos, suficientes para a formação do juízo de convencimento.

Ademais, não seria através das testemunhas que se apuraria a data de aquisição dos imóveis, mas sim pelas escrituras dos mesmos, que, se não foram juntadas pelo apelante, foi por sua negligência, que contou com fase processual própria para fazê-lo, portanto desnecessária a oitiva das testemunhas pleiteada.

Embora haja incursões do apelante no sentido de afirmar a falta de condições física e psíquica da inventariante, não se fez demonstrar qualquer fato que pudesse atestar sua afirmação, daí não haver sentido a realização da perícia requerida por ele.

Sustenta ainda que houve violação ao princípio do contraditório, o que não se verifica. A tese pelo apelante defendida não encontra substrato jurídico, pois o contraditório se fez através da manifestação das partes. Por sua vez, independente de pedido de vista, cabia ao apelante, tão-simplesmente, mostrar a evidência do erro, o que não fez. Teve várias oportunidades de se manifestar, nas diversas fases do processo, entretanto, o que parece é que deseja o apelante conduzir o andamento processual conforme sua conveniência, com o que não pode assentir o Judiciário.

Não há que se falar em nulidade do despacho proferido à fl. 205, pois trata-se de mero despacho de impulso processual, que nada decidiu em desfavor do apelante, tampouco se encontra em desacordo com o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao mérito, diz que é controverso o direito da apelada aos bens lançados no esboço de partilha. Ao que se vê, a data da separação do casal é que se revela controversa, pois, conforme se extrai dos depoimentos das testemunhas por ocasião do divórcio, moravam ambos no Hotel Plaza e, ainda que não vivessem como se casados fossem, residiam no mesmo imóvel pertencente ao casal, não se caracterizando separação definitiva a ponto de ensejar a ruptura da sociedade patrimonial, até mesmo porque, cf. ainda se vê dos documentos acostados às fls. 110 e seguintes, vol. 2 destes autos, os nomes do apelante e da apelada ali constam, na condição de proprietários dos imóveis, registrando-se que os documentos foram lavrados no ano de 1975, ou seja, após a data mencionada pelo apelante como a em que ocorreu a separação de fato do casal.

Estando pois em ordem o referido processo, não há incidência de nulidade processual a amparar a pretensão do apelante, já que despicienda a produção de provas pleiteadas à fl. 201, tendo em vista o conjunto probatório dos autos.

Por todo o exposto, *nego provimento ao agravo.*

No que tange ao recurso de apelação, tem-se que melhor sorte não assiste ao apelante.

Ultrapassadas as preliminares de cerceamento de defesa e de violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, pelas mesmas razões aduzidas no exame do agravo retido, vez que as alegações se repetem, passo ao exame do mérito.

Argumenta o apelante que os bens lançados no esboço de partilha foram adquiridos por ele, depois de 1972, ou seja, após a separação de fato do casal. Portanto, não poderia o MM. Juiz ter-se prendido ao regime de comunhão de bens para decretar a partilha em 50% para cada uma das partes.

Entretanto, escorreita a decisão do douto Magistrado, considerando o regime adotado à época do casamento, qual seja, o da comunhão de bens, que propõe que devem ser partilhados os bens existentes à data da propositura da ação de divórcio, e não bens existentes à época da separação de fato, ainda que ocorrida vários anos antes do ajuizamento da ação. Assim, os bens adquiridos após a separação de fato são bens da comunhão, até a dissolução do casamento, sujeitos à partilha.

Nos termos do art. 230 do Código Civil, evidencia-se que o regime de bens é inalterável, importando o regime da comunhão universal na comunicação de todos os bens presentes e futuros (art. 262).

Ademais, em face do precitado art. 267, a dissolução da comunhão somente tem causa no divórcio. Versando tema análogo, o Ministro Moreira Alves disse, como Relator do AgRg 70.303, que, "*Por se tratar de disciplina de regime de bens, e não de sociedade de fato, para a comunicação de bens, basta a sua aquisição na constância do casamento, entendida esta expressão como sociedade conjugal, e não como vínculo matrimonial, tanto assim que com o desquite (que só dissolve a sociedade conjugal) se põe termo ao regime matrimonial de bens, como se o casamento (isto é, o vínculo) fosse dissolvido*". E acrescenta que "*o equívoco do agravante foi o de entender que a sociedade conjugal se extingue com a simples separação de fato, o que não é certo*".

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, sobre regimes matrimoniais, diz, reportando-se ao texto da Lei 6.515/77: "*O termo final do regime de bens há de ser obviamente o dia em que termina a sociedade conjugal, e a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio (Lei 6.515, art. 2º). Todavia, embora terminada a sociedade conjugal, o regime de bens conserva determinada ultratividade, até que se efetive a partilha e que cada cônjuge retire o que lhe pertença*" (*Estudos Jurídicos em Homenagem a Orlando Gomes*, p. 166).

Rejeito ainda as razões invocadas pelo apelante, que têm como escopo o art. 263, XIII, do CC, em que se supõe que os bens havidos pelo marido, posteriormente à separação de fato, constituem patrimônio separado, como sendo os frutos civis do trabalho, ou da indústria, excluídos, portanto, da comunhão. A separação de fato não cria, por si, incomunicabilidade ou patrimônio separado.

Nesse sentido, YUSSEF SAID CAHALI acrescenta: "*Com efeito, se bem que o item XIII, do art. 263 do CC, tenha por excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou da indústria de cada cônjuge, a verdade é que dispositivo algum faz estender a incomunicabilidade aos bens com eles adquiridos ou sub-rogados, não se configurando, em nenhum momento em relação ao marido, a espécie jurídica de bens reservados*" (*Divórcio e Separação*, 9ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2000).

Outrossim, firmou-se entendimento deste eg. Tribunal de Justiça de que, enquanto existir a sociedade conjugal, perdurará a comunhão, independentemente da separação de fato do casal.

Pelo exposto, nego provimento à presente apelação para manter a r. sentença impugnada.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - FORO COMPETENTE - ESTABELECIMENTO DO DEVEDOR - INTELIGÊNCIA DO ART. 7º DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45

- É competente para declarar e processar a falência o foro do estabelecimento do devedor, a teor do art. 7º do Decreto-lei nº 7.661/45.

AGRAVO Nº 253.981-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Falência - Foro competente. - É competente para declarar e processar a falência o foro do estabelecimento do devedor (art. 7º do Decreto-lei nº 7.661/45). Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de março de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Trata-se de agravo de instrumento aviado nos autos do pedido de falência, ajuizado por Consórcio Europa Severiano Ribeiro, em desfavor de JLP Vídeo Ltda., contra a decisão interlocutória que rejeitou a exceção de incompetência suscitada pela agravante, ao argumento de que a mesma infringiu as regras estabelecidas no artigo 7º do Decreto-lei 7.661/45, e no art. 100, c/c o art. 113 do CPC.

Afirma a agravante que tem sede na Cidade de Contagem, sendo este o único e principal estabelecimento. Assim, nos termos do art. 7º da Lei de Falência c/c o art. 100 do CPC, o Juízo da Comarca de Contagem é o competente para processar e julgar o feito.

Ressalta que apresentou documentação dando conta de que a empresa agravante transferiu sua sede social, que era situada na Rua Paraíba, 1.441, nesta Capital, para a Rua Anhangá, 270, Bairro Eldorado, na Cidade de Contagem. Portanto, é direito da agravante responder ao pedido de falência, perante o juízo competente da Comarca onde se situa sua sede principal.

Na contraminuta, em síntese, o agravado afirmou que a agravante tem, também, filial nesta Comarca, motivo pelo qual deve ser negado provimento ao recurso, com a manutenção da decisão atacada.

Conheço do agravo, por adequado, tempestivo e regularmente processado e preparado.

Cinge-se a questão levantada pela agravante, em suas razões, à discussão sobre a competência para processar e julgar o pedido de falência, que é da Comarca de Contagem, em razão de se encontrar instalada naquela jurisdição.

Pelo que demonstram as alterações contratuais acostadas às fl. 27/34, verifica-se que a empresa agravante transferiu sua sede para a Rua Anhangá nº 270, Bairro Eldorado, Contagem.

O Decreto-lei nº 7.661/45, em seu artigo 7º, prescreve: "*É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil*".

De outro lado, o artigo 100, inciso IV, letra *a*, dispõe que é competente o foro onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica.

Neste sentido, registra NELSON NERY JÚNIOR, *in CPC Comentado*, 4ª edição, p. 573:

"*Falência. Para os processos de falência requerida contra pessoa jurídica será competente o foro do lugar de seu principal estabelecimento (LF 7º* caput*). Trata-se de competência funcional, portanto absoluta, que tem preferência sobre qualquer outro, inclusive prevalecendo sobre o foro privativo da União, conforme regra expressa da CF 109, I*".

Também, no mesmo sentido, este eg. Tribunal já decidiu:

"*Falência - Conflito negativo de competência - Principal estabelecimento - Domicílio. - Nos termos do art. 7º da Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45), é competente para declarar e processar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem seu principal estabelecimento, ou seja, aquela em que a maior parte das atividades mercantis ou industriais se desenvolve, e não aquela em que tenha a sede social*" (TJMG - CC 86.821/6 - 5ª C.Cív. - Rel. Des. Hugo Bengtsson - j. em 20.3.97).

Do exposto, dou provimento ao presente agravo para reformar a decisão de primeiro grau e acolher a exceção argüida, declarando competente o Juízo da Comarca de Contagem, para processar a falência entre as partes acima declinadas.

Custas, na forma da lei.

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

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO - EXERCÍCIO EVENTUAL - QÜINQÜÊNIOS - ADICIONAL TRINTENÁRIO - GRATIFICAÇÃO NATALINA - SUPRESSÃO - INADMISSIBILIDADE

- Não pode haver supressão dos direitos de servidor público efetivo, quando exerce eventualmente cargo de Secretário de Estado, quanto aos pagamentos das parcelas alusivas àquele novel período, sobre os qüinqüênios, adicional trintenário e gratificação natalina.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 254.698-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Gratificação por qüinqüênio - Suspensão - Cargo de Secretário de Estado - Inteligência do artigo 31, I, parágrafo único, da Constituição Estadual - Inadmissibilidade - Violação. - "*Não pode ocorrer a supressão dos direitos de servidor público efetivo, quando, eventualmente, exerce cargo de Secretário de Estado, quanto aos pagamentos das parcelas alusivas àquele novel período, sobre os qüinqüênios, adicional trintenário e gratificação natalina*".

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 2002. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Fabrício Rabelo Willian.

O Sr. Des. Alvim Soares - Recursos de que se conhece, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Perante a Segunda Vara da Fazenda Pública e Autarquias desta Capital, o ora apelado José Rafael Guerra Pinto Coelho aforou em desfavor do Estado de Minas Gerais o que denominou de ação ordinária de cobrança pleiteando que se impinja ao réu condenação para que responda aos pagamentos das parcelas atinentes aos qüinqüênios, do adicional trintenário e do abono instituído pela Lei Delegada nº 38/97, referentes ao período de 02.01.1995 a 02.04.1998, acrescidas de gratificações natalinas, ilegalmente, ao seu talante, cortadas; aduz, mais, que é servidor público efetivo e, no período alhures citado, respondeu como Secretário de Estado da Saúde, não entendendo correta a suspensão das reclamadas parcelas por ordem do Secretário de Recursos Humanos e Administração, "*através de uma simples recomendação de um agente político*", ferindo "*direito cristalino dos servidores, estabelecido em norma constitucional...*"; juntou documentos.

Citado, o Estado-réu ofertou sua peça contestatória, consoante se depreende, às fls. 22/29-TJ; a contrariedade fluiu às fls. 32/37-TJ; as alegações finais encontram-se lançadas pelo então suplicante às fls. 43/46-TJ e pelo suplicado às fls. 47/48-TJ; a decisão singular profligada despontou às fls. 50/55-TJ julgando parcialmente procedente o pleito exordial.

Demonstrando inconformismo, rebelou-se o Estado-réu através da irresignação recursal postada às fls. 57/64-TJ; manifestou-se o recorrente, em contra-razões, às fls. 66/71-TJ, batendo-se pela confirmação do decidido; sem participação ministerial.

Percebe-se, ao compulsar estes autos, que o Estado se postou contrariamente à pretensão aqui externada, em todos os tópicos reclamados, argüindo prescrição e, no mérito, asseverando que os "*Secretários de Estado não se submetem à mesma regulamentação que os servidores públicos em geral, pois a remuneração dos Secretários é fixada nos termos do artigo 62, VIII, e artigo 66, I,* c, *da Constituição do Estado*".

Data venia, em análise detida, tenho que assiste razão, no que pertine à prescrição, o aventado e já acatado na decisão fustigada, na esteira do entendimento proclamado na Ementa Sumular nº 85 do STJ, tal como ali se vê; precisa a citação do Julgador sentenciante:

"*... a supressão se deu em julho de 1995 e o autor exerceu o cargo até abril de 1998. Ora, a cada mês que não recebia, iniciava-se a prescrição em relação ao mês devido e não pago e, em razão disso é que os valores relativos aos meses de julho de 1995 a setembro de 1995 não podem mais ser objeto de cobrança, eis que alcançados pela prescrição, uma vez que a ação fora proposta em outubro de 2000*".

De igual forma, o ansiado, quanto ao abono concedido na Lei Delegada nº 38/97, foi bem rechaçado pela decisão atritada, eis que não contempla aquela situação vivenciada pelo aqui apelado, porquanto somente a ele fazem jus os servidores do quadro da Secretaria; o eventual ocupante de cargo de Secretário não pertence ao predito quadro.

Entrementes, direito impostergável do então suplicante os pagamentos concernentes às parcelas alusivas por tempo de serviço quanto aos qüinqüênios, do adicional trintenário e gratificação natalina, compreendendo o período de outubro de 1995 até abril de 1998, observando-se a correção monetária e os juros de mora determinados, época em que o servidor público respondeu como responsável pela pasta da Saúde, na condição de Secretário de Estado.

Em assim sendo, tenho por incensurável a decisão singular molestada, em reexame necessário, mantenho-a integralmente; em face disso, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

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

-:::-

SUCESSÃO - DIREITO DE REPRESENTAÇÃO - LINHA COLATERAL - FILHOS DE IRMÃO FALECIDO - ART. 1.613, C/C 1.622, DO CÓDIGO CIVIL - INTELIGÊNCIA

- Na linha colateral, há limites ao direito de representação, excepcionada, porém, a hipótese de sobrinhos concorrerem com irmãos do *de cujus*, na conformidade do que dispõe o art. 1.613, combinado com o 1.622, do Código Civil.

- V.v.: - Dentre os colaterais, irmão e sobrinhos do extinto estão na mesma classe, é óbvio. Todavia, estes não herdam por representação, porque esse direito é exclusivo do irmão, que é do dono da herança o parente próximo. É o que decorre imperativamente do art. 1.613 do Código Civil, que proclama: na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos. *(Des. Lúcio Urbano)*

AGRAVO Nº 255.582-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator para o acórdão: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Agravo - Sucessão hereditária - Direito de representação - Linha colateral - Filhos de irmão falecido - Legalidade. - Na linha colateral, há limites ao direito de representação, excepcionada, porém, a hipótese de sobrinhos concorrerem com irmãos do *de cujus*, na conformidade do que dispõe o art. 1.613, combinado com 1.622, do Código Civil.

- V.v.: Sucessão hereditária - Colaterais - Direito de representação - Inteligência do art. 1.613 do Código Civil. - Dentre os colaterais, irmão e sobrinhos do extinto estão na mesma classe, é óbvio. Todavia, estes não herdam por representação, porque esse direito é exclusivo do irmão, que é do dono da herança o parente próximo. É o que decorre imperativamente do art. 1.613 do Código Civil, que proclama: na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 23 de abril de 2002. - *Francisco Figueiredo* - Relator para o acórdão. - *Lúcio Urbano* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Por conhecer do agravo, faço-lhe a suma para julgá-lo em seguida.

Inicialmente, urge retificar a autuação. É agravante Jurandir Maria Monteiro de Barros, e não o espólio de Judith da Assunção Pedra. A Secretaria fará a retificação.

Faleceu em 23.06.96 Judith da Assunção Pedra, que havia gerado três filhos, a saber: Jurandir Maria Monteiro de Barros; Jandira Monteiro de Castro e Juracy Monteiro Kessler - que falecera em 20.07.89, antes da mãe, portanto. Juracy Monteiro Kessler, destarte, aqui já dita herdeira pré-morta, deixou sete filhos, cujos nomes é desnecessário constar.

Assim, à herança deixada por Judith da Assunção Pedra concorreram as duas irmãs sobreviventes - Jurandir e Jandira, chamadas *por cabeça*, e mais os sete filhos de Juracy, contemplados *por estirpe*. Seria o caso, destarte, de simplesmente dividir o acervo em três partes iguais, ou seja: 1/3 para Jurandir + 1/3 para Jandira + 1/3 a ser dividido entre os filhos da herdeira pré-morta - de sorte a contemplar com 1/21 cada um deles, que, como dito, são sete.

Ocorre que, no curso do inventário de Judith, faleceu, em 15.10.2000, a herdeira Jandira Monteiro de Castro, que não deixou herdeiros forçados. Sendo assim, a única sobrevivente das filhas de Judith - Jurandir Maria Monteiro de Barros - se habilitou com exclusividade à herança da irmã, e daí surgiu o impasse, visto que os respectivos sobrinhos (os sete filhos de Juracy) também reclamam quinhões no acervo deixado por Juracy como sobrinhos desta. Ou, como se pode dizer, considerando-se herdeiros da parte que Juracy recolheria se viva fosse, almejam concorrer a ele, juntamente com a única tia viva, que é a agravante.

Já se vê que o agravo tem escora na decisão pela qual o Juízo do inventário endossou a pretensão dos filhos de Juracy Monteiro Kessler. E, com efeito, ponderou o Juízo (fls. 78):

"*Contudo, falecendo Jandira, sem deixar herdeiros na linha reta descendente, para fins de representação, logo a herança será dividida na proporção de 1/2 para Jurandir e 1/14 para os filhos de Juracy*" (*in verbis*).

Jurandir Maria Monteiro de Castro recorre da decisão, precipuamente fundada na disposição do art. 1.613 do Código Civil, que enuncia:

"*Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação*".

Com esta sinopse, acredito bem delineada a questão jurídica que reclama o pronunciamento deste Tribunal.

O agravo deve ser provido, porquanto o Juízo se equivocou, *data venia*.

Não há, quanto aos filhos da herdeira Juracy Monteiro Kessler, o direito de representação. Eles não representam ninguém, no caso. Sua mãe, ao falecer, contava apenas com o terço quinhoeiro a ser tirado do monte-mor no inventário de Judith da Assunção Pedra. Como Jandira não deixou herdeiros necessários, a respectiva sucessão só se daria na linha colateral, onde a primeira a ser chamada seria justamente a irmã, aqui agravante - e com exclusividade porque ela, tanto quanto os seus sobrinhos, agravados, estão na mesma classe, que é a dos colaterais, onde os mais remotos se afastam por expressa ordem da norma acima citada. Não paira dúvida de que a colateral mais próxima é justamente Jurandir Monteiro de Castro, irmã germana da falecida Juracy Monteiro Kessler.

O venerável CARVALHO SANTOS explica (*Código Civil Brasileiro Interpretado Freitas Bastos*, 7ª ed., v. XXII, p. 328):

"*Na linha colateral, não há direito de representação: os mais próximos excluem os mais remotos. O único caso de representação na linha colateral é o de que se ocupa o texto e se refere aos filhos dos irmãos*".

E a assertiva remata aquilo que o mestre já dissera no intróito dos comentários ao art. 1.613, advertindo que "*o grau de parentesco de uma ordem a outra, na sucessão legítima, nenhuma influência exerce. Numa ordem determinada, porém, já o mesmo não acontece, pois que o mais próximo exclui o mais remoto, no caso do herdeiro concorrente da mesma ordem*". A propósito, calha citar as ponderações do ilustre SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB, na sua obra recentemente lançada, *Direito das Sucessões*, Ed. Del Rey, 1999, p. 83:

"*O direito de representação, em princípio, existe somente na classe dos descendentes. Abre, contudo, o Código exceção na linha colateral, admitindo, uma única vez, o direito aos filhos de irmão pré-morto se concorrem com outros irmãos. Limita-se, pois, a certos parentes colaterais do terceiro grau. Só se dá, com efeito, em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrem*".

Ora, é fundamental cogitar de uma evidência de singelos contornos e enorme conteúdo: é requisito essencial do direito de representação que o representante seja hábil para suceder o representado. E então surge a indagação: os filhos de Juracy estariam legitimados a colher herança no acervo da respectiva tia, Jandira?

A resposta é óbvia: sim, em tese, mas não necessariamente - porque a eles se antepõe preferencialmente a irmã sobrevivente de Juracy, aqui agravante. Então, para o fim de concorrer à herança deixada por Jandira, estão na mesma classe a irmã da falecida, a agravante, e os sobrinhos carnais daquela, os agravados. Só que a irmã, no caso Jurandir Maria Monteiro de Barros - indo ao tronco comum - é parente "*mais próxima*" da finada, enquanto que os respectivos sobrinhos são desta parentes "*mais remotos*". O "*tronco comum*", na espécie, situa Judith da Assunção Pedra, e assim, considerando-se a agravante em "*linha reta*" e os agravantes na "*linha transversal*", para estabelecer-lhes o grau, quanto a estes últimos, "*percorrem-se duas linhas: primeiro a direta ascendente até encontrar o antepassado comum; depois, a descendente, até ir ter ao lugar do parente que se compara*" - menciona CATEB, com apoio em CARLOS MAXIMILIANO (ob. cit., p. 79).

Aí está a razão clara, e indisputável, pela qual os agravados não herdam da tia Jandira Monteiro de Castro, direito que é unicamente da colateral mais próxima, a agravante.

Observe-se que na sucessão aqui dita primeira, de Judith da Assunção Pedra, os agravados foram admitidos por representação, exclusivamente por serem filhos de herdeira pré-morta. Mas aí se lhes extingue o direito de herdar: não sucedem à tia pelo só fato de que esta, ao falecer, tenha deixado uma irmã, sua parenta mais próxima.

Com estas considerações provejo o agravo e, cassando a decisão singular, atribuo somente a Jurandir Maria Monteiro de Castro a qualidade de herdeira dos bens deixados por sua irmã Jandira Monteiro de Castro, direito que o Juízo considerará no inventário donde foi tirado o presente recurso.

Custas, na forma da lei.

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

Maxima concessa venia, não vislumbro razão na tese recursal e tenho que a decisão hostilizada deu irrepreensível desate à questão.

In casu, no curso do inventário de Judith Assunção Pedra, faleceu, *ab intestato*, uma das herdeiras, Jandira Monteiro de Castro, que não deixou herdeiros necessários. Ao quinhão desta última entraram em disputa a agravante, que é irmã, e os agravados, que são sobrinhos.

Deliberando em torno do impasse, o ilustre Magistrado proferiu a decisão que se hospeda à fl. 78, rateando a herança da forma seguinte: metade tocaria a Jurandir Maria Monteiro de Barros e a cada um dos sobrinhos desta, caberia 1/14 (um quatorze avos) dos bens inventariados.

Na linha lateral, não restam dúvidas, há limites ao direito de representação, excepcionada apenas a hipótese de sobrinhos que concorrem com irmãos do *de cujus*, que é, exatamente, o caso dos autos.

A regra aplicável à espécie é aquela do art. 1.613, combinada com a do art. 1.622, ambas do Código Civil, e, para melhor compreensão da matéria, é melhor que se desça a um exame mais acurado de tais dispositivos.

No art. 1.613, que cuida da sucessão dos colaterais, está previsto que "*Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos*, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos" (destaquei).

No art. 1.622, inserido no Capítulo que cuida do direito de representação, qualquer dúvida resta definitivamente afastada, ante a literalidade da norma: "*Na linha transversal*, só se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmão deste concorrerem" (destaquei novamente).

Segundo a sempre viva lição de ORLANDO GOMES, em *Sucessões*, obra atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Forense, 11ª ed., p. 57:

"*Os irmãos são parentes colaterais de segundo grau, o mais próximo nessa linha. Com eles concorrem, porém, os sobrinhos, excluindo os tios, também parentes em terceiro grau, quando chamados para substituir irmão pré-morto. Sucedem eles, portanto, quer por direito próprio, quer por direito de representação*".

E mais:

"*Os filhos do irmão pré-morto herdam como se fora ele próprio, recebendo o quinhão que lhe tocaria, se vivo fosse*".

É de se ver que a pretensão da agravante colide frontalmente com as disposições legais atinentes à espécie, não merecendo acolhida as baldadas críticas recursais.

Afinal, se Juracy Monteiro de Castro viva fosse, dividiria com a irmã, a agravante, a herança da outra irmã falecida, sendo pré-morta, sucedem os filhos desta, sobrinhos da inventariada, por representação, na forma da lei.

Assim, com estes fundamentos, confirmo a decisão hostilizada e nego provimento ao recurso.

Custas, pela agravante.

O Sr. Des. Abreu Leite - Peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR PROVIA E O PRIMEIRO VOGAL IMPROVIA. PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Lúcio Urbano) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 16.04.2002, a pedido do Segundo Vogal, após votarem o Relator, dando provimento, e o Primeiro Vogal negando provimento.

Com a palavra o Des. Abreu Leite.

O Sr. Des. Abreu Leite - Pedi vista dos autos ante a divergência de votos do Relator e Primeiro Vogal.

A situação de fato está bem explicada em ambos os votos:

Falecida Judith da Assunção Pedra, deixou três herdeiras filhas: a- Jurandir Maria; b- Jandira; c- Juraci, já falecida e representada por sete filhos.

No curso do inventário veio a falecer a herdeira Jandira, que já fazia jus a 1/3 dos bens que herdara de sua falecida mãe.

Com o falecimento de Jandira, pretende a agravante ser a única herdeira dela por ser a única irmã sobrevivente, invocando o art. 1.613 do CC, que estabelece na herança entre colaterais a exclusão dos mais remotos diante dos mais próximos, "*salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos*".

A exceção criada no art. 1.613 está bastante esclarecida nos arts. 1.620 e seguintes do CC. O direito de representação acontece quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos em que ele sucederia se estivesse vivo.

Isto significa, na lição dos doutrinadores, que, se a herdeira Juraci estivesse viva, ela concorreria com a herdeira Jurandir Maria nos direitos de sucessão da irmã falecida, que é Jandira. Como Juraci já havia falecido, a lei, isto é, o Código Civil, em seus arts. 1.613 e 1.620, chama os filhos de Juraci "*a sucederem em todos os direitos em que ela sucederia se vivesse*".

A questão, *data venia*, é muito simples e mereceu um comentário também muito claro de Clóvis Bevilaqua:

"*os filhos de irmãos representam, na sucessão do tio os pais anteriormente falecidos...*" (comentários ao art. 1.615).

"*Representação sucessória é um benefício da lei, em virtude do qual os descendentes de uma pessoa falecida são chamados a substituí-la na sua qualidade de herdeira legítima, considerando- se do mesmo grau que a representada, e exercendo, em sua plenitude, o direito hereditário, que a esta competia*" (comentários ao art. 1.620).

Tendo falecido no curso do inventário a herdeira Juraci, suas herdeiras naturais seriam suas duas irmãs - Jurandir Maria e Jandira. Tendo falecido Jandira, são chamados a herdar no lugar dela, por representação, como se ela vivesse (art. 1.620 - parte final) os filhos dela.

Assim, a herança de Judith foi distribuída em 3 partes iguais para as três filhas, uma terça parte para Jurandir Maria, uma terça parte para Juraci a ser dividida para seus sete filhos e uma terça parte para Jandira. Esta terça parte de Jandira, que veio falecer no curso do inventário, deve ser dividida em duas partes iguais, a metade cabe a Jurandir Maria, e outra metade será subdividida entre os sete filhos de Juraci.

Assim considerando e prestando vênia ao douto Relator, também nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

ISS - MONTAGEM INDUSTRIAL - MATERIAL EMPREGADO NÃO FORNECIDO PELO USUÁRIO FINAL - OBRA DE CONSTRUÇÃO MECÂNICA - NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - VALORES ATUALIZADOS - DESNECESSIDADE

- Inexiste qualquer previsão legal que determine que a certidão da dívida ativa deva, necessariamente, estar com seus valores devidamente atualizados até a data da propositura da ação de execução fiscal.

- Não se verifica a hipótese de incidência do tributo ISS-Imposto sobre Serviços contida na lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, quando a obra realizada enquadrar-se no ramo de construção mecânica, e não no de construção civil. O só fato de as obras de construção mecânica terem sido desenvolvidas

no sentido de aderirem ao solo não lhes atribui o *status* de construção civil. Obras de construção mecânica podem ser, perfeitamente, afixadas ao solo ou não, e, quando o são, não se tornam, necessariamente, de construção civil.

- De acordo com o item 75 do Decreto-lei nº 406/68, que lista os serviços sobre os quais incide o ISS-Imposto sobre Serviços, este será devido quando a obra se constituir de "*montagem industrial, prestada ao usuário final do serviço, exclusivamente com material por ele fornecido*". Se não foi o usuário final do serviço quem forneceu o material empregado na obra, não se verifica a hipótese de incidência relativa ao referido tributo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 256.065-4/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: De acordo com o item 75 do Decreto-lei nº 406/68, que alista os serviços sobre os quais incide o ISS-Imposto sobre Serviços, este será devido quando a obra constituir-se de "*montagem industrial, prestada ao usuário final do serviço, exclusivamente com material por ele fornecido*", pelo que, se não foi o usuário final do serviço quem forneceu o material empregado, não se verificou a hipótese de incidência tributária.

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, 29 de abril de 2002. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - Recurso próprio, tempestivo, regularmente preparado e processado, ensejando o seu conhecimento.

Não se conforma a empresa W Lopes Engenharia Ltda. com a sentença de fls. 291/297, através da qual restou julgada improcedente a ação de embargos à execução fiscal por ela movida em face da Fazenda Pública do Município de Contagem-MG, condenando a embargante ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Apresentados embargos de declaração às fls. 298/300, foram os mesmos decididos e rejeitados à fl. 303.

Inconformada, a embargante manifestou o apelo de fls. 305/314, pretendendo a reforma da decisão monocrática pelas razões que ali expendeu.

Primeiramente, cumpre observar que, a meu ver, o fato de a certidão de dívida ativa que instrui a execução não conter "*o valor da dívida fiscal atualizada até a época do ajuizamento do executivo fiscal*" (fls. 308) em nada afeta a correção daquele procedimento, haja vista não existir qualquer previsão legal que determine que a certidão da dívida ativa deva, necessariamente, estar com seus valores devidamente atualizados até a data da propositura da ação como quer a empresa-embargante.

Ademais, é de se registrar, também, que, antes mesmo da citação da ora apelante, o Magistrado primário determinou, como consta de fls. 07, que a exeqüente/apelada promovesse a juntada aos autos do demonstrativo atualizado dos cálculos representados naquela certidão, o que, como se infere de fls. 08, foi satisfatoriamente cumprido.

Desta forma, ao tomar conhecimento da execução, naturalmente que a embargante-recorrente teve ciência, também, daquela planilha de cálculos atualizada, não havendo, assim, qualquer cerceamento ou surpresa para a mesma.

Prosseguindo em suas razões, a recorrente aduz que não é devida a quantia executada, porque a hipótese de incidência tributária, *in casu*, não se verificou, na medida em que a obra por ela realizada junto à Minasgás S.A. se enquadra, como salientado pelo perito oficial, "*no ramo de construção mecânica e não de construção civil*" (fls. 268), pelo que não se verificou a hipótese de incidência tributária contida no item 75 do Decreto-lei nº 406/68.

Com razão a recorrente.

A meu juízo, ao contrário do que entendeu o Sentenciante *a quo*, as obras realizadas pela ora apelante junto à empresa sediada em Contagem são, de fato, tipicamente de construção mecânica, conforme alardeado pelo perito oficial no laudo acostado às fls. 260/269, cabendo observar, ainda, que o só fato de aquelas obras terem sido desenvolvidas "*no sentido de aderirem ao solo*" (fls. 296), não lhes atribui o *status* de construção civil como entendeu S. Exª o Juiz singular. Ora, obras de construção mecânica podem, perfeitamente, ser afixadas ao solo ou não, sendo certo, também, que quando o são não se tornam, necessariamente, de construção civil.

Noutro giro, quando o legislador do Decreto-lei nº 406/68 confeccionou a lista básica de serviços sobre os quais incide o ISS-Imposto sobre Serviços, ficou estabelecido que, dentre outras hipóteses, incidiria o imposto referendado quando a obra se constituir de "montagem industrial, prestada ao usuário final do serviço, *exclusivamente com material por ele fornecido*" (grifamos), o que, contudo, não se deu no caso presente, onde, pelo próprio objeto do contrato estabelecido entre a apelante e a Minasgás S.A., pode-se verificar que quem forneceu os materiais empregados nas obras realizadas foi a ora apelante, e não a então contratante Minasgás S.A., usuária final do serviço, senão vejamos:

"*Objeto do contrato: 1.1 - O objeto do presente contrato é a execução,* pelo regime de empreitada global com fornecimento de materiais e mão-de-obra, *conforme condições estabelecidas neste contrato e seus anexos,*

referente a montagem de tubulação da Unidade Engarrafadora de Contagem, no Município de Contagem, Estado de Minas Gerais" (grifamos).

Assim, tendo-se em vista que o "*fornecimento de materiais*" ficou a cargo exclusivo da ora apelante, e não da usuária final do serviço, não se verificou a hipótese de incidência do tributo ISS-Imposto sobre Serviço, como quer a recorrida.

Além do mais, considerando-se que as obras realizadas pela apelante em Contagem são, como dito alhures, tipicamente de construção mecânica, se acaso fosse possível cobrar-se o referido imposto, a competência para tanto seria do Município de Belo Horizonte, onde está sediada a empresa tributada, e não de Contagem. Esse somente seria competente para tanto, se se entendesse que as obras são de construção civil, a teor do previsto no art. 12 do DL 406/68.

Diante destas razões, dou provimento ao recurso para, em conseqüência, julgar procedentes os embargos, ficando invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas, pela apelada.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - MASSA FALIDA - MULTA FISCAL - EXCLUSÃO - JUROS MORATÓRIOS - INEXIGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 23, 25 E 27 DO DECRETO LEI Nº 7.661/45 (LEI DE FALÊNCIAS) E DAS SÚMULAS Nºs 565 E 192 DO STF

- Não há incidência de multa na cobrança de crédito fiscal contra a massa, bem como são inexigíveis juros moratórios a partir da decretação da falência. Inteligência dos arts. 23, 25 e 27 da Lei de Falências e das Súmulas nºs 565 e 192 do STF, recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

AGRAVO Nº 257.922-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Agravo de instrumento. - Não há incidência de multa na cobrança de crédito fiscal contra massa, bem como são inexigíveis juros moratórios a partir da decretação da falência. Inteligência dos arts. 23, 25 e 27 da LF e das Súmulas 565 e 192 do STF, recepcionadas pela CF/88.

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, 12 de março de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuida-se de agravo de instrumento aviado da r. decisão proferida nos autos da execução fiscal, que a Fazenda Pública de Minas Gerais move em face de MG Informática Ltda., para cobrança de débito decorrente da falta de recolhimento de ICMS.

O douto Juízo *a quo*, na r. decisão de fls. 20/22- TJMG, acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade interposta pela massa falida, determinando a exclusão da multa fiscal nos termos do art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências. Quanto aos juros moratórios, decidiu pela sua inexigibilidade a partir da decretação da quebra, aplicando à espécie os artigos 25 e 27 da referida lei.

A Fazenda Pública Estadual, inconformada, insurge-se contra a r. decisão monocrática, argumentando que o art. 23, parágrafo único, inciso III, da LF, não foi recepcionado pela Constituição Federal, pois, interpretando seu art. 150, § 6º, infere-se que é vedado à União anistiar ou remitir débitos decorrentes de obrigação tributária de outro ente político. Alegou, ainda, o seu direito de executar a massa falida sem a necessidade de habilitar seu crédito, não se sujeitando aos efeitos da Lei Falitária, e, por conseguinte, a inaplicabilidade ao caso vertente das Súmulas 192 e 565 do STF.

Presentes os pressupostos e requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

A agravante, ao concluir que a norma capaz de isentar a exigência do crédito tributário tem que ser originária do ente político competente para arrecadar o tributo, está-se referindo à isenção heterônoma. Ao legislar sobre o tema, o legislador, através da CF/88, consagrou o que se chama de heterolimitações ao vedar que um ente político possa isentar tributos de outro.

A vedação constitucional refere-se a crédito tributário, o que difere da hipótese versada nos autos, que é a exclusão da cobrança de multa e decotação dos juros moratórios a partir da decretação da falência.

Analisando o art. 150, § 6º, da Carta Magna, depreende-se que a União não pode conceder favor fiscal relativo a tributo que não é de sua competência.

Dispõe o citado artigo:

"*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 concedida através de 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".

A agravante alega a não-recepção do art. 23 da LF pelo dispositivo constitucional em tela. A melhor doutrina faz distinção entre sanção e tributo, sendo este dever pecuniário que tem como hipótese jurígena ato ou fato lícito previsto em lei. Quanto à sanção, especialmente a multa, sua natureza é pecuniária, sendo uma reprimenda imposta ao descumprimento de um dever jurídico.

O art. 23, parágrafo único, inciso III, da LF, e as Súmulas 192 e 565 do STF tratam de multa fiscal moratória, que tem natureza administrativa. Tanto o dispositivo legal quanto a súmula foram recepcionados pela Carta Magna, pois o que esta proíbe é a concessão de benefício fiscal por parte da União quando se tratar de tributo da competência dos Estados-membros, ao passo que o texto falimentar e as súmulas do Pretório Excelso dispõem sobre a exclusão de multa e juros, matéria afeta ao Direito Comercial, que é da competência legislativa da União.

A jurisprudência do Pretório Excelso assentou sobre o tema:

"*Não tem razão o agravante.*

A Súmula 565 desta Corte diz respeito à natureza administrativa da pena que se consubstancia na multa fiscal moratória e está em vigor em face da atual Constituição, porque esta não alterou essa natureza" (STF, Agravo Reg. em Agravo de Instrumento nº 197.625-9, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, pub. em 17.10.97).

"*... Massa falida - Juros e multa. - Longe fica de vulnerar os artigos 150, parágrafo 6º, e 151, inciso III, da Constituição Federal, o Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), no que, mediante os preceitos dos artigos 23, inciso III, e 26, exclui a incidência da multa e dos juros relativamente às execuções fiscais*" (STF, ARAI 181550-7, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, mar./1997).

Os fundamentos acima elencados em nada colidem com a alegação de que a Fazenda Pública, na cobrança de sua dívida ativa, não se sujeita ao concurso de credores, bem como à habilitação no Juízo falimentar. Tal entendimento decorre da interpretação do art. 187 do CTN e do art. 29 da Lei 6.830/30, que não são incompatíveis com a aplicação do art. 23 da LF e das Súmulas 192 e 565 do STF.

Aplicar-se-á, quanto aos juros moratórios, a mesma interpretação sistêmica acima exposta, incidindo sobre a hipótese os artigos 25 e 27 da Lei de Quebras. Portanto, acertadamente, o douto Juízo monocrático determinou a inexigibilidade dos juros a partir da data da decretação da falência, não merecendo qualquer reparo a r. decisão.

Conclusão.

Ex positis, nego provimento ao agravo de instrumento, mantendo a douta decisão pelos seus próprios fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

LOCAÇÃO - LOCATÁRIO - MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS - RESCISÃO DO CONTRATO - DESPEJO - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS VALORES DEVIDOS - LOCADOR - DESNECESSIDADE DE TÍTULO DE DOMÍNIO DO BEM LOCADO - PRELIMINARES - ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA DAS PARTES - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - REJEIÇÃO

- O locador não precisa, necessariamente, ter título de domínio do bem locado. Descumprida qualquer das cláusulas estipuladas no contrato de locação, tem ele direito de buscar a tutela jurisdicional na defesa de seus interesses.

- Se o município firmou contrato de locação na qualidade de locatário, comprometendo-se a honrar os compromissos assumidos, é ele parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de despejo por falta de pagamento.

- O pedido é juridicamente impossível quando existe expressa vedação para seu exame no ordenamento jurídico. Eventual ausência de outros documentos que dariam notícia de convênios anteriores firmados pela Administração Pública municipal não tem o condão de invalidar o contrato de locação firmado, bem como a exigibilidade do cumprimento das obrigações inadimplidas; muito menos pode conduzir à impossibilidade jurídica do pedido, máxime quando não é negada a relação contratual havida entre as partes.

- Constatado o descumprimento de contrato de locação de imóvel por parte da municipalidade, que deixou de pagar os alugueres, há que ser rescindido o pacto firmado, com o conseqüente decreto de despejo e condenação ao pagamento dos valores devidos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 259.887-8/00 - Comarca de Contagem - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Locação - Município - Ausência de pagamento de aluguéis - Rescisão do contrato - Despejo. - Constatado o descumprimento de contrato de locação de imóvel por parte da municipalidade, que deixou de pagar alugueres, há que ser rescindido o pacto firmado, com o conseqüente decreto de despejo e condenação ao pagamento dos valores devidos.

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.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2002. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Maria Elza - Trata-se de ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis proposta por AVJ Administradora Ltda. em face do Município de Contagem.

A sentença proferida às fls. 170/174 rejeitou as preliminares de ilegitimidade ativa e passiva, além da alegação de impossibilidade jurídica do pedido, todas aviventadas pelo réu. No mérito, julgou procedente o pedido, determinando o despejo compulsório e condenando o Município de Contagem ao pagamento dos aluguéis em atraso, devidamente atualizados e com juros de mora à base de 0,5% (meio por cento) ao mês, apenas excluindo a incidência da multa cobrada, por ausência de previsão contratual.

Os autos foram enviados a este Tribunal para reexame necessário.

É o relatório. Passa-se a decidir, conhecendo-se da remessa necessária, nos termos do artigo 475, inc. II, do Código de Processo Civil.

Conforme se depreende dos autos, as partes celebraram contrato de locação, tendo por objeto o imóvel situado na Avenida Maria da Glória, nº 100, Bairro Amazonas.

As preliminares argüidas pelo requerido, em sua contestação, não merecem acolhida, senão veja-se:

Figura como locadora a pessoa jurídica AVJ Administradora Ltda., atuando em nome próprio, ou seja, sem representar qualquer interesse alheio. Diga-se de passagem, é a mesma inclusive proprietária do imóvel, o que não vem ao caso para os fins pretendidos nos presentes autos, uma vez que o locador não tem que ter, necessariamente, título de domínio do bem locado. Uma vez constatado o descumprimento de qualquer das cláusulas estipuladas no instrumento firmado, tem ela o direito de buscar a tutela jurisdicional na defesa de seus interesses.

Noutro passo, o Município-réu firmou contrato na qualidade de locatário, comprometendo-se a honrar os compromissos assumidos. É, destarte, parte legítima para responder à demanda proposta.

No que tange à alegada impossibilidade jurídica do pedido, também há que ser rejeitada esta preliminar. Sabe-se que o pedido é juridicamente impossível quando existe expressa vedação para seu exame no ordenamento jurídico. Nos dizeres de THEODORO JÚNIOR, o requisito da possibilidade jurídica do pedido "*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*" (*in Curso de Direito Processual Civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 53).

No caso presente, a eventual ausência de outros documentos que dariam notícia de convênios anteriores firmados pela Administração Pública Municipal não tem o condão de invalidar o contrato de locação firmado, bem como a exigibilidade do cumprimento das obrigações inadimplidas. Muito menos pode conduzir à impossibilidade jurídica do pedido, mesmo porque não foi negada, em momento algum, a relação contratual havida entre as partes. Rejeitam-se, pois, todas as preliminares.

Em sede meritória, o que se vê é que o contrato firmado não se mostra eivado de qualquer mácula que impossibilite o seu cumprimento, e por esse motivo a douta sentença submetida ao reexame necessário não merece reforma.

O instrumento de fls. 13/14 traz expressamente o valor dos aluguéis, dizendo inclusive que o montante estipulado foi fixado com base em laudo de avaliação, elaborado por comissão especial e arquivado na Secretaria Municipal de Administração (cláusula terceira). Não se faz necessária a explicação acerca dos motivos pelos quais o valor do aluguel não era o mesmo de contratos anteriores. Como a própria cláusula deixa consignado, o valor expresso foi fruto de estudos elaborados por comissão designada para tal fim, e por isso sua impugnação não tem cabimento.

Nem mesmo suposta falta de publicidade dos contratos, tal como alegada pelo réu, seria capaz de elidir a obrigação contraída. Se não ocorreu a mencionada publicação, foi por responsabilidade imputada unicamente ao Município de Contagem. Não pode este, agora, querer beneficiar-se da suposta inexistência de ato que apenas a ele competia, para prejudicar o contratante que cumpriu com as obrigações contraídas.

O fato é que o Município de Contagem deixou de pagar os aluguéis a partir de janeiro/97, conforme restou suficientemente comprovado nos autos (não houve negativa do débito, nem tampouco se apresentou qualquer comprovante de pagamento). Conseqüentemente, há que ser rescindido o contrato

e determinado, via de regra, o despejo cumpolsório.

Os valores a serem pagos foram fixados de forma perfeita na douta sentença proferida nos autos, uma vez que leva em consideração o valor do aluguel fixado no último contrato (fls. 13/14), que, por sua vez, não estipulou índice de correção monetária nem juros de mora. Assim, deve-se tomar por base a correção monetária calculada nos moldes da tabela fornecida pela Corregedoria de Justiça e juros de mora a 0,5% (meio por cento) ao mês, nos termos do artigo 1.536, § 2°, do Código Civil.

A multa de 10% (dez por cento) não é devida, porque sua previsão se refere tão-somente a infrações contratuais por parte da locadora (cláusula oitava).

Diante do exposto, observando-se o princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inc. IX, da Constituição Brasileira) e com respaldo no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), além das disposições constantes da Lei n° 8.245/91, mantém-se a sentença em reexame necessário.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - PAGAMENTO DECORRENTE DE RELAÇÃO EMPREGATÍCIA - GARANTIA CONSTITUCIONAL - DECRETO MUNICIPAL QUE VISA RESGUARDAR A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - IMPOSSIBILIDADE DE INVALIDAR OS CRÉDITOS DO SERVIDOR - EMPENHO - DECRETO DE ANULAÇÃO - RECONHECIMENTO DE DÉBITOS INSCRITOS - MERA PROVIDÊNCIA PROTELATÓRIA - EFEITOS NA ESFERA JURÍDICA DOS ADMINISTRADOS - INOCORRÊNCIA - INTERESSE PATRIMONIAL - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE

- Atualmente, não mais se confunde interesse público com interesse patrimonial do Estado, pelo que é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais, bem como nas ações de cobrança ajuizadas por servidor público contra a municipalidade, por se tratar de interesses meramente patrimoniais, e não públicos.

- Pagamento de direitos decorrentes de relação empregatícia é garantia constitucional prevista no art. 7°, VII, da CF. Sendo da Administração, e não do administrador, a dívida que já havia ingressado no patrimônio do servidor, o decreto municipal que visa resguardar os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal não tem o condão de invalidar os créditos do referido servidor, por se tratar de direito adquirido (art. 5°, inciso XXXVI, da CF/88).

- O decreto que anula empenhos, mas reconhece a existência dos débitos inscritos na rubrica "restos a pagar", determinando que eles sejam pagos de maneira distinta, é mera ordem administrativa ao serviço de contabilidade, não tendo o condão de criar nem extinguir obrigações decorrentes de lei ou contrato. A anulação de empenhos relativos a obrigações do ente estatal, incluindo pagar seus servidores, não provoca quaisquer efeitos na esfera jurídica dos administrados e dos servidores, caracterizando-se como mera providência protelatória.

APELAÇÃO CÍVEL N° 261.089-7/00 - Comarca de Medina - Relatora: Des[a]. MARIA ELZA

Ementa oficial: Direito Administrativo e Financeiro - Servidor público - Decreto que anula empenhos. - O decreto que anula empenhos, mas reconhece a existência dos débitos inscritos na rubrica "restos a pagar", determinando que eles sejam pagos de maneira distinta, é mera ordem administrativa ao serviço de contabilidade, não tendo o condão de criar nem extinguir obrigações decorrentes de lei ou contrato. A anulação de empenhos relativos a obrigações do ente estatal, incluindo pagar seus servidores, não provoca quaisquer efeitos na esfera jurídica dos administrados e dos servidores, caracterizando-se como mera providência protelatória. O Decreto 92/00 do Município de Itaobim/MG encaixa-se nesta hipótese.

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.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2002. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sr[a]. Des[a]. Maria Elza - Trata-se de demanda de conhecimento ajuizada por Nelzinha Souza Amaral em desfavor do Município de Itaobim, pleiteando que este seja condenado a pagar verbas rescisórias devidas em razão de sua exoneração do cargo de chefe da divisão de contabilidade, exercido no período de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2000.

O réu ofereceu a contestação de fls. 9/11, afirmando que, na Admistração anterior, a ex-prefeita teria editado

o Decreto 92/00 (fls. 13/14), anulando todos os débitos do exercício de 2000, como tentativa de se livrar dos efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, o Município seria parte passiva ilegítima, devendo a autora ajuizar a demanda contra a ex-prefeita, que teria editado o referido decreto.

Na sentença de fls. 16/19, o Juiz *a quo*, entendendo-se competente para tal, julgou a demanda procedente, adotando os seguintes fundamentos:

"*Ora, o pagamento de direitos decorrentes da relação empregatícia é uma garantia constitucional (CR/88, art. 7º, inciso VII), e, no caso dos autos, a dívida não é do administrador: é da Administração Pública e já havia ingressado no patrimônio do autor. A hipótese é de direito adquirido.*

Com efeito, o Decreto no 92/2000, visando resguardar os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, não tem o condão de invalidar os créditos do requerente, por se tratar de direito adquirido (CR/88, art. 5º, inciso XXXVI)".

Em virtude do reexame necessário, o Juiz *a quo* determinou a remessa dos autos a este Tribunal.

Presentes os pressupostos para a sua admissibilidade, conhece-se da remessa necessária.

Questão de ordem.

Primeiramente, ressalto que o Ministério Público não foi intimado para se manifestar, em nenhuma das duas instâncias. É que, no caso concreto, não há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, sendo inaplicável o art. 82, III, do Código de Processo Civil.

Atualmente, não mais se confunde o interesse público com o interesse patrimonial do Estado. Foi com este fundamento que o Superior Tribunal de Justiça editou sua súmula, acrescentando o Enunciado 189, dispondo que é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais. Nas ações de cobrança ajuizada por servidor público contra município, ocorre o mesmo: o interesse existente é meramente patrimonial, e não público.

Este entendimento acompanha a moderna tendência de restringir a participação do Ministério Público no processo civil como fiscal da lei, liberando-o para atuar com maior eficiência na sua alta missão constitucional, no processo penal e no processo civil como autor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se firmou neste sentido, como se vê no Recurso Especial 263.447-PE (*DJU* de 16.04.2001, p. 119), da Sexta Turma, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, assim ementado, no que interessa:

"*Processual Civil. Ministério Público. Intervenção. Desnecessidade. Ação de cobrança. Servidor público municipal. - 1 - A simples participação na causa de entidade de direito público interno não determina a intervenção do Ministério Público, pois, do contrário, estar-se-ia confundindo Fazenda Pública com interesse público (*ut RTJ, *133/345 e STF* - RP, *25/324), aliás, inexistente, na espécie, onde versa a causa ação de cobrança de funcionário público (diferenças salariais) contra municipalidade. Precedentes desta Corte*".

No mesmo sentido, dentre tantos outros julgados, é o Recurso Especial 265.018-PE (*DJU* de 27.11.2000, p. 182), da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Felix Fischer.

Juízo de mérito.

A sentença deve ser confirmada.

O demonstrativo de fl. 7 comprova que a autora era chefe da divisão de contabilidade do Município-réu e que recebia os vencimentos utilizados como base para os cálculos das verbas rescisórias devidas (fl. 5), aliás realizados pela própria Prefeitura.

As verbas são devidas pelo Município, que é quem tem relação jurídica com a autora, e não pela ex-prefeita, que, se for o caso, poderá, no máximo, responder subsidiariamente, se houver comprovação de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da Constituição).

O Decreto Municipal 92/00 (fls. 13/14), como dito pelo Juiz *a quo*, não tem o condão de anular dívidas do Município com terceiros, uma vez que o mesmo dispõe apenas sobre normas administrativas contábeis. É o que se vê nos seus arts. 1º e 2º:

"*Artigo 1º. Fica determinado ao serviço de contabilidade da prefeitura que providencie o cancelamento de todas as despesas transcritas em restos a pagar anteriores ao exercício de 2000, que porventura ainda não tenham sido pagas.*

Artigo 2º. Ocorrendo a comprovação do direito do fornecedor pelo pagamento dos restos a pagar, deverá o seu crédito ser novamente empenhado à conta de dotação específica para pagamento de despesas de exercícios anteriores".

A simples leitura indica que a norma é uma ordem administrativa ao serviço de contabilidade da Prefeitura, uma vez que inclusive reconhece a existência dos débitos inscritos na rubrica "restos a pagar", mas determina que eles sejam pagos de maneira distinta. O citado decreto não criou nem extinguiu obrigações, mas apenas regulou trâmites administrativos. Portanto, a norma não atinge - e nem poderia - direitos de terceiros nem de servidores, que continuam íntegros. Neste sentido é a conclusão doutrinária da Professora Misabel Abreu Machado Derzi, que se encaixa perfeitamente no caso:

"*Portanto, a anulação de despesas empenhadas, ou não, que correspondam a obrigações do ente estatal, decorrentes de lei ou contrato, nenhum efeito provoca na esfera jurídica dos*

terceiros envolvidos. (...) A não-inscrição de uma despesa obrigatória em restos a pagar configura mera protelação de dívida por parte do ente público" (MARTINS, Ives Gandra da Silva e NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 309).

Em face do exposto, no reexame necessário, confirma-se a sentença. As despesas recursais ficam a cargo do Município.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - DESISTÊNCIA DA AÇÃO - RECONHECIMENTO DO PEDIDO - DESPESAS E HONORÁRIOS - PAGAMENTO PELA PARTE QUE DESISTIU OU RECONHECEU - INTELIGÊNCIA DO ART. 26 DA LEI Nº 6.830/80 - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO - ART. 20, § 4º, DO CPC

- A preliminar invocada pela parte, afirmando que uma sentença que homologa a desistência da ação tem caráter de "despacho", é incompatível com o Código de Processo Civil e agride os conhecimentos mais elementares de direito processual civil, pois, de acordo com o art. 158, parágrafo único, do CPC, a desistência da ação somente produzirá efeitos depois de homologada por sentença.

- Se o processo de execução terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu, nos termos do art. 26 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal).

- Em sede de execução fiscal, os honorários advocatícios serão fixados consoante o art. 20, § 4º, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 263.378-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Em sede de execução fiscal, os honorários advocatícios serão fixados consoante o art. 20, parágrafo 4º, do CPC.

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 A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2002. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - Rejeito a preliminar invocada pelo apelado, uma vez que é manifestamente incompatível com o Código de Processo Civil. Ora, afirmar que uma sentença que homologa a desistência da ação tem caráter de "despacho" é agredir os conhecimentos mais elementares de Direito Processual Civil. Bastaria o apelado ler o art. 158, parágrafo único, do CPC, segundo o qual a desistência da ação somente produzirá efeito depois de homologada por sentença.

Destarte, conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Meritoriamente, assiste razão ao apelado.

Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu, nos termos do art. 26 da Lei de Execução Fiscal.

Cinge-se o recurso à fixação dos honorários advocatícios.

Afasto, de plano, a aplicabilidade do art. 20, parágrafo terceiro, do CPC, que fixa o percentual mínimo de 10% e o máximo de 20%, porquanto existe dispositivo para o deslinde da questão, expresso no art. 20, parágrafo quarto, do Estatuto Processual Civil. Portanto, não fica o juiz adstrito a estes limites.

Reza o dispositivo em questão que os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior, vale dizer, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, respectivamente.

Neste diapasão, colaciono as Apelações Cíveis 189.248-8 e 199.564-6 deste egrégio Tribunal.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, mestre de todos nós, leciona que:

"*Deixarão de ser observados os limites em questão (máximos e mínimos) quando a causa for de pequeno valor ou de valor inestimável, bem como quando não resultar em condenação, tal como se dá nas sentenças de improcedência do pedido, nas constituitivas e nas declaratórias. E, de modo geral, em todas as condenações em que for vencida a Fazenda Pública. Em tais hipóteses, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das letras* a, b e c *do art. 20, parágrafos 3º e 4º, do mesmo artigo.*

Há, então, de prevalecer, um critério de eqüidade, em função do qual o juiz agirá com prudente arbítrio, fora dos limites do § 3º do art. 20, para evitar aviltamento da verba, nas pequenas causas, e adotar mais moderação nas sucumbências da Fazenda Pública" (*Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, terceira edição, Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 95-6) (Ap. Cível 199.564-6, p. 2).

É dizer, o valor fixado deve atender à chamada lógica do razoável, noticiada por Alípio Silveira.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PÁTRIO PODER - RESTAURAÇÃO - AÇÃO AJUIZADA PELOS PAIS BIOLÓGICOS - FALECIMENTO DO ADOTANTE - IMPOSSIBILIDADE

- Com a adoção extingue-se o pátrio poder dos pais biológicos sobre o filho, de forma que a morte do adotante não o restaura em favor daqueles, devendo o adotado ser colocado sob tutela, nos termos do art. 406 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 263.384-0/00 - Comarca de Oliveira - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Ação de restauração de pátrio poder ajuizada pelos pais biológicos - Falecimento da adotante - Impossibilidade. - Com a adoção extingue-se o pátrio poder dos pais biológicos sobre o filho, de forma que a morte do adotante não o restaura em favor dos pais biológicos. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 16 de abril de 2002. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de ação de restauração do pátrio poder ajuizada por J.G.R. e E.G.R. em face do filho biológico M.R., objetivando, com base na morte da adotante C.M.L., a restauração do pátrio poder sobre o menor.

O ilustre Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, sob os seguintes fundamentos: que a adoção foi efetivada anteriormente ao Estatuto da Criança e do Adolescente; que não foram extintos os laços familiares biológicos, conforme mandado de fl. 07; e que a providência atende aos interesses do menor (fl. 11).

Inconformado, o ilustre representante do Ministério Público, Dr. Tadeu de Almeida Peres, interpôs o presente recurso, objetivando a reforma do *decisum*, a fim de que se reconheça "*a impossibilidade jurídica do pedido, em face da derrogação do art. 378 do Cód. Civil, ante o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, a ilegitimidade ativa* ad causam *para ação revocatória (art. 374, inc. II, do Cód. Civil); quer para anulá-lo, pela inépcia da exordial (que não pediu a citação do adotado) ou, ainda, pela ausência de citação do adotado (M.R.); quer, finalmente, por não se fazer presente nenhuma vantagem para o menor*" (fls. 13/17).

Regularmente intimados, os apelados apresentaram contra-razões recursais, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 21/22).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o i. representante do Ministério Público, Dr. Márcio Heli de Andrade, opinou pela nulidade da r. sentença.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Infere-se dos autos que o menor M.R., nascido em 07.07.81 e filho biológico dos apelados, foi adotado em 01.08.89 por C.M.L., que faleceu em 02.08.01 (fls. 05/07).

Com o falecimento da adotante, os apelados alegam que houve a "cessação" da adoção e pretendem, portanto, a "restauração" do pátrio poder sobre o filho biológico, com urgência, a fim de que possam representar o infante junto à divisão de seguros do Ipsemg, para dar prosseguimento ao pedido de pecúlio e seguro coletivo deixado pela falecida.

No caso dos autos, sem entrar na discussão sobre as normas que regem a espécie (Código Civil ou Estatuto da Criança e do Adolescente), o que importa saber é que, com a adoção perfeitamente válida, extinguiu-se o pátrio poder dos pais biológicos sobre o filho, de forma que nem a morte do adotante o restaura em favor dos pais biológicos.

Sobre o tema vale transcrever o entendimento do i. civilista WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

"*De conformidade com o disposto no art. 378 do Código, o filho adotivo fica situado numa posição toda especial: passa a ser considerado como verdadeiro filho do adotante, sem que, no entanto, desapareçam os laços naturais que o vinculam à sua família legítima. É o que dispõe o citado preceito legal, que apenas abre exceção para o exercício do pátrio poder, que*

se transfere do pai carnal para o adotivo. A morte do adotante não restaura o pátrio poder do pai natural, devendo o adotado ser posto sob tutela. *Assim já tem sido julgado (Revista dos Tribunais, 141/621); e, nesse sentido é também a lição do prof. Alvino Lima (Revista Forense, 96/281)*" (*Curso de Direito Civil, Direito de Família*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995, p. 252) (grifo meu).

Dessa forma, se com a morte do adotante não há restauração do pátrio poder dos pais biológicos, deve o adotado ser colocado sob tutela, nos termos do artigo 406 do Código Civil, *in verbis:*

"*Os filhos menores são postos em tutela:*

I - falecendo os pais, ou sendo julgados ausentes;

II - decaindo os pais do pátrio poder".

Ora, se a tutela é o encargo conferido a alguém para proteger a pessoa e administrar os bens dos menores que não se acham sob o pátrio poder, que é justamente a hipótese dos autos, conclui-se que o pedido dos apelados, de restauração do pátrio poder, foi equivocado, *data venia.*

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE - ÁGUA CONTAMINADA - BALNEÁRIO - PRESENÇA DE MOLUSCOS TRANSMISSORES DE ESQUISTOSSOMOSE - INTERDIÇÃO - SAÚDE DA POPULAÇÃO - LIMINAR - CABIMENTO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA

- Nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, entre as funções institucionais do Ministério Público está a de "*promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*", tendo legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, visando à interdição, para fins de recreação e consumo, de águas de cachoeira contaminadas.

- Caso o Poder Executivo municipal esteja violando a Constituição Federal, desprezando o meio ambiente e pondo em risco seus habitantes e turistas da região, ao permitir recreação em águas de cachoeira contaminadas, impróprias à balneabilidade, é cabível a ação civil pública, podendo o Poder Judiciário determinar que o município tome as medidas cabíveis para proteger a população, não existindo, aí, violação ao princípio da separação dos Poderes.

- A teor do art. 225 da Constituição Federal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

- É cabível medida liminar em ação civil pública para interditar a freqüência às águas de cachoeira contaminadas, conforme constatação feita em laudos técnicos acostados pelo Ministério Público, por ter sido detectada a presença, em grau elevado, de moluscos transmissores de esquistossomose. A medida se impõe, por estarem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* se patenteia pelo fato de que os freqüentadores da região podem ser vítimas de esquistossomose; o *fumus boni iuris*, em virtude de ter o cidadão direito a um meio ambiente saudável e à saúde física, direito este garantido pelo texto constitucional (arts. 196, 197 e 225).

AGRAVO Nº 264.792-3/00 - Comarca de Mariana - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Ação civil pública - Meio ambiente - Água contaminada - Liminar - Saúde da população. - Nos termos do art. 225, da Constituição Federal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. É cabível medida liminar para interditar a freqüência às águas de cachoeiras contaminadas, conforme constatação feita em laudos técnicos acostados pelo Ministério Público, por ter sido detectada a presença, em grau elevado, de moluscos transmissores de esquistossomose.

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, 08 de abril de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Mariana contra a r. decisão de fls. 08/10, que concedeu a tutela antecipada pleiteada nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público do Estado de Minas Gerais - PJ Comarca de

Mariana para determinar a imediata interdição, para fins de recreação e consumo, das águas da Cachoeira do Brumado.

Conheço do recurso.

Diz o recorrente, em síntese, que o artigo 1°, § 3°, da Lei n° 8.437, de 30 de junho de 1992, "... *veda a concessão de medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, a chamada liminar de conteúdo satisfativo, como é o caso da decisão agravada*". Alega que a liminar deferida viola o princípio constitucional da tripartição dos Poderes, tendo a MM[a]. Juíza exorbitado do poder de controle do ato administrativo, ao deferir tutela antecipada em situação nitidamente ligada a controle ambiental já efetuado pelo agravante, que já vem executando projeto de despoluição da cachoeira objeto da demanda. Assim, seria incabível a interdição do principal ponto turístico do Município, devendo ser a tutela revogada imediatamente.

Versam os autos, originariamente, sobre ação civil pública ajuizada pelo agravado em face do agravante, na qual se afirma que "... *no Distrito de Cachoeira de Brumado, zona rural deste Município, existe uma cachoeira utilizada por centenas de pessoas que para lá se dirigem em finais de semana e feriados a fim de divertirem-se, e que diversas pessoas ali contraíram graves doenças provocadas por contaminação com xistoses*" (fls. 16). Ressalta o Ministério Público de Minas Gerais que, realizadas análises do local pela Universidade Federal de Ouro Preto, pelo Laboratório Beling e pelo Centro de Apoio Operacional Estadual do Ministério Público, ficou constatada, na localidade, a presença de moluscos hospedeiros intermediários do helminto *Schistosoma mansoni*, parasito intravascular causador de doenças graves, evoluindo em seguida para esquistossomose aguda ou crônica (fls. 16). Assim, ao fundamento de que "... *a água da Cachoeira do Brumado oferecida à população do Município de Mariana não corresponde aos padrões mínimos de utilização*" e "... *põe em grave risco a saúde e vida de toda a comunidade Marianense e de turistas de todas as partes que para lá afluem no final de semana*" (fls. 20), pediu que fosse determinada:

"*a) a imediata interdição para fins de recreação e consumo das águas da Cachoeira do Brumado, determinando-se ao Município-réu para que, num prazo de 05 dias, afixe placas de interdição na localidade, em local visível e em número suficiente para que todas as pessoas que aportem naquela localidade tenham pleno conhecimento da situação* 'imprópria para recreação', *cominando multa diária para o seu descumprimento no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)*;

b) determinação ao Município-réu para que sinalize a localidade com bandeiras vermelhas contendo a palavra 'Poluída', nos termos do artigo 27 da Deliberação COPAM cominando multa diária para o seu descumprimento no valor de R$ 5.000,00" (fls. 26-TJ).

O pedido foi acolhido pela ilustre Juíza *a quo*, que assim se manifestou:

"*(...)*

Conforme laudos técnicos acostados pelo Autor, nas águas desta Cachoeira foi detectada a presença de moluscos transmissores de esquistossomose.

Consta do laudo do CAO-Estadual que: a presença constatada de caramujos, a montante da queda d'água, implica em elevado risco de infecção dos usuários da Cachoeira. Cada cercaria liberada pode, por 48 horas, seguir a correnteza do rio, podendo infectar os usuários da Cachoeira situada a jusante.

A utilização da Cachoeira por turistas é outro aspecto a ser considerado. Turistas contaminados na 'Cachoeira do Brumado' podem 'exportar' a doença ao retornarem a suas regiões de origem e/ou ao utilizarem outros corpos d'água naturais. Ao mesmo tempo, dada a presença do vetor biomphalaria glabrata turistas contaminados em outras regiões, ao defecarem diretamente ou nas proximidades do volume d'água, podem 'importar' a doença para a 'Cachoeira do Brumado'.

As características locais em muito colaboram para tal situação, em face da ausência total de saneamento básico, conforme também constatado nos laudos periciais acostados nos autos.

(...)

Assim, estando imprópria a balneabilidade das águas da Cachoeira do Brumado, em face da presença de moluscos transmissores potenciais de esquistossomose, e de acordo com a Deliberação Normativa do COPAM n° 10 de 16/12/1986, a liminar requerida merece ser acolhida, não podendo o Judiciário deixar de prestar o relevante papel social de que está investido para se cumprir a preservação do meio ambiente e da água em particular, posto que é ela vital, fundamental, essencial.

Ante a presença do periculum in mora *e o* fumus boni iuris, *indispensável proteção a saúde pública, defiro a liminar requerida e, para tanto, determino:*

a) a imediata interdição, para fins de recreação e consumo das águas da Cachoeira do Brumado, devendo o Município providenciar, num prazo de 05 (cinco) dias, a afixação das placas de interdição na localidade, em local visível e em número suficiente para que todas as pessoas que aportem naquela localidade tenham pleno conhecimento da situação imprópria à recreação.

b) que o Município sinalize a localidade com bandeiras vermelhas contendo a palavra 'poluída', nos termos do artigo 27 da Deliberação COPAM.

Para o caso de descumprimento do determinado, fixo, desde já, multa diária de R$ 5.000,00" (fls. 08/10).

Não merece reforma a decisão transcrita.

Preliminarmente observo que não há violação ao sistema de repartição dos Poderes.

Não há dúvida alguma, hoje, acerca da legitimidade ativa do Ministério Público e da possibilidade do ajuizamento da ação civil pública, em hipóteses como a dos autos.

Nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição da República, entre as funções institucionais do Ministério Público está a de "*promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*".

Lembra muito bem o Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzilli:

"*A Constituição permite ao cidadão e ao MP a defesa do patrimônio público (arts. 5º, LXXIII e 129, III) (...) O MP não intervém em qualquer causa que verse sobre questões patrimoniais do Estado, que tem seus procuradores constitucionalmente investidos. A atuação do MP se exige em casos mais específicos, como quando, identificada a lesão ao patrimônio público, o Estado não tome a iniciativa de sua defesa (se o causador do dano for o próprio administrador em exercício, ou um de seus influentes correligionários, ou o administrador imediatamente anterior, que fez eleger o sucesso). As razões de legalidade e de moralidade pública impõem a iniciativa ministerial nessas hipóteses*" (*RT*, 690/277).

Dispõe a CF, no art. 197, que:

"*São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*".

Por seu turno, estabelece o art. 225:

"*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*".

A Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, dispõe, em seu art. 25, inciso IV, alínea *b*, que incumbe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a anulação ou declaração da nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas e fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

Conclui-se: caso o Poder Executivo municipal esteja violando a Constituição Federal, desprezando o meio ambiente e pondo em risco seus habitantes e turistas da região, é cabível a ação civil pública, podendo o Poder Judiciário determinar que o Município tome as medidas cabíveis para proteger a população, não existindo, aí, violação ao princípio da separação dos Poderes.

Não há, por outro lado, o empecilho do satisfativo da medida.

A liminar visa proteger os freqüentadores da Cachoeira do Brumado, sendo imperativa para a saúde de todos. Trata-se de medida que visa afastar o perigo da demora ou do retardamento da providência judicial definitiva.

Como bem ressaltou o ilustre Promotor, em contraminuta:

"*... o fato de estar sendo providenciado pelo Município obras de infra estrutura e saneamento por si só já indicam a mantença da liminar, eis que, enquanto não plenamente realizadas tais obras, os riscos perduram e a saúde pública, e as vidas humanas que ali afluem, não podem ser colocadas em risco*" (fls. 112).

A liminar não esgota a pretensão jurisdicional. O objetivo da ação é que seja o Município condenado nas seguintes obrigações de fazer:

- construção de um esgotamento sanitário na localidade de Cachoeira do Brumado ou pelo menos exigência de construção de fossas sépticas em todas as residências da localidade;

- construção de lavanderias comunitárias;

- efetivação de programa de controle biológico dos hospedeiros;

- processo de educação ambiental e sanitário à população local;

- construção de banheiros públicos coletivos;

- ressarcimento dos danos causados aos consumidores.

A UFOP (Universidade Federal de Ouro Preto) analisou a região objeto da demanda e concluiu que "*... nenhuma das amostras da água analisada (devido a presença de cloriformes fecais), pode ser considerada potável para o consumo humano, sem tratamento prévio. (...) A origem da contaminação é devida a esgotos não tratados, lançados na água*" (fls. 137). Ressalta, ainda, que "*... foram coletados 04 caramujos da espécie* biomphalaria glabrata *(hospedeiro intermediário do* schistosoma mansoni, *agente etiológico da esquistossomose mansônica) aproximadamente 100 metros abaixo da cachoeira*" (fls. 139).

O Laboratório Beling Monitoramento de Serviços Ambientais Ltda. também concluiu que a água se encontrava contaminada, não sendo outro o entendimento do técnico do Ministério Público, que informou:

"*A deliberação normativa nº 10, de 16 de dezembro de 1986 enquadra como imprópria a balneabilidade das águas em que sejam constatadas a presença de moluscos transmissores potenciais de esquistossomose*" (fls. 153).

"*A presença do caramujo* biomphalaria glabrata, *aliada à ocorrência*

da doença na região, traz grande risco de infecção aos usuários da Cachoeira do Brumado" (fls. 167).

O próprio agravante, aliás, reconhece o problema, afirmando, sem fazer provas das alegações, que "*... através da vigilância sanitária vem procedendo à profilaxia dos caramujos encontrados nas águas próximas à Cachoeira do Brumado*" (fls. 04).

A concessão da liminar foi, pois, justificada pelos riscos consistentes em danos irreparáveis à população, que, ao freqüentar a região e suas águas, pode ser acometida de esquistossomose.

Como bem ressaltou o ilustre Desembargador Brandão Teixeira, quando da denegação do efeito suspensivo ao recurso:

"*... a decisão teve como fundamento análise das águas procedidas pela UFOP e outras instituições, constando dos laudos respectivos a presença de transmissores da esquistossomose e riscos de contaminação de seus usuários pelos referidos agentes. Além disso, fundamenta-se também no fato de que, em razão da falta de saneamento básico, os freqüentadores da referida cachoeira podem disseminar outras doenças no local.*

Não é preciso dizer muito quanto à relevância que a Constituição empresta às políticas e ações públicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos à saúde (art. 196).

(...)

O risco de dano pelas perdas dos comerciantes que se beneficiam do afluxo de pessoas a tal ponto paisagístico e de recreação e de inviabilização de divisas para o Município não podem merecer maior consideração que a própria saúde dos usuários e os riscos de propagação de doenças para a própria população do Município" (fls. 38/39).

Para KARL LARENZ, em casos como o presente, o que se tem é um

"*... critério para valorização de interesses, sobretudo quando se trata de saber em que medida um interesse em si mesmo legítimo deve ceder perante outro de valor (superior em geral, ou só nas circunstâncias do caso), isto é, quando o problema consiste em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro interesse também digno de tutela*" (*apud* DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, p. 106).

Esse último autor, em seu artigo, fornece os passos que o juiz deve dar para a busca da concretização do princípio da proporcionalidade. Permito-me, por sua objetividade, transcrever a lição:

"*Preliminarmente, deverá o magistrado estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em jogo em face do outro, segundo os valores contidos no texto constitucional.*

Em segundo lugar, deve verificar se a medida perseguida é procedimentalmente apropriada para a consecução dos fins expostos no libelo, ou seja, impedir, através da constituição ou preservação de uma determinada situação de fato, a lesão ao bem jurídico de titularidade do requerente.

Logo após, verificará o requisito da necessidade da concessão da medida, vale dizer, se o fim perseguido pelo autor pressupõe não haver nenhum meio menos gravoso e mais eficaz para a consecução do fim pretendido.

E, por último, utilizando-se da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (justa medida), verificará o magistrado se a parte contra quem se pede a medida liminar não será submetida a sacrifícios superiores aos fins pretendidos alcançar, com a(s) providência(s) requerida(s)" (*ob. cit.*, p. 106).

A medida liminar, lembre-se, tem finalidade provisória e instrumental. Presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, há de ser concedida.

E, no caso *sub judice*, demonstrados esse *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, completam-se os requisitos necessários para a sua concessão.

O *periculum* se patenteia pelo fato de que os freqüentadores da região podem ser vítimas de esquistossomose, em face da presença dos moluscos existentes na região; e o *fumus boni iuris*, em virtude de ter o cidadão direito a um ambiente saudável e à saúde física, direito este garantido pelo texto constitucional (arts. 196, 197 e 225).

Por tais razões, nego provimento ao recurso.

Sem custas.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - FAZENDA PÚBLICA - AÇÕES EM QUE FOI VENCEDORA - EXECUÇÃO DO DÉBITO PRINCIPAL E ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - EXCESSO DE EXECUÇÃO - REDUÇÃO AO *QUANTUM* DEVIDO - MATÉRIA DE MÉRITO - EMBARGOS DO DEVEDOR - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO POR ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA FAZENDA PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CLIENTE - ENTE ESTATAL - PARTE LEGÍTIMA PARA EXECUTAR HONORÁRIOS DA SUCUMBÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 23 DA LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DOS ADVOGADOS)

- Se a Fazenda Pública executa o débito principal relativo ao tributo que entende devido e ainda ônus da sucumbência relativos às ações em que foi vencedora, não pode o juiz julgar procedentes os embargos do devedor, para extinguir a execução por ilegitimidade ativa *ad causam* da Fazenda Pública, ao fundamento de que, em se tratando de execução de título judicial, somente as verbas de sucumbência poderiam ser cobradas, não se podendo discutir o débito principal na referida execução. É, que, evidenciado-se nela algum excesso, o caso é de procedência parcial dos embargos e redução da mesma ao *quantum* realmente devido, o que é matéria a ser objeto do exame de mérito, não havendo que se falar em extinção da execução por ilegitimidade ativa da Fazenda Pública.

- Reiteradamente, a jurisprudência vem afirmando que eventuais excessos cobrados em execução não têm o condão de tornar nulo o processo e, eventualmente, se evidenciados, através dos embargos, devem ser objeto de decote/redução pelo sentenciante, ao quanto efetivamente devido.

- O art. 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto dos Advogados), embora confira ao advogado direito autônomo de executar a sentença condenatória referentemente aos seus honorários advocatícios, não exclui o cliente, parte da ação judicial que assim constituiu o título, como legitimado para também executar a sentença quanto aos honorários do seu patrono, mormente em se tratando de ente estatal, pelo que é a Fazenda Pública parte legítima para requerer execução de honorários da sucumbência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 265.426-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Embargos do devedor - Extinção - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Inocorrência - Excessos que exigem conhecimento do mérito - Devolução dos autos para decisão de mérito. - A Fazenda Pública é parte legítima para requerer execução de honorários da sucumbência. O art. 23 da Lei nº 8.906, de 4.7.94 (Estatuto dos Advogados), embora confira ao advogado o direito autônomo de executar a sentença condenatória referentemente aos seus honorários advocatícios, não excluiu o cliente, parte da ação judicial que assim constituiu o título, como legitimado para também executar a sentença quanto aos honorários do seu patrono, mormente em se tratando de ente estatal. - Reiteradamente a jurisprudência vem afirmando que eventuais excessos cobrados em execução não têm o condão de tornar nulo o processo e, eventualmente, se evidenciados, através dos embargos, devem ser objeto de decote/redução pelo sentenciante, ao quanto efetivamente devido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 14 de maio de 2002. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Geraldo Augusto - No reexame necessário, conhece-se dos recursos ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos de embargos do devedor interpostos por Bridgestone Firestone Brasil Ind. Com. Ltda. à execução contra os mesmos promovida pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgados procedentes, para extinguir a execução, em face da ilegitimidade ativa *ad causam*.

Recorreu a Fazenda Pública estadual, pretendendo a reforma da sentença, ao argumento, em síntese, de que, apesar do brilhantismo da fundamentação do MM. Juiz *a quo*, este equivocou-se, pois a execução ensejadora dos presentes embargos se fundou em decisões transitadas em julgado, nas ações anulatória e cautelar, propostas pela ora apelada, contra a apelante.

Acrescenta a apelante que a ação anulatória de débito fiscal interposta pela ora apelada, em primeiro grau, foi julgada improcedente, e procedente a ação cautelar incidental de caução, com a conseqüente condenação dos vencidos ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em 20%.

Contudo, anota a apelante que, em grau de recurso, a referida decisão monocrática foi modificada parcialmente, mantendo a improcedência da ação principal - anulatória de débito fiscal - mas reformou a decisão da cautelar, julgando-a também improcedente, pelo que não pode ser considerada parte ilegítima para a ação em decorrência do crédito constituído, não havendo qualquer excesso na cobrança.

Ao exame dos autos, observa-se inicialmente que a Fazenda Pública executa o débito principal relativo ao tributo que entende devido e ainda ônus da sucumbência relativos às duas ações (anulatória de débito fiscal e medida cautelar) em que foi vencedora.

Na hipótese dos autos, a conclusão a que chegou o Sentenciante de que ocorre a ilegitimidade da Fazenda Pública para cobrar o débito em execução se funda no argumento de que, em se tratando de execução de título judicial, nada mais poderia ser cobrado a não ser as verbas de sucumbência, pois foram estas constituídas pelo título judicial. Relativamente ao suposto débito principal e que teria sido objeto de depósito naquela ação anulatória julgada improcedente, não pode ser discutido nesta execução - restrita ao título judicial.

De plano, vê-se que a questão relativa à existência ou não de excessos na referida execução não é alegação capaz de trazer como conseqüência a extinção do processo.

Reiteradamente, a jurisprudência vem afirmando que eventuais excessos cobrados em execução não têm o condão de tornar nulo o processo e, eventualmente, se evidenciados, através dos embargos, devem ser objeto de decote/redução pelo sentenciante, ao quanto efetivamente devido.

Com efeito, neste sentido é a jurisprudência:

"*O excesso de execução não importa em nulidade desta, mas no acolhimento (total ou parcial), conforme o caso, dos embargos*" (VI ENTA, conclusão 11, aprovada por unanimidade). Neste sentido: *RF,* 291/34; *JTA,* 97/224; *RJTAMG,* 40/194; *BOL. AASP,* 1.438/166.

Na verdade, verificando o Julgador, por ocasião do julgamento dos embargos oferecidos pelo devedor, que ocorre excesso de execução, "*com a procedência dos embargos, deve ser feita a redução ao* quantum *devido*" (TFR-4ª Turma, AC 54.113-MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18.3.81, v.u., *DJU* de 9.4.81, p. 3.108, 4ª col., em.), não sendo mesmo o caso de nulidade da execução e, isto, conforme o que se extrai também da jurisprudência:

"*Em nenhuma das hipóteses do art. 618 do CPC encontra-se a de nulidade por excesso de execução, que deve ser apurada em embargos, reduzindo-se, se for o caso, o crédito ao valor correto*" (STJ-4ª Turma, REsp 4.922-MS, Rel. Min. Athos Carneiro, j. em 11.6.91, *deram provimento*, v.u., *DJU* de 5.8.91, p. 10.004, 2ª col. em.).

Assim, quanto ao suposto crédito da Fazenda Pública relativamente ao tributo que entende devido, embora já objeto de depósito da ação principal, a questão de saber se é ou não devido e pode ou não ser cobrado nesta execução de sentença é matéria de mérito a ser objeto de decisão, portanto, nesta seara de mérito, e que ultrapassa o exame da preliminar de ilegitimidade ativa de parte.

Por outro lado, no que tange aos ônus da sucumbência, o entendimento foi que, em se tratando de direito do advogado, não teria a Fazenda Pública legitimidade para pleiteá-lo.

Dispõe o art. 23 da Lei nº 8.906, de 4.7.94 (Estatuto dos Advogados), que:

"*Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor*".

A referida disposição legal, embora confira ao advogado o direito autônomo de executar a sentença condenatória referentemente aos seus honorários advocatícios, não excluiu o

cliente, parte da ação judicial que assim constituiu o título, como legitimado para também executar a sentença, quanto aos honorários do seu patrono.

Observa-se que as expressões "*tendo este direito autônomo*" e "*podendo requerer*" apenas facultam ao advogado a possibilidade do exercício desse seu direito independente, o que não excluiu também o direito da parte de executá-la, embora esta não tenha disponibilidade sobre esta verba, não podendo renunciá-la e nem fazer qualquer transação com o vencido sem o consentimento prévio do seu patrono.

A execução autônoma dos honorários de sucumbência, nos mesmos autos ou em processo distinto, pelo advogado constituído, é caso típico e excepcional em que a lei permite a modificação ou a substituição da figura do credor, embora o título - no caso título judicial - não o indique diretamente como tal; mas não exclui a possibilidade de o próprio credor referido no título promover a referida execução e, por isto, não ocorre negativa de vigência ao art. 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Não se olvide também que, embora os honorários, no caso de sucumbência, sejam um direito do advogado, podem ser objeto de estipulação em contrário por ele e seu cliente, por se tratar de direito disponível.

Na hipótese, em se tratando de procurador da Fazenda, vencedor na demanda, o excelso STJ já se pronunciou:

"*Diversamente do demandante privado vencedor, quando os honorários profissionais, de regra, constituem direito patrimonial do advogado, tratando-se de ente estatal não pertencem ao seu procurador ou representante judicial. Os honorários advenientes integram o patrimônio público*" (STJ-1ª Turma, REsp 151.225-SP, Rel. p/ ac. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 16.6.98, deram provimento, dois votos vencidos, *DJU* de 31.08.98, p. 21).

Ademais, quem, em tese, poderia se insurgir contra a pretensão da apelante-Fazenda seria o seu próprio advogado-procurador constituído, a quem, em princípio, cabia o direito de crédito, para fazer valer eventual estipulação em contrário; não o próprio devedor, parte vencida, a quem incumbe apenas cumprir o julgado depositando o valor da condenação.

Assim, em princípio, não há que se falar em extinção da execução por ilegitimidade ativa da Fazenda Pública, sendo certo que, evidenciando-se algum excesso na execução, o caso seria de procedência parcial dos embargos e redução daquela ao *quantum* realmente devido, o que, como já referido, é matéria a ser objeto do exame de mérito.

Com tais razões, em reexame necessário, reforma-se a sentença, determinando que outra seja proferida, ultrapassando a preliminar de ilegitimidade ativa de parte e com ferimento das matérias de mérito propriamente ditas. Prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROPOSITURA POR PESSOA FÍSICA - ILEGITIMIDADE ATIVA DE PARTE - EXTINÇÃO DO PROCESSO

- Segundo preceitua a Lei 7.347/85, a legitimidade ativa para propor ação civil pública é do Ministério Público, das pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, bem como das associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor. Falta à pessoa física legitimidade ativa para propor a referida ação, sendo adequada a decisão que extingue o processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 266.296-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Ilegitimidade ativa - Autora carecedora de ação - Extinção do feito. - Segundo preceitua a Lei 7.347/85, a legitimidade ativa para interpor ação civil pública é do Ministério Público, das pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim às associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor. Falta à autora legitimidade ativa para interpor tal ação sendo adequada a decisão que extinguiu o processo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 14 de maio de 2002. - *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 ação civil pública, intentada por Magda Vilma Lima Santiago, em face do Município de Belo Horizonte, pretendendo a repetição de indébito, por cobrança indevida, em sua conta de energia elétrica, da taxa de iluminação pública.

O MM. Juiz *a quo* julgou a autora carecedora do direito de ação, por ilegitimidade ativa, extinguindo o feito.

Inconformada, a autora/apelante interpôs a presente apelação ao argumento, em resumo, de que houve violação a dispositivo legal ou do direito aplicável à espécie, errônea interpretação das provas, que tem legitimidade ativa para propor a ação, porque é pessoa física que utiliza serviço como destinatário final, e, por tais razões, merece ser reformada a sentença ora hostilizada.

Ausentes contra-razões, porque não formado o contencioso.

Segundo preceitua a Lei 7.347/85, a legitimidade ativa para interpor ação civil pública é do Ministério Público, das pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim às associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor.

Daí conclui-se que falta à autora legitimidade ativa para interpor tal ação, sendo adequada a decisão que extinguiu o processo.

Assim, nada há que ser reparado na douta sentença hostilizada, que bem adequou o direito ao caso concreto posto em lide. Não há como a apelante, pela via eleita, buscar a tutela pretendida.

Com tais razões, nega-se provimento à apelação e mantém-se a douta sentença hostilizada, por seus e por estes fundamentos.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DESAPOSSAMENTO ILÍCITO - ENTE PÚBLICO - REIVINDICATÓRIA - AUSÊNCIA - INDENIZAÇÃO DEVIDA

- Se o ente público, mesmo sendo proprietário do bem imóvel, promove de maneira ilícita o desapossamento do possuidor, sem a ação reivindicatória necessária, é devida indenização pelo valor econômico da posse e pelas benfeitorias.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 266.373-0/00 - Comarca de Caratinga - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Direito administrativo - Responsabilidade civil do Estado - Desapossamento ilícito. - Se o ente público, mesmo sendo proprietário do bem imóvel, promove de maneira ilícita o desapossamento do possuidor, sem a ação reivindicatória necessária, é devida indenização pelo valor econômico da posse e pelas benfeitorias.

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.

Belo Horizonte, 09 de maio de 2002. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sr^a. Des^a. Maria Elza - Trata-se de demanda de reintegração de posse cumulada com demanda indenizatória, posteriormente convertida em demanda indenizatória, ajuizada por José dos Santos e sua esposa Maria de Souza Santos em desfavor do Município de Vargem Alegre, pleiteando indenização, pelo fato de o Município ter esbulhado área de que seriam possuidores para a construção de terminal rodoviário.

Na sentença de fls. 152/158, a demanda foi julgada procedente, adotando os seguintes fundamentos:

"*De acordo com as provas dos autos, os requerentes de fato adquiriram o imóvel em questão, conforme demonstra o documento de fls. 08, e, embora não tenham o domínio do mesmo, já que encontra-se registrado em nome do requerido, verdade é que exerciam a posse do terreno desde sua aquisição.*

Provas também existem de que houve esbulho por parte do requerido, com a conseqüente retirada do local, de cercas e demais benfeitorias realizadas pelos requerentes, sendo que o documento de fls. 10, assinado por testemunhas e pelo próprio Prefeito Municipal, não foi impugnado pelo requerido.

As testemunhas que desfilaram nos autos dão conta de que a posse sobre o imóvel é exercida pelos requerentes desde que estes efetivaram sua aquisição, há mais ou menos vinte anos:

'os requerentes compraram o imóvel há aproximadamente 20 anos da pessoa Elio Gonçalves de Faria... No imóvel tinha duas casas, salvo pequeno engano, e o requerente José dos Santos fez uma chácara no local com pasto para gado. O imóvel era cercado. Há aproximadamente dois anos a Prefeitura de Vargem Alegre invadiu o imóvel, arrebentando a cerca e demolindo as casas' (depoimento da testemunha José Elias dos Santos, fls. 131).

(...)

Destarte, quanto à alegação do requerido, de que os requerentes não utilizavam o terreno com finalidade econômica, entendo que não deve prosperar, haja vista que comprovado restou, através das testemunhas ouvidas, que os requerentes, após a compra do imóvel, construíram no local uma chácara, e também uma cerca, para fins de criação de gado.

(...)

A meu sentir, as alegações dos requerentes, acerca do fato constitutivo de seu direito, no que tange ao esbulho ocorrido, não foram contestadas pelo requerido, ao revés, este afirmou que houve o esbulho, invertendo para si o ônus da prova, quando alegou que o imóvel encontrava-se abandonado pelos requerentes.

(...)

Todavia, não cuidou o requerido de provar suas alegações, ou seja, que o imóvel em questão, antes do esbulho, estava abandonado.

(...)

Assim, comprovados a posse dos requerentes sobre o imóvel, e o esbulho do requerido, atingindo tal posse, configurada está a desapropriação indireta, devendo os requerentes serem devidamente indenizados pela perda da posse sobre o imóvel, não obstante o fato do domínio pertencer ao requerido como demonstra os documentos do cartório do registro de imóveis acostados aos autos".

Em virtude do reexame necessário, o Juiz *a quo* determinou a remessa dos autos a este Tribunal.

Presentes os pressupostos para a sua admissibilidade, conhece-se da remessa necessária.

Questão de ordem.

Primeiramente, ressalto que o Ministério Público não foi intimado para se manifestar, pois no caso concreto não há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, sendo inaplicável o art. 82, III, do Código de Processo Civil.

Atualmente, não mais se confunde o interesse público com o interesse patrimonial do Estado. Foi com este fundamento que o Superior Tribunal de Justiça editou sua súmula, acrescentando o Enunciado 189, dispondo que é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais. No caso em tela, em que se discute indenização por desapossamento de um terreno, ocorre o mesmo: o interesse existente é meramente patrimonial, e não público, e não diz respeito a toda a coletividade. Portanto, os valores discutidos não transcendem os interesses das partes. Neste sentido já se pronunciou reiteradas vezes o Superior Tribunal de Justiça, como se vê, apenas a título de exemplo, no Recurso Especial 137.186/GO (*DJU* de 10.09.2001, p. 274), por sua Primeira Turma, Relator o Ministro José Delgado, assim ementado, no que interessa:

"*Processual Civil. Interpretação do art. 82, III, do CPC. Ação contra estado da federação. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade.*

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

- 2. Não caracteriza interesse público, para os fins previstos no art.

82, III, do CPC, o simples fato de entidade pública figurar no pólo passivo da demanda.

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

Este entendimento acompanha a moderna tendência de restringir a participação do Ministério Público no processo civil como fiscal da lei, liberando-o para atuar com maior eficiência na sua alta missão constitucional, no processo penal e no processo civil como autor.

Juízo de mérito.

A sentença deve ser confirmada.

Primeiramente, observo que a utilização da nomenclatura "desapropriação indireta" para casos semelhantes a este é inadequada. No caso em tela, o Município é o proprietário, titular do domínio, como comprova a certidão do registro de imóveis (fl. 49), sendo que os autores eram meros possuidores. Portanto, não ocorreu desapropriação, mas mero desapossamento.

Sendo proprietário, o Município tem o direito de reivindicá-lo. No entanto, para exercitar tal direito deveria ter-se utilizado da ação reivindicatória, uma vez que, sendo os autores possuidores do imóvel já há muitos anos, é impossível a utilização da justiça de mão própria que, nos termos do art. 502, *caput*, do Código Civil, deve ser exercida logo, e não depois de longo tempo. Está, então, caracterizado o ato ilícito, pois o Município abusou de seu direito, não o exercendo regularmente, sendo inaplicável o art. 160, I, do Código Civil.

Surge então o direito à indenização (art. 37, § 6º, da Constituição), como já proclamou o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 182.369/PR (*DJU* de 29.05.2000, p. 119), por sua Primeira Turma, Relator o Ministro Milton Luiz Pereira, assim ementado, no que interessa:

"*1. O possuidor, mesmo sem a titularidade do domínio, concretizado o apossamento administrativo ilícito, legitima-se ativamente ad causam para agir judicialmente postulando a indenização reparadora da afetação do seu patrimônio*".

Registre-se, no mesmo sentido, deste Tribunal de Justiça, a Apelação Cível 193.442-1 (julgada em 15.02.2001), por sua Quarta Câmara Cível, Relator o Desembargador Bady Curi, e a Apelação Cível 179.571-5 (julgada em 28.09.2000), por sua Terceira Câmara Cível, Relator o Desembargador Lucas Sávio Gomes, assim ementadas, respectivamente, no que interessa:

"*A posse legítima ou de boa-fé é expropriável, por ter valor econômico para o possuidor, fazendo este jus à indenização em virtude do apossamento administrativo ilícito de seu patrimônio, uma vez comprovada sua existência*".

"*Desapropriação - Imóvel - Posse - Valor econômico - Indenização devida. - Emergindo do processado a posse da parte sobre o imóvel expropriado, a qual não foi impugnada pelo órgão expropriante, iniludível é o seu direito à indenização correspondente, em face do conteúdo econômico do instituto da posse*".

A condição de possuidores foi fartamente comprovada pelos autores. É o que se pode perceber da guia de recolhimento de IPTU de fl. 15 e do documento de fl. 10, assinada pelo prefeito municipal e 5 (cinco) testemunhas, em que se afirma que foi retirado do endereço bem litigioso material pertencente ao autor e depositado no pátio da Prefeitura. As testemunhas confirmaram tais fatos. Por outro lado, a Prefeitura não comprovou que o imóvel estava abandonado, o que lhe cabia fazer (art. 333, II, do Código de Processo Civil).

Há também provas da existência de benfeitorias no local, levando à aplicação do art. 516 do Código Civil. O documento de fl. 8, confirmado pelo depoimento de seu signatário Elio Gonçalves de Faria (fl. 132), antigo possuidor do imóvel, demonstra a existência de uma casa de construção simples, com 5 (cinco) cômodos. A testemunha José Elias de Campos (fl. 131) atesta a existência de uma cerca e gado dos autores no local.

Portanto, a solução da sentença recorrida está correta.

Em face do exposto, no reexame necessário, confirma-se a sentença. As despesas recursais ficam a cargo do Município.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO EXECUTADO POR EDITAL - NOMEAÇÃO DE CURADOR À LIDE - IMPOSSIBILIDADE - DIREITOS PATRIMONIAIS - PRESCRIÇÃO - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - INADMISSIBILIDADE - REQUERIMENTO DE PRESCRIÇÃO POR REPRESENTANTE IRREGULAR - DEFERIMENTO - INSUBSISTÊNCIA - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 475 DO CPC, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 10.352/2001

- Conforme disposição expressa contida no § 2º do art. 475 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, em

vigor desde 27 de março de 2002, não está mais sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que, embora proferida contra a União, o Estado, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, contenha condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos.

- Se o executado ainda não tinha sido citado por edital, não havendo o reconhecimento de sua ausência, antecipada e irregular é a nomeação de curador à lide e, por conseqüência, insubsistentes tanto o requerimento da prescrição formulado por representante irregular quanto o seu deferimento, não se podendo reconhecê-la.

- A prescrição não pode ser declarada de ofício, em se tratando de direitos patrimoniais, a teor do art. 166 do Código Civil e § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 268.900-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Execução fiscal - Nomeação irregular de curador - Ausência de citação do executado por edital - Antecipação - Requerimento de prescrição por representante irregular - Decreto insubsistente. - Desde que não tenha sido ainda citado por edital o executado, com o reconhecimento de sua ausência, antecipada e irregular foi a nomeação de curador e, por conseqüência, insubsistentes tanto o requerimento de prescrição por representante irregular quanto o seu deferimento, não se podendo reconhecê-la de ofício, na forma legal.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de junho de 2002. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De plano, observa-se a não-sujeição da espécie, por seu valor, ao reexame necessário. Conforme disposição expressa contida no § 2º do art. 475 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, em vigor desde 27 de março de 2002, não está mais sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que, embora proferida contra a União, o Estado, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, contenha condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos.

Não se conhece do recurso necessário.

Conhece-se do recurso voluntário, presentes os requisitos à sua admissibilidade.

Tratam os autos de execução fiscal aforada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte em face de Antônio Ferreira do Valle, julgada extinta, com exame de mérito, pelo reconhecimento da prescrição intercorrente.

Irresignada, recorre a Fazenda Municipal, pretendendo a reforma da sentença aos argumentos, em síntese, de que, em se tratando de direitos patrimoniais, a prescrição não pode ser reconhecida de ofício, razão pela qual o MM. Juiz *a quo* designou defensor público para o réu ausente, nomeação esta incabida, já que o executado, ao que consta, não é hipossuficiente.

Alega ainda a ora apelante que não foram localizados o executado ou bens passíveis de sofrer constrição pela penhora; que, após, requereu a suspensão do processo, e assim permaneceu durante seis (06) anos, sem qualquer intimação para a Fazenda Municipal; que, após esse longo período, o ilustre Magistrado exarou decisão terminativa, nos termos do art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, julgando extinto o processo com esteio no art. 794, II, do CPC; alega, ainda, que não ocorreu a prescrição intercorrente, já que a Fazenda em momento algum permaneceu inerte, razões pelas quais pretende a ora apelante a modificação da decisão.

Ao exame da execução, observa-se que, após várias diligências infrutíferas, a requerimento da própria Fazenda, com base no art. 40 da Lei 6.830/80, a execução fiscal foi suspensa, tendo assim permanecido por mais de 06 (seis) anos, até a prolação da decisão.

Tem-se, de início, que a ação foi ajuizada em 02.03.92 e, não tendo sido encontrado o executado, aos 25.03.93, a pedido da Fazenda, foi suspenso o processo nos termos do art. 40 da Lei 6.830/80, renovando-se o prazo por mais 120 dias, permanecendo suspenso/arquivado até 15.05.2001. Após aquela data, em virtude da falta de representação do executado, foi-lhe nomeado defensor público, tendo o mesmo se manifestado pela prescrição.

Em princípio, existe a obrigatoriedade de ser nomeado curador à lide ao réu, *citado por edital*, como decorre do dispositivo expresso no inciso II do art. 9º do CPC.

Entretanto, no caso específico dos autos, como observado acima, *o executado ainda não foi citado.*

Assim, independente da discussão iniciada sobre a alegada impropriedade da nomeação de defensor público ao executado, por não se enquadrar o encargo em sua competência funcional restrita e exclusiva, tem-se por equivocada e antecipada a nomeação de curador à lide, que é exclusiva para os casos de requerido reconhecido ausente após a devida citação por edital, com os requisitos e formalidades legais.

Por conseqüência da nomeação indevida, porque antecipada, conclui-se que não havia respaldo para a decisão de acatamento da prescrição, não tendo sido o réu ainda devidamente citado por edital e, assim, irregular a sua representação por curador designado e insubsistente a argüição da prescrição, não havendo como considerá-la.

Sabido e assentado que a prescrição não poderá ser declarada de ofício (art. 166 do Cód. Civil e § 5º do art. 219 do CPC), não há como ser mantida a conclusão/decisão judicial de primeiro grau, neste aspecto.

Com tais razões, não se conhece do reexame necessário e dá-se provimento à apelação para reformar a sentença recorrida, não reconhecendo a prescrição decretada nestas circunstâncias e determinando o prosseguimento da execução, com a recomendação das diligências processuais acima, em especial a regular citação do executado.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA REMESSA OFICIAL E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - CARACTERIZAÇÃO - PREFEITO MUNICIPAL - PEDIDO DE AFASTAMENTO - PROVAS - NECESSIDADE

- Caracterizada a ilegitimidade passiva de um dos recorridos, cumpre seja o mesmo excluído do pólo passivo do recurso.

- A medida de afastamento do prefeito municipal, prevista no parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa -, revela-se como medida extrema, que somente deverá ser concedida mediante provas suficientes de que a autoridade está, efetivamente, obstando a regular instrução do processo.

AGRAVO Nº 270.446-8/00 - Comarca de Congonhas - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Caracterizada a ilegitimidade passiva de um dos recorridos, cumpre seja o mesmo excluído do pólo passivo do recurso. A medida de afastamento do Prefeito Municipal, prevista no parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa -, revela-se como medida extrema, que somente deverá ser concedida mediante provas suficientes de que a autoridade está, efetivamente, obstando a regular instrução do processo.

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 ACOLHER A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2002. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo Promotor de Justiça da 2ª Vara da Comarca de Congonhas/MG, inconformado com parte da decisão proferida pelo Juiz de Direito daquela Vara e Comarca nos autos da ação civil pública movida em face do Prefeito Municipal de Congonhas, Sr. Gualter Monteiro de Castro, e Construtora Urbanizadora Cosmos Ltda., em que o Magistrado primário indeferiu o pleito de afastamento do Chefe do Executivo local de suas funções, opôs este agravo de instrumento.

Com a proemial vieram aos autos os documentos de fls. 10/35.

Instado a prestar informações, o Juiz singular o fez mediante o ofício de fls. 43/44, declinando as razões que o motivaram a proferir e manter a decisão hostilizada.

Em contraminuta às fls. 48/56, o agravado Gualter Monteiro combateu os termos recursais, pugnando pela manutenção da decisão primitiva. Na oportunidade trouxe aos autos os documentos de fls. 58/110.

Por sua vez, também a Construtora e Urbanizadora Cosmos Ltda. apresentou contraminuta às fls. 112/114, argüindo, em preliminar, ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo deste recurso.

Sendo este, em apertada síntese, o relatório, passo a proferir o meu voto.

Preliminarmente.

Em seara de preliminar, cumpre-nos apreciar a matéria deduzida pela agravada Construtora Urbanizadora Cosmos Ltda., no que a vejo com inteira razão.

É que, na verdade, o que se pretende com este recurso nada mais é que a reforma parcial da decisão guerreada (cópia às fls. 10/14), de modo que se determine "*o imediato afastamento de Gualter P. Monteiro do cargo de Prefeito Municipal, sem prejuízo da remuneração, conforme admitido pela Lei 8.429/92 (art. 20, parágrafo único)*" (fls. 09).

Assim, a ilegitimidade passiva da construtora/agravada para figurar no pólo passivo deste recurso revela-se manifesta, pelo que acolho a preliminar articulada pela recorrida Construtora Urbanizadora Cosmos Ltda., a fim de excluí-la do pólo passivo deste recurso.

Mérito.

Adentrando nas razões de mérito do recurso em voga, verifico que razão alguma assiste ao agravante em seu inconformismo.

Com efeito, ao que se desume dos autos, o ora recorrente pretende, na ação civil pública donde provém este recurso, o ressarcimento do preço superfaturado pago pelo Município de Congonhas na obra de assentamento de meios-fios e bueiros no acesso à Vila Cardoso, no Município de Congonhas/MG, obra esta realizada pela empresa Construtora Urbanizadora Cosmos Ltda., no ano de 1996, quando, também, o dito Município era dirigido pelo agravado Gualter Monteiro.

Após aduzir não ser indispensável ao deferimento da medida de afastamento "*a efetiva prática de atos por parte do requerido, no sentido de interferir na produção da prova*" (fls. 05), articulando ser "*mais do que suficiente a existência de indícios apontando a possibilidade real de que os pratique*" (fls. 06), alega o agravante que, no caso *sub exame*, está "*ao livre alvedrio do requerido-alcaide, caso permaneça no cargo, determinar intervenções que modifiquem o local periciado em sede administrativa*" (fls. 07).

A meu juízo, a medida de afastamento do Prefeito Municipal, prevista no parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa -, revela-se como medida extrema, que somente deverá ser concedida mediante provas suficientes de que a autoridade está, efetivamente, obstando à regular instrução do processo. A dar amparo a este entendimento, tenha-se o voto proferido pelo i. Des. Carreira Machado no julgamento do Agravo nº 170.424/6, da Comarca de Sete Lagoas/MG.

Tenha-se, ainda, a propósito, o precedente relatado pelo nobre Des. Corrêa de Marins (Agravo de Instrumento nº 170.751/2, Comarca de Formiga), em que foi acompanhado na íntegra por seus Pares de então, os não menos notáveis Desembargadores Pinheiro Lago e Abreu Leite, quando S. Exª assim se manifestou:

"*A referida ação foi proposta com base na Lei nº 8.429/92, cujo artigo 20 estatui que 'a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória'.*

É certo que o respectivo parágrafo único permite o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

No entanto, para que se pudesse cogitar da aplicação dessa exceção, fazia-se mister a demonstração da necessidade de aplicação da medida extrema, o que, em momento algum, emergiu dos autos.

Não basta a simples possibilidade ou o receio subjetivo do agravado ou do Magistrado de que o agravante venha a prejudicar a instrução processual para justificar a drástica medida do afastamento. É necessária a presença de elementos objetivos que indiquem a probabilidade de uma tal conduta".

Pois bem, no caso presente, não consta dos autos comprovação alguma de que o agravado Gualter esteja se valendo de seu cargo político para obstaculizar ou mesmo prejudicar a instrução processual, até porque, como muito bem anotou o Magistrado *a quo*, "*os fatos* sub judice *ocorreram durante a gestão do requerido (...) no período compreendido entre 1993/1996*", o que os torna "*consolidados e administrativamente documentados, em razão das formalidades que informam o exercício das finanças públicas, adquirindo assim perenidade, suscetíveis de serem mensurados e avaliados tecnicamente*" (fls. 12), daí por que, ao menos por enquanto, afastar-se o Prefeito Municipal de Congonhas de seu cargo, para o qual foi eleito pelo voto dos cidadãos de sua cidade, mostra-se para mim incorreto e inoportuno.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA ANTECIPADA - MATADOURO MUNICIPAL QUE COLOCA EM RISCO A SAÚDE DA POPULAÇÃO - POSSIBILIDADE

- Admite-se a concessão de tutela antecipada em ação civil pública.

- A permanência de matadouro municipal sem condições mínimas de higiene, conforme laudo do IMA, constitui fato capaz de justificar a concessão da tutela de urgência.

AGRAVO Nº 272.212-2/00 - Comarca de Cataguases - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Processo Civil - Agravo de instrumento - Tutela antecipada em ação civil pública - Matadouro municipal que coloca em risco a saúde da população - Possibilidade. - Admite-se a concessão de tutela antecipada em ação civil pública. A permanência de matadouro municipal sem condições mínimas de higiene, conforme laudo do IMA, constitui fato capaz

de justificar a concessão da tutela de urgência.

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, 08 de abril de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo agravado, o Dr. José Jorge Neder.

O Sr. Des. Wander Marotta - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra ato do MM. Juiz de Direito da Comarca de Cataguases, que, em ação civil pública, negou a tutela antecipada requerida pelo agravante, conforme decisão de fls. 51/52.

Sustenta o recorrente ser cabível, em tese, a tutela antecipada, conforme precedentes deste Tribunal (Ag. 000.170.011-1 - Rel. Des. Aloysio Nogueira e Ag. 000.192.954-6 - Rel. Des. Orlando Carvalho), ainda que contra a Fazenda Pública, passando, em seguida, a demonstrar o risco de manutenção do matadouro municipal dito provisório, o que faz com base em laudo do IMA (fls. 31/35) e em declarações da médica que inspecionou o local (fls. 27).

O Senhor Prefeito Municipal, ouvido no ICP, declara que o matadouro detém condições sanitárias satisfatórias, atribuindo a perseguições políticas as denúncias em contrário.

Dispenso o parecer da douta Procuradoria de Justiça porque "*não faz sentido tomar parecer do Ministério Público nos processos em que este atue como parte*" (Emb. de Dec. no REsp 184.906/SP, *DJU* de 29.11.99 - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Conheço do recurso, tempestivo e isento de preparo.

A Lei 7.347, de 1985, que disciplina a ação civil pública, prevê expressamente a possibilidade da concessão de medida cautelar (art. 4º) e manda aplicar o CPC naquilo que a não contrarie (art. 19).

Ora, a explícita possibilidade da tutela cautelar de urgência torna claro, desde logo, que não há antinomia evidente das disposições dessa lei contra qualquer medida que, de imediato, busque prevenir danos e/ou perigo relevante, principalmente quando se considera que, por ocasião de sua edição, o instituto ainda não fazia parte do arsenal jurídico das medidas tutelares ou de antecipação dos provimentos jurisdicionais.

Por outro lado, a tendência moderna da jurisprudência é a de prestigiar a concessão das chamadas tutelas de urgência, se cumpridos os pressupostos que a lei antecipadamente institui, visto constituírem medidas efetivas de afastamento da inafastável morosidade das decisões definitivas.

Por isso é que, seja com fundamento doutrinário, seja com base em conhecidos precedentes, nada há que obste à concessão, em tese, da tutela antecipada em ação civil pública.

Além dos precedentes citados no recurso, há outros, deste mesmo Tribunal, admitindo a possibilidade da concessão de tutela antecipada na ação civil pública, como, por todos, está dito quando do julgamento do Agravo 230.649-6/00 - Rel. Des. Lúcio Urbano ("*Minas Gerais*" de 19.12.2001), onde ficou consignado:

"*As restrições, em direito, são explícitas, e, no caso da tutela antecipada, exaustivas, dada a particularidade do instituto. Em direito 'exceção' é efetivamente 'exceção', e como tal deve ser contemplada e utilizada. Assim, inexistindo na lei de regência proibição para que seja concedida a tutela antecipada e tendo em vista o disposto contido no art. 5º, XXXV, da CF, é possível a concessão da medida pleiteada*".

Por outro lado, não cabe, aqui, a aplicação da Lei 9.494/97, circunscrita a hipóteses diversas.

A tutela antecipada exige prova pré-constituída dos fatos que sustentam a alegada verossimilhança da alegação, além da efetiva possibilidade de perigo.

A verossimilhança, pode-se dizer, está reconhecida pelo próprio Município, quando providencia, desde já, a construção de matadouro definitivo, cuja conclusão está prevista para este mesmo mês de março, segundo se anuncia.

Além disso, vem atestada pelo laudo técnico do IMA e pelo contundente depoimento da médica ouvida no ICP.

Ora, a saúde da população é bem precioso, que merece efetiva proteção do Estado. Se, até hoje, caso grave de contaminação não surgiu na cidade, não significa dizer que não possa ocorrer a qualquer momento, cabendo ao Poder Público obstar a possibilidade, não patrociná-la.

Em outros termos: o perigo é permanente e renova-se a cada abate.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para deferir a tutela antecipada requerida pelo agravante e determinar ao Município que encerre, em 30 (trinta) dias, as atividades do matadouro situado no Parque de Exposições da cidade, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R$500,00 em favor do Fundo instituído na legislação específica.

Sem custas.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Alvim Soares - Também estou de acordo com os votos precedentes, também concedendo à autoridade do Município de Cataguases o prazo de trinta dias para a reforma ou a feitura do matadouro.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

3 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

PREFEITO - DOAÇÃO DE TERRENO EM DESACORDO COM A LEI - AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE DOLO - CRIME PREVISTO NO ART. 1°, INCISO X, DO DECRETO-LEI N° 201/67 - DESCONFIGURAÇÃO - PROCESSO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA

- A alteração da competência, decorrente de circunstâncias ocorridas no curso da ação penal, não retira a validade dos atos até então praticados. Se o ex-prefeito que vinha sendo processado pela Justiça de primeiro grau por crime de gestão retornou à prefeitura por reeleição, tal fato estabelece a competência especial do Tribunal de Justiça para julgá-lo, por prerrogativa de função do acusado.

- Tratando-se de doação simples, sem qualquer contraprestação, não comportando, portanto, pesquisa de melhor oferta, é totalmente dispensável o procedimento licitatório previsto nos arts. 1°, 2° e 3° da Lei Federal n° 8.666/93, com apoio no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

- Os crimes regidos pelo art. 1° do Decreto-lei n° 201/67 não são de mera conduta, mas de natureza formal, com expectativa de dano ou perigo, cuja punição requer a presença de dolo, ainda que eventual.

- Não há o dolo necessário à tipificação do crime previsto no art. 1°, inciso X, do Decreto-lei n° 201/67, na conduta do prefeito que faz doação, em desacordo com lei municipal, de diminuta área de baixo valor comercial, mas que se amolda às necessidades rudimentares de abrigo do paupérrimo casal donatário, podendo-se inserir a omissão em nível de mera irregularidade, a qual ensejou ação popular julgada procedente, retornando o imóvel a seu *statu quo ante*, ressaltando-se, daí, que nenhum prejuízo sofreu o patrimônio público. Nesta hipótese, deve o prefeito beneficiar-se do princípio da insignificância, princípio que torna irrelevante o não-atendimento da referida lei municipal.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA N° 116.611-5/00 - Comarca de Jacuí - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Julga-se improcedente a denúncia e se absolve.

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, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL FEITA PELOS DOUTOS PROCURADOR DE JUSTIÇA E MARCOS CALDAS MARTINS CHAGAS, À UNANIMIDADE, ABSOLVER O ACUSADO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2001. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - O ex-Prefeito do Município de Fortaleza de Minas, da Comarca de Jacuí, foi denunciado e processado como incurso nas sanções do art. 1°, inciso X, do DL 201/67, porque, durante a sua gestão de 1993 a 1996, doou a José Ronaldo Silva e sua mulher, Divina Maria de Jesus Severino Silva, sem aprovação da Câmara Municipal e sem licitação, bem como sem que a escritura contivesse cláusula resolutiva, contrariando a Lei Municipal n° 191/79, um "lote" de terreno público situado na Rua Padre Licínio, Quadra 52 e medindo 3,38 m x 6,7 m x 3,05 m, ou seja, medindo 13,41m2. A escritura, lavrada a 04.12.96, encontra-se à fl. 14-TJ.

O Promotor de Justiça fez proposta de suspensão condicional do processo, à fl.114-TJ, mas dela se retratou ao perceber que o denunciado tinha contra si outro processo em andamento.

Apresentada a defesa preliminar de fl. 153-TJ, a denúncia foi recebida à fl. 158-TJ, e, citado, foi o denunciado interrogado, conforme se vê às fls. 160 e 161-TJ.

Em sua defesa prévia de fl. 162-TJ, Jovani se disse inocente e arrolou as testemunhas.

Procedeu-se à inquirição de testemunhas - *vide* fls. 167-173, 181-186 e 206-TJ.

Procedeu-se também a uma perícia de que resultaram os laudos de fl. 152 e 177-TJ.

A certidão de fl. 191-TJ dá conta de que Jovani concorreu vitoriosamente às eleições municipais de 1°.10.00, tomando posse novamente como Prefeito, a 1°.01.01, em razão do que os autos vieram ter a este egrégio Tribunal de Justiça para prosseguimento do processo por força do art. 29, inciso X, da Constituição Federal.

Assim, a partir de fl. 214-TJ, o processo, já com a instrução encerrada, teve andamento neste Tribunal.

Não tendo diligências a requerer, a Procuradoria-Geral de Justiça adiantou suas alegações finais às fls. 216-221-TJ.

Jovani, por sua vez, requereu perícia complementar (fls. 225 e 226), requerimento que indeferi por entendê-la supérflua - *vide* fl. 229-TJ.

Em suas alegações finais, às fls. 235-239-TJ, em preliminar, pediu o citado Jovani designação de sessão especial para "*ratificação dos atos praticados no juízo de primeiro grau*". Quanto ao mérito, disse e enfatizou que o

art. 1° da Lei Municipal n° 191/79 autorizava o ato de liberalidade e esclareceu que a doação tinha por objetivo agasalhar uma família carente, uma família que, no terreno doado, ergueria seu barracão. Disse Jovani que não agiu com dolo, que o terreno era sem expressão econômica e se encontrava na posse de terceiro; enfim, pediu a absolvição ou a imposição de pena mínima.

Este, o relatório.

A alteração da competência, decorrente de circunstâncias ocorridas no curso da ação penal, não retira dos atos, até então praticados, a validade. É o caso dos autos: o ex-Prefeito que vinha sendo processado pela Justiça de primeiro grau por crime de gestão retornou à Prefeitura por reeleição, fato que estabeleceu a competência especial do Tribunal de Justiça por prerrogativa de função do acusado.

A meu ver, a eficácia do processo, no estágio em que se encontrava, independe de ratificação expressa e explícita da Procuradoria-Geral de Justiça, principalmente, em audiência pública, formal e especial. Afinal, o Ministério Público é uno e indivisível, e, não fosse isso, quando do oferecimento das alegações finais pela Procuradoria, o fato de as ter ofertado significa sua plena concordância com o prosseguimento do processo.

Indefiro, pois, a diligência requerida e passo ao exame do mérito.

Dúvida não há de que o gesto de benemerência do Prefeito se deu irregularmente.

A Lei n° 191/79 permitia a doação, em tese, desde que com a finalidade de edificação de moradia própria e constante da escritura, segundo seu art. 10, uma cláusula resolutiva para reversão automática do imóvel ao patrimônio municipal, caso não se comprovasse a construção no prazo de 180 dias, a contar da aprovação do projeto. Esta é, pois, uma cláusula necessária à formalização da escritura de fl. 14 e v.-TJ.

No que respeita ao procedimento licitatório determinado na Lei Federal n° 8.666/93, em seus arts. 1°, 2° e 3°, com apoio no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, procedimento não adotado pelo Prefeito, era ele totalmente dispensável por se tratar de doação simples, sem qualquer contraprestação, não comportando, portanto, pesquisa de melhor oferta.

Esta dispensa de licitação é pregada por JOSÉ NILO DE CASTRO em *A defesa dos Prefeitos e Vereadores em Face do DL 201/67*, p. 38, bem como por MARIA ADELAIDE FRANÇA, em *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*, à p. 02, quando cita LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, em *Direitos dos Licitantes*, às p. 12 e 13.

Como se vê, o "pecado" do Prefeito se resume em não haver clausulado de reversão a escritura. Confesso que não consigo ver dolo no procedimento adotado, dolo que é necessário à tipificação do crime. Confesso que não vejo malícia, privilégio ou vantagem pessoal no fato. E, mais, as testemunhas ouvidas noticiaram que a doação fazia parte de um projeto de assistência social, em que seriam beneficiadas várias famílias carentes, previamente selecionadas.

Permito-me dizer que havia total ausência de dolo, total ausência de vontade de descumprir a lei, podendo-se inserir a omissão em nível de mera irregularidade, irregularidade que ensejou ação popular julgada procedente (fls. 120-126-TJ), retornando o imóvel a seu *statu quo ante*.

Daí ressalta a conclusão de que nenhum prejuízo sofreu o patrimônio público, mesmo porque o "lote" ou o imóvel é acanhado, mede apenas 13,41 m2, tem forma irregular, é um triângulo e não passa de um resíduo de um loteamento de bairro, sem qualquer atrativo comercial e de baixo valor de mercado (R$260,00), conforme se vê à fl. 152-TJ.

Lamento ter que verificar e constatar até onde vai a pobreza ou a mesquinhez humana. A diminuta área não deixava de se amoldar às necessidades rudimentares de abrigo do paupérrimo casal donatário.

Deve o Prefeito beneficiar-se do princípio da insignificância, princípio que torna irrelevante o não-atendimento ao art. 10 da Lei Municipal n° 191/79.

Segundo se vê em *RT*, 473/344, os crimes regidos pelo art. 1° do DL 201/67 não são de mera conduta, senão que de natureza formal, com expectativa de dano ou perigo, cuja punição requer a presença de dolo, ainda que eventual e, como já disse, dolo não houve.

Com essas considerações, julgo improcedente a denúncia e, nos termos do art. 386, inciso VI, do CPP, absolvo Jovani Neferson de Souza da imputação que lhe foi feita, para todos os fins de direito.

Custas, *ex lege*, pelo Estado.

O Srs. Desembargadores Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Roney Oliveira e Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL FEITA PELOS DOUTOS PROCURADOR DE JUSTIÇA E MARCOS CALDAS MARTINS CHAGAS, À UNANIMIDADE, ABSOLVERAM O ACUSADO.

-:::-

SENTENÇA CRIMINAL - ENTREGA EM CARTÓRIO E PUBLICAÇÃO QUANDO O JUIZ NÃO TEM MAIS JURISDIÇÃO NA COMARCA - INCOMPETÊNCIA DO JUIZ - NULIDADE ABSOLUTA - CONHECIMENTO *EX OFFICIO*

- Tratando-se de incompetência do juiz para a prolação da sentença, a nulidade é absoluta, podendo ser conhecida até mesmo *ex officio*, independente-

mente do interesse e manifestação das partes, mesmo diante do que dispõe a Súmula nº 160 do STF.

- A competência do prolator da sentença criminal é determinada a partir da data da sua entrega em cartório para a publicação, e não a partir da data da sua assinatura. A sentença só se convola em ato jurisdicional quando publicada em mão de escrivão. Entregue e publicada quando o juiz já não mais estava em exercício na comarca, a sentença, mais que nula, é inexistente, porque prolatada por juiz incompetente.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 153.512-9/00 - Comarca de São João Nepomuceno - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Recurso em sentido estrito - Decisão de rejeição da denúncia prolatada por juiz que já não tem mais jurisdição na comarca - Nulidade. - "*A sentença só se convola em ato jurisdicional quando publicada em mão do escrivão. Publicada quando seu prolator não mais estava em exercício na Comarca, mais que nula, é inexistente*".

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, 27 de novembro de 2001. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo recorrido, o Dr. Marcelo Leonardo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - O ilustre defensor observou que a preliminar de nulidade da sentença não consta do recurso ministerial. Assim, como não está no meu voto a análise desta preliminar, vou adiar o julgamento para verificação da mesma, porque, embora tenha mencionado esta circunstância, não decidi a respeito.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO RELATOR PARA APRECIAÇÃO DE UMA PRELIMINAR SUSCITADA PELA DEFESA NO SENTIDO DE QUE A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ QUE NÃO ESTAVA MAIS NO CARGO NÃO PODE SER ACATADA, PORQUE NÃO CONSTA DO RECURSO MINISTERIAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo recorrido, o Dr. Marcelo Leonardo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Este feito teve seu julgamento adiado na sessão do dia 09.10.01, a meu pedido, para apreciação de uma preliminar suscitada pela defesa, no sentido de que a preliminar de nulidade de sentença

prolatada por juiz que não estava mais no cargo, não pode ser acatada, porque não consta do recurso ministerial.

Meu voto é o seguinte:

O douto representante do Ministério Público da Comarca de São João Nepomuceno, não se conformando com a r. decisão de fls. 84/87-TJ, que rejeitou denúncia ofertada contra Júlio Augusto Fernandes Moreira, interpõe o presente recurso em sentido estrito.

Nas razões de fls. 92/99-TJ, aduz o douto Órgão recorrente que contra Júlio Augusto Fernandes foi ofertada denúncia por crime previsto no art. 129, § 1º, inc. I, c/c art. 61, inc. II, letras *a*, *c* e *h*, do Código Penal, por ter ele, em 04.10.96, no Distrito de Carlos Alves, Comarca de São João Nepomuceno, causado lesões corporais de natureza grave contra o seu tio Elmar Batista Moreira.

Que o douto Magistrado *a quo* entendeu de rejeitar a peça inicial sob o fundamento de que o primeiro laudo pericial realizado consubstanciou lesões leves e que o exame complementar somente foi realizado dois meses após a data do crime, contrariando jurisprudência assentada dos tribunais no sentido de "*ser imprestável perícia médica realizada 37 dias após o fato...*" (*RT*, 412/279).

Argumenta o ilustre membro do *Parquet* que, rejeitando a denúncia, o MM. Juiz indiretamente desclassificou o crime imputado como sendo de lesões leves, o que lhe era defeso, já que dita providência somente poderia ter sido tomada na fase da sentença, jamais reconhecê-la no despacho de recebimento ou repúdio da denúncia.

Assevera, ainda, que o douto Magistrado *a quo* se utilizou também do fundamento de não ter havido delito porque o acusado não agrediu a vítima, inobstante estar a agressão mais do que provada nos autos e ter sido a lesão de natureza grave.

Pleiteia, por fim, o provimento do recurso para que a inicial acusatória seja recebida nos termos em que está proposta.

Nas contra-razões recursais (fls.102/104-TJ), pugna a defesa do recorrente pela manutenção da decisão.

Subiram os autos, e nesta instância revisora a ilustrada Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo retorno dos autos à comarca de origem para o cumprimento do disposto no art. 589, *caput*, do CPP (fl. 108-TJ).

A diligência foi cumprida às fls. 115/116-TJ, tendo o MM. Juiz plantonista mantido a decisão objurgada.

Às fls. 122/127-TJ, manifesta-se novamente o douto representante do Ministério Público, ora recorrente, pleiteando agora a nulidade da decisão objurgada, porquanto prolatada por juiz absolutamente incompetente, sem jurisdição na Comarca, eis que, quando

da publicação do *decisum*, o seu Prolator já se havia afastado de suas funções em razão de promoção, consoante certidão passada pela secretaria judicial de fl. 126-TJ.

Diz, ainda, que o despacho de retratação que manteve a rejeição da denúncia (fls.115/116-TJ) também é nulo, porque o MM. Juiz que o proferiu é irmão do Juiz titular da Comarca, que já havia anteriormente funcionado no processo (fl. 105-TJ), encontrando-se, pois, impedido, a teor do que dispõe o art. 252, I, do CPP.

A douta Procuradoria de Justiça opina pela decretação da nulidade, a fim de que novo juízo de retratação seja exercido.

Determinei que fossem juntados aos autos ofícios remetidos pelo Presidente desta egrégia Corte e pelo Corregedor de Justiça, informando-nos que o Dr. Murilo de Sá Júnior, Juiz prolator da decisão objurgada, foi promovido da Comarca de São João Nepomuceno para a 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, mas que, em 06.11.98, o aludido Magistrado foi designado para ficar cooperando na Comarca de São João Nepomuceno no período de 1° a 10.12.98, conforme publicação no "*Diário do Judiciário*" de 06.11.98 (fls. 148/149 e 153/154-TJ).

Na contracapa dos autos, foi juntado memorial do recorrido Júlio Augusto Fernandes Moreira pugnando pelo não-conhecimento das preliminares de nulidade, intempestivamente suscitadas pelo RMP, eis que não argüidas nas razões do seu recurso (fls. 92/99-TJ).

Na aludida peça, assevera ainda que o efeito devolutivo no recurso da acusação fica limitado à matéria que tiver sido argüida nas respectivas razões recursais e na petição de recurso e que a Súmula nº 160 do STF é muito clara ao afirmar que "*é nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação*".

Culmina asseverando que o acréscimo extemporâneo, contido em petição atravessada nos autos, que sequer contém despacho de juntada por autoridade judiciária de 1ª ou de 2ª instância, não pode ser examinado no julgamento do presente recurso em sentido estrito.

É o relatório no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não procede a preliminar suscitada da tribuna pela defesa do recorrido no sentido de que não se poderia acatar preliminar de nulidade da sentença prolatada por juiz que não estava mais no cargo, por não constar do recurso ministerial.

Data venia, tratando-se de nulidade absoluta, poderia ser conhecida até mesmo *ex officio*, independentemente do interesse e manifestação das partes, mesmo diante do que dispõe a Súmula 160 do STF.

Rejeito, portanto, a preliminar.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Tratando-se de incompetência do juiz para prolação de sentença, a nulidade, realmente, é absoluta, nos termos do art. 564, inciso I, do Código de Processo Penal, razão pela qual não há como considerar inoportuna a argüição neste sentido levantada pelo Promotor de Justiça, quando em diligência os autos em Comarca de origem e após interposição de recurso pela acusação.

Rejeito, também, a preliminar suscitada em memorial da tribuna, acompanhando o eminente Relator.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Passo ao exame do recurso ministerial.

Mostra-se procedente a alegação do douto representante do Ministério Público de nulidade da sentença, por incompetência de seu Prolator.

Como sabido, é da data da entrega da sentença criminal em cartório para a publicação, e não a da sua assinatura, que se determina a competência de seu prolator.

No presente caso, de acordo com as informações prestadas pelo Presidente deste eg. Tribunal e pelo Corregedor de Justiça (fls. 149 e 154-TJ), o Dr. Murilo de Sá Júnior, prolator da decisão objurgada, estava designado para cooperar na Comarca no período de 1° a 10.12.98 e, de conformidade com a certidão de fl. 87- TJ, a r. decisão, embora datada de 08.12.98, somente foi entregue em cartório e publicada, no dia 30.12.98, quando o douto e culto Prolator ali já não tinha mais jurisdição.

Ora, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

"*A sentença só se convola em ato jurisdicional quando publicada em mão do escrivão. Entregue em cartório, quando o juiz já não tem jurisdição na comarca, a sentença há de considerar-se prolatada por juiz incompetente. Sendo em conseqüência nula (CPP art. 564, II)*" (*HC* 69/436-5, *DJU* de 13.11.92, p. 20.852).

Nesse mesmo sentido é o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça:

"*A publicação de sentença criminal é condição de sua existência e faz-se pela remessa dos autos ao escrivão. Se o juiz não mais exercia jurisdição na Comarca quando os remeteu ao serventuário, incorre a decisão em nulidade absoluta ou inexistência, não podendo ser convalidada por designação retroativa do órgão judiciário para atuar na Comarca em que prolatou a sentença*" (STJ - R*HC* - Rel. Anselmo Santiago - *RT*, 727/447).

O Tribunal de Justiça de São Paulo também já manifestou que:

"*A sentença publicada quando seu prolator não mais estava em exercício na comarca, mais que nula,*

é inexistente" (TACRIM-SP - j. 11.12.91 - *RT*, 676/311).

E mais:

"*Sentença criminal - Prolação por juiz incompetente - Falta de jurisdição - Promoção para outra comarca, onde já havia tomado posse do cargo ao proferi-la - Ato inexistente - Constrangimento ilegal configurado* - Habeas corpus *concedido. - Se falta ao juiz jurisdição, a sentença não é nula e sim inexistente. Onde não há jurisdição não pode haver julgamento e o ato, quaisquer que sejam seus caracteres e finalidade, é considerado não existente*" (TACRIM - *SP* - *HC* - 6ª C. - j. em 17.5.83 - Rel. Juiz Celso Limonge - *RT*, 582/319).

Esta egrégia Terceira Câmara Criminal, por mais de uma vez, em decisões unânimes, já acolheu preliminar de nulidade da sentença porque proferida por juiz incompetente, sem jurisdição na Comarca. Cito aqui a Apelação Criminal nº 76.456-3, da Comarca de Buenópolis, em que eu mesmo fui Relator e a Apelação Criminal nº 132.805-3, da Comarca de Lambari, em que foi Relator o em. Des. Kelsen Carneiro.

Portanto, não existe a menor dúvida de que a referida decisão foi prolatada por quem não mais tinha competência para fazê-lo, sendo, pois, nula de pleno direito.

Diante do exposto, acolhendo a preliminar suscitada pelo Ministério Público da Comarca, dou provimento ao recurso para anular a r. decisão que rejeitou a denúncia ofertada contra Júlio Augusto Fernandes Moreira, determinando que outra decisão seja proferida, por juiz competente.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - A sentença recorrida (fls. 84/87-TJ), proferida pelo Dr. Murilo de Sá Júnior, está datada de 08 de dezembro de 1998, tendo sido entregue e publicada em cartório no dia 30 do mesmo mês e ano, seguindo-se a intimação das partes.

Ocorre que, conforme certidões e informações constantes dos autos e mencionadas no voto precedente, o referido Magistrado, na data em que a sentença discutida se fez entregue e registrada em cartório, não mais exercia suas funções na Comarca de São João Nepomuceno, nem mesmo a de cooperador, que exercitou por 10 (dez) dias após a sua promoção para Juiz de Fora.

A sentença recorrida foi, portanto, não resta dúvida, prolatada por quem não mais exercia jurisdição na comarca, circunstância esta que constitui nulidade absoluta, como bem explicou o em. Relator no seu voto.

A respeito da matéria já pude, anteriormente, expor meu ponto de vista, expresso na Apelação Criminal nº 132.805/3, da Comarca de Lambari, referida pelo Des. Odilon Ferreira no seu voto, que, no mais, contém jurisprudência e doutrina a respeito do assunto.

Acompanho S. Exa. para também anular a decisão examinada, devendo outra ser prolatada por juiz competente.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

DENÚNCIA - REJEIÇÃO POSTERIOR AO RECEBIMENTO - RETRATAÇÃO PELO JUIZ SINGULAR - IMPOSSIBILIDADE - PRONÚNCIA - CO-DENUNCIADO - PARTICIPAÇÃO - MATERIALIDADE COMPROVADA - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA - IMPRONÚNCIA - DESCABIMENTO - RÉU SEM ANTECEDENTES - AGUARDO DO JULGAMENTO EM LIBERDADE

- O recurso cabível contra a parte da decisão que rejeita a denúncia é o de apelação, porque ferido o mérito da causa.

- Recebida a denúncia, é defeso ao juiz reconsiderar a decisão para rejeitá-la, sob pena de nulidade.

- A pronúncia tem natureza eminentemente processual, encerrando mero juízo de admissibilidade.

- Para a pronúncia, bastam indícios, não se exigindo prova plena e absoluta, uma vez que não se trata de sentença definitiva. Presentes o convencimento da existência do crime e indícios da participação do co-denunciado, impõe-se a sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri, já que, nessa fase, observa-se o princípio *in dubio pro societate.*

-À míngua de informações acerca dos antecedentes do réu, pode o julgador deixar de decretar-lhe a prisão provisória, atento ao prescrito no § 2º do art. 408 do CPP, ensejando-lhe aguardar o julgamento em liberdade.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 161.585-5/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Processual Penal - Denúncia - Rejeição posterior ao recebimento - Impossibilidade de retratação pelo juiz singular - Pronúncia - Co-denunciado - Participação - Materialidade comprovada - Indícios suficientes de autoria - Impronúncia - Descabimento. - Recebida a denúncia, é defeso ao juiz reconsiderar a decisão para rejeitá-la. Presentes o convencimento da existência do crime e indícios

de sua participação, impõe-se a submissão do co-denunciado a julgamento pelo Tribunal do Júri. Observa-se, nessa fase, o princípio *in dubio pro societate.*

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 ACOLHER PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Pela prática, em concurso de agentes, de homicídio qualificado contra o presidiário-vítima João S. de Castilho, Waldir Cavalcante de Souza, Lucélio Amorim Seixas, Jother Patrício Veloso e João Batista de Souza Leite foram denunciados, em 20 de maio de 1987, nas penas do art. 121, incisos II e IV, c/c art. 29, todos do CP. Instaurou-se, em face do recebimento da denúncia (fl. 166-v), a ação penal de nº 145.93.025.895-2.

Na fase do art. 406 do CPP, a Promotora de Justiça apresentou suas alegações de fls. 263/272, mantendo a qualificadora consistente em recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, inobservando a existência do motivo fútil anteriormente alegado, acrescentando as qualificadoras referentes à ocorrência de motivo torpe e de meio cruel, requerendo a pronúncia dos denunciados nas penas do art. 121, incisos I, III e IV, do CP.

E, em separado, ofereceu denúncia contra Geraldo Gurgel Filho e Renato Dias de Freitas. O primeiro, então Diretor do Centro de Reeducação de Juiz de Fora, foi denunciado por omissão em sua obrigação de cuidado prevista no art. 13, § 2º, alínea *a,* do CPB, já que deveria ter transferido a vítima ou tomar outras providências. O segundo, Chefe de Disciplina da mesma entidade, por ter sido elo de ligação entre mandante e mandatário do crime.

A aludida denúncia foi recebida pelo Juiz Titular Élcio Corrêa Costa, em 11/março/1991 (conforme fls. 02/07 do apenso e cópia juntada pelo RMP às fls. 317/322), dando origem à ação penal de nº 145.93.025.893-7.

Na decisão prolatada em 17/setembro/1991 (fls. 281/289), o Juiz Cooperador Alcino Waldir Leite:

- declarou extinta a punibilidade em relação a Waldir Cavalcante de Souza, em face do seu falecimento, conforme certidão de óbito de fl. 219;

- pronunciou os denunciados Lucélio Amorim Seixas e Jother Patrício Veloso como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, I, III e IV, c/c art. 29, todos do CPB;

- impronunciou João Batista de Souza Leite, "*por não vislumbrar sua mínima participação no evento*", e

- rejeitou, tachando-a de aditada, a denúncia oferecida contra Geraldo Gurgel Filho e Renato Dias de Freitas (que, frise-se, já fora recebida).

Inconformado, interpôs o RMP o presente recurso, pugnando, nas razões de fls. 299/316 (que somente vieram aos autos em 26/agosto/1994), pela pronúncia de João Batista de Souza Leite, e pela desconstituição da decisão na parte pertinente à "*rejeição da denúncia que sequer se encontrava nos autos*" e que, recebida, "*inaugurou outro processo*".

Depois de contra-arrazoado por João Batista (fls. 332/333, juntadas aos autos em 10/agosto/1998), o recurso restou paralisado, salientando a Promotora de Justiça, em sua peça de fls. 337/341, que o réu Lucélio não fora intimado da decisão de pronúncia, ao passo que o co-réu Jother, apesar de intimado, dela não recorreu (fl. 300-v. e certidão de fl. 301).

Pediu aquela Promotora que o processo fosse chamado à ordem, com a formação de autos suplementares, referentes ao RSE já aviado pelo RMP e contrariado pelo acusado João Batista de Souza Leite; a devida intimação da decisão de pronúncia em relação ao réu Lucélio e a inclusão do julgamento em pauta no que se refere ao acusado Jother, cuja decisão de pronúncia transitara em julgado, sendo, por isso, libelado à fl. 342.

À fl. 345, em data de 04/maio/99, o Magistrado de primeiro grau recebeu o libelo e chamou o processo à ordem, acudindo à sugestão do MP.

Na fase do art. 589 do CPP (fl. 351), manteve o Magistrado a decisão atacada.

À fl. 356, a PGJ propôs a baixa dos autos em diligência, para que os recorridos Geraldo e Renato fossem intimados a contrariar o recurso, o que foi determinado por este Relator à fl. 359, sendo os autos remetidos à Comarca de origem em 28.10.99. Em 16/novembro/2000, foram apresentadas as contra-razões dos recorridos mencionados (fls. 400/402).

Em novo parecer, complementando o anterior, de outra lavra, manifestou-se o Procurador de Justiça Carlos Henrique Fleming Ceccon (fls. 415/421), em preliminar, "*no sentido de que seja decretada a nulidade parcial da decisão de pronúncia, no que se refere ao não-recebimento da denúncia contra Geraldo Gurgel Dias e Renato Dias de Freitas, visto que não integram a presente relação processual, encontrando-se processados em outros autos*".

Quanto ao mérito, opinou o culto parecerista "*pelo provimento do recurso, para que o participante João Batista de Souza Leite seja pronunciado nas penas do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do estatuto repressivo*".

É o relatório.

Embora tenha apresentado um termo de recurso (fl. 294) contra a rejeição da denúncia em desfavor de Geraldo Gurgel Filho e Renato Dias de Freitas, e outro termo de recurso (fl. 295) contra a impronúncia de João Batista de Souza Leite, o RMP englobou-os nas razões de fls. 299/316, sendo ambos processados nestes autos.

Certo é que o recurso cabível contra a parte da decisão que rejeitou a denúncia seria a apelação, posto que, nesse caso, a decisão prolatada feriu o mérito da causa.

Nesse sentido:

"*Penal e Processual Penal - Tóxico - Porte para uso próprio - Pequena quantidade - Bagatela - Rejeição da denúncia - Recurso cabível - Provimento do recurso do Ministério Público conhecido como apelação, para receber a denúncia. - Se a denúncia não preenche os requisitos formais do art. 41 do CPP, será, consabidamente, caso de não-recebimento.* Porém, não concorrendo as condições da ação previstas no art. 43 do CPP, a denúncia será rejeitada. Tal decisão equivale ao julgamento antecipado da lide, pois examina matéria de mérito, fazendo coisa julgada formal e material, impedindo a reiteração do pedido, à exceção do disposto no parágrafo único do referido art. 43 do Estatuto Processual. O recurso cabível, nesta hipótese, é a apelação (CPP, art. 593, II). *A punição do portador de substância tóxica para uso próprio se faz com vista à proteção geral, em decorrência do perigo em abstrato do próprio porte. Não importa a quantidade portada. O perigo está sempre presente, pela periculosidade da difusão da droga. Antecedentes do STF e do STJ (fl. 5)*" (TJRS - RCR 70000734442 - 1ª C. Crim. - Rel. Des. Juiz Ranolfo Vieira - j. em 05.04.2000).

Seria, então, o caso de, aplicando-se o princípio da fungibilidade recursal, dele conhecer como apelação (recurso correto, cabível à espécie).

Ocorre que, no parecer de fls. 415/421, o culto Procurador de Justiça elevou a questão à categoria de preliminar, que é como será apreciada.

A cota ministerial de fl. 262-v. registra:

"*MM. Juiz,*

Alegações, nos moldes do art. 406 do CPP, em 10 (dez) laudas datilografadas, em desfavor de Lucélio Amorim Seixas, Jother Patrício Veloso e João Batista de Souza Leite.

Denúncia, em separado, *em 05 (cinco) laudas datilografadas, mais 01 (uma) lauda com rol de testemunhas, em desfavor de Geraldo Gurgel Filho e Renato Dias de Freitas*" (grifo nosso).

Abaixo daquela cota, certificou-se a juntada aos autos das alegações ministeriais, de que destaco:

"*Por esta via processual - alegações, nos termos do art. 406 do Código de Processo Penal - resta, tão-somente, ao Ministério Público requerer:*

a) a declaração, por sentença, da extinção da punibilidade do agente Waldir Cavalcante de Souza, alhures qualificado, em razão de sua morte, a teor do disposto no art. 107, nº I, do Código Penal, e 62 do Código de Processo Penal;

b) a pronúncia dos acusados Lucélio Amorim de Seixas, Jother Patrício Veloso e João Batista de Souza Leite, declarando-os incursos nas sanções do art. 121, § 2º, nºs I, III e IV, do Código Penal, em tudo observada a regra do art. 29, caput, *do mesmo diploma legal;*

c) o recebimento da denúncia, em anexo, oferecida contra Geraldo Gurgel Filho e Renato Dias de Freitas, v. Renatão" (grifo nosso).

Aludida denúncia, embora anexada às alegações, era peça apartada, e foi recebida pelo Juiz Titular da Vara de Execuções Criminais, Tribunal do Júri e Precatórias, Dr. Élcio Corrêa Costa, em 11/março/00 (conforme fls. 02/07 do apenso e cópia juntada pelo RMP às fls. 317/322), instaurando alhures referida ação penal de nº 145.93.025.893-7.

A decisão de pronúncia no Processo nº 145.93.025.895-2 foi prolatada em 17/setembro/00 pelo Juiz Cooperador da mesma Vara, Dr. Alcino Waldir Leite.

Nessa decisão, o Juiz declarou extinta a punibilidade em relação a Waldir Cavalcante de Souza, pronunciou os denunciados Lucélio Amorim Seixas e Jother Patrício Veloso, impronunciou João Batista de Souza Leite e rejeitou, tachando-a de aditada, a denúncia oferecida contra Geraldo Gurgel Filho e Renato Dias de Freitas (que, frise-se, já fora recebida e dera origem a outra ação penal).

Inconformado, interpôs o RMP o presente recurso, no qual registra:

"*Esta denúncia, Exª., que deu origem a outro processo, o de nº 0847, foi integralmente recebida e já ramificou os efeitos jurídicos que almejava.*

É denúncia, Srs. Desembargadores, que, uma vez recebida, inaugurou uma outra relação processual.

Pergunta o Ministério Público, como sua Exª. o Juiz de primeiro grau de jurisdição poderia, como fez, rejeitar uma peça que desconhecia, que sequer leu, que não se encontra nos autos?

Mas rejeitou, e apesar de estar ciente o Ministério Público de seu recebimento anterior, conforme comprova a cópia reprográfica em anexo, devidamente conferida pelo Sr. Secretário da Vara do Júri, Execuções Criminais e Cartas Precatórias da Comarca de Juiz de Fora, houve por bem recorrer daquela rejeição, de todo imprópria, a fim de evitar futuras sutilezas da defesa, tais como: se concordou com a rejeição é porque entendeu não serem penalmente perseqüíveis as condutas dos novos denunciados".

A rejeição da denúncia, levada a efeito por lapso certamente, mostra-se descabida, posto que sequer juntada a esses autos e, mormente, porque a decisão de recebimento da denúncia é irretratável, consoante doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido:

"*Recebimento da denúncia e posterior rejeição - Distinção entre o não-recebimento e rejeição da denúncia - Recurso cabível em cada uma das hipóteses - Impossibilidade de retratação da decisão que recebe a denúncia. - Se a denúncia não preenche os requisitos formais do art. 41 do CPP, será o caso de não-recebimento; não concorrendo as condições da ação previstas no art. 43 do CPP a denúncia será rejeitada. No primeiro caso, o recurso cabível é o recurso em sentido estrito, como prevê o inciso I do art. 581 do CPP - No segundo, onde houve decisão equivalente ao julgamento antecipado da lide, o recurso próprio é a apelação.* A decisão de recebimento da denúncia é irrecorrível (à exceção de crime de imprensa) e irretratável. Se ao segundo grau de jurisdição é vedado reexaminar a decisão de recebimento da denúncia, salvo por via de *habeas corpus*, com mais razão descabe ao próprio juiz, ou a seu eventual substituto ou sucessor, retratar-se para rejeitar a denúncia já recebida" (TJRS - ApCrim 698043015 - RS - 1ª C.Crim. - Rel. Des. Ranolfo Vieira - j. em 10.06.1998).

"*Processual Penal - Rejeição posterior ao recebimento da denúncia - Impossibilidade de retratação pelo juiz singular. - Recebida a denúncia, o juiz está impedido de reconsiderar a decisão para rejeitá-la. Se a denúncia apresenta indícios da prática do delito, deve o magistrado recebê-la, pois atende ao enunciado do art. 41 do CPP. Recurso provido*" (TRF 5ª R. - RCr 236 - (98.05.29531-1) - CE - 3ª T. - Rel. Juiz Nereu Santos - j. em 11.02.1999).

Em sendo assim, acolhendo a preliminar argüida pela PGJ, declaro a nulidade parcial da decisão atacada, no que pertine à rejeição da denúncia contra Geraldo Gurgel Dias e Renato Dias de Freitas, questão alheia a esse feito, posto que o anterior recebimento dessa denúncia já dera origem à respectiva ação penal.

No mérito, entendo que razão assiste ao recorrente, revelando-se equivocada a impronúncia de João Batista de Souza Leite.

Cediço que a pronúncia tem natureza eminentemente processual, encerrando mero juízo de admissibilidade.

Para sua prolação, bastam indícios, não se exigindo prova plena e absoluta, vez que não se trata de sentença definitiva.

Ouvido na fase inquisitorial (fl. 76), Waldir Cavalcante de Souza afirma que "*(...) o declarante não tinha condições de onde estava, de sair da cela e cometer o crime; que, na realidade, foi o guarda de nome João Batista quem abriu a porta da cela para o declarante; que o declarante esclarece mais que a camisa do guarda foi rasgada pelo próprio declarante, mas numa farsa, a pedido do próprio guarda, para o mesmo não perder o emprego*".

Jaime José de Paula relata (fls. 56/59) que "*(...) o guarda João, que estava de serviço no dia, deve ter falado alguma mentira, pois não dava para ele ser agarrado pelo pescoço, pois a janela da grade era muito alta e foi uma coisa muito estranha pois o João só foi trabalhar lá de guarda, justamente naquele dia, e que o João e os criminosos que mataram o 'velho', João Castilho, ficaram conversando lá por muito tempo, e depois o guarda saiu de lá muito calmamente e encontra-se calmo até hoje, pois o cara que presencia um fato daquele e fica tranqüilo como ele ficou deve ter alguma culpa no cartório também e se houver alguma coisa por baixo deste angu o guarda sabe de que se trata; que para um guarda entrar numa cela para recolher qualquer coisa, ou mesmo lixo, só pode ser até 16:00 horas e, mesmo assim, acompanhado do Diretor ou do Chefe de Disciplina, pois a cela de máxima segurança só pode ser aberta pelo guarda se acompanhado do Diretor ou do Chefe de Disciplina e com todas as cautelas possíveis (...)*".

Havendo indícios da participação do denunciado João Batista de Souza Leite no delito e vigorando nessa fase o princípio *in dubio pro societate*, não se pode subtrair a questão à apreciação pelo Tribunal do Júri.

Nesse sentido:

"*Recurso em sentido estrito - Pronúncia - Crime de homicídio - Materialidade comprovada - Indícios suficientes da participação do recorrente na empreitada criminosa - Juízo de probabilidade - Aplicação, nesta fase, do brocardo* in dubio pro societate - *Decisão mantida - Recurso desprovido*" (TJMG - RSE 000.172.346-9/00 - 1ª C.Crim. - Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti - j. em 15.02.2000).

"*Recurso em sentido estrito - Co-autoria - detento - Assassinato no interior da cadeia - Pronúncia dos policiais envolvidos - Indícios de autoria - Questão afeta ao júri. - Em crimes de autoria coletiva, a pronúncia pode narrar genericamente a participação dos co-autores, sobretudo quando o crime é cometido sem a presença de terceiros. Existindo indícios de autoria quanto aos atos de espancamento que provocaram lesões que foram a causa da morte de um detento, impõe-se a pronúncia dos co-autores, afetando o julgamento ao juiz natural dos crimes contra a vida, o Tribunal do Júri, e em respeito à regra* in dubio pro societate" (TJMG - RSE 000.180.044-0/00 - 2ª C.Crim. - Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - j. em 27.04.2000).

Em sendo assim, pronuncio o denunciado João Batista de Souza Leite, nos termos deduzidos na denúncia, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c art. 29, § 1º, ambos do CP, por existirem a prova da materialidade e os indícios da autoria do crime.

Atento ao prescrito no § 2º do art. 408 do CPP e à míngua de informações acerca de seus antecedentes, deixo de decretar-lhe a prisão provisória, pelo que aguardará em liberdade o julgamento.

Atento também ao fato de que os denunciados Geraldo e Renato foram citados para interrogatório, no Processo 145.93.025.893-7 em apenso, e não compareceram, observo que foram marcadas várias datas para interrogatório, que ainda não foi realizado, estando os autos paralisados desde 02/10/91.

Diante do exposto, acolhendo a preliminar levantada, declaro a nulidade da decisão atacada, no que pertine à rejeição da denúncia contra Geraldo Gurgel Filho e Renato Dias de Freitas, determinando que se dê o devido andamento à ação penal dos autos em apenso. No mérito, dou provimento parcial ao recurso para pronunciar João Batista de Souza como incurso nas iras do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c art. 29, § 1º, ambos do CP, confirmando, no restante, a decisão atacada, por seus próprios fundamentos.

Custa, *ex lege*.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro- De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

CONTRAVENÇÃO PENAL - FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO - MENOR - ATO INFRACIONAL - INEXISTÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO

- Contravenção penal de falta de habilitação para dirigir veículo. Revogação pelo art. 309 do CTB (que exige, para caracterização do crime, a comprovação de perigo de dano concreto à incolumidade pública). Inexistência de dano concreto. Configuração de mera infração administrativa (art. 162, I, do CTB), não abrangida pela Lei nº 8.069/90 - ECA (art. 103) como ato infracional.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 192.565-0/00 - Comarca de Campo Belo - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Apelação criminal - Contravenção penal de falta de habilitação para dirigir veículo - Revogação pelo art. 309 do CTB (que exige, para caracterização do crime, a comprovação de perigo de dano concreto à incolumidade pública) - Inexistência de perigo de dano concreto - Configuração de mera infração administrativa (art. 162, I, do CTB), não abrangida pelo ECA (art. 103) como ato infracional - Absolvição - Recurso ministerial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2001. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Resende - Trata-se de apelação aviada pelo representante do Ministério Público, requerendo a revisão da decisão de fls. 91/93, em que a MMª. Juíza da Comarca de Campo Belo, em juízo de retratação, absolveu J.M.B. da imputação que lhe foi feita na representação de fls. 2/3. Consta que, em data de 29.10.97, o menor foi flagrado conduzindo veículo automotor sem a devida habilitação, infringindo, assim, o disposto no art. 32 da LCP.

À fl. 93-v., o Órgão Ministerial pugnou pela subida dos autos a este Tribunal, conforme dispõe o art. 198 do ECA.

A culta Procuradoria de Justiça manifestou-se, às fls. 104/108, pela confirmação da decisão absolutória.

É, do que importa, o relatório.

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

Como se vê pela sentença de fls. 58/60, inicialmente, o Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Campo Belo havia condenado o ora apelado como incurso nas sanções do art. 32 da LCP, impondo-lhe a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses durante oito horas semanais.

Foi, então, aviado recurso de apelação pela defesa, em que se pleiteou a absolvição do menor.

Enviados os autos a este Tribunal, os mesmos foram devolvidos, para cumprimento de diligência requerida pela Procuradoria de Justiça, à Comarca, quando, em juízo de retratação, a MMª. Juíza de primeiro grau houve por bem absolver o adolescente, entendendo que sua conduta não se amolda ao tipo do art. 309 do CTB, por considerar que este dispositivo revogou o art. 32 da LCP, restando apenas a infração administrativa prevista no art. 162, I, do CTB, em relação à qual são inaplicáveis as medidas socioeducativas do ECA.

Na forma do art. 198, VIII, do ECA, o *Parquet* - agora na condição de apelante - requereu a remessa dos autos a este Pretório.

Feitas essas observações, passa-se a analisar a pretensão ministerial.

Realmente, como bem decidiu a ilustre Magistrada monocrática, com o advento do novo Código de Trânsito Brasileiro (CTB - Lei Federal nº 9.503, de 23.09.97), a contravenção penal de dirigir veículo automotor sem a devida habilitação restou derrogada pelo art. 309 do citado diploma legal.

Nesse sentido, já se pronunciou o egrégio Supremo Tribunal Federal:

"*Concluído o julgamento do recurso ordinário em* habeas corpus *em que se discutia se o art. 32 da Lei de Contravenções Penais ('Dirigir sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas') teria sido revogado pelo art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro ('Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano') - ver Informativo 216. O Tribunal deu provimento ao recurso para deferir o* habeas corpus, *por entender que o CTB nacional derrogou parcialmente o citado art. 32 (remanesce o dispositivo na parte que se refere à embarcação a motor em águas públicas). O Min. Ilmar Galvão, relator, retificou o seu voto para dar provimento ao recurso*" (*RHC* 80.362-SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, 14.02.2001).

Para configuração do crime previsto no art. 309 do CTB, mister se comprove a existência de perigo de dano concreto à incolumidade pública.

A contrario sensu, o ato de dirigir sem possuir carteira de habilitação ou permissão para dirigir, gerando perigo de dano abstrato, foi tratado pelo CTB como mera infração administrativa (art. 162, I).

Ora, os ilícitos administrativos não foram abrangidos pelo art. 103 do ECA, como atos infracionais.

Reza o mencionado dispositivo:

"*Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal*".

Assim, a conduta do menor é um indiferente penal, eis que refoge da aplicação do ECA.

Por tais razões, nega-se provimento à insurreição ministerial, confirmando-se a decisão absolutória, tomada em juízo de retratação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CRIME AMBIENTAL - EMPRESA PRIVADA - POLUIÇÃO HÍDRICA E ATMOSFÉRICA - RIO FEDERAL - PROCESSO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM - DECISÃO DO JUIZ DA VARA CRIMINAL QUE DECLINA DE SUA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CABIMENTO

- A decisão do juiz da vara criminal que declina de sua competência para uma das varas da Justiça Federal tem natureza interlocutória, e, portanto, o recurso contra ela cabível é o recurso em sentido estrito, a teor do art. 581, inciso II, do CPP.

- O simples fato de a União ser proprietária do solo, subsolo ou do curso d'água que está sendo degradado não desloca para o foro federal a competência para o processo e julgamento do crime ambiental. O despejo de poluentes em rio federal por empresa particular, por si só, não é motivo suficiente para transpor a competência do julgamento para o Juízo Federal. Entendimento diverso retiraria a competência da Justiça comum estadual para julgar a maioria dos crimes de poluição hídrica, tendo em vista que a poluição lançada na maioria dos rios brasileiros sempre afetaria um rio federal ou o mar territorial, que são considerados bens da União. Nesta mesma linha de raciocínio, também não caberia à Justiça estadual apreciar a maior parte dos casos envolvendo poluição atmosférica, já que bens da União, como parques nacionais e repartições públicas federais, sofreriam também as conseqüências da chuva ácida provocadas pelo agente poluidor.

- Na definição da competência constitucional da Justiça Federal para os crimes ambientais, não basta que a União seja proprietária do bem que está sofrendo a degradação. Não havendo litígio sobre o bem degradado e não tendo o agente poluidor relação com a União, a competência para julgar o delito ambiental será da Justiça comum estadual, que, ademais, é o juízo natural para crimes desta natureza.

- Sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça comum estadual.

- No caso de crime ambiental, o interesse da população local sobrepuja a qualquer outro interesse, já que é ela a principal prejudicada. Em matéria

processual penal, é correto afirmar que, quando o sujeito passivo de um crime é a coletividade, a competência para o processo e julgamento é da Justiça estadual. Só se verifica a competência da Justiça Federal em ocorrendo, além desse prejuízo genérico para a coletividade, concomitantemente uma lesão que venha atingir diretamente a Administração federal, seus bens, serviços ou outro interesse específico seu ou de suas entidades.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 204.079-8/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Recurso em sentido estrito - Crime ambiental praticado por empresa privada - Poluição atmosférica e hídrica generalizada com lançamento de resíduos poluentes em rio federal - Decisão que declinou da competência para a Justiça Federal - Reforma - Competência da Justiça comum estadual. - 1. Na definição da competência constitucional da Justiça Federal para os crimes ambientais, não basta que a União Federal seja proprietária do bem que está sofrendo a degradação. Não havendo litígio sobre o bem degradado e não tendo o agente poluidor relação com a União Federal, a competência para julgar o delito ambiental será da Justiça comum estadual, que, ademais, é o juízo natural para crimes desta natureza. - 2. Entendimento diverso retiraria a competência da Justiça comum estadual para julgar a maioria dos crimes de poluição hídrica, tendo em vista que, mesmo de uma forma mais branda, a poluição lançada na maioria dos rios brasileiros sempre afetaria um rio federal ou o mar territorial, que são considerados bens da União. Nesta mesma linha de raciocínio, também não caberia à Justiça estadual apreciar a maior parte dos casos envolvendo poluição atmosférica, já que bens da União, como parques nacionais e repartições públicas federais, sofreriam também as conseqüências da chuva ácida provocada pelo agente poluidor.

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 DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO, DEVENDO SER O VOTO PUBLICADO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2001. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo recorrido, o Dr. Marcelo Leonardo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - O Ministério Público de Minas Gerais, por seu Promotor de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de Juiz de Fora ofereceu denúncia contra Sérgio Augusto Guimarães, gerente geral de produção da Companhia Paraibuna de Metais pela prática de crime ambiental previsto no art. 54, *caput*, primeira parte; § 2º, II, segunda parte e inciso V; § 3º c/c art. 56, art. 60 e art. 15, inc. II, *c*, *o* e *p*, c/c arts. 2º, 3º e 8º, incisos IV e V, todos da Lei 9.605/98.

Segundo a denúncia, embora não possuindo a obrigatória licença de operação em todas as unidades, a empresa estaria praticando durante vários anos atividades irregulares e criminosas, que consistem na provocação de poluição generalizada, através do lançamento de gases venenosos pelas chaminés e lançamento de resíduos poluentes em curso d'água, provocando a sua contaminação e prejudicando a população da região, além de eliminar a fauna aquática.

Instruindo a denúncia, foi apresentada cópia do laudo da Fundação Estadual do Meio Ambiente, constatando a existência de inúmeros e múltiplos autos de infração da empresa, bem como noticiando diversos termos de compromisso de ajustamento de conduta firmados e não cumpridos.

Conclusos ao MM. Juiz da Quarta Vara Criminal de Juiz de Fora, foram os autos encaminhados ao MM. Juiz da Primeira Vara Criminal da Comarca, em virtude de se verificar a existência da continência com outras denúncias oferecidas perante este último Juízo.

Por sua vez, o MM. Juiz da Primeira Vara Criminal, ao receber os autos, declinou da competência para a Justiça Federal com sede na mesma Comarca, fls. 74, apenso 1.

Inconformado com a decisão, recorreu o *Parquet* em sentido estrito, alegando que a Lei 9.605/98 não trouxe expressamente nenhum dispositivo acerca da questão da competência para julgamento dos crimes ambientais, aplicando-se ao caso as regras da Constituição Federal e do Código de Processo Penal.

Alega, ainda, que a denúncia tratou de poluição atmosférica, causada pela emissão de gases (SO_2 e SO_3) das chaminés da Companhia, incorrendo esta nos crimes punidos pela Lei 9.605/98. Tal conduta lesa um bem de uso comum do povo, conforme previsão expressa do art. 225, *caput*, da CF/88. Assim, qualquer lesão aos bens ambientais não afeta bem da União, não se justificando o deslocamento da competência para o foro federal.

Em sede de juízo de retratação, fls. 11-TJ (v. 1), o MM. Juiz manteve sua decisão, sob o argumento de que a denúncia trata de poluição lançada no Rio Paraibuna, que é considerado bem da União, por banhar mais de um Estado da Federação. Desta forma, caberia à Justiça Federal o julgamento do feito.

Subiram os autos, e, nesta instância revisora, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Alceu José Torres Marques, fls. 29/33-TJ, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

À fl. 38-TJ, determinei a juntada de memorial ofertado em prol do recorrido, onde, em preliminar, pugna pelo não-conhecimento do recurso, ao argumento de que o despacho recorrido (fls. 74), proferido pelo MM. Juiz da 1ª Vara Criminal, limitou-se apenas a determinar que a presente ação penal fosse remetida para a Justiça Federal, a fim de que fosse apensada às outras quatro ações, nas quais já havia declinado de sua competência, tendo aquela decisão transitado em julgado para a acusação, não podendo, agora, o douto Promotor de Justiça, que perdeu o prazo para recorrer daquela decisão, transformar esse mero despacho de remessa dos autos desta ação penal para ser apensada às outras já remetidas à Justiça Federal, em nova decisão sobre competência para interpor novo recurso em sentido estrito. No mérito, que seja negado provimento ao recurso ministerial.

É, em síntese, o relatório do essencial.

Examino, em primeiro lugar, a preliminar de não-conhecimento do recurso, argüida pela douta defesa do recorrido no memorial de fls. 38/46-TJ.

Por sua manifesta improcedência, a preliminar argüida deve ser, de pronto, rejeitada, isto porque nenhuma dúvida resta no sentido de que na r. decisão, cuja cópia se encontra à fl. 08-TJ, o MM. Juiz declina de sua competência para a Justiça Federal, e, considerando que tal decisão tem natureza interlocutória, hábil ao seu ataque é o recurso em sentido estrito, a teor do art. 581, inc. II, do CPP.

Rejeito, pois, a preliminar e conheço do presente recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Peço vista.

Súmula - O RELATOR REJEITA A PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. PEDIU VISTA O DES. PRIMEIRO VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo interessado, o Dr. Marcelo Leonardo.

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 09.10.2001, a pedido do Des. Primeiro Vogal, após o meu voto, rejeitando a preliminar de não-conhecimento do recurso.

Com a palavra o Des. Kelsen Carneiro.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Pedi vista dos autos, apenas e tão-somente, para examinar melhor a questão levantada em preliminar pelo recorrido, relativa ao não-conhecimento do recurso ministerial. Tinha dúvida quanto à natureza da decisão que ensejou o inconformismo do Ministério Público.

Conforme salientado pelo em. Relator, no seu judicioso voto, na decisão de fl. 08, o MM. Juiz declina de sua competência para uma das Varas da Justiça Federal. Sendo assim, a natureza da referida decisão é, evidentemente, interlocutória, e contra ela, portanto, cabível o recurso em sentido estrito (art. 581, II, do CPP).

De fato, cheguei à mesma conclusão do Relator porque, ainda que anteriormente os processos dos demais réus tenham sido encaminhados à Justiça Federal para julgamento e que o recurso do Promotor de Justiça contra aquela decisão não tenha sido conhecido diante da sua intempestividade, nestes autos, que não foram reunidos aos demais, o MM. Juiz voltou a se pronunciar sobre a questão da competência, sendo este processo autônomo em relação aos outros e a sua decisão eminentemente interlocutória.

Com estes fundamentos, acompanho o Relator e rejeito a preliminar invocada.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Segundo consta dos autos, o órgão do Ministério Público da Comarca de Juiz de Fora ofereceu denúncia contra Sérgio Augusto Guimarães, gerente geral de produção da Companhia Paraibuna de Metais, pela prática de crime ambiental definido na Lei 9.605/98.

Segundo a denúncia, a referida empresa teria praticado "*poluição generalizada das águas, do ar e do solo, especificamente, poluição atmosférica de elevado impacto ambiental, através de gases venenosos expelidos por suas chaminés*". Consta ainda da denúncia que a empresa estaria lançando resíduos poluentes em curso d'água, provocando a sua contaminação, a qual é consumida pela população da região, além da eliminação da fauna aquática dos rios onde a mesma deságua e a ocorrência de vazamento de grande quantidade de SO_2 e da emissão elevada de SO_3 - fl. 03-TJ.

O MM. Juiz da Primeira Vara Criminal de Juiz de Fora houve por bem declinar da competência para a Justiça Federal com sede naquela Comarca, sob o argumento de que a poluição estaria sendo lançada no Rio Paraibuna, que é um bem da União, e, portanto, incompetente estaria a Justiça estadual para apreciar a matéria.

Em uma primeira análise, poder-se-ia concluir pela competência da Justiça Federal, já que a Carta Magna de 1988, em seu art. 20, III, dispõe que são bens da União os rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

Segundo dados da Fundação Estadual do Meio Ambiente de Minas Gerais (FEAM), o Rio Paraibuna nasce na Serra da Mantiqueira, no Município de Antônio Carlos, e percorre aproximadamente 166km, dos quais 44km como divisa natural dos Estados de

Minas Gerais e Rio de Janeiro. Portanto, trata-se de um rio federal, que banha os Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro.

A questão que exsurge é se a poluição hídrica lançada em um rio federal, necessariamente, deslocará a competência para o foro da Justiça Federal. A resposta há de ser negativa, tendo em vista que a jurisprudência recente vem entendendo, com razão, que o simples fato de a União Federal ser proprietária do solo, subsolo ou do curso d'água que está sendo degradado não desloca a competência para o foro federal.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente a respeito de crimes contra a fauna, assim se pronunciou:

"*Conflito de competência. Crimes contra a fauna. Súmula 91/STJ. Inaplicabilidade após o advento da Lei 9.605/98. Inexistência de lesão a bens, serviços ou interesses da União. Competência da Justiça comum estadual.*

- 1. Conflito de competência entre as Justiças Estadual e Federal que se declaram incompetentes relativamente a inquérito policial instaurado para a apuração do crime de comércio irregular de animais silvestres.

- 2. Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual.

- 3. Inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União (artigo 109 da CF), afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento de crimes cometidos contra o meio ambiente, aí compreendidos os delitos praticados contra a fauna e a flora.

- 4. Inaplicabilidade da Súmula nº 91/STJ, editada com base na Lei 5.197/67, após o advento da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998.

- 5. Conflito conhecido para que seja declarada a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional V - São Miguel Paulista - São Paulo/SP, o suscitado" (STJ - CC 27.848/SP - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - 08.11.2000).

Ora, o Código de Caça (Lei nº 5.197/67), em seu artigo 1º, estabelecia que os espécimes da fauna silvestre pertenciam à União Federal, mesmo os que habitavam propriedades particulares. Na data da promulgação da Lei Magna, o Código de Caça ainda permanecia em vigor, e, assim, os espécimes da fauna silvestre foram recepcionados pela Constituição como integrantes do patrimônio da União.

Assim, sendo a fauna silvestre brasileira considerada bem da União, era de se esperar, em consonância com o art. 109, IV, da Constituição Federal, a competência dos juízos federais para processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento da fauna. Inclusive, o colendo Superior Tribunal de Justiça chegou a editar a Súmula 91, com a seguinte redação:

"*Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna*".

Em 08.11.2000, a Terceira Seção tomou rumo diverso, deliberando o cancelamento da referida súmula e mostrando que, para questões ambientais, somente em casos excepcionais a competência será da Justiça Federal (*DJ* de 23.11.000 - p. 101).

Para o caso em questão, observa-se que ao acusado foi imputada conduta degradadora do meio ambiente de forma genérica, abrangendo não só a poluição hídrica, mas também a poluição atmosférica e eliminação da flora e fauna locais. O despejo de poluentes em um rio federal por uma empresa particular, por si só, não é motivo suficiente para transpor a competência do julgamento para o Juízo Federal, pois, se entendêssemos de forma diversa, no caso da poluição hídrica em rios, difícil imaginar uma hipótese de competência da Justiça comum estadual, tendo em vista que, mesmo de uma forma mais branda, a poluição lançada em qualquer rio brasileiro sempre afetaria um rio federal ou o mar territorial, que são considerados bens da União.

Nesta mesma linha de raciocínio, também não caberia à Justiça estadual apreciar a maior parte dos casos envolvendo poluição atmosférica, já que bens da União, como parques nacionais e repartições públicas federais, sofreriam também as conseqüências da chuva ácida provocadas pelo agente poluidor.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Sr. Presidente. Quando pedi vista para examinar a questão relativa à preliminar, pude, mais uma vez, examinar a questão deduzida no recurso apresentado pelo Promotor de Justiça da Primeira Vara Criminal de Juiz de Fora.

Reexaminando, cheguei à conclusão de que, no caso específico, na realidade, como bem expôs V. Exa. nos fundamentos de seu voto, a competência para julgamento da infração é da Justiça comum daquela comarca mineira, razão pela qual acompanho V. Exa. e também dou provimento ao recurso, nos termos do seu judicioso pronunciamento.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Portanto, na definição da competência constitucional da Justiça Federal para os crimes ambientais, não basta que a União Federal seja proprietária do bem que está sofrendo a degradação. Não havendo litígio sobre o bem degradado e não tendo o agente poluidor relação com a União Federal, a competência para julgar o delito ambiental será da Justiça comum estadual, que, ademais, é o juízo natural para crimes desta natureza.

Sobre esta questão, oportuna a lição de VLADIMIR PASSOS DE

FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS: "*Para que seja da Justiça Federal será preciso que o delito atinja bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas (CF, art. 109, IV). Assim, cremos que seria competente a Justiça Federal,* v. g., *em caso de poluição por vazamento de usina nuclear, pois ela detém a exclusividade da exploração dos serviços (CF, art. 21, XXIII), seu interesse é manifesto, seus serviços serão atingidos pelo fato, é civilmente responsável e os danos à coletividade poderão alcançar mais de um Estado-membro*" (*Crimes contra a Natureza* - 5ª ed., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997).

Como bem expôs o egrégio Superior Tribunal de Justiça, sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça comum estadual.

Finalmente, é de se constatar que, para o caso em questão, o interesse da população local sobrepuja a qualquer outro interesse, já que é ela a principal prejudicada. Segundo ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN, em matéria processual penal é correto afirmar que, quando o sujeito passivo de um crime é a coletividade, a competência para o processo e julgamento é da Justiça estadual. Só se verifica a competência da Justiça Federal em ocorrendo, além desse prejuízo genérico para a coletividade, concomitantemente uma lesão que venha atingir diretamente a Administração federal, quando seus bens, serviços ou outro interesse específico seu ou de suas entidades (*in Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 321).

Diante do exposto, acatando integralmente o parecer da douta Procuradoria de Justiça, dou provimento ao recurso para determinar o retorno dos autos ao Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora para conhecimento e julgamento da ação.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, DEVENDO SER O VOTO PUBLICADO.

-:::-

PRONÚNCIA - INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL - INSTAURAÇÃO - NEGATIVA PELO SUMARIANTE - REALIZAÇÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA - INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS - INVERSÃO DA ORDEM - INEXISTÊNCIA - OITIVA DE TESTEMUNHA EM OUTRA COMARCA - CARTA PRECATÓRIA - ACOMPANHAMENTO DE CÓPIAS DAS DECLARAÇÕES PRESTADAS NA FASE POLICIAL - DESNECESSIDADE - NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - LEGÍTIMA DEFESA - AUSÊNCIA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - HOMICÍDIO - RÉU QUE NÃO AGE COM CULPA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA LESÕES CORPORAIS CULPOSAS - INVIABILIDADE - FACADA - HEMORRAGIA - *CAUSA MORTIS* - INTELIGÊNCIA DO ART. 13 DO CÓDIGO PENAL - SURPRESA - QUALIFICADORA - DÚVIDA - EXAME PELO TRIBUNAL DO JÚRI

- Instaurado e efetivado o incidente de insanidade mental do acusado, por determinação da segunda instância, em autos apartados e apensados, de cujo laudo tiveram vistas as partes, fica superada a preliminar de nulidade do processo, por cerceamento de defesa, argüida pela defesa em face da negativa do sumariante de instauração daquele incidente.

- Não há que se falar em nulidade do processo, por cerceamento de defesa, pelo fato de a carta precatória para inquirição de testemunha em outra comarca não vir acompanhada de cópias das declarações prestadas na fase policial, uma vez que esse procedimento não é exigido pelo art. 222 do Código de Processo Penal. Por outro lado, se desejáveis ou necessárias, cumpre ao juiz deprecado pedi-las ao juízo deprecante, de ofício, ou a requerimento das partes. Se assim não proceder, é porque o juiz e as partes estão satisfeitos com os elementos de que dispõem para se orientarem na inquirição, e, desta forma, não há irregularidade ou prejuízo a considerar.

- A teor do art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal, a expedição de carta precatória não suspende a tramitação do processo.

- Se a testemunha arrolada na denúncia presta declarações isoladamente e por último, dado ao fato de estar viajando na época própria, havendo, por isso, motivo justo para a inversão da ordem, e, se quando da sua inquirição, e também em outra audiência, o juiz se dispõe a ouvir as testemunhas presentes, inclusive as da defesa, dispondo-se, ainda, a remarcar a data para a oitiva daquela testemunha de acusação, não havendo, quanto a isso, oposição nem protesto por parte da defesa, é de se concluir que a inversão

havida não traz qualquer prejuízo para a defesa, não se constituindo em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, não gerando nulidade.

- A absolvição sumária é exceção à regra de que o julgamento de crimes dolosos contra a vida cabe ao Tribunal do Júri. Por ser exceção, exige ela uma prova robusta, cabal, inarredável de que outra conduta não se poderia esperar ou exigir do acusado. Se a denúncia encontra na prova elementos que a amparem, sobrepõe-se ela a qualquer tese sustentada nessa fase de juízo de suspeita de responsabilidade.

- Não age em legítima defesa quem aceita desafio e se arma para enfrentar seu antagonista. Quem é provocado ou ameaçado e, ainda assim, vai ao encontro de seu adversário, afrontando-o, não pode alegar necessidade de defesa.

- Quem se prepara para ferir e se dispõe a usar arma perigosa contra alguém não age com culpa, age com vontade livre e consciente e, no mínimo, assume o risco de produzir o resultado, máxime quando o *modus operandi* do agente e os antecedentes dos fatos não são típicos de quem age com culpa, com imprudência, mas sim com dolo. Dessa forma, a pretensão de desclassificação do crime de homicídio para lesões corporais culposas seguidas de morte é de todo inviável, nesta fase processual. Por outro lado, impõe-se deixar a decisão para o Tribunal do Júri, mesmo porque é próprio do crime preterintencional a reunião de dolo no antecedente e culpa no conseqüente.

- Se a facada atingiu órgãos vitais da vítima: pulmão esquerdo, coração, fígado (com transfixação) e veia supra-hepática esquerda, acarretando hemotórax esquerdo e hemopericárdio que foram a sua *causa mortis*, a negligência do hospital em seu atendimento e a indisponibilidade de estoque de sangue, no momento, para a transfusão não elimina, não afasta a correlação entre as lesões e a morte, pois o que importa, à luz do art. 13 do Código Penal, é o estabelecimento da facada desferida pelo agente como causa da hemorragia fatal.

- Inocorre a qualificadora da surpresa, se antes do crime houve provocações, discussões e briga generalizada, tendo o agente se armado e ostentado a arma publicamente antes de usá-la, e muitas testemunhas deram notícia da arma na cintura e na mão do mesmo.

- Havendo dúvida quanto à improcedência da qualificadora, deve o sumariante transferir seu exame e decisão para o Tribunal do Júri.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 209.532-1/00 - Comarca de Perdizes - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Dá-se parcial provimento ao recurso, rejeitando-se preliminares.

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 E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2002. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Na Comarca de Perdizes-MG, Emílio Gonçalves da Cruz, de 22 anos de idade, foi pronunciado como sujeito, em concurso formal, às sanções dos artigos 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, quanto a Rangel Alfredo de Morais, e 129, *caput*, do mesmo diploma legal, quanto a José Izidoro da Silva, por ter matado o primeiro e ferido o segundo usando faca.

Ao pronunciar o ora recorrente, o Sumariante rejeitou reiteração de pedido de instauração de incidente de insanidade mental ao entendimento de que o mesmo não apresentou qualquer sintoma visível de "déficit" psíquico.

Houve oposição de embargos de declaração, recurso que foi rejeitado à fl. 280-TJ.

Diante disso, recorreu em sentido estrito Emílio, conforme se vê às fls. 284/294-TJ, buscando:

1) ser absolvido sumariamente por ter agido em legítima defesa própria e de terceiro;

2) serem decotadas as qualificadoras;

3) desclassificar o homicídio para lesões corporais culposas seguidas de morte; e

4) conversão do julgamento em diligência para que seja submetido ao exame de sanidade mental.

Preliminarmente, invocou o recorrente nulidade do processo por cerceamento de defesa, por (3) três motivos:

1) inversão da ordem natural de inquirição das testemunhas - é que Flávia Fernanda Simões, namorada de Rangel, arrolada na denúncia, foi a última a ser ouvida e Fausto Henrique e Luiz Carlos, testemunhas de defesa, foram ouvidos antes de o serem as testemunhas da denúncia;

2) expedição de carta precatória para a Comarca de Araxá para inquirição de testemunhas da defesa, desacompanhada de cópias das declarações prestadas por elas no inquérito policial, o que gerou transtorno; e

3) a negativa judicial de instauração de incidente de insanidade mental, requerido na defesa prévia.

No que respeita ao mérito, disse o recorrente que a morte de Rangel se deu devido à negligência em seu atendimento na Santa Casa de Perdizes,

razão de sua transferência para a Santa Casa de Araxá e de busca de provisão de sangue em Uberaba. Esclareceu o recorrente que mais de quarenta (40) pessoas espancavam seu amigo Maurício, que ficara "*acuado e sem chance de defesa*" (*sic*); disse que as pessoas estavam bêbadas e que também ele se sentiu "acuado" quando advertia a todos "*para que não entrassem*"; disse que a "Turma de Perdizes" queria pegar a "Turma de Araxá", formando-se um "bolo humano". Finalizou o recorrente dizendo que a pronúncia atentou contra a prova dos autos.

Contra-razões, às fls. 296/310-TJ.

A pronúncia foi sustentada e mantida à fl. 310-v.-TJ e, mais explicitamente, em diligência, à fl. 341-TJ.

Emitindo parecer à fl.319-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça entendeu prudente apurar a higidez mental do recorrente, o que se fez, instaurando-se o devido incidente em autos apartados e apensados, de cujo laudo tiveram vistas as partes.

Manifestando-se novamente, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não-provimento do recurso às fls. 350/364-TJ.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

Instaurado e efetivado o incidente de sanidade mental do recorrente por determinação nossa, superada ficou a preliminar de nulidade do processo invocada.

Rejeito esta preliminar.

Dispõe o art. 222 do CPP sobre a inquirição de testemunhas fora da comarca e não exige que a carta precatória seja instruída com cópia de declarações prestadas na fase policial. Por outro lado, se desejáveis ou necessárias, cumpria ao Juízo deprecado pedi-las ao Juízo deprecante, de ofício, ou a requerimento das partes. Se assim não se procedeu foi porque o Juiz e as partes estavam satisfeitos com os elementos de que dispunham para se orientarem na inquirição. Assim, não há irregularidade ou prejuízo a considerar.

Rejeito esta preliminar.

O art. 396 do CPP recomenda que as testemunhas arroladas na denúncia sejam inquiridas antes de o serem as de defesa. Mostram os autos que seis (6) das oito (8) testemunhas arroladas pela Justiça Pública foram inquiridas em Perdizes, numa só assentada (fls. 155/160-TJ) e, a seguir, na mesma oportunidade, os dois militares arrolados pela defesa (fls. 161 e 162-TJ). A 7ª testemunha da denúncia foi ouvida por carta precatória, na Comarca de Araxá (fl. 199-TJ) e, depois dela, três (3) testemunhas da defesa (fls. 201/205-TJ). Como se vê, a precedência recomendada pelo citado art. 396 foi observada em ambos os Juízos, ou seja, em Perdizes e em Araxá.

É de se ver que a expedição de carta precatória não suspende a tramitação do processo (art. 222, § 1º, do CPP). Na verdade, o que destoou dessa seqüência lógica de depoimento foi o de Flávia Fernanda, que, por se encontrar viajando na época própria (fl. 150-v-TJ), prestou declarações isoladamente e por último, em Perdizes (fl. 219-TJ). Havia, portanto, motivo justo para a inversão da ordem: a viagem. Observo que, quando da inquirição de Flávia e na audiência de fl. 153-TJ, dispondo-se o Juiz a ouvir as testemunhas presentes, inclusive as da defesa, dispondo-se ainda a remarcar data para ouvir a citada Flávia, a defesa não se opôs, não protestou. Acontece que Flávia era testemunha ocular dos fatos, havendo nos autos suas declarações prestadas à Autoridade Policial. Ao que se vê, a defesa do recorrente sequer tinha receio da imparcialidade por parte de Flávia, tanto que não a contraditou.

Assim, é de se concluir que a inversão havida quanto à Flávia não trouxe prejuízo algum para a defesa, não se constituindo em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, não gerando nulidade.

Rejeito esta preliminar.

A absolvição sumária é exceção à regra de que o julgamento de crimes dolosos contra a vida cabe ao Tribunal do Júri. Por ser exceção, exige ela uma prova robusta, cabal, inarredável de que outra conduta não se poderia esperar ou exigir do acusado. Se a denúncia encontra na prova elementos que a amparem, sobrepõe-se ela a qualquer tese sustentada nessa fase de juízo de suspeita de responsabilidade.

O recorrente integrava a "Turma de Araxá", que viera a Perdizes, naquele fim de semana, para se divertir num "forró" e na boate da cidade, na qual havia promoção de bebidas a preço simbólico. Segundo o recorrente, andaram bebendo (fls. 77-79-TJ).

Daniel Augustinho e Antônio Marcos, integrantes da "Turma Visitante", indispuseram-se com o irmão da namorada desse último e saíram da boate para evitar briga, naturalmente, com a intervenção do segurança de nome Leandro Afonso (fls. 175 e 176-TJ). Durante a retirada, na praça pública, encontraram eles os companheiros Maurício e Emílio (recorrente), informando-os do ocorrido no interior da boate. Como todos haviam bebido cerveja, *whisky* e conhaque (fl. 77-TJ), em vez de darem o ocorrido por encerrado, decidiram retornar à boate, aceitando a provocação dos rapazes da terra.

Emílio dirigiu-se ao veículo de Maurício, apanhando uma faca do tipo Rambo, faca que utilizou pouco depois, escondendo-a numa touceira de capim, próximo dali - *vide* fl. 78-TJ.

No interior da boate houve "bate-boca" entre os elementos das duas turmas. O recorrente saiu, momentaneamente, retornando armado e proclamando, segundo o segurança Jadir (fl. 63- TJ): "*Deixa eles virem, que agora eu tenho para eles*". A aceitação do desafio, o ato de se armar para enfrentá-lo, contraria o ideal da legítima defesa - é que não age em legítima defesa

quem aceita desafio. Quem é provocado ou ameaçado e, ainda assim, vai ao encontro de seu antagonista, afrontando-o, não pode alegar necessidade de defesa.

A pretendida desclassificação do homicídio para lesões corporais culposas seguidas de morte é de todo inviável, nesta fase processual, pois os autos estão a sugerir dolo no comportamento do recorrente. Quem se prepara para ferir, quem se dispõe a usar arma contra alguém não age com culpa, age com vontade livre e consciente e, no mínimo, assume o risco de produzir o resultado. O *modus operandi* do recorrente e os antecedentes dos fatos não são típicos de quem age com culpa, age com imprudência. Até o tipo e a qualidade da arma usada, uma perigosa faca tipo Rambo, da marca *Comander* II (fl. 18-TJ), de 19 cm de lâmina, com 34 mm de largura (fl. 82-TJ), serrilhada de um lado e com corte do outro, tudo isso reforça o que eu disse acima. Assim, impõe-se deixar para o Tribunal do Júri a decisão, mesmo porque é próprio do crime preterintencional a reunião de dolo no antecedente e culpa no conseqüente.

A correlação entre o esfaqueamento de Rangel e sua morte é indiscutível, não aproveitando ao recorrente o fato de ele ter dado entrada na Santa Casa de Perdizes e, depois, na de Araxá, ainda com vida - *vide* fl. 98-99-TJ.

Observe-se que o *acd* (fl. 80-TJ) e o laudo de necropsia (fl. 98-TJ) consignam que a volumosa lâmina atingiu órgãos vitais da vítima: pulmão esquerdo, coração, fígado (com transfixação) e veia supra-hepática esquerda, acarretando hemotórax esquerdo e hemopericárdio, que foram sua *causa mortis*. Observe-se que a indisponibilidade de estoque de sangue, no momento, para transfusão não elimina, não afasta essa correlação entre as lesões e a morte, pois o que importa, à luz do art. 13 do Código Penal, é o estabelecimento da facada desferida pelo recorrente como causa da hemorragia fatal.

Estabelecido isso, é de se ver que os fatos e circunstâncias que os cercaram deixaram claro que não houve surpresa.

A boate promovia rodadas de bebidas a baixíssimo custo, o que a todos entusiasmava, criando-se então um ambiente convidativo para libação e outros desregramentos. Ao que se sabe, Rangel possuía uma reserva de maconha escondida, presa à pele de suas costas, maconha que foi encontrada durante a assistência médica que lhe foi prestada, em seguida aos fatos - *vide fls.* 117, 118 e 119-TJ. Por outro lado, o recorrente era afeiçoado a droga - *vide* fls. 14 e 15 dos apensos amarelos.

As duas "tribos" não se aceitavam; daí as provocações; daí as discussões; daí a briga generalizada. Como já disse acima, o recorrente se armou e ostentou a arma publicamente antes de usá-la, e muitas testemunhas deram notícia da arma na cintura e na mão do mesmo.

José Izidoro, vítima sobrevivente, às fls. 09 e 154- TJ, dá notícia do seguinte: "*... indagando quem queria brigar*", - "*o conduzido chegou no meio do tumulto, com uma faca na mão, desferindo golpes e correndo atrás das pessoas*". "*E todos saíram correndo*". Verifica-se, portanto, que não houve surpresa.

No que respeita ao motivo fútil, porém, o mesmo não acontece, e o assunto merece uma discussão mais ampla no plenário do Júri. Havendo dúvida quanto à improcedência de qualificadora, deve o Sumariante transferir seu exame e decisão para o Tribunal do Júri, o que acertadamente se fez. Nesta fase, nenhum efeito produz o diagnóstico psiquiátrico de semi-responsabilidade.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao recurso, afasto a qualificadora da surpresa, recomendando o recorrente ao Tribunal do Júri como incurso nas sanções dos arts. 121, § 2°, inciso II, e 129, *caput*, ambos do Código Penal, mantida quanto ao mais, a r. sentença de pronúncia.

Custas, *ex lege*, ao final.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - Sr. Presidente. Concordo integralmente com o eminente Relator e sugiro ao douto Magistrado *a quo* que não use a expressão *"julgo procedente a denúncia"* quando se tratar de pronúncia, pois tal julgamento só pode ser feito pelo Júri. O Juiz pode impronunciar e absolver sumariamente, mas não pode fazer referência à procedência da denúncia.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

NULIDADE PROCESSUAL - INOCORRÊNCIA - INTERROGATÓRIO - PRESENÇA DO RÉU - ATA DE AUDIÊNCIA - ERRO MATERIAL - INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA TODOS OS ATOS PROCESSUAIS - APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO - NÃO-COMPARECIMENTO DO DEFENSOR E DO RÉU - NOMEAÇÃO DE DEFENSOR *AD HOC* - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - NULIDADE RELATIVA - DEFEITO DO ATO - PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO DEMONSTRADO - PRESCRIÇÃO - ADITAMENTO DA DENÚNCIA - PRAZO PRESCRICIONAL - INTERRUPÇÃO - FURTO QUALIFICADO E RESISTÊNCIA - PROVA DA AUTORIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA - APLICAÇÃO CORRETA

- Não há que se falar em nulidade processual, argüida ao fundamento de que o réu não compareceu ao interrogatório, se na elaboração da ata de audiência

há erro material, porquanto, apesar de no termo constar que o réu não estava presente, ao final da assentada vê-se a sua assinatura.

- Se o advogado do réu é intimado para todos os atos processuais, inclusive da fase do art. 395 do CPP, tendo ele apresentado defesa prévia, e se o réu é requisitado para comparecer à audiência, sendo o seu advogado intimado do referido ato, mas este nem o réu comparecem, tendo o juiz, então, lhe nomeado defensor *ad hoc*, improcede a alegação de que não foi apresentada defesa prévia, por ausência de intimação do defensor, devendo-se afastar a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa.

- No processo penal não se declara qualquer nulidade, se do ato não resulta prejuízo para a defesa ou se ele não influi na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, e, sendo nulidade relativa, cabe à defesa, na primeira oportunidade, indicar objetivamente o prejuízo causado pelo defeito do ato.

- O aditamento da denúncia que corrige o nome do acusado e a sua qualificação, procedendo-se, inclusive, a novo interrogatório, interrompe o prazo prescricional.

- Havendo prova robusta da autoria dos crimes de furto qualificado e resistência, deve-se manter a condenação.

- Se as penas aplicadas ao réu reincidente foram corretamente dosadas, com observância dos ditames do art. 59 do Código Penal, não merecem reparos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 228.226-7/00 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Nulidade - Inocorrência - Réu requisitado que não compareceu à audiência de instrução - Prejuízo não demonstrado pela defesa - Prescrição - O aditamento da denúncia que corrige o nome do acusado e a sua qualificação, procedendo-se, inclusive, a novo interrogatório, interrompe o prazo prescricional - Furto qualificado e resistência - Prova robusta de autoria - Condenação mantida - Réu reincidente - Pena corretamente aplicada.

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 E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2002. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Júnior César Silva Martins e Alessander Teles do Prado, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas iras dos arts. 155, § 4º, incisos III e IV, do Código Penal, sendo o último também nas sanções do art. 329, §1º, do mesmo diploma legal, porque, no dia 20.04.95, utilizando-se de chaves falsas, subtraíram o automóvel VW-Fusca, placa WP-9361, pertencente a Joaquim Alves de Lima Filho, na Cidade de São Tomás de Aquino; que o veículo foi levado pelo primeiro denunciado para a vizinha São Sebastião do Paraíso, acobertado pelo segundo denunciado, que dirigia um Gol-GTS branco. Narra a exordial acusatória que os acusados, chegando a Paraíso, ao avistarem viaturas da Polícia Militar, evadiram-se, sendo que o primeiro foi capturado e preso pelos milicianos e o segundo conseguiu escapar, disparando contra os policiais.

A exordial foi aditada à fl. 100-TJ, corrigindo-se o nome do segundo acusado para Guido Manoel dos Santos.

Ao fim da instrução processual, foi proferida a respeitável sentença de fls. 109/115-TJ, que, julgando procedente a denúncia, condenou o réu Júnior César a cumprir pena de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime semi-aberto, mais pagamento de 20 (vinte) dias-multa, e o réu Alessander ou Guido à reprimenda de 04 (quatro) anos de reclusão pelo furto qualificado e 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão pelo delito de resistência, em regime fechado, mais pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa.

O processo foi parcialmente anulado em relação ao réu Alessander/Guido, conforme decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 140.847/5 (fls. 191/195-TJ), determinando-se a renovação dos atos processuais a partir do aditamento da denúncia, com refazimento do ato citatório, realização do interrogatório e subseqüentes atos instrutórios, o que foi regularmente realizado.

Proferida nova decisão (fls. 296/312-TJ), foi o réu Guido Manoel dos Santos condenado como incurso no art. 155, § 4º, incisos III e IV, e art. 329, §1º, ambos do Código Penal, recebendo as penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa, pelo crime de furto qualificado, e 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, pelo crime de resistência qualificada, ambas a serem cumpridas em regime inicialmente fechado.

Inconformado, recorreu este acusado. Pede, em preliminar, a nulidade do processo por cerceamento de defesa e, no mérito, a absolvição, o reconhecimento da prescrição para o delito de resistência qualificada e a diminuição da pena de furto (fls. 331/343-TJ).

O recurso foi contrariado (fls. 346/352-TJ) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo acolhimento da preliminar e,

no mérito, pelo provimento parcial, para que seja reconhecida a prescrição quanto ao crime de resistência (fls. 354/358-TJ).

É o relatório resumido e no que interessa.

Conheço do recurso, visto que próprio, tempestivo e regularmente processado.

Inicialmente, há que se salientar a manifesta improcedência da preliminar de nulidade processual, argüida ao fundamento de que o réu não compareceu ao interrogatório. Vê-se, sem qualquer sombra de dúvidas, que houve erro material na elaboração da ata da audiência, pois, apesar de no termo constar que o réu não estava presente, ao final da assentada vê-se a sua assinatura (fl. 206-TJ).

No mesmo passo, improcede a alegação de que não foi apresentada defesa prévia, por ausência de intimação do defensor. Na análise dos autos, verifica-se que o réu, no interrogatório, informou ao MM. Juiz "... *que possui advogado de nome Rosimeire Luiza dos Santos, OAB/MG 76.314...*", sendo que esta defensora, intimada da fase do art. 395 do CPP, apresentou a defesa prévia de fl. 212-TJ.

Saliente-se que a alegação do causídico subscritor do recurso de apelação de que deveria ter sido intimado para a apresentação da defesa prévia e demais atos não merece prosperar, pois, inobstante tenha ele sido constituído para impetrar *habeas corpus* em favor do réu, este, em seu interrogatório, conforme já dito, apontou a Dra. Rosimeire como sua defensora, advogada essa que se fez regularmente intimada para todos os atos processuais.

E, apesar da mencionada defensora ter dito que, a partir de março de 2000, não estava mais patrocinando a defesa do acusado, desistência que teria sido noticiada nos autos por petição enviada através do protocolo integrado, constata-se que tal expediente não foi juntado ao processo. Portanto, apenas a partir de 12/06/00 a referida advogada foi destituída, sendo certo que as intimações posteriores foram endereçadas ao subscritor da apelação, inexistindo, assim, qualquer irregularidade.

Por outro lado, ao contrário do que alega a defesa, foi o réu requisitado para comparecer às audiências (fl. 216-TJ), sendo sua advogada intimada do referido ato processual (fl. 219-v.-TJ). No entanto, como a mesma não compareceu e não foi possível a apresentação do réu, pois a Polícia Militar não providenciou, como devia, a sua condução (ofício de fl. 236-TJ), o MM. Juiz acertadamente nomeou-lhe defensor *ad hoc* (fl. 225-TJ).

De fato, no processo penal não se declara qualquer nulidade se do ato não resulta prejuízo para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa e, sendo nulidade relativa, cabe à defesa, na primeira oportunidade, indicar objetivamente o prejuízo causado pelo defeito do ato, o que não se verifica no caso em exame.

Merece ser salientado ainda que, se o réu tivesse comparecido à audiência, não seria possível o seu reconhecimento pessoal, pois, praticados os crimes, fugiu ele do local, e ninguém o viu.

Rejeito a preliminar.

O apelante não tem razão. De fato, negou ele a prática dos delitos e alegou que, no dia da ocorrência, estaria em Campinas/SP; no entanto não produziu qualquer prova neste sentido.

Segundo restou comprovado nos autos, o co-réu Júnior César apontou o apelante como sendo seu comparsa no furto do veículo Fusca, tendo dito, ainda, que conduzia o veículo Gol GTS, cor branca, com placa de São Paulo, também roubado, para dar cobertura ao comparsa e acabou por trocar tiros com a Polícia. Consta, mais, que referido veículo foi abandonado, em Monte Santo de Minas, no mesmo dia dos fatos.

Não bastasse isso, a identificação do réu, primeiramente apontado como Alessander Teles do Prado, ocorreu na Comarca de São Sebastião do Paraíso, local onde foi encontrado o Gol GTS. Conforme se apurou, este carro era conduzido pelo elemento que ajudou na tentativa de fuga do co-réu Júnior, segundo consta do ofício de fl. 68-TJ.

Não há dúvida, portanto, quanto à responsabilidade do apelante no evento defeituoso.

A prova dos autos foi percucientemente analisada pelo MM. Juiz, e, diante dela, o desfecho condenatório era mesmo de rigor.

De outro lado, não merece acolhida a tese de que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime de resistência qualificada, uma vez que o aditamento da denúncia foi recebido em 08.01.99 (fl. 183-TJ), sendo que somente nesta data se iniciou o processo para o ora apelante. A sentença que o condenou foi publicada em 10.11.00, ou seja, havia-se passado apenas 01 (um) ano e 10 (dez) meses do recebimento do aditamento, razão pela qual não há que se falar em prescrição.

Tendo sido corretamente dosadas as penas, com observância dos ditames do art. 59 do Código Penal, nenhuma delas merece reparos. E, ao contrário do que diz a defesa, o acusado, à época da prolação da sentença era reincidente (certidão de fl. 270-TJ).

Pelo exposto, rejeitando as preliminares, nego provimento ao recurso, mantendo a bem-lançada decisão, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

LOTEAMENTO IRREGULAR - ART. 50, INCISO I, DA LEI Nº 6.766/79 - SUBDIVISÃO DE ÁREA RURAL PARA FINS URBANOS - AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL E DO REGISTRO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS - FINALIDADE URBANA DO LOTEAMENTO - CONFIGURAÇÃO DO DELITO - LOCALIZAÇÃO - ZONA RURAL OU URBANA - IRRELEVÂNCIA - PROMOÇÃO DO LOTEAMENTO - VENDAS - QUALIFICADORA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO INCISO I DO ART. 50 DA LEI Nº 6.766/79 - INCIDÊNCIA

- Para a configuração do delito previsto no art. 50, inciso I, da Lei nº 6.766/79, há de se considerar a finalidade urbana do loteamento, sendo irrelevante o fato de estar ele localizado na zona rural ou no perímetro urbano.

- Quem subdivide área rural para fins urbanos, efetuando loteamento sem aprovação da prefeitura municipal e competente registro imobiliário e sem solicitar ao Poder Público municipal a definição das diretrizes para uso do solo, em afronta às disposições legais que regem a matéria, comete o crime previsto no art. 50, inciso I, da Lei nº 6.766/79.

- Incide na qualificadora, constante do inciso I do parágrafo único do art. 50 da Lei nº 6.766/79, quem, além de participar da realização do loteamento irregular, faz a sua promoção, vendendo os lotes para pessoas certas e determinadas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 228.848-8/00 - Comarca de Jabuticatubas - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Crime contra a Administração Pública - Desmembramento irregular de imóvel rural para fins urbanos - Art. 50 da Lei nº 6.766/79 - Forma qualificada - Reforma parcial da sentença, mantendo-se a absolvição do terceiro denunciado, com a condenação dos dois outros sócios do empreendimento imobiliário ilegal - Substituição da pena privativa por duas restritivas de direitos.

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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Os apelados foram criminalmente processados como incursos nas sanções do art. 50, inciso I, c/c parágrafo único, inciso I, da Lei nº 6.766/79, por haverem promovido, de maneira irregular e ilegal, segundo a denúncia, o loteamento, para fins recreativos, de uma área rural, em que instituíram um condomínio sem as características originais do imóvel, "*a não ser a sua localização fora da zona urbana*", mas com abertura de ruas.

Absolveu-os a sentença de fls. 313/317-TJ, contra a qual apela o RMP.

Contrariado o recurso, opina a PGJ por seu provimento, com a condenação, nos termos da denúncia, dos dois primeiros acusados (Livingstone e Daniel) e a absolvição do terceiro deles (Davi Borja).

É o relatório.

Conheço do recurso.

Segundo a dicção do art. 50, inciso I, da Lei nº 6.766/79:

"*constitui crime contra a administração pública:*

I - 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".

Irrelevante, para a configuração do delito, que o imóvel loteado, para fins urbanos, esteja situado na zona rural ou no perímetro da cidade.

Para que se configure o ilícito penal, há de se considerar *a finalidade do loteamento*, não o fato de estar localizado na cidade ou no campo.

No caso em tela, dúvidas inexistem de que foi loteada uma área rural.

Todavia, o loteamento da gleba maior não implicou a subdivisão de glebas ou chácaras menores, para fins de exercício da atividade rural.

Na realidade, a área rural foi subdividida para a criação de lotes destinados à moradia dos condôminos, sem qualquer finalidade agrária, o que significa que o desmembramento da área rural tenha gerado lotes urbanos, como se fora um condomínio residencial fechado ou mesmo a criação de um bairro um pouco distante do centro da cidade.

Em tais condições, os criadores, instituidores ou promotores do desmembramento da área rural, para fins urbanos, não poderiam agir arbitrariamente, ao arrepio da legislação ou por conta própria, sem a autorização de quem de direito.

O arbítrio exercitado pelos instituidores do novo bairro ou condomínio configura o fato típico, objeto da denúncia.

Não foi, *data venia*, feliz o Sentenciante em seu desate absolutório.

Como alvitra a douta Procuradoria de Justiça, em seu lúcido parecer

de adesão às substanciosas razões recursais, não há como exculpar os dois primeiros denunciados (Livingstone Borja e Daniel Figueiredo Borja), já que o desmembramento da gleba rural, para os alegados fins urbanos, é de sua exclusiva responsabilidade.

Somente o terceiro dos denunciados (Davi Borja) não pode ser responsabilizado pelo ilícito penal, porque inexistem provas de sua participação naquele desmembramento, inobstante ter ele participado da revenda dos lotes desmembrados, após o desmembramento por outrem praticado.

Como se depreende das razões recursais de fls. 321, "*a prova demonstra que os apelados constituíram empresa imobiliária com o objetivo de compra e venda de imóveis rurais e urbanos, após o que adquiriram a Fazenda Coqueiral e passaram a prometer à venda de parcelas ideais do citado imóvel*", sendo certo que a nova área habitacional urbana "*passou a denominar-se Condomínio Canto da Siriema, sem aprovação da Prefeitura Municipal e competente registro no Cartório de Registro de Imóveis, bem como sem solicitação ao Poder Público municipal sobre a definição das diretrizes para o uso do solo, em flagrante violação aos dispositivos da Lei 6.766/79*".

No parecer de fls. 338, reitera-se o que já fora gizado nas razões recursais, ou seja:

"*A conceituação do imóvel como urbano ou rural não se prende, precipuamente, à sua localização, mas, em verdade, tem sua pedra de toque na destinação que lhe é dada*".

Tal posicionamento é reforçado no entendimento pretoriano, também transcrito no aludido parecer (TJSP, Ap. Crim. nº 145.566-3.00- Comarca de São José do Rio Preto, Relator Nélson Fonseca, 6ª Câmara Criminal, julgamento em 20/04/95):

"*Para a configuração do crime previsto no art. 50 da Lei nº 6.766/79, considera-se a destinação dada ao imóvel, pouco importando o local onde se encontra. Assim, se o loteamento é para moradias, incluindo-se, aí, sítios de recreio, estima-se que é destinado a fins urbanos*".

A finalidade urbana das edificações é noticiada nos testemunhos de fls. 261, 269 e 270-TJ.

Os dois primeiros denunciados admitem a promoção do loteamento, mas em momento algum provaram sua regularidade, já que não exibiram autorização para tanto.

A empresa por eles constituída para tal finalidade (LITO-Lançamentos Imobiliários, Terraplanagens, Obras Ltda.) não tem outros sócios, além dos denunciados Livingstone e Daniel, o que também contribui para o afastamento da responsabilidade criminal do não sócio Davi Borja, terceiro denunciado.

Como os dois primeiros acusados não se limitaram a realizar o loteamento irregular, mas foram além, vendendo unidades (lotes) para pessoas certas e determinadas (fls. 264/265), presente se encontra a qualificadora constante do inciso I do parágrafo único do art. 50 da aludida lei, como se salienta num dos tópicos do mencionado parecer da PGJ (fls. 340-TJ).

Pelo exposto, *provejo em parte o recurso*, confirmando a sentença, no que pertine à absolvição do terceiro denunciado (Davi Borja).

Reformo-a, no entanto, para enquadrar os demais acusados (Livingstone Borja e Daniel Figueiredo Borja) nas sanções do inciso I do art. 50 e do inciso I do parágrafo único, da Lei nº 6.766/79.

Considerando que as circunstâncias do art. 59 do CPB são favoráveis a esses acusados e apelados, exceto no que se refere à reiteração das vendas ilícitas, estabeleço as penas básicas em 02 anos de reclusão e 40 dias-multa, no equivalente a 1/30 do SM, concretizando-as nesse limite, à mingua de agravantes, atenuantes ou causas especiais de aumento ou diminuição da reprimenda.

Considerando, ainda, que os sentenciados atendem aos requisitos do art. 44 da lei penal substantiva, defiro a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem aplicadas pelo Juiz da execução, a quem também caberá a realização da audiência admonitória.

Custas: 2/3 pelos sentenciados e o restante pelo Estado.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Peço vista.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. PEDIU VISTA O DES. REVISOR.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 04.12.01, a pedido do Des. Revisor. Deram provimento parcial.

Com a palavra *o Sr. Des. Mercêdo Moreira.*

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão e cheguei à conclusão de que a razão está com o eminente Relator, desembargador Roney Oliveira.

Realmente, para os efeitos do crime definido no artigo 50, inciso I, da Lei nº 6.766/79, o que há de se considerar é a finalidade urbana do loteamento, e não o fato de estar a gleba localizada na cidade ou no campo.

Esse ponto de vista pode claramente ser inferido, não apenas da redação do referido artigo 50, que fala em loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, e não em parcelamento de terrenos urbanos, mas também, numa clara demonstração de que a lei alcança o parcelamento de solo rural para fins urbanos, nos termos do artigo 53, que expressamente dispõe que "*todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional*

de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, do Órgão Metropolitano, se houver, onde se localiza o Município, e da aprovação da Prefeitura Municipal ...".

Por outro lado, nenhuma dúvida há de que o parcelamento de gleba rural, para fins de lazer, em chácaras de recreio, com abertura de vias de circulação, nada tem de atividade rural, constituindo, sim, loteamento para fins urbanos.

Nessas condições, coloco-me de inteiro acordo com o voto do douto Relator, dando, nos mesmos termos, provimento parcial ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

ESTUPRO - AUTORIA NÃO COMPROVADA - DECISÃO CONDENATÓRIA CONTRA A EVIDÊNCIA DOS AUTOS - PEDIDO REVISIONAL - PROCEDÊNCIA - ABSOLVIÇÃO DO REQUERENTE

- Decisão contrária à evidência dos autos é a que faz equivocada apreciação das questões de fato retratadas no processo, sendo indispensável para a constatação desse equívoco o reexame da prova.

- Sendo a revisão criminal remédio processual destinado a reparar erro judiciário, tão relevante que se sobrepõe à própria força da coisa julgada, não teria cabimento que o Tribunal, diante da decisão contrariada evidentemente pelo contexto probatório, não pudesse fazer o reexame das provas apuradas.

- Restando nos autos contra o réu apenas a palavra isolada da vítima, inteiramente inconfiável, pela evidente debilidade mental de que esta era portadora, inexistindo qualquer outro elemento que pudesse confirmar a veracidade dessas declarações e tendo o exame de DNA juntado aos autos concluído no sentido de não ser o réu, ora requerente, pai da criança gerada pela vítima, julga-se procedente o pedido revisional para absolver o requerente.

REVISÃO CRIMINAL Nº 231.182-7/00 - Comarca de Itaúna - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Estupro - Autoria não comprovada - Procedência do pedido revisional para absolver o requerente.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de

Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DEFERIR O PEDIDO REVISIONAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2001. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - José Chaves de Oliveira, através de seu procurador, requer a presente revisão criminal com vistas a desconstituir o acórdão de fls. 118/125 dos autos originais, que, negando provimento à apelação interposta, manteve sua condenação a sete anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 213, c/c arts. 224, *b*, e 61, II, *f*, do Código Penal.

Embora o requerente não tenha indicado qual dos dispositivos previstos no art. 621 do CPP está a embasar o seu pedido, sobressai de sua petição inicial que a revisão está fundamentada nos incisos I e III do referido dispositivo legal.

Afirma o peticionário inexistir prova do estupro, bem como de não ser o mesmo pai da criança concebida pela vítima.

Anexa aos autos exame de DNA excluindo a paternidade em relação a ele.

Diz mais que, com essa nova prova, não há como se manter sua condenação pelo referido crime, de vez que ela se fundamentou no fato de encontrar-se a vítima grávida.

Pede sua absolvição, bem como a antecipação da tutela para que possa aguardar em liberdade o julgamento do recurso, em face da prova inequívoca de sua inocência.

Apensados os autos originais, deu-se vista à Procuradoria de Justiça, que opinou pelo indeferimento da revisão.

É o relatório.

Deixo de deferir o pedido de antecipação da tutela jurisdicional, por absoluta falta de previsão legal.

Além do mais, o ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória, razão pela qual o réu não tem o direito de aguardar seu julgamento em liberdade.

Indefiro, pois, o referido pleito.

No mérito, verifica-se que o peticionário foi condenado, na Comarca de Itaúna, à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções dos arts. 213, c/c 224, *b*, e 61, II, *f*, todos do CP, por ter constrangido A.M.J., portadora de deficiência mental, a com ele praticar conjunção carnal, que resultou na gravidez da incapaz, decisão confirmada por esse Tribunal, por maioria de votos, ficando vencido o Relator Des. Luiz Carlos Biasutti, que dava provimento ao recurso para absolver o réu.

Pede o requerente a desconstituição do v. acórdão, alegando que foi contrário à evidência dos autos, além de haver novas provas de sua inocência.

Cumpre analisar, inicialmente, o que seja sentença contrária à evidência dos autos, mencionada no inc. I do art. 621 do Código de Processo Penal, hipótese que fundamenta o presente pedido.

Na lição de NILO BATISTA,

"*Não basta que o decisório se firme em qualquer prova*",

sendo necessário que

"*A prova que o ampare seja oponível, formal e logicamente, às provas que militem em sentido contrário*" (*Decisões Criminais Comentadas*, Ed. Liber Juris, 1976, p. 120).

Ou como afirma FREDERICO MARQUES:

"*Contrária à evidência dos autos é a sentença de condenação que desatende à real configuração dos fatos, por isso que se fundou em atos ou eventos não suficientemente demonstrados, ou que, se fossem aglutinados com adequação, imporiam sentença absolutória* (*Elementos de Direito Processual Penal*, 1965, v. IV, p. 137).

Assim, decisão que se deve considerar como tal é a que faz equivocada apreciação das questões de fato retratadas no processo.

Para a constatação desse equívoco, será indispensável o reexame da prova.

Isto se infere claramente dos próprios termos do artigo 621 do Código de Processo Penal: se no inciso III se permite a revisão quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado e, no inciso I, quando a decisão foi contrária à evidência dos autos, é lógico que, nesta última hipótese, essa constatação deve ser feita através do reexame das provas existentes nos autos originais.

É como observa FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

"*se porventura o pedido revisional é formulado sob a alegação de que a sentença condenatória afrontou a evidência dos autos, nenhum documento será necessário, salvo os autos originais ou o seu traslado*" (*Processo Penal*, 5ª ed., v. 4, p. 458).

Aliás, não há como saber se a condenação contrariou a evidência dos autos sem o exame dessas provas. Máxime quando a prova nova apresentada reforça, em favor do requerente, a prova produzida no processo originário.

Sobre a questão, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em magnífico acórdão do Segundo Grupo de Câmaras Criminais, em que foi Relator o Juiz Carlos Bueno, unanimemente decidiu:

"... *Não há como saber se a condenação contrariou a evidência dos autos - art. 621, I, do CPP - sem esse reexame, cotejando-se depoimentos pessoais, valorando-se eventuais perícias, analisando-se reconhecimentos pessoais ou fotográficos, apreciando-se o valor de negativa judicial por parte do acusado ou a validade da confissão policial etc. Também, e talvez com destaque, verificando-se se os fundamentos da condenação encontram mesmo respaldo no processo, sabido que o erro é da própria natureza humana, não se podendo tolher de imediato a possibilidade de sua eventual reparação*" (*RT*, 711/324).

Nem poderia ser de outra forma. Se a revisão criminal é remédio processual destinado a reparar erro judiciário, tão relevante que se sobrepõe à própria força da coisa julgada, não teria cabimento que o Tribunal, diante de decisão contrariada evidentemente pelo contexto probatório, não pudesse fazer o reexame das provas apuradas.

Após essas considerações, passo à análise da pretensão propriamente deduzida.

Examinei detidamente os autos, e o que de fato me pareceu é que, com fundamento exclusivamente na prova produzida, não é possível concluir pela culpabilidade do requerente.

O réu negou veementemente a autoria do crime, alegando que o processo é fruto de vindida por parte da mãe da vítima, pelo término de um romance que mantinha com a mesma.

A vítima, estranhamente, relatou de forma coerente e clara o crime, não obstante o laudo pericial, de fls.12/TJ, a tenha considerado alienada mental, esclarecendo o laudo complementar de fls. 28 que "*a vítima não é orientada no tempo e no espaço, não sabendo responder perguntas óbvias e simples, tais como nome, endereço, data de nascimento, dias da semana, hora, etc.*".

Tanto isso é verdade que, conforme esclareceu o próprio Juiz sentenciante, às fls. 89/90-TJ, ele precisou recorrer à ajuda da mãe da vítima para compreender perfeitamente o que esta dizia ao ser inquirida.

Ora, nesse contexto, não se pode dar valor e, muito menos, valor absoluto à sua versão.

Quanto às demais provas colhidas, delas também não se extrai a necessária certeza para a condenação do requerente.

A mãe da vítima, P.M.J., relatou somente o que ouviu A. dizer.

Afirmou, também, essa testemunha que, à época, tinha um filho paralítico e que este lhe contou ter presenciado o crime, mas ele já havia morrido. Esclareceu que o réu nunca namorou a vítima. Disse, mais, que seu barracão tinha acesso à casa do proprietário e que o "*Sr. Osvaldo e dona Brígida, o filho desta de nome Jaime e os demais filhos, casados, também sempre estavam ali*". E concluiu, alegando que, por nada ter visto, não tinha

elementos para falar se a criança era ou não filho do acusado.

A testemunha Osvaldo Dias Oliveira, à fl. 47-TJ, embora tenha suspeitado do réu, porque ele manifestou interesse em namorar a vítima, disse não saber informar se o mesmo freqüentava a casa de A. quando sua mãe não estava.

Embora Brígida da Cunha Coelho Oliveira, esposa de Osvaldo Dias, tenha afirmado, em Juízo, fls. 48-TJ, que o réu ia a qualquer hora à casa da vítima, estando ou não sua mãe em casa, a bem da verdade, vê-se que ela tinha interesse em fazer tal afirmação, porque seu marido e filhos estavam sob suspeita. Aliás, quando do inquérito policial, referida testemunha sequer mencionou tal fato, razão pela qual não há como considerar seu testemunho.

Assim, restava nos autos contra o réu apenas a palavra isolada da vítima, inteiramente inconfiável, pela evidente debilidade mental de que esta era portadora.

Se as declarações da ofendida nos crimes contra os costumes, apesar de relevantes no âmbito probatório, precisam de alguma confirmação nos autos para que possa ser crida, na espécie, mais se acentua essa necessidade, em face da condição mental da vítima acima descrita.

Apesar disso, porém, nada há nos autos que pudesse confirmar a veracidade dessas declarações.

É de se observar, ainda, que, embora o réu tenha admitido nutrir certa afeição por A., a verdade é que não há ou havia nos autos qualquer elemento probatório de que ele tivesse mantido conjunção carnal com esta.

Igualmente não é verdade que a vítima não tivesse contato com outros homens. Pelo que disse sua mãe, a casa onde o proprietário do imóvel residia tinha acesso ao seu barracão, que ficava nos fundos, e ele e seus filhos "*sempre estavam por ali*".

O exame de DNA juntado aos autos, concluindo no sentido de não ser o réu, ora requerente, pai da criança gerada pela vítima, contraria de forma evidente as conclusões do exame sanguíneo de fls. 56/57-TJ, que apontam o réu como suposto pai da criança, desmente a afirmação da vítima, da sua mãe e das testemunhas de que ela não tivera relacionamento sexual com outro homem e reforça a tese da inocência do requerente.

Aliás, a conclusão do exame de DNA já era previsível, pois, conforme noticiou a defesa, o menino, filho da vítima, é louro, ao passo que o requerente é de cor negra, como se vê da fotografia anexada ao processo, à fl. 10-TJ dos autos originais.

Tenho, pois, que a decisão condenatória do réu foi proferida contra a evidência dos autos, reforçada essa convicção pela prova nova trazida aos autos da presente revisão pelo requerente.

Com essas considerações, julgo procedente o pedido para, desconstituindo o v. acórdão condenatório, absolver José Chaves de Oliveira, por não existir prova de ter praticado o crime que lhe foi atribuído, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

É como voto, pedindo *venia* aos dignos subscritores do v. acórdão revisando.

Expeça-se alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

O Sr. Des. Gomes Lima - Estou a subscrever integralmente o voto que proferiu o Des. Mercêdo Moreira.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Na época, já tinha visto que era uma armação contra o pobre rapaz. Tanto assim que pedi a absolvição dele. Isso confirma que também sou pela revisão total do processo.

Os Srs. Desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, José Antonino Baía Borges, Márcia Milanez, Tibagy Salles, Edelberto Santiago, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Roney Oliveira e Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

-:::-

INJÚRIA - DIFAMAÇÃO - QUEIXA PARCIALMENTE RECEBIDA

- Se os fatos constantes do processo não demonstram, sequer em tese, a ocorrência de difamação, nem isso consta, implícita ou explicitamente, da queixa oferecida, recebe-se esta apenas parcialmente, com relação ao delito de injúria, evitando-se, destarte, desperdício de prestação jurisdicional e excesso do poder de queixa.

- Se os fatos relativos ao delito de injúria não foram elididos definitivamente quando da defesa preliminar, melhor se receba a queixa, outorgando-se às partes oportunidade de trazer aos autos prova capaz de confirmar suas alegações.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 232.346-7/00 - Comarca de Paraisópolis - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: Injúria - Difamação. - Se os fatos constantes do processo não demonstram, sequer em tese, a ocorrência de difamação, nem isso consta, implícita ou explicitamente, da queixa oferecida, recebe-se esta apenas parcialmente, com relação ao delito de injúria, evitando-se destarte desperdício de prestação jurisdicional e excesso

do poder de queixa. - Se os fatos relativos ao delito de injúria não foram elididos definitivamente quando da defesa preliminar, melhor se receba a queixa, outorgando-se às partes oportunidade de trazer aos autos prova capaz de confirmar suas alegações. - Queixa parcialmente 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, À UNANIMIDADE, INDEFERIR PEDIDO DO ADIAMENTO DO JULGAMENTO FORMULADO PELO QUERELADO E RECEBER, EM PARTE, A QUEIXA-CRIME, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 02 de outubro de 2001. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Pediu adiamento, pelo querelado, a Dra. Deborah Fialho Ribeiro, o qual foi indeferido.

Assistiu ao julgamento, pelo querelado, o Dr. Antônio Donizete de Toledo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Trata-se de ação penal privada movida por Roberto Guenji Koga em face de José Francisco Neto, Prefeito Municipal de Gonçalves (MG), apontando-o como incurso nas sanções dos artigos 139 (difamação) e 140 (injúria) do Código Penal, vez que, no decorrer de outubro de 2000, na Cidade de Gonçalves, o querelado encontrando em via pública o Sr. José Benedito de Moraes, empregado do querelante, assim se manifestou dirigindo-se à pessoa deste: "*... Cadê seu patrão, o Roberto Koga?... aquele vagabundo... sem vergonha... japonês safado... que não me apoiou nesta eleição por causa de outro candidato derrotado... diz a aquele vagabundo e corno que nada adiantou, eu ganhei e ele vai penar na minha mão... e o mesmo serve para você seu vagabundo... sem vergonha...*".

Devidamente notificado, o querelado apresentou defesa preliminar (fls. 50/59), sustentando, em síntese, a rejeição da inicial, "*... uma vez que não há indícios de autoria, nem materialidade dos delitos de difamação e injúria, não se podendo cogitar da presença, ainda que em tese, dos referidos tipos penais*". Tal não ocorrendo, pugna, alternativamente, pela rejeição da imputação do delito de difamação, visto que não se encontra caracterizado nos presentes autos.

Manifestou-se, a seguir, a douta Procuradoria de Justiça, opinando no sentido do recebimento da queixa-crime tão-somente em relação ao crime previsto no art.140 do Código Penal (injúria).

Este o sucinto relatório.

Os fatos relatados na peça vestibular constituem, em tese, a ocorrência de crime contra a honra do querelante, no caso, aquele tipificado no artigo 140 do Código Penal, vez que, ao exteriorizar-se, em via pública e na presença de terceiro, através de impropérios ultrajantes, tais como "vagabundo", "sem vergonha", "safado", "corno", o querelado teria ofendido a honra de seu desafeto, atingindo sua dignidade.

Não obstante, da queixa ofertada deve ser excluído o crime previsto no artigo 139 do Código Penal (difamação), visto não se antever naquela peça a descrição de fato ofensivo à reputação do querelante, ainda que as palavras, frases ou expressões, objetivamente, sejam aptas a ofender.

Por tais fundamentos, *recebo, em parte, a queixa-crime* oferecida, determinando o prosseguimento da ação penal privada em seus demais termos, tão-somente com relação ao delito do artigo 140 do Código Penal.

Se este for o entendimento da egrégia Câmara, publicado o acórdão, retornem os autos conclusos para designação de data para o interrogatório.

Custas, a final.

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. José Carlos Abud - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, INDEFERIRAM PEDIDO DO ADIAMENTO DO JULGAMENTO FORMULADO PELO QUERELADO E RECEBERAM, EM PARTE, A QUEIXA-CRIME, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

PREFEITO - INVERSÃO DE ORDEM DE PAGAMENTO A CREDORES DO MUNICÍPIO - ART. 1º, XII, DEC.-LEI 201/67.

- Em tese, constitui crime de responsabilidade a antecipação ou a inversão de ordem de pagamento a credores do município. 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.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 233.008-2/00 - Comarca de Nepomuceno - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: Prefeito municipal - Inversão de ordem de pagamento a credores do município - Art. 1º, XII, Dec.-lei 201/67. - Em tese, constitui crime de responsabilidade a anteci-

pação ou a inversão de ordem de pagamento a credores do município. 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. 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 , À UNANIMIDADE, DESPREZAR A PRELIMINAR E RECEBER A DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 02 de outubro de 2001. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, encontravam-se presentes, pelo denunciado, o Dr. José Rubens Costa, que assistiu ao julgamento, e, pelo Ministério Público, o Sr. Procurador de Justiça, Dr. Gilvan Alves Franco, que proferiu sustentação oral.

O Sr. Des. Gudesteu Biber (convocado) Trata-se de denúncia formulada em face do Prefeito Municipal de Nepomuceno, Paulo Hipólito Carvalho de Souza, imputando-lhe a prática do crime de responsabilidade contido no inciso XII do art. 1° do Decreto-lei n° 201/67, vez que, no dia 17 de agosto de 1999, como ordenador de despesas, sem qualquer vantagem para o erário municipal e invertendo a ordem dos pagamentos, quitou determinada quantia em benefício de Hulda Lazarini, em virtude de ação trabalhista.

Na defesa preliminar apresentada, argúi o denunciado, *preliminarmente*, a incompetência deste Tribunal, para apreciar a matéria, "*eis que a denúncia narra fatos envolvendo suposto descumprimento ou inversão da ordem de pagamento de créditos oriundos da Justiça do Trabalho, pelo que, em se tratando de hipotética afronta a interesses federais, exsurge a competência do Tribunal Federal da 1ª Região*".

No mérito, pugna pela rejeição da denúncia, pois ausente a materialidade do delito, visto não ter havido preterição de precatório, porquanto não havia sido expedido em relação ao crédito, bem como houve benefício ao Município. Ademais, entende faltar culpa e dolo em sua conduta.

Manifesta-se, a seguir, a douta Procuradoria de Justiça no sentido de que seja afastada a preliminar por imprópria e recebida a denúncia oferecida.

Este o sucinto relatório.

Preliminarmente:

Conforme bem analisado na manifestação da douta Procuradoria de Justiça sobre a preliminar argüida, ela "... *não pode a mesma prosperar, pois o fato das dívidas serem originárias de reclamatórias trabalhistas não atrai a competência da Justiça Federal*". "*Nenhum bem, serviço ou interesse da União foi lesado no presente feito, mas, ao contrário, o direito do particular, credor do Município, em ver seu crédito preterido em face de outro posterior*".

A competência da Justiça Trabalhista exaure-se com a expedição do precatório.

Rejeito a questão prefacial.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. José Carlos Abud - De acordo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber (convocado) - Mérito: Quanto ao mérito, os fatos articulados na peça vestibular constituem, em tese, fato típico previsto no art.1°, inc. XII, do Decreto-lei n° 201/67. Por sua vez, a inicial está calcada em provas objetivas colhidas na fase administrativa.

A excelente peça de defesa preliminar analisa em profundidade o mérito da questão; todavia a prova até agora produzida, sem o crivo do contraditório, não autoriza conclusão segura a respeito do processo. Melhor exercitar a instrução criminal quando terão as partes oportunidade de ministrar provas daquilo que alegam. Ademais, nessa fase prevalece sempre o *in dubio pro societate*, deixando-se ao Ministério Público oportunidade de robustecer suas provas até o julgamento definitivo.

Assim, recebo a denúncia de fls. 2/5, oferecida contra o acusado Paulo Hipólito Carvalho de Souza, para que produza seus legais e jurídicos efeitos.

Sendo este o entendimento dos demais componentes da Câmara Julgadora, publicado o acórdão, voltem-me os autos conclusos para designação de data para o interrogatório.

Custas, a final.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. José Carlos Abud - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DESPREZARAM A PRELIMINAR E RECEBERAM A DENÚNCIA.

-:::-

JÚRI - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - MOTIVO TORPE - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

- Configurada está a qualificadora de motivo torpe se o crime foi praticado por vingança, devido a uma ocorrência policial feita pela vítima, em razão de estar sendo ameaçada de morte pelo acusado.

- Não há como se reconhecer a desistência voluntária se o acusado só não atingiu o seu intento homicida devido à aproximação de populares, circunstância esta alheia à sua vontade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 233.441-5/00 - Comarca de Pará de Minas - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Júri - Tentativa de homicídio qualificado - Motivo torpe - Desistência voluntária. - Acusado que, após ameaçar a amásia de morte, e já tendo tentado contra sua vida, vendo-se intimado para depor em virtude de ocorrência feita por ela, resolve vingar-se. Motivo torpe caracterizado. O agente somente não atingiu o seu desiderato homicida devido à aproximação de populares, circunstância essa alheia à sua vontade, configuradora da tentativa.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2001. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Jorge Lúcio de Paiva foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Pará de Minas, incurso nas sanções dos arts. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II, e 121, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do CP, condenado, a final, a uma pena total de 06 (seis) anos de reclusão.

Inconformado, o réu ofereceu recurso de apelação, pleiteando a cassação da decisão, por ser a mesma manifestamente contrária à prova dos autos.

Há contra-razões de apelação em prol da manutenção da v. decisão.

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 166/174-TJ, opina pelo provimento parcial do apelo.

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

Consta dos autos que, no dia 1º.09.90, por volta das 19h25min, no interior da residência situada na Rua São Sebastião, nº 242, Bairro JK, Comarca de Pará de Minas, o acusado, com *animus necandi*, efetuou disparos de arma de fogo contra sua esposa, Vanilda de Fátima Pinto, produzindo-lhe as lesões corporais descritas no *acd* de fls. 15/16-TJ. O homicídio só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do acusado, vez que a vítima foi prontamente socorrida por terceiros e levada ao hospital, onde recebeu tratamento adequado.

Consta ainda que o acusado, logo após os fatos supra-narrados, no mesmo local, agindo com inequívoca vontade de matar, desferiu tiros contra sua sogra, Antônia Faustina de Oliveira, atingindo-a na perna esquerda, provocando as lesões descritas no *acd* de fl. 15-TJ. O homicídio só não se consumou porque o projétil atingiu região não vital e a vítima foi prontamente socorrida.

Segundo restou apurado, o denunciado agiu impelido por motivo torpe, eis que agiu para se vingar de sua ex-mulher, pois esta requereu a instauração de inquérito policial em virtude das ameaças sofridas pelo réu.

É de se ressaltar que a materialidade e autoria restaram devidamente demonstradas, aquela pelos *acd's* de fls. 15/16-TJ, e exames complementares de fls. 58/59-TJ, além do exame de balística de fls. 76/77-TJ, e esta pela confissão do réu, corroborada pela prova testemunhal colhida.

Pretende o recorrente a cassação do veredicto, alegando que a decisão foi contrária à prova dos autos.

Afirma que a qualificadora do motivo torpe não se configurou e, em relação ao delito cometido contra a sogra, diz que desistiu voluntariamente de prosseguir na execução.

Data venia, não assiste razão ao apelante.

Relativamente à qualificadora reconhecida não há nenhuma censura a ser feita à decisão do Júri.

Conforme relataram as testemunhas Geraldo Aparecido Pinto (fls. 19/20 e 90-TJ), Julieta Antera de Freitas Santos (fls. 30/31- TJ) e Antônia Faustina (fls. 88-TJ), a vítima, enquanto viveu com o autor, era muito agredida por ele, bem como sofria muitas ameaças. Segundo esclareceu, ainda, Geraldo Aparecido, o acusado já havia tentado contra a vida de Vanilda, não obtendo êxito porque foi impedido por referida testemunha.

Consta dos autos que o casal estava separado e que o crime foi motivado por vingança, devido a uma ocorrência policial feita pela vítima, em razão de estar sendo ameaçada de morte pelo acusado, configurando aqui a qualificadora do motivo torpe.

Ora, a toda evidência a motivação do crime foi abjeta, ignóbil, pois, levando-se em conta que o réu já havia tentado contra a vida da vítima, e

constantemente a ameaçava de morte, o que demonstra ter agido de forma friamente premeditada, nada mais justo do que a mesma buscasse se proteger através dos meios legítimos colocados à sua disposição.

Quanto à desistência voluntária, não há como reconhecê-la.

O próprio réu declarou, às fls. 120/131-TJ, que descarregou, na ocasião, toda a munição da arma.

Sua sogra Antônia, à fl. 88-TJ, informou que o acusado disse, antes de disparar contra ela, o seguinte: "*você quer? Tem pra você*", o que indica ter apontado a arma em sua direção.

Embora não tenha atingido região letal, no mínimo, assim agindo, assumiu o risco de produzir o resultado morte.

Como bem acentuou a douta Procuradoria de Justiça, o recorrente somente não atingiu o seu desiderato, na sua própria dicção (fl. 73-TJ), devido à aproximação de populares, circunstância essa alheia à sua vontade.

Incensurável, assim, a decisão do Conselho de Sentença, nos termos em que foi proferida.

Quanto ao pedido feito pelo ilustre Promotor de Justiça em contra-razões recursais, no sentido de que seja permitido ao réu o cumprimento da pena em regime inicial fechado, não tem como ser conhecido, vez que o Ministério Público não apelou da sentença, e a defesa nada pleiteou a respeito dessa questão, apenas se insurgindo contra o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe, que levaria à aplicação do regime integralmente fechado como ocorre nos crimes hediondos.

Ainda que se entendesse que essa comparação feita pelo réu em seu recurso representa contrariedade ao regime fixado na sentença, não teria como ser esse regime alterado, em face do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo recorrente.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

JÚRI - PRIMEIRA DECISÃO CASSADA POR TER SIDO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - ACUSADO SUBMETIDO A NOVO JULGAMENTO - INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO COM BASE NA ALÍNEA *A* DO ART. 593, III, DO CPP - NOVA ANÁLISE DO MÉRITO - PRETENSÃO - INADMISSIBILIDADE - ART. 593, § 3º, PARTE FINAL, DO CPP - HOMICÍDIO - QUESITO PRINCIPAL DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA AFIRMADO PELOS JURADOS - NEGATIVA DOS DEMAIS - ERRO DERIVADO DE CULPA - NÃO-INDAGAÇÃO - TESE DEFENDIDA EM PLENÁRIO - PROTESTO DEFENSIVO FEITO OPORTUNAMENTE E CONSIGNADO EM ATA

- "*Em tema de julgamento do Júri, não se admite segunda apelação pelo mérito, seja de que parte for, conforme expresso no art. 593, § 3º, parte final, do CPP*".

- A tese sobre o erro derivado de culpa, expressamente defendida em plenário, deve ser quesitada aos jurados, uma vez acolhido o quesito principal da legítima defesa putativa e negados os subseqüentes. Restando afirmado pelo Júri que o agente atuou por erro justificado pelas circunstâncias, supondo uma situação de fato inexistente, obrigatoriamente deve ser indagado se o erro derivou ou não de culpa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 233.572-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Processual Penal - Júri - Primeira decisão cassada por ter sido manifestamente contrária à prova dos autos - Acusado submetido a novo julgamento - Interposição de apelação com base na alínea *a* do art. 593, III, do CPP - Ampliação do inconformismo nas razões, pretendendo nova análise do mérito - Inadmissibilidade - Art. 593, § 3º, parte final, do CPP - Recurso parcialmente conhecido. Homicídio - Quesito principal da excludente de ilicitude da legítima defesa putativa afirmado pelos jurados - Negativa dos demais - Não-indagação sobre o erro derivado de culpa - Tese defendida em plenário - Protesto defensivo feito oportunamente e consignado em ata - Prejuízo evidente - Nulidade decretada. 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, CONHECER PARCIALMENTE DO APELO E DECRETAR A NULIDADE DO JULGAMENTO.

Belo Horizonte, 12 de março de 2002. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Odair Antônio da Silva, qualificado, foi condenado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do CP, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto, porquanto, em 20.6.91, por volta das 17h, na Rua Coronel Camisão, 460, Vila Oeste, Capital, juntamente com terceira pessoa, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima Pedro Batista Lacerda, provocando-lhe a morte.

Inconformado com a sentença condenatória de fls. 340, apelou o acusado, nos termos do art. 593, III, *a*, c/c arts. 564, III, *k*, e 484, III, do CPP (fls. 344). Em suas razões, argúi, preliminarmente, a nulidade do julgamento, por omissão de quesito relativo ao erro derivado de culpa, vez que tal tese foi amplamente defendida em plenário e tem suporte no art. 20, § 1°, do CP. No mérito, requer a cassação da decisão dos jurados, por ter sido manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 355/356).

O recurso foi respondido, pugnando o Órgão Ministerial pelo seu desprovimento (fls. 359/361).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento parcial do apelo e pelo seu provimento, para que seja anulado o julgamento (fls. 363/367).

Com efeito, o recurso deve ser conhecido somente no tocante à alínea *a* do art. 593, III, do CPP, pois, no que respeita à alínea *d*, trata-se de segunda apelação pelo mesmo fundamento (acórdão de fls. 293/297), além de ter sido ampliado o inconformismo nas razões, quando já ultrapassado o qüinqüídio legal.

Clara é a regra do art. 593, § 3°, parte final, do CPP, ao impedir a interposição de segunda apelação pelo mesmo motivo, qual seja, por ter a decisão dos jurados contrariado, manifestamente, a prova dos autos.

Nesse sentido é a jurisprudência:

"*Em tema de julgamento do Júri não se admite segunda apelação pelo mérito, seja de que parte for, conforme expresso no art. 593, § 3°, parte final, do CPP*" (*RT*, 650/269-270).

Destarte, conheço parcialmente do apelo, presentes os demais pressupostos de sua admissibilidade.

Assiste razão ao apelante.

A tese sobre o erro derivado de culpa, expressamente defendida em plenário (ata de fls. 341/342), deveria ter sido quesitada aos jurados, uma vez acolhido o quesito principal da legítima defesa putativa e negados os subseqüentes. Restando afirmado pelo Júri que o agente atuou por erro justificado pelas circunstâncias, supondo uma situação de fato inexistente, obrigatoriamente deveria ter sido indagado se o erro derivou ou não de culpa.

De acordo com o entendimento deste Tribunal:

"*A tese do erro derivado de culpa só poderá ser submetida aos Jurados caso venha o Conselho, em resposta ao quesito principal da excludente, reconhecer a própria existência desse erro. Uma vez negado pelo Júri tivesse o agente atuado por erro justificado pelas circunstâncias, supondo uma situação de fato inexistente, não há mais que se cogitar se o erro derivou ou não de culpa*" (TJMG - AP - Rel. Guido de Andrade - *RT*, 736/676).

Conforme bem sustentou o ilustre Procurador de Justiça, "*perguntando aos jurados se o réu, em conseqüência de erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supôs achar-se em face de uma agressão (à sua pessoa ou à sua esposa), há que se verificar se a situação fática por ele imaginada tornaria lícita a sua conduta, indagando-se, então, se negado esse quesito, o de erro derivado de culpa*" (fls. 367).

O indeferimento do aludido quesito foi impugnado pela defesa, oportunamente, e gerou evidente prejuízo ao réu, haja vista que o seu acolhimento acarretaria a punição do agente a título de culpa (art. 20, § 1°, do CP).

Ante o exposto, dou provimento ao apelo, para decretar a nulidade do julgamento, determinando que a outro seja submetido o acusado.

Custas, *ex lege*.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONHECERAM PARCIALMENTE DO APELO E DECRETARAM A NULIDADE DO JULGAMENTO.

-:::-

TÓXICO - CO-AUTORIA - SIMPLES COOPERAÇÃO ENTRE OS AGENTES - REUNIÃO OCASIONAL - MAJORANTE DO ART. 18, III, DA LEI N° 6.368/76 - CARACTERIZAÇÃO - PENA PECUNIÁRIA - FIXAÇÃO - MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RÉU JURIDICAMENTE MISERÁVEL - CUSTAS PROCESSUAIS - SÚMULA N° 58 DO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS DO TJMG - REQUISITOS DO ART. 44, III, DO CP - AUSÊNCIA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - INADMISSIBILIDADE

- A pena pecuniária, aplicada no mínimo legal, não pode ser reduzida ainda mais, mostrando-se inviável, outrossim, a isenção das custas, cuja condenação decorre de imposição legal (art. 804 do CPP).

- Consoante enunciado da Súmula nº 58 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, "*o juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 do CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecido no art. 12 da Lei nº 1.060/50*".

- A co-autoria ou a simples cooperação entre agentes, ainda que eventual, decorrente de reunião ocasional, caracteriza a majorante do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, embora ausentes os requisitos de associação estável que caracterizariam o crime autônomo do art. 14 da mesma lei.

- É de se manter a sentença de primeiro grau que deixou de conceder o benefício preconizado no art. 44 do Código Penal ao réu que praticou crime de tráfico ilícito de entorpecente, não por se tratar a espécie de crime equiparado a hediondo, mas por não o aconselharem, no caso, os requisitos de ordem subjetiva previstos no inciso III daquele dispositivo, notadamente a conduta social do agente e a sua personalidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 234.023-0/00 - Comarca de Cataguases - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA.

Belo Horizonte, 20 de dezembro de 2001. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Guido de Andrade - Emerson de Oliveira e Wilton Brum Tavares foram denunciados na Comarca de Cataguases, como incursos nas sanções do art. 12, c/c o art. 18, III, da Lei 6.368/76, por haverem, em data de 16 de outubro de 2000, por volta das 17 horas, sido presos em flagrante nas proximidades do Posto Primavera, naquela cidade, portando cerca de 8,68 gramas de cocaína, droga essa destinada ao tráfico.

Segundo a denúncia, policiais militares suspeitaram dos denunciados, que se dirigiam de automóvel para a Cidade de Leopoldina, vindo a abordá-los no referido posto de combustível, logrando encontrar uma porção da droga no interior do veículo e outra com Wilton, no bolso de sua calça.

No curso da instrução foi o processo desmembrado em relação ao denunciado Wilton, em razão de instauração de incidente para apuração de dependência toxicológica, passando o feito a tramitar somente contra o denunciado Emerson, que, ao final, viu-se condenado às penas de três anos de reclusão e cinqüenta dias-multa, incurso apenas nas sanções do art. 12 da Lei Antitóxicos, sem a majorante do art. 18, III, da referida lei especial.

Inconformados com a decisão, apelaram o réu e o Doutor Promotor de Justiça.

Pretende o acusado a sua absolvição, alegando que a droga apreendida não lhe pertencia. Alternativamente, pleiteia a desclassificação do delito para aquele previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, ou a redução da pena de multa aplicada, com a isenção do pagamento das custas.

Por sua vez, bate-se o representante do Ministério Público pela condenação do réu nos exatos termos da denúncia, com a aplicação da majorante ali capitulada.

Os apelos foram devidamente contra-arrazoados, opinando a ilustrada Procuradoria de Justiça, nesta instância, *ut* parecer exarado às fls. 142/146, pelo desprovimento do recurso aviado pelo réu e pelo provimento daquele interposto pela acusação.

Aos pressupostos de sua admissibilidade, conheço dos recursos.

Nega o apelante a propriedade de parte da cocaína encontrada no veículo, alegando que apenas acompanhava o co-réu Wilton na compra da droga.

Não é bem isto, entretanto, o que se conclui, à leitura das declarações de ambos no auto de flagrante, máxime quando se observa - ante o que informa o policial Clóvis Dutra Ferreira - serem eles conhecidos como traficantes de drogas em Leopoldina, principalmente o apelante, que tem ali um bar, na zona boêmia (fl. 83).

Analisou a sentença com precisão a prova colhida, concluindo com acerto pela condenação do apelante como incurso no delito do art. 12 da Lei 6.368/76.

A pena pecuniária, aplicada no mínimo legal, não pode ser reduzida ainda mais, mostrando-se inviável, outrossim, a isenção das custas, cuja condenação decorre de imposição legal - CPP, art. 804).

É entendimento consagrado neste Tribunal o de que "*o juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804, CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecido no art. 12 da Lei 1.060/50*" (Súmula 58 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG).

Contudo, quanto à majorante do art. 18, III, da referida lei específica, está a merecer reparo a decisão.

Como se sabe, embora ausentes os requisitos de associação estável, que caracterizariam o crime autônomo do art. 14 da Lei Antitóxicos, a co-autoria ou a simples cooperação entre os agentes,

ainda que eventual, decorrente de reunião ocasional, caracteriza a majorante em questão.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso aviado pelo réu e provejo aquele interposto pelo Órgão do Ministério Público, aplicando sobre as penas estabelecidas na sentença, em conseqüência, o aumento mínimo de 1/3, preconizado no art. 18 da Lei 6.368/76, para concretizá-las em quatro anos de reclusão e sessenta e oito dias-multa.

Fica mantida, no mais, a sentença de primeiro grau, inclusive na parte que deixou de conceder ao apelante o benefício preconizado no art. 44 do Código Penal - não por se tratar a espécie de crime equiparado a hediondo, mas por não o aconselharem, no caso, os requisitos de ordem subjetiva ali previstos (inciso III), notadamente sua conduta social e sua personalidade.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA.

-:::-

INCÊNDIO - AGENTE QUE ATEIA FOGO EM SUA RESIDÊNCIA - RISCO À INCOLUMIDADE PÚBLICA - DOLO DE DANO E DE PERIGO - CONFIGURAÇÃO DO DELITO - CASA HABITADA - MAJORANTE PREVISTA NO ART. 250, § 1°, II, *A*, DO CP - CARACTERIZAÇÃO - EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Provado que o agente causou o incêndio que destruiu por completo a casa onde residia com sua amásia e uma irmã desta, colocando em risco, efetivamente, a vida, a integridade física e o patrimônio de terceiros, ficando demonstrados o dolo de dano quanto à coisa incendiada e o de perigo em relação às demais, que poderiam vir a ser atingidas, resta configurado o crime de incêndio previsto no art. 250 do CP, sendo irrelevante o fato de o agente achar-se alcoolizado, uma vez que a embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade penal.

- Demonstrado que o incêndio atingiu casa habitada, sendo certo que pelo menos um de seus moradores, além do próprio agente, se encontrava no seu interior, fica configurada a majorante prevista no art. 250, § 1°, II, *a*, do CP, não podendo ser excluída da condenação.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 235.994-1/00 - Comarca de Minas Novas - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

Ementa oficial: Incêndio - Casa habitada - Risco à incolumidade pública demonstrado - Prova segura da autoria - Substituição da pena privativa de liberdade por multa e restritiva de direitos - Condenação mantida - Pena corretamente fixada - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 20 de dezembro de 2001. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Guido de Andrade - Cláudio Alves Pereira viu-se condenado na Comarca de Minas Novas às penas de quatro anos de reclusão, substituída por multa e prestação pecuniária, e treze dias-multa, como incurso nas sanções do art. 250, § 1°, inciso II, alínea *a*, do Código Penal, por haver, em data de 21 de setembro de 2000, na Rua Francisco, n° 42, Bairro do Campo, naquela cidade, após discutir com sua amásia, Luzia Leão, jogado álcool sobre um colchão existente na casa em que residiam e ateado fogo, tendo as chamas destruído por completo a habitação, além de expor a perigo a vida, a integridade e o patrimônio da vizinhança.

Inconformado, interpôs o acusado o presente recurso apelatório, pleiteando a sua absolvição. Alega não ter sido ele o autor do delito, tendo o incêndio decorrido de caso fortuito, sendo que teria até ajudado a debelar as chamas, o que estaria a demonstrar a inexistência de dolo de sua parte. Alternativamente, bate-se pela exclusão da majorante reconhecida na sentença.

Com as contra-razões de fls. 99/105, subiram os autos, opinando a ilustrada Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo seu desprovimento, *ut* parecer exarado às fls. 119/127.

Aos pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso, negando-lhe, contudo, provimento.

As teses sustentadas pela defesa de que o apelante não foi o autor do delito e de que não teria agido com dolo não encontraram respaldo nos autos.

O acusado, em ambas as oportunidades em que foi ouvido, disse apenas que não se recordava dos fatos, uma vez que se encontrava inteiramente embriagado.

Sua amásia, no entanto, narrou com detalhes os acontecimentos, perante a Autoridade Policial, esclarecendo que "*... perguntou porque ele estava chegando àquela hora e ele que parecia transtornado de bebida, não gostou e falou se a declarante queria ver ele ia por fogo em tudo, ia por fogo nele mesmo e parecia dizer coisas sem nexo, dizendo que tinha emprestado o carro para alguém, que o autor pegou um vidro de álcool, um restante que havia no vidro e*

jogou na cama e no chão e jogou o fósforo aceso e o fogo se alastrou logo, pegando no guarda roupa e no teto, que a declarante então saltou a janela e foi no orelhão tentar ligar para a Polícia...".

Em Juízo, referida testemunha, não obstante dissesse que confirmava seu depoimento anterior, procurou retificá-lo em alguns pontos, com o nítido propósito de beneficiar o apelante, vindo a asseverar, entretanto, ao final, que "*o acusado é uma pessoa muito boa e somente e cometeu o fato porque estava bêbado*" (*sic*, fl. 63). Evidentemente, não logrou, com tal afirmação, desconstituir a prova produzida.

O vizinho Sérvulo Luiz da Rocha, testemunha ouvida por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, esclareceu que "... *foi acordado pela esposa do conduzido que bateu na janela e gritou que corresse lá na casa que o Cláudio tinha posto fogo ou melhor, estava colocando fogo na casa...*" (fls 5-v.). Em Juízo, Sérvulo ratificou o referido depoimento (fl. 66).

Não há nos autos, portanto, a mínima dúvida quanto à autoria do delito, atribuída ao apelante, e tampouco em relação ao dolo com que agiu: dolo de dano quanto à coisa incendiada e de perigo em relação às demais, que poderiam vir a ser atingidas.

Quanto ao fato de achar-se o réu alcoolizado, é de se observar que, em se tratando de embriaguez voluntária, não exclui a imputabilidade penal.

Pelo que se conclui da análise do laudo de fls. 22/23 e de seus anexos fotográficos, o incêndio provocado pelo acusado, que destruiu por completo a casa onde residia com sua amásia e uma irmã desta, colocou em risco, efetivamente, a vida, a integridade física e o patrimônio de terceiros.

Improcedente, outrossim, a pretensão do recorrente de ver excluída da condenação a majorante prevista no art. 250, § 1°, II, *a*, do Código Penal.

No caso em apreço, como a instrução do feito cuidou de demonstrar, o incêndio atingiu casa habitada, sendo certo que pelo menos um de seus moradores, além do próprio apelante, se encontrava no seu interior na ocasião.

As penas, aplicadas no mínimo legal - substituída a privativa de liberdade por multa e restritiva de direitos -, também não estão a merecer reparos.

Isto considerado, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - CRIME CONEXO - ABSOLVIÇÃO NA MESMA SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE

- O juiz que absolver sumariamente o réu não pode julgá-lo, absolvendo-o pelo crime conexo. Deve o magistrado aguardar o trânsito em julgado da sentença para proceder como previsto no art. 410, segunda parte, por aplicação analógica, remetendo os autos ao juiz competente para os crimes objetos do rito ordinário, se não o for.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 236.627-6/00 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Sentença que, ao final do sumário em rito do Júri, absolve liminarmente o réu do crime de tentativa de homicídio e do crime conexo, no caso, incêndio - Nulidade. - "*O juiz que absolver sumariamente o réu não pode julgá-lo, absolvendo-o pelo crime conexo. Deve aguardar o trânsito em julgado da sentença para proceder, por aplicação analógica, como previsto no art. 410, segunda parte, remetendo os autos ao juiz competente para os crimes objetos do rito ordinário, se não o for*".

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA E, DE OFÍCIO, DECRETAR A NULIDADE DA SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2001. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Na Comarca de Carmo do Rio Claro, Eliezer Donizete Silva, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 121, § 2°, III (fogo), c/c art. 14, II, e 250, § 1°, inc. II, alínea *a*, todos do Código Penal, isto porque, segundo consta da denúncia, no dia 24.10.00, por volta das 15 horas, no interior da residência situada na Rua Luiz Amélio Freire, n° 143, Bairro Porto, o denunciado, agindo com *animus necandi*, deu início a um crime de homicídio contra Claudete Maria de Siqueira, o que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta também que, na mesma ocasião e local, o denunciado causou incêndio em casa habitada e com essa destinação, expondo a perigo a vida e a integridade física de Efigênia Maria Siqueira e Tatiane Aparecida Lima Cardoso, além da vítima acima e seu patrimônio.

Consta ainda que, segundo se apurou, o denunciado, que coabitava

com a vítima, após desentendimento que antecedeu o rompimento da união, munido de uma garrafa de álcool, passou a derramar sobre a vítima esse conteúdo, assim como no interior da residência em que conviviam. Ato contínuo, riscou palitos de fósforos para atear fogo no corpo da vítima e no ambiente, sendo impedido por terceira pessoa quanto ao primeiro intento, que restou lesada com queimaduras de 1° grau, e, quanto ao segundo, para causar incêndio, que passou a consumir o quarto, banheiro, bens e demais adjacências, isto tudo expondo a perigo os presentes, além dos vizinhos, o motorista do táxi que se encontrava defronte à residência, Sr. Carlos Eduardo de Melo.

Ao cabo de regular instrução, entendeu o Magistrado de absolver o réu das imputações constantes da denúncia, com fundamento nos art. 15 do Código Penal (desistência voluntária em relação ao crime de tentativa de homicídio) e art. 386, III, IV e VI, do CPP (em relação ao crime de incêndio - fls. 173/185-TJ).

O Ministério Público ofertou embargos de declarações (fls. 213/216-TJ) para que fosse declarada a parte dispositiva da sentença, mencionando-se expressamente se a deliberação sobre o crime contra a vida foi de impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária, conforme preceituam os artigos 409, 410 e 411 do CPP.

Às fls. 217/220-TJ, o MM. Juiz de Direito voltou aos autos e, respondendo aos embargos ministeriais, declarou que, em relação ao tipo no artigo 121, § 2°, II, c/c o artigo 14, II, do Código Penal, a absolvição decorreu do reconhecimento da desistência voluntária, com desclassificação (segundo pretensão do Ministério Público), e, quanto aos demais, o fundamento para a absolvição são os incisos III, IV e VI do art. 386 do Código de Processo Penal.

Na oportunidade, consignou que, embora suprimida a segunda fase do artigo 410 do Código de Processo Penal, a eventual nulidade somente poderia ser alegada pela defesa, visto que a ela é destinado o novo prazo para defesa e indicação de testemunhas (art. 565 do CPP).

Asseverou ainda que a pretendida desclassificação do delito, manifestada pelo embargante quando das alegações finais, nos termos do art. 410 do CPP, tem o mesmo caráter de nova denúncia e que sofre juízo de valor quanto ao seu cabimento e recebimento, tanto que o art. 410 do Código de Processo Penal menciona que, "*Quando o Juiz se convencer, em discordância com a denúncia ou queixa, da existência de crime diverso...*", caberia então abrir a oportunidade para manifestação da defesa, inclusive produção de provas, retomando o rito ordinário. Mas isso não implica dizer que, em se convencendo da *inexistência* de crime já naquela ocasião, visto que deve emitir juízo de valor para admitir ou rejeitar a pretendida desclassificação, esteja obrigado a cumprir a segunda parte do art. 410, que *somente obriga a abertura de prazo para a defesa na hipótese de convencimento quanto à existência de crime diverso*. Se houve convencimento no sentido da inexistência de crime, o que autorizava a absolvição, é o caso de imediatamente fazê-lo, deixando de prolongar desnecessariamente a decisão do feito, já que, até aquela ocasião, encerrada a possibilidade de produção de prova pela acusação.

Inconformado com a r. decisão na parte que julgou improcedente a denúncia para o fim de absolver o réu Eliezer Donizete Silva da imputação nos artigos 250, § 1°, inc. II, alínea *a*, e 146, ambos do Código Penal, interpôs o douto representante do Ministério Público recurso de apelação (fl. 222-TJ).

Em suas razões recursais (fls. 225/230-TJ), argumenta o Órgão Ministerial, em resumo, que o apelado Eliezer deliberadamente ateou fogo na casa, ensejando perigo comum inclusive ao patrimônio de outras pessoas, e que assim agiu, buscando evitar que Claudete rompesse o relacionamento do casal, donde o constrangimento ilegal.

Em contra-razões, bate-se a douta defesa pela manutenção da decisão hostilizada (fls. 234/240-TJ).

Nesta instância revisora, a douta Procuradoria de Justiça, em preliminar, pugna pela nulidade da sentença que, ao final do sumário em rito do Júri, em lugar de impronunciar o acusado sob o argumento de "desistência voluntária" (em relação ao homicídio cuja execução iniciara) e desclassificar sua conduta para outras figuras suscetíveis em tese - *v.g.*, tentativa de constrangimento ilegal e crime de perigo -, absolveu desde logo o acusado de todas as imputações, sem a observância da regra do art. 410 do CPP. No mérito, pelo provimento parcial do apelo, condenando-se o acusado pela tentativa de constrangimento ilegal e pelo crime de perigo em relação a Claudete.

É o relatório.

Mostra-se procedente a preliminar de nulidade da sentença argüida pelo douto Procurador de Justiça oficiante.

Com efeito, o réu foi denunciado, além do crime de tentativa de homicídio, estampado no art. 121, § 2°, inc. II, c/c art. 14, II, do CP, pela prática de delito de incêndio, previsto no art. 250 do CP. O crime de tentativa de homicídio, como se sabe, por ser doloso contra a vida, é de competência do Tribunal do Júri, que por força de conexão, ou continência, atrai para sua órbita os demais delitos conjuntamente perpetrados (no caso, o incêndio), seguindo a ação penal o rito dos processos afetos àquele Tribunal, ou seja, art. 406 e seguintes do Código de Processo Penal.

No presente caso, não poderia o douto Magistrado, ao fim da formação da culpa, sentenciar da forma que o fez, absolvendo o acusado do crime de homicídio tentado (fato delituoso de competência do Júri), e, na mesma sentença, absolvê-lo também do delito conexo (no caso, incêndio), isto porque a decisão que afasta a competência do Júri se sujeita a recurso que, na hipótese de ser provido, somente o Tribunal do Júri poderá julgar o mérito.

A bem da verdade, deveria o Magistrado, primeiramente, em adotando o procedimento correto, naquele momento processual, exarar decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou de desclassificação, tudo em relação ao delito doloso contra a vida, conforme o seu convencimento, consoante dispõem, respectivamente, os arts. 408, 409, 411 e 410 do *Codex* Processual.

Somente após o trânsito em julgado desta decisão, já que dela caberia recurso em sentido estrito voluntário ou oficial, conforme hipótese, e desde que a mesma não fosse de pronúncia, quando seria fixada a competência do Júri para julgar todos os crimes, é que a digna Autoridade Judiciária poderia em sentença própria, e porque, *in casu*, a sua competência é plena, dispensando, assim, as providências do art. 81, parágrafo único, do CPP, decidir pela absolvição no tocante ao delito conexo, no caso, o de incêndio.

Comentando sobre o assunto, ensina JULIO FABBRINI MIRABETE que:

"*O juiz que absolver sumariamente o réu não pode julgá-lo, condenando-o ou absolvendo-o, pelos crimes conexos. Deve aguardar o trânsito em julgado da sentença para proceder, por aplicação analógica, como previsto no artigo 410, segunda parte, remetendo os autos ao juiz competente para os crimes objetos do rito ordinário, se não o for*" (*in Código de Processo Penal Interpretado* - Atlas, 2ª ed., p. 493).

O luminar JOSÉ FREDERICO MARQUES, *in A Instituição do Júri*, p. 175, também ensina que:

"*Quando o crime for atraído para órbita de competência do Júri em virtude de conexão ou continência de causas e o juiz, ao fim da formação da culpa, impronuncia o réu no que concerne ao fato delituoso da atribuição jurisdicional do Júri, aí deve o magistrado enviar o processo, para o julgamento do crime atraído a seu juízo* rationi conexitatis, *ao órgão judiciário competente, salvo se ele próprio o for (CPP, art. 81, parágrafo único). De modo idêntico procederá se, ao fim da formação da culpa, absolver sumariamente o réu do crime da competência do Júri, ou vier a desclassificar a infração, tudo na forma do que estatui o citado art. 81, parágrafo único*".

E não discrepa a jurisprudência:

"*É tecnicamente incorreta a decisão de primeiro grau que desde logo impronuncia o acusado pela prática de tentativa de homicídio e o absolve da imputação de lesões corporais de natureza grave. Isto porque da decisão de impronúncia cabe recurso em sentido estrito,* ex vi *do art. 581, IV, do CPP, que a pode desfazer*" (TJPR - Ap - Rel. Eros Gradowski - *RT*, 613/349).

E mais:

"*Absolvido o acusado pelo crime que originariamente caberia ao Tribunal do Júri julgar, não pode o juiz, a partir daí, decidir a respeito das infrações conexas, de competência do juiz singular, as quais deveriam ter ficado para oportuno julgamento após o trânsito em julgado daquela decisão*" (*RT*, 600/409).

Por todos esses motivos, acolho a preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça e, de ofício, decreto a nulidade da r. sentença de fls. para que outra seja prolatada, obedecidas as formalidades legais, prejudicado o recurso ministerial interposto.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA E, DE OFÍCIO, DECRETARAM A NULIDADE DA SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL.

-:::-

MAUS-TRATOS - FILHO DE 6 MESES DE IDADE - PRIVAÇÃO DE ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E DOS CUIDADOS MÍNIMOS NECESSÁRIOS - COMPROMETIMENTO FÍSICO GRAVE QUE LEVOU A CRIANÇA À MORTE - DELITO PRATICADO NA FORMA OMISSIVA - DOLO DE PERIGO - CONDENAÇÃO

- Os pais que privam seu filho de 6 meses de idade da alimentação adequada e dos cuidados mínimos necessários à preservação de sua vida e saúde, causando-lhe comprometimento físico grave, que o leva à morte, praticam o crime de maus-tratos previsto no art. 136 do CP, em sua forma omissiva, agindo com dolo de perigo, denotado, ainda, o requisito da permanência exigido para a tipificação do delito. Em tais casos a condenação é de rigor.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 236.784-5/00 - Comarca de Diamantina - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

Ementa oficial:

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 dezembro de 2001. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Guido de Andrade - Trata-se de apelação interposta por Maria de Fátima Pereira e Adão José da Silva, condenados na Comarca de Diamantina como incursos no art. 136, §§ 2º e 3º, c/c o art. 29, do Código Penal, às penas de cinco anos e quatro meses de reclusão e quatro anos de reclusão, respectivamente - sendo, quanto ao acusado Adão José da Silva, substituída por restritiva de direitos e multa a pena privativa de liberdade aplicada -, em razão de haverem exposto a perigo a vida e a saúde da filha do casal, Isrilane Aparecida Fátima, então com seis meses de idade, privando-a de alimentação e dos cuidados indispensáveis, o que lhe causou comprometimento físico grave, levando-a à morte em 11 de junho de 1997.

Pretendem ambos a absolvição, alegando que sempre zelaram por seus filhos, tendo procurado todas as formas de tratamento para a vítima, não tendo atuado com a vontade consciente de maltratar ou mesmo assumido o risco do resultado que se verificou.

Com as contra-razões de fls. 178 a 181, subiram os autos, opinando a ilustrada Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo desprovimento do apelo, *ut* parecer de fls. 189 a 191.

Aos pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso, negando-lhe, contudo, provimento.

A prova colhida não deixa margem à dúvida quanto ao descaso com que os apelantes trataram a filha Isrilane, de apenas seis meses de vida, privando-a da alimentação adequada e dos cuidados indispensáveis à sua saúde, conforme consta do auto de corpo delito de fls. 28/29.

Segundo a médica que examinou a criança, Rosemery Abreu Santos Freitas, era "lamentável" o seu estado de saúde, apresentando-se com desnutrição em grau III, edema generalizado, lesões cutâneas extensas na região das fraldas, pescoço e axilas, com sangramento ao toque, agônica, apresentando crises convulsivas. Nas palavras da *expert*, "*sua condição clínica sugeria negligência total aos cuidados com a criança*" (fl. 28).

Ao especificar a resposta afirmativa dada ao segundo quesito, que indagava se do fato resultou lesão corporal de natureza grave ou morte, esclareceu que "*a causa da morte foi sepsis, infecção esta comum em desnutridos extremos*" (fl. 28-v.).

Com efeito, a prova nos remete ao estado de descaso e descuido em que se encontrava a vítima quando de sua internação. Além do quadro já descrito acima, a criança apresentava dificuldade respiratória, diarréia e peso bem abaixo do normal, com claros sinais de anemia, desnutrição e falta de higiene.

Segundo a médica "*as assaduras apresentadas pela vítima podem ter origem multifatorial, sendo as mais comuns a permanência por longo tempo sob umidade de urina e fezes agravados pela desnutrição*" (fl.85), sendo observado ainda que as lesões cutâneas apresentadas pela criança não eram recentes (depoimentos fls. 85, 87, 88 e 99), o que denota o requisito da permanência, exigido para a tipificação do delito em questão.

Como bem salientou o MM. Juiz *a quo*, a inexistência de plantão médico não justifica a inércia dos pais, pois situações de urgência são atendidas no pronto-socorro dos hospitais, não havendo nos autos prova no sentido de terem procurado atendimento para a filha em data anterior à da internação.

Não obstante o agravamento evidente do quadro clínico da criança, os apelantes se limitaram a tratá-la com hipoglós, hipoderme, maisena e remédio para dor de barriga (declarações da ré às fls. 34/35).

De se ver, por outro lado, que as condições financeiras da família, embora precárias, permitiam que provessem alimentação necessária aos filhos, conforme esclareceram as testemunhas (fls. 39, 98 e 100) e admitiu o próprio acusado (fls. 33 e 76).

A prova revela ainda que, além da vítima, uma outra filha do casal veio a falecer em circunstâncias semelhantes (depoimentos de fls. 85, 87 e 88).

Conclui-se, pois, que os réus praticaram a conduta tipificada no art. 136 do Código Penal, em sua forma omissiva, privando a filha Isrilane do cuidado mínimo necessário à preservação de sua vida e saúde.

Assinala com precisão o culto Procurador de Justiça Eduardo Brum, em seu parecer:

"*O* acd *revela, em tristes cores, as péssimas condições de saúde e higiene da criança quando ingressou no hospital da comunidade, destacando grau de descuido e descaso com a sua alimentação e com as condições básicas de sobrevivências que a levaram à morte.*

A autoria também é certa e não pode ser jamais questionada à vista do relatório do Conselho Tutelar local, dos inúmeros atestados anexados e dos depoimentos testemunhais, especialmente dos médicos e enfermeiros que inequivocamente atribuíram a responsabilidade do evento aos pais, ora acusados.

É patente, assim, a conduta baseada no dolo de perigo, ao menos eventual, restando absurda e incomprovada a alegação de ausência do elemento subjetivo do tipo em foco (art. 156, 1ª parte, CPP).

Outrossim, a culpa pelo resultado morte adveio da ação inicial de exposição nos termos do art. 136, caput, *do CP, delito classificado como preterdoloso na forma qualificada do parágrafo 2º e com o aumento de pena derivado da condição da vítima,* in casu, *pessoa menor de quatorze anos de idade (§ 3º).*

Em resumo, a prova estampa que os apelantes agiram com dolo inicial e causaram culposamente a posteriori *a morte da ofendida menor, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva.*

Logo, a condenação é conseqüência do induvidoso juízo de certeza moral cristalizado no bojo dos autos, sendo desnecessário reprisar tudo o que muito bem já foi dito e rebatido" (*verbis*, fls. 190/191).

A condenação dos apelantes, portanto, era de rigor.

As penas estão fundamentadas e foram corretamente dosadas, sendo de se observar que, em relação a Adão José da Silva, viu-se beneficiado com a causa de redução de pena prevista no art. 29, § 1°, do Código Penal (participação de menor importância), embora, em se tratando de crime omissivo, não se possa falar, propriamente, em participação, além de ter sido substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Quanto à ré Maria de Fátima Pereira, foi favorecida com o regime aberto, não obstante superior a quatro anos a pena que lhe foi aplicada.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

USO DE DOCUMENTO FALSO - DOCUMENTO PÚBLICO - PENA MÍNIMA SUPERIOR A UM ANO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - ART. 89 DA LEI N° 9.099/95 - INADMISSIBILIDADE - PROVA PERICIAL - PRESCINDIBILIDADE - NOTA FISCAL - DOCUMENTO PARTICULAR - CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL - ABSORÇÃO DO DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO - PENA FIXADA NA SENTENÇA E PREVISTA PARA O CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL - IDENTIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA

- O acusado denunciado pela prática do delito de uso de documento público falso não faz jus ao benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei n° 9.099/95, uma vez que o limite mínimo da pena prevista para este delito é de 2 (dois) anos.

- A produção de prova pericial torna-se desnecessária, se há outros elementos nos autos capazes de comprovar, com segurança, a falsidade do documento.

- Quando o agente se utiliza de nota fiscal falsa, o crime do art. 304 do CP fica absorvido pelo delito de sonegação fiscal previsto no art. 1°, IV, da Lei n° 8.137/90.

- A nota fiscal é documento particular. A lei não a incluiu no rol dos documentos que, para os efeitos penais, equiparam-se a documento público (art. 297, § 2°, do CP).

- A condenação por uso de documento público falso em razão de ter o agente se utilizado de nota fiscal inidônea para liberação de mercadorias apreendidas, embora equivocada por se tratar a nota fiscal de documento particular, deve ser mantida, uma vez que o limite mínimo da pena prevista para o crime de sonegação fiscal, que foi efetivamente praticado pelo acusado, é o mesmo do delito de uso de documento público falsificado, pelo que se deu a condenação em primeira instância.

- V.v.: - Tratando-se de crime de uso de documento falso, delito que deixa vestígios, onde a prova indireta não satisfaz os requisitos concernentes ao tipo legal enfocado, há necessidade de uma prova pericial para que se possa saber, estreme de dúvida, sobre ter havido ou não a falsidade documental. (*Des. Sérgio Resende*)

APELAÇÃO CRIMINAL N° 239.814-7/00 - Comarca de Pratápolis - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Denúncia - Uso de documento público falso - Limite mínimo da pena superior a um ano - Suspensão do processo - Inadmissibilidade - Preliminar rejeitada - Perícia documental - Prescindibilidade - Presença de outros meios de prova da falsidade - Nota fiscal - Documento particular - Condenação por uso de documento público falso - Crime de sonegação fiscal - Absorção do delito de uso de documento falso - Pena fixada na sentença e prevista para o crime de sonegação fiscal - Identidade - Condenação mantida. - Denunciado pela prática do delito de uso de documento público falso, não faz jus o acusado ao benefício da suspensão condicional do processo, vez que o limite mínimo da pena prevista para este delito é de 2 (dois) anos. A produção de prova pericial torna-se desnecessária se há outros elementos nos autos capazes de comprovar, com segurança, a falsidade documental. A nota fiscal é documento particular. O crime de sonegação fiscal absorve o delito de uso de nota fiscal falsa. A condenação por uso de documento público falso em razão de se ter utilizado de nota fiscal inidônea para liberação de mercadorias apreendidas, embora equivocada por se tratar a nota fiscal de documento particular, deve ser mantida, vez que o limite mínimo da pena prevista para o crime de sonegação fiscal, que foi efetivamente praticado pelo apelante, é o mesmo do delito de uso de documento público falsificado, pelo qual se deu a condenação em primeira instância.

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 PRELIMINAR, VENCIDO O REVISOR. NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 07 de março de 2002. - *José Antonino Baia Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - A r. sentença de fls. 246/251-TJ julgou procedente o pedido formulado na denúncia, condenando o réu Jocimar Thomas Alencastre como incurso nas sanções do art. 304, CP, à pena de 2 anos de reclusão e 50 dias-multa.

Jocimar Thomas Alencastre interpôs recurso de apelação alegando que a realização da perícia é imprescindível para a comprovação da falsidade do documento e que, ante a ausência da prova técnica, não restou comprovada a materialidade do delito. Pede a absolvição.

Contra-razões foram apresentadas (fls. 289/293-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela decretação da nulidade da sentença ou, ultrapassada a preliminar, pelo provimento do recurso (fls. 298/302-TJ).

Conheço do recurso.

Examino, de início, a preliminar aventada pela i. Procuradoria-Geral de Justiça, de nulidade do feito, em razão de fazer jus o réu ao benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, o qual não lhe foi concedido.

A Promotoria denunciou Jocimar Thomas Alencastre como incurso no art. 304 do CP, porque "*a nota fiscal apresentada pelo acusado Jocimar era falsa e que Jocimar, nunca teve negócios com a empresa Unicelular, ficando patente o uso do documento falso, por parte do acusado, para liberação de seus produtos (fls. 3/4-TJ)*".

Como se vê da denúncia, a nota fiscal falsa foi utilizada pelo acusado para liberar os celulares que foram apreendidos em seu poder sem a documentação fiscal respectiva.

A Procuradoria entende ser a nota fiscal documento particular. Assim, a pena para o uso de tal documento falsificado seria a prevista no art. 298, CP, ou seja, reclusão de 1 a 5 anos e multa. Portanto, o réu faria jus ao benefício do art. 89 da Lei nº 9.099/95, que determina que, "*nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) ou 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo 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)*".

De fato, a omissão do Ministério Público não suprida pelo magistrado é hipótese de nulidade do feito, como já decidido reiteradamente pelos tribunais:

"*Denúncia. Crime cuja pena mínima é igual ou inferior a um ano - Ausência de formulação de proposta de suspensão do processo pelo Ministério Público - Inadmissibilidade - Hipótese que acarreta a ineficácia dos atos judiciais subseqüentes.*

- Ao oferecer a denúncia, nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, incumbe ao Ministério Público propor a suspensão do processo ou justificar por que não o faz. Descumprida a recomendação legal, tornam-se ineficazes os atos judiciais subseqüentes, sob pena de se frustrar o benefício legal em favor do acusado e da administração da própria justiça" (STJ - REsp 146.652 - Rel. José Arnaldo - j. em 16.06.1998 - *RT*, 757/517).

Ocorre que a MM. Juíza sentenciante, assim como o i. Promotor que ofereceu a denúncia, consideraram a nota fiscal, ao que tudo indica, como documento público, e o uso de documento público falsificado é punido com pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa, não sendo cabível, por conseguinte, o benefício.

Rejeito, assim, a preliminar.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Ouso divergir do entendimento manifestado pelo eminente Des. Relator a respeito da preliminar, subscrevendo na íntegra o parecer ministerial, que corretamente entende haver necessidade de uma prova pericial para que se possa saber, estreme de dúvida, sobre ter havido ou não a falsidade documental.

A mim me parece que é um crime que deixa vestígios, em que a prova indireta não satisfaz os requisitos concernentes ao tipo legal enfocado.

Portanto, acolhendo o apelo, dou provimento ao recurso para anular a sentença.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Quanto à preliminar suscitada, *data venia* do entendimento abraçado pelo eminente e culto Revisor, ponho-me de acordo com o Relator por entender que a necessidade de realização do exame pericial restou suprida pelos demais elementos de prova, que não deixam dúvida alguma em relação à falta de autenticidade do documento.

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - A tese da defesa é a de que a condenação não pode prevalecer, porque não foi realizada perícia no documento.

Tenho que a perícia é, sim, indispensável, quando não há outros meios de prova capazes de demonstrar a falsidade do documento. Se comprovada a sua inidoneidade por outros meios, de forma segura, prescindível torna-se o exame pericial.

Neste sentido:

"*Penal - Documento falso e uso - Dispensabilidade do exame pericial. - A falsidade da Carteira Nacional de Habilitação pode resultar de outros meios de prova e, não, exclusivamente, de exame pericial. No caso, além da repartição dito expedidora da carteira ter afirmado que não a expediu, os réus confirmaram a operação de compra e venda e uso do documento, bem assim, nada em contrário foi demonstrado*".

A inidoneidade da nota fiscal apresentada pelo réu está comprovada, com a necessária segurança, pelas declarações do proprietário da empresa de nome fantasia "Unicelular" - nome que constava na nota fiscal como razão social - e pela semelhança entre o CGC da empresa "José Bitencourt Martins-ME", que adota o referido nome fantasia, com o CGC constante do documento apresentado perante a autoridade policial pelo acusado.

A falsificação da nota fiscal restou patenteada nos autos, como constatou a MM. Juíza na sentença condenatória.

É sabido que o crime de uso de documento falso, tipificado no art. 304, CP, é absorvido pelo delito de sonegação fiscal, previsto no art. 1° da Lei n° 8.137/90.

Neste sentido:

"*A sonegação fiscal absorve a falsidade, quando esta é o meio fraudulento empregado para a prática do delito tributário*" (*RSTJ*, 32/753).

As mercadorias apreendidas em poder do réu estavam desacobertadas de documento fiscal. E o documento falso foi utilizado para a liberação delas, sem o pagamento do imposto. Manifesto, por conseguinte, o prejuízo para o Estado, que, em razão da nota fiscal falsa, deixou de recolher o tributo devido.

Caso semelhante já foi decidido por esta Câmara, em apelação criminal de relatoria do e. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro:

"*Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Fraude à fiscalização. Nota fiscal inidônea. Emissão. - Comete crime contra a ordem tributária o agente que se utiliza de notas fiscais inidôneas, cuja confecção se fez sem autorização do Fisco, valendo-se dos documentos falsos ou inexatos para sonegar a obrigação tributária. (Apelação Criminal n° 177.424/9 - Comarca Uberaba - Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro.)*

Como se vê, o crime do art. 304 do CP fica absorvido pelo delito do art. 1°, IV, da Lei n° 8.137/90, efetivamente praticado pelo réu, para o qual é prevista pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A r. sentença ora recorrida houve por bem condenar o réu, ora apelante, como incurso nas sanções do art. 304, CP, à pena mínima cominada para o delito de falsificação de documento público, por entender a i. Magistrada, favoráveis ao réu, na maioria, as circunstâncias judiciais do art. 59, CP, e por não haver circunstâncias agravantes ou atenuantes, assim como causas de aumento ou de diminuição de pena.

Se fosse o caso de crime de falsificação de documento, e não de sonegação fiscal, como já visto, os limites mínimos e máximos da pena privativa de liberdade seriam os determinados no art. 298, CP, ou seja, 1 (um) a 5 (cinco) anos, vez que, como bem salientou a d. Procuradoria-Geral de Justiça, a nota fiscal é documento particular, sendo de se assinalar que, de fato, a lei não a incluiu no rol dos documentos que, para os efeitos penais, equiparam-se a documento público (art. 297, § 2°, CP).

Em que pese ao equívoco constante da sentença, que considerou a nota fiscal como documento público, não vejo como alterar a pena que nela foi fixada, vez que o limite mínimo da pena prevista para o crime de sonegação fiscal, que foi o efetivamente praticado pelo ora apelante, é exatamente o mesmo previsto para o crime de uso de documento público falsificado, aplicado pela MM. Juíza.

Feitas estas necessárias considerações e sem olvidar o disposto no art. 617 do CPP, que veda a *reformatio in pejus* na ausência de recurso da acusação, nego provimento ao recurso da defesa, mantendo integralmente a r. sentença, porque a alteração da capitulação do delito, a esta altura, não traria qualquer benefício para o recorrente.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, VENCIDO O REVISOR. NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PENA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS - PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - MULTA ESTATAL - NATUREZA JURÍDICA - DIFERENÇA - DESCUMPRIMENTO DA RESTRIÇÃO - CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - POSSIBILIDADE

- Não há como confundir a natureza jurídica da prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, que, por essência, é de natureza penal, com a multa estatal, que se transforma em dívida de valor, conforme comando do art. 51 do Código Penal. A primeira é uma das modalidades de pena restritiva de direitos aptas a substituir as privativas de liberdade. A segunda, diferentemente, é pena acessória, considerada dívida de valor, após o trânsito em julgado da sentença, cujo não-pagamento sujeita o condenado a

uma ação de execução, promovida pelo representante ministerial, nos moldes do art. 51 do Código Penal. Entretanto, se o sentenciado descumprir a restrição, a pena restritiva de direitos referente à prestação pecuniária que lhe foi imposta poderá ser revertida em pena privativa de liberdade, a teor do art. 44, § 4º, do Código Penal.

RECURSO DE AGRAVO Nº 240.395-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Agravo - Pena substitutiva - Prestação pecuniária - Descumprimento - Conversão em pena privativa de liberdade - Possibilidade. - Não se tem como confundir a natureza jurídica da prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, que, por essência, é de natureza penal, com a multa estatal, que se transforma em dívida de valor, conforme comando do art. 51 do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2001. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - José Fidelis de Amorim foi condenado, pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Criminal de Belo Horizonte, como incurso nas iras do art. 16 da Lei 6.368/76 a cumprir pena de 6 (seis) meses de detenção e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, tendo sido a pena corporal substituída por restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária (pagamento de um salário mínimo ao Centro Mineiro de Toxicomania). Como o ora agravante não cumpriu a restrição que lhe foi imposta, requereu o representante do Ministério Público, junto ao Juízo da Execução, a conversão da medida em pena privativa de liberdade, tal qual estabelecida na sentença condenatória.

Irresignado, via Defensoria Pública, recorre José Fidelis da decisão, sustentando, em síntese, a impossibilidade legal da conversão, posto que a prestação pecuniária tem natureza jurídica semelhante à da multa, sendo sujeita tão-somente à execução fiscal, conforme comando do art. 51 do Código Penal.

Com as contra-razões, subiram os autos, e, nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço do recurso.

Improcede o agravo.

Não há como confundir, como faz o recorrente, a natureza jurídica da multa estatal que se transforma em dívida de valor, conforme disposto do art. 51 do Código Penal, com a prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, que, por essência, é de natureza penal.

De fato, ainda que possuam natureza jurídica semelhante, não se pode afirmar que estes institutos devam ser tratados de forma idêntica.

A primeira é pena acessória - considerada dívida de valor após o trânsito em julgado da sentença - cujo não-pagamento sujeita o condenado a uma ação de execução, promovida pelo representante ministerial, nos moldes do art. 51 do Código Penal.

A segunda, muito diferentemente, é uma das seis modalidades de pena restritiva de direitos aptas a substituir as privativas de liberdade. Entretanto, o descumprimento desta restrição sujeita o sentenciado à sua reversão em pena privativa de liberdade.

Neste sentido o Código Penal é claro:

"*Art. 43. As penas restritivas de direitos são:*

- prestação pecuniária;

(...)

Art. 44. (...)

§ 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão".

Lembra LUIZ FLÁVIO GOMES, *in Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, p. 132, que:

"*a prestação pecuniária, se se transformasse em dívida de valor, não poderia jamais dar ensejo à prisão (isto é, não seria o objeto de conversão). Precisamente porque não conta com essa natureza civil, senão penal, em caso de descumprimento injustificado (art. 44, § 4º), converte-se em pena privativa de liberdade*".

Diante disto, tendo por irrepreensível a decisão do MM. Juiz, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SONEGAÇÃO DE DOCUMENTO - ART. 314 DO CP - FUNDAÇÃO - AUSÊNCIA DE LIGAÇÃO COM O PODER PÚBLICO - ADMINISTRADOR OU GERENTE - DESCONSIDERAÇÃO COMO FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Se a fundação não é considerada entidade paraestatal, empresa pública, sociedade de economia mista ou "*fundações instituídas pelo Poder Público e serviços autônomos*", nem é empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública, não tendo qualquer ligação com o Poder Público, o seu administrador ou gerente não se ajusta na categoria de funcionário público, ainda que por extensão, não podendo responder pelo crime do art. 314 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 242.390-3/00 - Comarca de Iguatama - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2002. - *Gomes Lima - Relator.*

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Na Comarca de Iguatama-MG, Antônio Rodrigues Moreira foi condenado como incurso nas sanções do art. 314 do Código Penal, sendo apenado com um (1) ano de reclusão em regime aberto, pena que foi substituída por outra, restritiva de direitos, ou seja, pagamento de doze (12) salários mínimos, tudo porque, durante o mês de agosto de 1999, sonegou ele documento de que tinha guarda, em razão do cargo, Presidência da Fundação Iguatamense para a Saúde e Educação, à vítima Taíza Ferreira Fontes, que dera à luz a criança Luiz Gabriel do Nascimento, nas dependências do hospital local, às expensas do SUS. Luiz Gabriel apresentou diversos problemas, inclusive deficiência mental; necessitou dos documentos médicos, e estes lhe foram negados.

Inconformado, apelou Antônio, alegando que não concorda com a tese de que a Fundação seja ou possa ser considerada Poder Público apenas porque administra e gera bens e valores em razão de convênio firmado e autorizado em lei municipal; disse que a Fundação não tem qualquer ligação com o Poder Público, por ele não foi instituída, não tem assessoramento de órgão da Administração Pública, não é sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público; ademais ele, apelante, não é funcionário público e não exercia o cargo sequer transitoriamente, não havendo como ajustá-lo na categoria de funcionário público; disse que a Fundação é pessoa de direito privado e que ele não guardava os documentos; esclareceu que não é médico e nunca esteve cadastrado no SUS, pelo que pede a absolvição.

Contra-razões, às fls. 173/181-TJ.

Emitindo parecer às fls. 187/191-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não-provimento do recurso, porque a Fundação se equipara a uma entidade pública, dada a natureza dos serviços de interesse coletivo que prestava, e, por extensão, o apelante equipara-se a funcionário público. Ademais, provados os fatos e a autoria, a decisão hostilizada está correta.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

A Fundação, "antigo José Guerra Coelho" (fl. 176-TJ), quando detinha este nome, celebrou convênio com a Prefeitura Municipal de Iguatama (fls. 91/94). Posteriormente, esta Fundação passou a se denominar "Iguatamense para a Saúde e Educação" (fls. 87/90 e 96/104-TJ), não se comprovando ao certo se continuou o convênio. Certo é, porém, que Taíza Ferreira Fontes foi atendida pelo SUS, mas esta circunstância apenas não determina a condição de funcionário público do apelante, por extensão. Não se pode considerar a atual situação da Fundação Iguatamense para a Saúde e Educação como sendo uma entidade paraestatal, empresa pública, sociedade de economia mista ou "fundações instituídas pelo Poder Público e serviços autônomos...", conforme leciona JÚLIO FABBRINI MIRABETE.

CELSO DELMANTO *et alii*, em *Código Penal Comentado*, Renovar, Rio de Janeiro, 5ª edição, à p. 1.751, trazem-nos este exemplo:

"*Função delegada: (...) Administrador de hospital que presta atendimento a segurados da Previdência Social também é, pois exerce função pública delegada federal (TRF da 4ª Região, HC 26.099 - DJU de 25.11.92, p. 39.456)*".

Como se vê, são pontos de vista sobre a efetiva situação de funcionário público do apelante. A meu sentir, deve prevalecer a lógica que tem maior importância que entendimentos pessoais, ainda que doutos. Assim é que, recebida a denúncia, ainda que se entendesse ser o apelante funcionário público, por extensão, designou-se momento para o interrogatório (fl. 68-TJ), não se concedendo ao apelante oportunidade, após a notificação, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze (15) dias, à acusação, na forma do art. 514 do Código de Processo Penal. E, mais, acima de entendimentos pessoais, tem maior importância disposição legal, justamente porque o é.

À época dos fatos, determinava o art. 327, § 1°, do Código Penal:

"*Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal*".

Certificando-se o legislador de que a lei não abrangia os casos desta natureza, cuidou de providenciar a modificação do citado § 1°, que, pela Lei n° 9.983/00, passou a ter a seguinte redação:

"*Equiparou-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal,* e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública" (grifo meu).

Verifica-se, assim, que é a redação atual da própria lei que determina a exclusão do apelante da condição de funcionário público, ainda que por extensão, à época dos fatos. Por isso, com muita propriedade e razão, ensinava GUSTAV RADBRUCH, em *Filosofia do Direito*, Armenio Amado Editor, Coimbra, 6ª edição, 1979, à p. 230 (tradução do Prof. Cabral de Moncada):

"*Pode, inclusivamente, o intérprete entender a lei melhor que o seu autor, como pode a própria lei ser mais inteligente do que ele. Pode mesmo dizer-se, sem paradoxo, que ela o deve ser em todos os casos*".

Por sua vez, complementa esse entendimento o mestre FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, em *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1ª tiragem, p. 49, quando diz que:

"*Nas leis criminais também não cabe interpretação restritiva, porquanto, caracterizados formalmente os crimes, tudo aí é rigoroso* (strictum jus); *não se pode aumentar, nem diminuir: um fato criminoso ou é este mesmo crime segundo sua individualização textual, ou não é crime algum*".

Com estas considerações, dou provimento ao recurso e absolvo o apelante da imputação que lhe foi feita (art. 386, inciso III, do Código Penal). Se lançado, retire-se o seu nome do rol dos culpados.

Façam-se as anotações devidas, oficiando-se na forma da lei.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - CONSENTIMENTO PARA O ATO SEXUAL - IRRELEVÂNCIA - DÚVIDA QUANTO À IDADE DA VÍTIMA - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA O DELITO - CONTINUIDADE DELITIVA - VÍTIMAS DIVERSAS - IMPOSSIBILIDADE - PROGRESSÃO DE REGIME - ADMISSIBILIDADE

- Incide na sanção do art. 213 do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação.

- A dúvida ou incerteza do réu quanto à idade da vítima não pode favorecê-lo, pois, na hipótese, subsiste o dolo eventual, apto a configurar a violência ficta.

- Presta-se o estupro à figura do crime continuado se o crime é praticado contra a mesma vítima. Sendo duas ou mais as ofendidas, a hipótese é de concurso material de delitos.

- O atentado violento ao pudor e o estupro só podem ser classificados como crimes hediondos, nos termos da Lei n° 8.072/90, se do fato resultar lesão corporal de natureza grave ou morte (arts. 213 e 214, c/c o art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP).

- V.v.: - Não se caracteriza, *in thesi*, o crime de estupro com presunção de violência, quando a menor de quatorze anos, espontaneamente, já tiver mantido relação sexual por diversas vezes com o acusado. Ante a não-configuração de qualquer violação a bem juridicamente protegido e também considerando tratar-se a norma do art. 224 do CP de presunção relativa, obstada está a possibilidade de condenar-se o apelante pelo ato sexual praticado com a menor. *(Des. Tibagy Salles)*

APELAÇÃO CRIMINAL N° 243.611-1/00 - Comarca de Caratinga - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Estupro - Violência presumida - Vítima menor de 14 anos - Consentimento no ato sexual - Irrelevância - Dúvida quanto à idade da vítima - Circunstância que não descaracteriza o delito - Continuidade delitiva - Vítimas diversas - Impossibilidade - Progressão de regime - Admissibilidade. - Incide na sanção do art. 213 do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação. A dúvida ou incerteza do réu quanto à idade da vítima não pode favorecê-lo, pois, na hipótese, subsiste o dolo eventual, apto a configurar a

violência ficta. Presta-se o estupro à figura do crime continuado se o crime é praticado contra a mesma vítima. Sendo duas ou mais as ofendidas, a hipótese é de concurso material de delitos. O atentado violento ao pudor e o estupro só podem ser classificados como crimes hediondos, nos termos da Lei nº 8.072/90, se do fato resultar lesão corporal de natureza grave ou morte (arts. 213 e 214, c/c o art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP). Recurso conhecido e parcialmente provido.

RELATÓRIO

José Carlos da Silva, já qualificado nos autos, foi denunciado na Comarca de Caratinga como incurso nas sanções do art. 213, c/c os arts. 71, 224, *a*, e 226, III, do CP, em relação à vítima K.L.C., e nas sanções dos arts. 213 e 214, c/c os arts. 71, 224, *a*, e 226, III, do mesmo diploma legal, em relação à vítima A.R.L.

Segundo a inicial, no dia 15 de maio de 1999, por volta das 20h, na Rua José Belegard, Vila José Belegard, 37, Bairro Nossa Senhora Aparecida, naquela cidade, o denunciado, mediante violência, manteve relação sexual com a vítima K.L.C., de apenas 13 anos de idade. Consta também que, em seguida, o denunciado, da mesma forma, manteve conjunção carnal com a menor A.R.L., de 11 anos de idade.

Apurou-se que desde março de 1998 o denunciado vinha forçando a menor K. a com ele manter relacionamento sexual, sendo que se aproveitava quando a genitora da menor saía, para pular a janela e violentá-la. As relações eram mantidas na frente da menor A., sendo que o mesmo ficava passando as mãos pelo corpo desta última. No dia dos fatos, o denunciado empurrou a porta da residência das vítimas, segurou K. pelo braço, levando-a para a cama, onde retirou a roupa dela, mantendo com a mesma relação sexual. Em seguida, foi até a cama onde A. se encontrava, retirando sua calcinha à força, constrangendo-a ao ato sexual. A., sentindo muita dor, passou a gritar, chamando a atenção dos vizinhos, que foram ao local, encontrando o denunciado na cama com K., forçando-a a outro ato sexual.

Após regular instrução, acabou condenado à pena de 07 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelo crime cometido contra a vítima K.L.C.; e a 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão pelo estupro em continuidade delitiva com o atentado violento ao pudor praticados contra a vítima A.R.L., totalizando a reprimenda 16 (dezesseis) anos e 03 (três) meses de reclusão. O regime prisional estabelecido na sentença foi o integralmente fechado (fls. 78/90).

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação para a superior instância, postulando em suas razões a absolvição sob o fundamento de inexistência do estupro contra a vítima K., uma vez que os atos sexuais praticados com ela foram consentidos, além do que desconhecia a sua menoridade, pois, pela aparência física, ela aparentava ser maior de 14 anos. Alega ainda

que não manteve conjunção carnal com A. e nem com ela praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Alternativamente, pede a mudança do regime prisional estabelecido na sentença, para que possa usufruir dos benefícios da progressão (fls. 94/98).

O recurso foi contra-razoado, tendo a douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, opinado pelo seu conhecimento e provimento parcial, para o fim de se condenar o réu pela infringência apenas do art. 213, em continuidade delitiva, em relação às duas vítimas, devendo ser ainda absolvido da imputação do art. 214 do CP, pois os atos libidinosos que teriam sido praticados com a menor A. podem ser considerados como *praeludia coiti*. Finalmente, em face da nova orientação jurisprudencial, opina pela mudança do regime prisional integralmente fechado, estabelecido na sentença, para o inicialmente fechado, por tratar-se de estupro praticado com violência presumida.

Recurso próprio, tempestivamente manifestado, com processamento e remessa regulares.

É, em síntese, o relatório.

À douta revisão.

Belo Horizonte, 01 de novembro de 2001. - *Márcia Milanez* - Relatora.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Improcede a pretensão recursal de absolvição do acusado, visto que a prova dos autos demonstra, de modo categórico, que ele, durante mais de um ano, manteve sucessivas conjunções carnais com a menor K.L.C., na época contando 13 anos de idade, praticando ainda coito vaginal com a sua irmã mais nova, A.R.L., com 11 anos de idade.

A materialidade delitiva e a autoria resultaram incontestavelmente comprovadas nos autos.

Submetida a exame de corpo de delito, a vítima K. apresentou ruptura himenal antiga (carúnculas himenais), o que vem confirmar o relacionamento sexual por mais de um ano (fl. 22).

A.L. foi levada a exame de corpo de delito no mesmo dia em que foi violentada (16.5.99), tendo os peritos constatado "*ruptura himenal (posição de 06, 10 e 02 horas) com sangramento intenso e hematomas vulvares*" (fl. 21).

A autoria é confessada pelo réu no auto de prisão em flagrante, quando admitiu livremente que há mais de um ano vinha mantendo conjunção carnal com a menor K., na sua própria residência, e sempre na ausência de sua genitora. E o que é mais grave: os atos sexuais eram, na maioria das vezes, praticados na presença da menor A., que a tudo assistia e, em razão disso, apesar da pouca idade, acabava excitada.

Diz ele, entre outras barbaridades, "*que na data de ontem, por volta das 20:00 h., K. chamou o declarante para que fosse em sua casa, quando o declarante pulou a janela e lá mantivera relação sexual com K.; não satisfeito, o declarante resolveu importunar a outra menor A. de apenas 11 anos; deitaram na cama, quando o declarante abaixara o* short *que vestia e, levantando a saia de A., introduziu o pênis em sua vagina; A. nada dizia, nem mesmo gritava; K. encontrava-se também na mesma cama despida, vendo o declarante estuprar sua irmã A.; ... a primeira vez que transou com A. foi ontem à noite e ela era virgem porque teve uma certa resistência ao introduzir o pênis*" (fls. 08/9).

No interrogatório judicial ele se retratou parcialmente da confissão extrajudicial, procurando fazer acreditar que não teve nenhum relacionamento sexual com a menor A., confessando, entretanto, as reiteradas conjunções carnais com K.

A nova versão é isolada e inverossímil, pois contrasta com as declarações da vítima A. e com o auto de corpo de delito realizado na mesma data do evento, pelo qual se verificou que ela apresentava ruptura himenal recente, inclusive com intenso sangramento e hematomas vulvares.

Além do mais, a testemunha Ione da Silva Pinheiro, vizinha das ofendidas, informou, em juízo, que, na noite dos fatos, foi alertada por alguns garotos que o réu havia pulado a janela da casa delas e de lá ainda não tinha saído. Sabendo que a mãe das menores trabalhava em uma casa de família, inclusive, quase sempre, dormia no emprego, porque cuidava de uma pessoa doente, dirigiu-se à residência das vítimas e surpreendeu o réu na cama, debaixo do cobertor, com as garotas (fl. 58).

A tese defensiva segundo a qual o réu foi seduzido pela menor K. chega a ser um despropósito, pois a prova evidencia exatamente o contrário. Sendo um homem de vinte e cinco anos, casado, pai de uma filha de dois anos, jamais poderia se envolver com meninas menores de 14 anos.

O que se tem como certo nestes autos é que ele, com sua conduta promíscua e reprovável, corrompeu duas crianças, iniciando-as precocemente nas coisas do sexo.

Não se pode também admitir a outra tese defensiva de descaracterização da violência presumida pelo fato de as vítimas terem consentido nos atos sexuais.

Ora, incide na sanção do art. 213 do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação.

Esta tem sido a posição predominante na jurisprudência:

"*Estupro - Vítima menor de 14 anos - Consentimento da ofendida e experiência sexual anterior ao ato - Irrelevância - Presunção de violência que prevalece - Inteligência dos arts. 213 e 224,* a, *do CP. - O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (arts. 213 e 224,* a, *CP) - (STF -* HC *74.286-6-SC - Rel. Min. Sydney Sanches,* DJU *de 04.4.1997 -* RT, *742/545)*".

"*Crime contra os costumes - Vítima menor de 14 anos - Consentimento na prática dos atos que só tem valor se se tratar de pessoa já dissoluta, corrompida ou prostituída - Irrelevância da anuência da ofendida se a mesma é totalmente desinformada sobre sexo, sem qualquer capacidade de discernimento. - Sendo a vítima de crimes contra os costumes menor de 14 anos, seu consentimento na prática dos atos só tem valor quando se trata de pessoa já dissoluta, corrompida ou prostituída. Caso contrário, se a mesma é totalmente desinformada sobre sexo, sem qualquer capacidade de discernimento, sua anuência é irrelevante*" (*RT,* 769/694).

"*Estupro - Presunção de violência - Dever geral de abstenção da prática de conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos - Irrelevância jurídico-penal do consentimento da vítima - Interpretação do art. 224,* a, *do CP. - A presunção de violência, prevista no art. 224,* a, *do CP, exige que o dolo, direto ou eventual, considere o elemento referente à idade da vítima, não podendo ser, assim, admitida a responsabilidade objetiva. No estupro ficto, a norma impõe um dever geral de abstenção da prática de conjunção carnal com as jovens que não sejam maiores de 14 anos. O consentimento da vítima, no caso, não tem relevância jurídico-penal*" (STJ - *HC* 10.632-MG - 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 13.12.1999).

Não procede também o argumento da defesa de descaracterização da violência presumida pelo alegado desconhecimento da idade da vítima pelo réu.

A doutrina e a jurisprudência são uniformes no sentido de que a dúvida ou incerteza do réu quanto à idade da vítima não pode favorecê-lo, pois, na hipótese, subsiste o dolo eventual, apto a configurar a violência ficta.

"*A presunção de violência não pode ser excluída pela errônea suposição, por parte do agente, de ter a vítima mais de 14 anos de idade quando com ela copulou, provocado pelo seu precoce desenvolvimento*" (TJSP - *RT,* 476/389).

Inadmissível ainda, com a devida vênia, a manifestação do douto

Procurador de Justiça sobre a ocorrência da continuidade delitiva nos estupros praticados contra vítimas diferentes.

Segundo alguns doutrinadores, presta-se o estupro à figura do crime continuado se o crime é praticado contra a mesma vítima. Sendo duas ou mais as ofendidas, a hipótese é de concurso material de delitos.

Tenho conhecimento de algumas decisões no sentido de se admitir a continuidade delitiva, mesmo se se tratar de vítimas diversas.

Contudo, prefiro seguir a orientação do Supremo Tribunal Federal, que, sobre o tema, assim decidiu:

"*Só se admite o reconhecimento do crime continuado no delito previsto no art. 213 do CP quando praticado contra uma única e mesma vítima. Sendo duas as ofendidas, há concurso material*" (*RT*, 586/426).

Mas, como bem salientou o douto Procurador de Justiça, o acréscimo de um ano e três meses na pena imposta relativamente ao crime cometido contra a vítima A.R.L. pelo reconhecimento da continuidade delitiva do estupro e do atentado violento ao pudor é de manifesta improcedência.

Na realidade, não se comprovou nos autos qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal que o réu tivesse praticado com a menor ofendida.

O fato de ele ter passado as mãos no corpo de A. durante o ato sexual está perfeitamente ajustado aos atos classificados de *praeludia coiti*, não podendo ser considerados atos de libidinagem.

No tocante à mudança do regime prisional imposto, é de ser deferido o pleito da defesa.

Esta Câmara, seguindo orientação pretoriana anterior, decidia sempre no sentido de que o estupro e o atentado violento ao pudor, cometidos com violência ficta, eram considerados crimes hediondos. Entretanto, a partir do julgamento do *HC 78.305-MG*, pela Excelsa Corte (a quem cabe a última palavra na interpretação das leis e da Constituição), passou-se a entender que o atentado violento ao pudor e o estupro só podem ser classificados como crimes hediondos, nos termos da Lei nº 8.072/90, se do fato resultou lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214, c/c o art. 223, *caput*, e parágrafo único, do Código Penal).

Posteriormente àquele julgamento o Superior Tribunal de Justiça passou a perfilhar o mesmo entendimento:

"*Penal e Processual Penal - Desconhecimento da idade da vítima - Exames de prova - Estupro ficto - Não considerado hediondo.*

- As questões fáticas tidas como controversas (aparência da vítima, depoimentos, etc.) não podem ser examinadas pela via estreita do habeas corpus.

- Relativamente à Lei nº 9.455/97, esta eg. Turma tem decidido, reiteradamente, que tal norma só é aplicável ao crime de tortura. Nesse particular, quando do julgamento do HC *11.547/CE, de minha relatoria, expus os motivos pelos quais, também, comungo com tal entendimento.*

- Há que se ressaltar que o crime em questão (estupro ficto) não é considerado hediondo. Tal posicionamento, corroborado por decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal cf. HC *nº 78.305-MG, Rel. Min. Néri da Silveira,* DJU *de 01.10.1999, vem, a partir de então, também, sendo adotado por esta eg. Turma Julgadora (*HC *nº 9.642/MS, de Relatoria do culto Ministro Felix Fischer).*

Assim, observo que, na hipótese, o réu foi condenado a 07 (sete) anos de reclusão em regime integralmente fechado com base, exclusivamente com base, na Lei de Crimes Hediondos. Logo, é de aplicar-se, à espécie, a regra contida no art. 33, parágrafo 2º, b, *do Código Penal (regime semi-aberto).*

- Por tais fundamentos, em razão do regime prisional fixado ao caso sub judice, *concedo, de ofício, a ordem, para afastando o óbice do parágrafo 1º, art. 2º da Lei nº 8.072/90, determinar a aplicação do regime semi-aberto desde o início do cumprimento da pena, incontinenti, fixando-se, desde já, em virtude de inexistência de estabelecimento adequado, seu cumprimento em prisão domiciliar*" (STJ - *HC* 11.537-SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* de 19.06.00, p. 159).

No mesmo sentido, citando apenas os mais recentes julgados: STF - *HC* 80.223-1-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJU* de 13.10.2000, p. 11; STJ - *HC* 11.350-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 21.08.2000, p. 153; *HC* 12.601-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 28.08.2000, p.135; R*HC* 10.190-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 25.09.2000, p. 115; *HC* 11.523-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 25.09.2000, p. 117; REsp 203.580-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 25.09.2000, p. 129, etc.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso para, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, absolver o réu da imputação prevista no art. 214 do CP. Conseqüentemente, decoto da condenação o acréscimo de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, decorrente da continuidade delitiva, ficando o réu apenado definitivamente em 15 (quinze) anos de reclusão.

E, em face da orientação agora predominante em todos os tribunais do País, modifico o regime prisional estabelecido na sentença, de integralmente fechado para inicialmente fechado, propiciando, com isso, a sua progressão para regime menos rigoroso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Rogo vênia à douta Desembargadora Relatora do processo para me manifestar em voto divergente, por entender contrariamente à configuração de um dos delitos de estupro a que fora condenado o apelante.

O assunto é polêmico e já ensejou inúmeros debates, principalmente, a partir do voto paradigmático do Ministro Marco Aurélio quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.662, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal.

Por demandar polêmica infindável é que procurei desenvolver o presente voto, fazendo-o com análise jurídico-científica, principalmente, considerando os métodos de interpretação jurídica que orientam o direito nessa fase pós-moderna.

Desde já, saliento que a norma, em qualquer caso, deve ser trabalhada de molde a permitir sua concretização, ou seja, a norma deve ser interpretada para que dela se extraia o real e efetivo sentido, o único capaz de permitir a solução de um *hard case*.

Esse intento procura vir na salvaguarda do direito, que precisa deixar de ser apenas nominalista ou simbólico, de feição puramente formal e petrificada no tempo.

Com a interpretação da norma, o que se pretende é uma aplicação correta do direito e, via de conseqüência, atingir padrões razoáveis da tão sonhada justiça.

O que está a se defender em voto é uma saída dos padrões tradicionais kelseneanos de interpretação, ou seja, uma saída do formalismo jurídico em busca da real essência da norma.

Na idade pós-moderna - na qual a sociedade complexa procura soluções novas para demandas novas - o direito não pode apresentar-se de forma arcaica, sem dinamismo, como se não tivesse saído da *lex duodecim tabularum*.

Mais do que nunca, é necessário reconstruir. Nesse diapasão, saliente-se que a norma jurídica não pode mais ser confundida com seu texto. No dizer de Müller, a norma "*é mais do que seu texto. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto*".

Corolário desse resgate interpretativo, ou no dizer de Gadamer, nessa virada hermenêutica, exsurge a interpretação da norma como forma de concretização, de molde a encontrar dentro do próprio ordenamento jurídico a decisão correta para o caso concreto que se afigura difícil. Portanto, não se trata de criar um novo direito, mas sim trabalhar de forma correta o que já se tem.

Com efeito, lanço mão do critério interpretativo concretista, visando extrair a verdadeira essência normativa, por tratar-se o presente caso de um *hard case*.

Da presunção de violência - Art. 224 do CP.

As presunções, segundo informam a doutrina pátria, dividem-se em jurídicas (legais) e judiciais. As presunções jurídicas, por figurarem como gênero, comportam as espécies absolutas (*juris et de jure*) e relativas (*juris tantum*).

O artigo 224 do Código Penal dispõe que a violência é presumida se a vítima não é maior de 14 anos, de onde exsurge a dúvida se se trata de presunção relativa ou absoluta.

A *mens legis* é no sentido de proteger o hipossuficiente, que, *in casu*, é vítima menor de 14 anos de idade, justamente pelo fato de que menor de 14 anos não reúne condições suficientes para autodeterminar-se e, conseqüentemente, dispor livremente acerca da sua liberdade sexual.

Com efeito, cumpre expungir que a presunção não é um meio de certeza jurídica, mas sim um acessório que socorre o magistrado na formação de seu livre convencimento motivado. Aceitar indiscriminadamente a presunção como uma certeza jurídica é negar a possibilidade de formação de um convencimento livre e motivado.

Dessa forma, como salienta PIERANGELI, "*as presunções legais ou jurídicas absolutas devem ser abolidas ou pelo menos limitadas, no Direito Processual de todo Estado de Direito, principalmente aquelas que emergem de antecedentes ou das condenações anteriores do processado*".

O Instituto Interamericano de Direitos Humanos, no informe final do documento elaborado sob a coordenação do Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, recomendou, quando não a eliminação, no mínimo, a limitação das presunções absolutas (cf. PIERANGELI, 1999, p. 166).

Assim, tendo em vista a necessidade de primar-se pela aplicação correta do direito, esta como única forma de alcançar-se a tão sonhada justiça, melhor é adotar, sempre, a presunção legal relativa, com o que se evitariam aplicações aberrantes do comando legal.

Diante da perspectiva de concretizar a norma jurídica, ou seja, buscar a verdadeira essência da norma, impende salientar que esta, conforme já salientei alhures, não se confunde com seu texto. Aplicar corretamente o direito, *in casu*, é considerar que a presunção não deve ser considerada em sua plenitude, ou seja, *juris et de jure*.

Lado outro, para chegar-se ao padrão satisfatório de concretização normativa que o caso exige, mister se faz analisar o mundo factual (*sein*) dentro da perspectiva normativa (*sollen*).

Do mundo sociológico, que realmente é (ser), extrai-se o comando que rege o normativo, trabalhando com o que deveria ser (dever ser). O certo, segundo informa Miguel Reale, "*é que toda norma enuncia algo que deve ser, em virtude de ter sido reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório. Há, pois, em toda regra um juízo de valor, cuja estrutura mister é esclarecer, mesmo porque ele está no cerne da atividade do juiz ou do advogado (...). O legislador não se limita a descrever um fato tal como ele é, à maneira do sociólogo, mas, baseando-se naquilo que é, determina que algo deva ser, com a previsão de diversas conse-*

qüências, caso se verifique a ação ou a omissão, a obediência à norma ou a sua violação".

O que estou a defender é justamente uma concretização normativa, lançando mão do ser para chegar-se ao dever ser.

O comando normativo do artigo 224 do Código Penal reflete o juízo de realidade de uma sociedade do início da década de 40 do século passado.

Quero dizer que o *juízo de realidade (ser) no qual o legislador de 1940 - sob a orientação do grande e saudoso Nelson Hungria - se baseou (dever ser) para elaborar o Código Penal é diferente do que hoje se tem como parâmetros para aplicar o juízo normativo.*

Na década de quarenta, a sociedade nacional se encontrava sob a égide do Estado Novo, sequer cogitava acerca do avanço do *sexo frágil*, muito menos dos movimentos *hippies*. O paradigma de Estado era outro, as idéias estavam distantes de um pensamento coletivo, e o social ganhava primazia em detrimento do liberal.

Hoje em dia, considerando o fato de a sociedade (hiper) complexa da era da informação (ou pós-industrial) comportar relações intrincadas, diante da necessidade de estabelecer-se um compromisso básico com a idéia de Estado Democrático de Direito, o comando legal deve ser analisado - como forma de harmonização dos interesses em litígio - em conformidade com a realidade social.

Quero dizer com isso que a realidade social (ser) na qual se projetou a norma (dever ser) do artigo 224 do Código Penal é completamente diversa da realidade social dos dias atuais.

Noutro giro, saliento que realidades distintas exigem soluções distintas. Não podemos trasladar a realidade anterior aos anos dourados e aplicá-la de forma cega e aleatória aos tempos de hoje.

A modernidade tardia exige soluções diferentes da que fora empregada nos tempos passados, e aplicar o direito desconsiderando a mutação social é o mesmo que desconhecer o dinamismo existente na seara jurídica. Negar a dinâmica do direito é negar o próprio direito. Negar o direito é negar a própria ordem e contribuir para o caos - é negar o próprio Estado.

Assim, na presente análise, forçoso é concluir que a presunção de violência comporta limitações de ordem jurídica.

Acresce-se que estamos trabalhando a norma preexistente e nem se cogita de criar um novo direito (cf. Ronald Dworkin), pois a presunção relativa deve ceder "*diante da prova de que nada mais se tem a proteger em relação à menor, no que tange à atividade sexual*" (PIERANGELI, 1999, p. 171).

Vivemos a época do *drive in*. Nosso sistema televisivo, talvez o

maior responsável pela formação da *opinião pública nacional*, vincula a todo instante, em horário livre nos programas como o global *Malhação*, adolescentes oferecendo-se e entregando-se ao sexo de forma tão natural, que chega a causar espanto aos desinformados. Até a própria linguagem utilizada pelos nossos adolescentes, que ostentam *piercings* pelo corpo, demonstra que as relações mais íntimas estão vulgarizadas como num *ficar*.

Ora, na época atual, seria abstrair-se hipocritamente a realidade, negar-se que uma adolescente com 13 anos de idade - que manteve sua primeira relação sexual aos 12 anos - não tenha uma noção bastante exata dos segredos da vida sexual.

Nelson Hungria, ao comentar o tema, menciona que "*segundo justamente opina Magalhães Noronha, a presunção estabelecida na letra* a *do art. 224 não é absoluta, mas relativa. É decisivo em tal sentido o elemento histórico. A supressão (propositada, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão Revisora) da cláusula não se admitindo prova em contrário, do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código Italiano), visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção. Há também a ilação da exegese sistemática: o Código não transige, em caso algum, com a responsabilidade objetiva.* Nulla poena sine culpa".

O argumento de que o consentimento da menor de 14 anos de idade é sempre inválido - embora ela tenha desenvolvimento físico e psíquico superior a sua idade - e de que a idade da vítima menor de 14 anos faz parte do tipo não devem prosperar diante da concretização normativa.

Ademais, "*alinham-se a favor da tese de que a presunção é relativa os seguintes fundamentos: as duas outras alíneas* b *e* c *tratam de presunções relativas, e não seria de se excluir a alínea* a*; a prevalecer a opinião oposta, a menor seria mais protegida até que o insano mental, que não tem nenhuma possibilidade de consciência*".

Dessa forma, entendo que não caracteriza, *in thesi*, o crime de estupro com presunção de violência, quando a menor de catorze anos, espontaneamente, já tiver mantido relação sexual por diversas vezes com o acusado. Nesse sentido: *RT*, 542/322; *RT*, 481/403.

Da inexistência de ofensa a bem jurídico.

No e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu-se, com notável lucidez - jurisprudência transcrita pelo ilustre professor Nilo Batista (*apud* PIERANGELI, 1999, p. 170-171) - que "*o sujeito passivo do estupro com violência presumida não é qualquer menor de 14 anos, e sim aquele em cuja pessoa se possa dar a ofensa ao bem jurídico*".

Considerando a circunstância de que o sujeito passivo do delito de

estupro é a pessoa na qual se possa dar ofensa ao bem jurídico, concluo que não ocorreu a aludida ofensa no que tange ao ato sexual praticado com a menor K.L.C.

A própria menor, em seu depoimento prestado judicialmente (fls. 55/56), declarou que, após a primeira relação, quando ainda tinha 12 anos de idade, "*passou a manter relações sexuais constantemente com o acusado, em todas as sextas-feiras e sábados, pois sabia o acusado que a genitora da declarante não estava em casa, pois estava trabalhando; que, então, o acusado pulava a janela do quarto da declarante e mantinha relações sexuais com a mesma; que muitas vezes, perto da outra vítima A., a qual dormia no mesmo quarto e cama da declarante; que a partir da segunda conjunção carnal, passou a não doer mais e a declarante começou a gostar do acusado (...); que mantinha relações sexuais normais, não praticando atos libidinosos; que a avó da declarante, também, morava com a mesma, porém, em um quarto separado da casa e nos fundos, de modo que o acusado adentrava e saía sem que a sua avó D. percebesse (...); que ainda gosta do acusado, podendo informar que o mesmo é boa pessoa e trabalhador (...)*".

Assim, ante a não-configuração de qualquer violação a bem juridicamente protegido, e também, considerando tratar-se a norma do artigo 224 de presunção relativa, entendo obstada a possibilidade de condenar-se o apelante pelo ato sexual praticado com a menor K.

Não obstante, no que pertine ao delito cometido contra a menor A., não se cogita, sequer, falar em absolvição. É que sobejamente comprovadas restaram a materialidade e a autoria do delito, não existindo qualquer causa excludente da ilicitude.

Conclusão.

À guisa de concluir, considerando que a simples conjunção carnal, sem constrangimento, não é crime, diante do expresso consentimento extraído da manifestação da vítima que elidiu a violência, uma vez que esta não pode ser analisada como uma presunção absoluta, rogo vênia à douta Relatora para divergir de seu voto e absolver o apelante da imputação do delito de estupro em relação à menor K.L.C., por inadequação do fato ao tipo penal.

Portanto, reformo o r. *decisum* concretizando a pena em 08 anos e 09 meses de reclusão, nos termos estabelecidos em primeiro grau.

Acompanho o voto da douta Relatora em seus demais termos.

Considerando o teor dos argumentos expendidos é que finalizo o voto, fazendo-o para divergir, em parte, da relatoria e *dar parcial provimento ao recurso e absolver o apelante das imputações do delito de estupro com relação à menor K.L.C.*

É como voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Peço vista dos autos.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Presidente (Desª. Márcia Milanez) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 05.02.02 a pedido do Des. Edelberto Santiago, após meu voto e o voto do Des. Revisor, dando provimento parcial.

Com a palavra o Des. Edelberto Santiago.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - A despeito do excelente voto emitido pelo eminente e culto Des. Revisor, pedindo-lhe vênia, acompanho a eminente e não menos culta Relatora, que tem em socorro a seu posicionamento recente entendimento proclamado pelo Plenário do Excelso Pretório de que absoluta é a presunção a que alude o artigo 224, alínea *a*, do Código Penal.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO EM PARTE O REVISOR.

-:::-

HABEAS CORPUS - EXCESSO DE PRAZO - SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ELISÃO - NULIDADES - APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DO *WRIT* - IMPOSSIBILIDADE - ORDEM DENEGADA

- A superveniência de sentença condenatória elide eventual constrangimento ilegal derivado de excesso de prazo na formação da culpa. Se antes o paciente estava preso em razão de flagrância, agora sua prisão deriva da força da sentença de condenação.

- O *habeas corpus* não é via hábil para analisar existência de nulidades, especialmente se já existe sentença condenatória e a nulidade argüida depende de análise de prova.

HABEAS CORPUS Nº 244.664-9/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Excesso de prazo - Sentença condenatória superveniente - Nulidades. - A superveniência de sentença condenatória elide eventual constrangimento ilegal derivado do excesso de prazo na formação da culpa. - Se, antes, o paciente estava preso em razão de flagrância, agora sua prisão deriva da força da sentença de condenação. - O *habeas corpus* não é via hábil para se analisar existência de nulidades, especialmente se já existe sentença condenatória e a nulidade argüida depende de análise de prova. - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DENEGAR A ORDEM IMPETRADA.

Belo Horizonte, 04 de setembro de 2001. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Os Drs. Edvalth Rodrigues Pereira e Siêda Souza Santiago Rodrigues, ilustres advogados inscritos na OAB/MG sob os nºs 62.729 e 58.070, respectivamente, impetram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Fábio Costa, já qualificado, alegando constrangimento ilegal derivado de excesso de prazo na formação da culpa e nulidades; do inquérito, em razão da falta de assinatura do Delegado, e do processo, em face da ausência do Representante do Ministério Público quando da audiência de inquirição de testemunhas. Diz ter sido o paciente preso em flagrante, no dia 23 de março p.p., sendo denunciado, perante o Juízo da 2ª Vara Criminal de Sete Lagoas, como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei 6.368/76, sendo que, até a data da impetração, passados mais de 137 dias, não havia sido julgado. Alega, outrossim, estar nulo o processo porque o Delegado de Polícia não assinou o relatório e porque o Promotor de Justiça não esteve presente quando da inquirição de testemunhas. Pede a concessão de liminar e, a final, da ordem impetrada para que possa aguardar o julgamento do feito em liberdade.

O pedido de liminar foi indeferido.

Nas informações que presta, esclarece o MM. Juiz que o paciente foi condenado à pena de seis anos de reclusão, estando o feito em fase de recurso. Remete xerocópia da sentença.

A douta Procuradoria de Justiça, através de parecer do sempre ilustrado Dr. Renato Martins Jacob, opina pela denegação da ordem.

É, em síntese, o relatório.

Decide-se:

Como se vê das informações oficiais, o processo já foi julgado e o paciente condenado à pena de quatro anos e seis meses de reclusão, em regime integralmente fechado, por tráfico de drogas, estando os autos aguardando do decurso do prazo para recurso.

A superveniência de sentença penal condenatória elide a pretensão formulada em favor do paciente.

Ainda que tenha existido excesso de prazo, a impetração perdeu seu objeto na medida em que foi lavrada a sentença penal condenatória.

Se, antes, a prisão do paciente derivava do auto de prisão em flagrante regularmente editado, agora ela é corolário lógico e conseqüência natural do julgado de condenação.

Esta Câmara tem entendido que, nesses casos, persistindo a prisão pela força do julgado, não é de se dar por prejudicado o pedido, mas de denegação da ordem.

Também não há como se anular o processo na via eleita. Salvo casos excepcionais e visíveis *prima oculi*, não se deve decretar nulidade de processo através da via estreita do *habeas corpus*, pois, como tem entendido a jurisprudência, "*o habeas corpus é remédio excepcional para a salvaguarda da liberdade de ir e vir da pessoa, quando esta constitua objeto de constrangimento resultante de ilegalidade ou abuso de poder; não é meio para se fazer correição e varredura de possíveis irregularidades ocorridas no processo penal*" (STF, *HC* 73.340/9-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 04.05.2001, p. 3).

A razão da postura pretoriana é simples. Entre nós prevalece o princípio do *pas de nulité sans grief*; e, para se verificar a existência ou não de prejuízo, é necessário um exame aprofundado, crítico e comparativo da prova produzida.

No caso concreto, o MM. Juiz analisou as preliminares de nulidade argüidas e as rejeitou. Tais preliminares certamente voltarão à baila nas razões de recurso e serão examinadas quando do julgamento de eventual apelação. Não tem o menor sentido decretar nulidade, através do remédio heróico, quando há possibilidade de exame mais aprofundado da questão em sede de recurso, onde há amplo espectro do contraditório e onde a defesa terá oportunidade de comprovar eventual prejuízo.

Assim, e acolhendo na íntegra o parecer ministerial, denego a ordem impetrada.

Custas, *nihil*.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM IMPETRADA.

-:::-

JÚRI - TESE DEFENSIVA - LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - QUESITO OBRIGATÓRIO - INDEFERIMENTO PELO JUIZ - PROTESTO DA DEFESA - CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE

- Em sede de julgamento pelo Tribunal do Júri, é vedado ao juiz posicionar-se diante da tese defensiva, fazendo valer sua opinião sobre a questão, inde-

ferindo quesito acerca da aludida tese, mormente no caso de legítima defesa da honra, visto que a legítima defesa é causa de exclusão de antijuridicidade legalmente prevista.

- Sustentando a defesa, em plenário, causa de exclusão de ilicitude devidamente prevista no CP, a formulação do respectivo quesito é de rigor, nos termos do art. 484, inciso III, do CPP.

- Nos termos do art. 564, inciso III, letra *k*, do Código de Processo Penal, a falta de quesito ocasiona nulidade nos processos de competência do Tribunal do Júri. Entendimento diverso contraria frontalmente o princípio da ampla defesa, consagrado na Constituição Federal de 1988.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 244.951-0/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Júri - Ausência de quesito de tese defensiva - Nulidade do julgamento. - A não-formulação de quesito de tese defensiva - art. 484, III, do CPP - configura cerceamento de defesa e induz à nulidade absoluta do julgamento.

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 PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA PARA ANULAR O JULGAMENTO, PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Denunciado e pronunciado por infração do art. 121, § 2º, I, c/c o art. 65, III, *d*, 1ª figura, e art. 61, II, todos do Código Penal, Joaquim Ferreira de Souza foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, oportunidade em que foi condenado a 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado (fls. 127/128-TJ).

Irresignado, apela o MP (fl. 132-TJ), pretendendo, nas razões de fls. 140/143-TJ, o estabelecimento do regime integralmente fechado.

Em liberdade, apela também o sentenciado (fl. 133-TJ), levantando, em suas razões de fls. 134/138-TJ, *as preliminares* de nulidade do julgamento: *1)* por não-quesitação da tese da legítima defesa da honra; *2)* por erro na especificação do endereço do local do crime constante da denúncia, pronúncia e do libelo; *3)* por defeito na redação do terceiro quesito; e *4)* por não-quesitação de quais seriam as atenuantes reconhecidas pelos jurados.

No mérito, pugna pela cassação da decisão, por manifesta contrariedade à prova.

Contraminutados os recursos, opina o Procurador de Justiça Eduardo Brum pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo provimento do apelo ministerial e não-provimento do apelo defensivo.

É o relatório.

Conheço dos recursos.

Cumpre inicialmente examinar as preliminares argüidas.

Pretende a defesa a nulidade do julgamento por não-quesitação da tese de legítima defesa da honra.

Consta da ata do julgamento (fls. 129/131-TJ):

"*O(A)(s) Defensor(a)(es), por sua vez se manifestou(aram) das 11h5min às 13h5min, e requereu(ram) a absolvição do réu, sustentando a tese da legítima defesa da honra; ou, alternativamente, a desclassificação para lesão corporal seguida de morte; ou ainda, o reconhecimento da prática de homicídio privilegiado*".

Do mesmo documento, colhe-se o protesto da defesa, ante a negativa do Juiz-Presidente em quesitar a tese de legítima defesa da honra:

"*A primeira tese, relativa à legítima defesa da honra, não foi quesitada pelo MM. Juiz por entender ele que não é legalmente prevista, fato pelo qual a defesa requereu que fosse consignada sua intenção de quesitar referida tese*".

A nulidade foi argüida no momento oportuno, na fase do art. 571, VIII, do CPP, em plenário, logo depois de ocorrida, não tendo sido atingida pela preclusão.

Em sede de julgamento pelo Tribunal do Júri, é vedado ao juiz posicionar-se diante da tese defensiva, fazendo valer sua opinião sobre a questão, indeferindo quesito acerca da aludida tese, mormente no caso sob exame, posto que a legítima defesa é causa de exclusão de antijuridicidade legalmente prevista.

Sustentando a defesa, em plenário, causa de exclusão de ilicitude devidamente prevista no CP, a formulação do respectivo quesito é de rigor, nos termos do art. 484, inciso III, do CPP.

Leciona MIRABETE:

"*Quesito obrigatório é aquele exigido expressamente pela lei ou que, omitido, compromete o julgamento pelo Júri, impedindo se lhe afira o exato alcance e compreensão*" (*in CPP Interpretado*, 4ª ed., p. 560).

Nos termos do art. 564, inciso III, letra *k*, do Código de Processo Penal, a falta de quesito ocasiona nulidade nos processos de competência do Tribunal do Júri. A propósito, dispõe a Súmula 156 do STF:

"*É absoluta a nulidade do julgamento pelo Júri por falta de quesito obrigatório*".

Entendimento diverso contraria frontalmente o princípio da ampla defesa, consagrado na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*in Teoria e Prática do Júri*, 7ª ed., Ed. Revista dos Tribunais):

"*Ainda que se discuta, em Direito Penal, se uma tese é legal ou supralegal, válida ou inválida para absolver alguém, existindo posições em seu favor, não cabe ao magistrado, na presidência do Júri, defender o seu posicionamento particular*".

Em situação análoga, assim decidiu o STJ:

"*No julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo a defesa formulado, em debates orais, a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos jurados, ainda que não haja expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal, sob pena de nulidade da decisão popular por configurar cerceamento do direito de defesa*" (STJ - REsp - Rel. José Arnaldo - j. em 04.1.1997 - *RT*, 750/589).

No mesmo diapasão:

"Habeas corpus - *Júri - Ausência de quesito obrigatório - Nulidade do julgamento - Verbete 156 da súmula de jurisprudência do STF. - A ausência, argüida em tempo oportuno, de quesito obrigatório enseja nulidade do julgamento pelo júri - verbete 156 da Súmula de Jurisprudência do STF. A não-apreciação dos quesitos da tese defensiva - artigo 484, III, do CPP - configura cerceamento de defesa e produz a nulidade absoluta do julgamento*" (STF - *HC* 70.574-SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Rezek - *DJU* de 18.03.1994).

Diante do exposto, acolho a preliminar argüida pela defesa e anulo o julgamento, para que a outro seja submetido o apelante, com o que fica prejudicado o apelo do Ministério Público.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

A Srª. Desª. Jane Silva - De pleno acordo, sob pena de subtrairmos do Júri a apreciação de tese defensiva, constituindo evidente cerceamento de defesa.

Súmula - EM PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA PARA ANULAR O JULGAMENTO, PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL.

-:::-

JÚRI - HOMICÍDIO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO

- Réu que, divorciado dos demais elementos de convicção, afirma haver matado a vítima imaginando tratar-se de seu desafeto. Irrelevância, contudo, se tal fato é verdadeiro ou não. *Error in persona* **que não afasta o dolo (art. 20, § 3º, do CP). Decisão popular entendendo haver ocorrido homicídio culposo (por imprudência do réu ao identificar a vítima). Impossibilidade. Frontal colidência com o conjunto probatório.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 245.994-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Apelação criminal - Júri - Homicídio - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Réu que, divorciado dos demais elementos de convicção, afirma haver matado a vítima imaginando tratar-se de seu desafeto - Irrelevância, contudo, se tal fato é verdadeiro ou não - *Error in persona* que não afasta o dolo (art. 20, § 3º, do CP) - Decisão popular entendendo haver ocorrido homicídio culposo (por imprudência do réu ao identificar a vítima) - Inadmissibilidade - Frontal colidência com o conjunto probatório - Recurso ministerial provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2002. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Thiago Avelino da Costa.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela sentença de fls. 330/331, o MM. Juiz-Presidente do II Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, dando acatamento ao veredicto popular, condenou Izaqueu Rosa como incurso nas sanções do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, impondo-lhe a pena privativa de liberdade de dois anos e oito meses de detenção, em regime aberto.

Irresignado, o Órgão Ministerial aviou o presente apelo, requerendo a cassação da decisão popular por manifestamente contrária à prova dos autos.

Contra-razões da defesa às fls. 355/361, pugnando pela manutenção do decisório recorrido.

Devidamente processado o recurso, a ilustrada Procuradoria de Justiça manifestou-se, às fls. 365/368, por seu desprovimento.

É o sucinto relatório.

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

Consta dos autos que o réu possuía uma desavença com um tal "Robson Patrício dos Santos" (vulgo "Binga"), por motivos diversos.

No dia do crime, 06.02.86, o ora apelado saiu de casa sem nada dizer à sua família, munido de um facão, e acabou por encontrar seu desafeto, passando, imediatamente, a agredi-lo. Robson ("Binga") foi ferido no pescoço (*acd* de fl. 61), mas conseguiu se desvencilhar do ora recorrido, que, na ocasião do entrevero, machucou a própria mão.

Segundo testemunhas, o réu começou, então, a "limpar" o facão em um poste, utilizando o instrumento para estancar o ferimento da mão, quando surgiu a vítima José Benedito da Silva, que, inocentemente, dirigiu-se ao apelado, perguntando: "'Tá' amolando o facão?", tendo Izaqueu respondido: "O quê?"; em seguida, o ofendido, aparentemente, percebendo ocomportamento estranho do réu, disse: "Não, eu 'tô' é brincando, pode acabar de amolar o seu facão!". Nesse momento, *ex abrupto*, o suplicado retrucou: "Pára aí, 'vão' brincar mais!" e partiu contra a vítima, desferindo-lhe um violento golpe de facão na nuca, dentre outros, por todo o corpo.

O réu, totalmente divorciado dos demais elementos de convicção, afirma haver atingido José Benedito da Silva por engano, pois imaginava tratar-se de seu inimigo "Binga".

Ora, patente o *animus necandi*, sendo irrelevante se o apelado se enganou ou não quanto à pessoa, pois, nos termos do art. 20, § 3°, do Código Penal (que trata do *error in persona*), "*o erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, nesse caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime*" (grifo nosso).

Como cediço, o erro de tipo acidental (no qual se inserem o *error in persona* e a *aberratio ictus)* não afasta o dolo (que permanece intacto), em nada favorecendo o agente.

Ao entenderem que o recorrido agiu culposamente, por haver sido imprudente ao identificar a vítima que realmente queria matar (como visto, tal fato é indiferente, pois caracterizado o *animus necandi,* e isso é o que importa), cometendo, assim, um homicídio culposo, os jurados decidiram de forma injurídica e manifestamente contrária à prova dos autos.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para cassar o veredicto popular, ordenando-se a submissão do réu a novo julgamento.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

HABEAS CORPUS - AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE POR SUPOSTO HOMICÍDIO - AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DE FLAGRÂNCIA DO ART. 302 DO CPP - ILEGALIDADE DA PRISÃO DOS PACIENTES

- É ilegal a prisão dos pacientes se os mesmos não estavam cometendo infração, não haviam acabado de cometer, não foram perseguidos logo após e não foram encontrados, logo em seguida, com instrumentos ou quaisquer objetos que fizessem presumir serem eles os autores do crime, inexistindo, assim, quaisquer das hipóteses do flagrante delito previstas em lei.

- V.v.: - Deve ser mantida a prisão em flagrante dos pacientes que se encontravam no local dos fatos, apresentando as lesões supostamente provocadas pela vítima, mencionadas no informe da autoridade coatora. *(Des. Roney Oliveira)*

HABEAS CORPUS N° 246.204-2/00 - Comarca de Araguari - Relator para o acórdão: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Processual Penal - *HC* - APF por suposto homicídio - Ausência das hipóteses de flagrância do art. 302 do CPP - Ilegalidade da prisão dos pacientes - Ordem concedida.

V.v.: - Homicídio qualificado pela asfixia por afogamento - Prisão em flagrante do pai e de três irmãos da vítima fatal - Ordem concedida em parte, para a liberação de dois pacientes, cujo estado de flagrância não restou caracterizado - Ordem denegada em relação aos demais, com determinação da transferência de um deles para estabelecimento psiquiátrico, com imediata submissão a exame de insanidade mental.

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, EM CONCEDER A ORDEM, EXPEDINDO-SE ALVARÁ DE SOLTURA, VENCIDO PARCIALMENTE O DES. RELATOR.

Belo Horizonte, 02 de outubro de 2001. - *Mercêdo Moreira* - Relator para o acórdão. - *Roney Oliveira* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de Jeová Vieira do Prado e de seus filhos Alteliano Vieira do Prado, Altelino Vieira do Prado e Jeová Vieira do Prado Neto, presos e autuados em flagrante delito, em 1° de agosto último, pela suposta prática, em co-autoria, do homicídio qualificado, pela asfixia (afogamento numa caixa d'água)

de Nirlena Vieira do Prado, filha do primeiro paciente e irmã dos demais.

Pede-se, na inicial, além da liminar, a revogação da prisão em flagrante dos pacientes, o trancamento da respectiva ação penal e a imediata concessão de prisão domiciliar ao primeiro dos pacientes, Jeová Vieira do Prado, que teria direito a prisão especial, por ser idoso (quase 70 anos), além de ser policial aposentado, não dispondo a comarca de estabelecimento adequado ao seu recolhimento (art. 295 do CPP).

Negada, inicialmente, a liminar, prestou a autoridade coatora, em ilegível fax, as informações que lhe foram requisitadas, reservando-se à Procuradoria a emissão do seu parecer após a anexação, aos autos, dos originais, legíveis, daquelas informações.

Reconsiderando, em parte, a decisão denegatória de liminar, este Relator determinou, à fl. 113-v.-TJ, a soltura dos pacientes Altelino Vieira do Prado e Jeová Vieira do Prado Neto, a cujo respeito "*não restou configurado o estado de flagrância, porque ausentes os pressupostos do art. 302 do CPP*".

Após a juntada, aos autos, do original dos informes da autoridade coatora, o Procurador Edmar Augusto Gomes opinou, às fls. 74/76-v., pela denegação da ordem, com revogação da liminar.

É o relatório.

Não se pode, em sede de *habeas corpus*, adentrar no exame da prova.

Em assim sendo, abstenho-me de fazê-lo, limitando-me ao exame da legalidade ou ilegalidade do *APF*, em relação aos quatro pacientes denunciados, em co-autoria, pelo homicídio, por afogamento numa caixa d'água, da filha do primeiro deles e irmã dos demais.

Segundo o art. 302 do digesto processual penal, verifica-se o estado de flagrância quando o agente:

"*I) está cometendo a infração penal;*

II) acaba de cometê-la;

III) é perseguido, logo após (...), em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV) é encontrado, logo depois, com instrumentos (...) que façam presumir ser ele autor da infração".

No que pertine aos pacientes Altelino Vieira do Prado e Jeová Vieira do Prado Neto, ainda que possam ter colaborado, em tese, na prática delituosa, o que justifica a denúncia e a normal seqüência da ação penal, inexiste motivo para sua mantença no cárcere, já que ausentes, a seu respeito, os pressupostos da prisão em flagrante, sequer apresentando eles lesões indicativas de uma eventual reação da vítima, quando forçada ao suposto afogamento.

A ausência de tais lesões, como se vê dos *ACDs* (negativos) de fls. 51/52-TJ, afasta a legalidade do *APF*, num fato sem testemunhas.

Por isso, em relação a esses dois pacientes (Altelino e Jeová Neto), o relaxamento prisional se impunha e se impõe, motivo por que, em relação a eles, o *habeas corpus* há de ser concedido, ratificando-se a já deferida liminar, inobstante o entendimento contrário do culto Procurador de Justiça.

No que concerne ao paciente Alteliano Vieira do Prado, a prisão em flagrante deve ser mantida, por se encontrar ele no local dos fatos, apresentando as lesões, supostamente provocadas pela vítima, mencionadas no informe da autoridade coatora (fls. 120, penúltimo parágrafo), havendo sido tal paciente levado ao palco dos acontecimentos, onde se fez a reconstituição dos fatos com a sua presença, coadjuvante ou ator principal que foi.

No que se refere ao paciente Jeová Vieira do Prado, de 68 anos, genitor da paciente, apresenta ele múltiplas escoriações, descritas no *ACD* de fls. 49, todas elas compatíveis com a reação desesperada de uma vítima de afogamento.

Como tal paciente esteve no local dos fatos e não apresentou justificativa para tais ferimentos, tentando, ao revés, forjar um álibi, segundo o qual, no mesmo horário dos acontecimentos, estaria em audiência com um superior hierárquico, em sua unidade militar, o *APF* deve, a seu respeito, também prevalecer.

Ocorre, no entanto, que tal paciente não pode nem deve dividir cela com encarcerados comuns, já que a autoridade coatora, amparada em diversos laudos periciais (fls. 126/132), noticia sua alienação mental, o que recomenda seja ele internado em estabelecimento adequado ao tratamento psiquiátrico, além de submetido, pela via incidental, ao respectivo exame de sanidade mental.

Pelo exposto, acolho parcialmente a impetração para:

1) determinar o relaxamento da prisão em flagrante dos pacientes Altelino Vieira do Prado e Jeová Vieira do Prado Neto, ratificando, a seu respeito, a liminar de fls. 113-v., sem prejuízo do normal prosseguimento da já instaurada ação penal, contra estes e contra os demais pacientes;

2) denegar a ordem em relação aos pacientes Alteliano Vieira do Prado e Jeová Vieira do Prado, *a cujo respeito o* APF *se reveste de legalidade*;

3) determinar que o paciente Jeová Vieira do Prado, de 68 anos, seja internado em estabelecimento psiquiátrico, instaurando-se, de imediato, a seu respeito, incidente de insanidade mental.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Peço vista.

Súmula - O RELATOR CONCEDE PARCIALMENTE A ORDEM. PEDIU VISTA O DES. PRIMEIRO VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - O julgamento deste feito foi

adiado na sessão do dia 11.09.2001, a pedido do Desembargador Primeiro Vogal, após o Relator conceder parcialmente a ordem.

Com a palavra o Des. Mercêdo Moreira.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Pelo que se observa do auto de prisão em flagrante dos pacientes, cuja cópia se encontra nos presentes autos, esses foram presos horas depois do crime, sem que se pudesse dizer que se achavam em flagrante delito.

Aliás, nenhuma das hipóteses de flagrante delito previstas em lei estava ocorrendo.

Não estavam cometendo infração, não haviam acabado de cometer, não foram perseguidos, logo após, e não foram encontrados, logo em seguida, com instrumentos, ou quaisquer objetos que fizessem presumir serem os autores do crime.

Houve, portanto, ilegalidade da prisão dos pacientes.

Concedo, pois, a ordem, para determinar a soltura imediata dos pacientes se por outro motivo não estiverem presos, expedindo-se, para tanto, alvará de soltura.

Isto, é claro, não impede que a prisão preventiva de qualquer dos pacientes seja decretada, se subsistirem os pressupostos e requisitos para a sua determinação.

O Sr. Des. Gomes Lima - Peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR CONCEDE PARCIALMENTE A ORDEM, ENQUANTO O DESEMBARGADOR PRIMEIRO VOGAL CONCEDE-A TOTALMENTE. PEDIU VISTA O DESEMBARGADOR SEGUNDO VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelos pacientes, o Dr. Obregon Gonçalves.

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - O julgamento deste feito foi adiado, na sessão do dia 11.09.01, a pedido do Des. Primeiro Vogal, após o Relator conceder parcialmente a ordem.

Novamente adiado no dia 25.09.2001, a pedido do Des. 2º Vogal, após o Des. 1º Vogal conceder totalmente a ordem.

Com a palavra o Des. Gomes Lima.

O Sr. Des. Gomes Lima - Sr. Presidente, impressionado com os votos divergentes dos eminentes Desembargadores Roney Oliveira e Mercêdo Moreira, pedi vista dos autos para um melhor e detido exame de seus posicionamentos.

Depois de examinar os autos e de confrontá-los com os votos expendidos, concluí que melhor é mesmo conceder a ordem nos termos do voto

do Des. Mercêdo Moreira. *Data venia*, a prisão em flagrante dos pacientes é insustentável, o que, entretanto, se necessário for, não impede o decreto de sua prisão preventiva.

Assim, pedindo vênia ao Des. Relator, acompanho o Des. 1º Vogal.

É como voto.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM, EXPEDINDO-SE ALVARÁ DE SOLTURA, VENCIDO PARCIALMENTE O DES. RELATOR.

-:::-

SEQÜESTRO - ROUBO - CONCURSO MATERIAL - SUBTRAÇÃO CONSUMADA - PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA - ABSORÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PENA - FIXAÇÃO - DOSIMETRIA - FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO - SENTENÇA FUNDAMENTADA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

- Não há que se falar em nulidade da sentença por falta de individualização das penas aplicadas a cada um dos acusados, se a decisão, quanto a este aspecto, foi fundamentada, tendo o juiz, antes de aplicar a pena-base, analisado pormenorizadamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passando, em seguida, para as demais etapas, até chegar ao *quantum* definitivo, de acordo com o que preceitua o art. 68 do referido diploma legal. O fato de o juiz ter entendido que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP eram idênticas para todos os réus e ter efetuado a dosimetria de suas penas em conjunto não tem o condão de anular o decisório.

- Ainda que se admita que a pena tenha sido fixada em desacordo com a regra trifásica do art. 68 do Código Penal, a invocada nulidade há de ser repelida, pois possível equívoco pode ser reparado pela segunda instância.

- Se o delito de roubo já se havia exaurido, quando o agente privou a liberdade de locomoção da vítima, pratica ele o crime de seqüestro em concurso material, sendo impossível o acolhimento da tese de absorção.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 246.209-1/00 - Comarca de Divinópolis - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Nulidade - Sentença - Inocorrência. - Não merece ser anulada a sentença de primeiro grau apenas por ter efetuado a dosimetria das penas dos réus em conjunto - Roubo e seqüestro - Concurso material. - Exaurido o roubo, se os réus mantêm a vítima privada de sua liberdade de locomoção, praticam seqüestro em concurso material.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2002. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Valderico Bernardes e Claudionor Luiz Arcanjo, qualificados nos autos, foram denunciados, processados e condenados como incursos nas iras do art. 213, c/c art. 224, alíneas *a* e *c*, art. 157, parágrafo 2º, incisos I e II, e art. 148, *caput*, na forma do art. 29, art. 61, I, e art. 69, todos do Código Penal, recebendo, cada um deles, pelo primeiro delito, a pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado; para o segundo, 09 (nove) anos de reclusão e, para o terceiro, 02 (dois) anos de reclusão, mais pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, determinando-se para o cumprimento dos dois últimos crimes o regime inicialmente fechado, porque, no dia 15 de fevereiro de 1992, por volta das 00h, os dois, acompanhados do adolescente C.A.S., na Av. Paraná, próximo ao Parque de Exposições da Cidade de Divinópolis, armados, roubaram as roupas, relógio, pertences e a motocicleta da vítima José Carlos Cunha, vindo, em seguida, a seqüestrar a menor K.A.S., de 13 (treze) anos, mantendo com a mesma relações sexuais e ainda dela subtraindo uma corrente e uma pulseira de prata.

Inconformados com o resultado da ação penal, recorreram. Pedem, em preliminar, a nulidade da sentença, por defeito quanto à individualização das penas e, no mérito, a absolvição pelo delito de seqüestro e a fixação da pena, para o crime de roubo, em 04 (quatro) anos de reclusão (fls. 341/344-TJ).

Contrariado o recurso (fls. 345/351-TJ), subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É, em resumo, o relatório.

Conheço do recurso, posto que próprio, tempestivo e regularmente processado.

Alegam os apelantes, em preliminar, que a sentença não individualizou as penas aplicadas a cada um dos réus, merecendo, assim, ser anulada.

Não têm razão.

De fato, basta que nos reportemos à decisão de primeiro grau de fls. 319/328-TJ, para constatar que o MM. Juiz sentenciante, antes de aplicar as penas-base para os acusados, analisou pormenorizadamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passando, em seguida, para as demais etapas, até chegar ao *quantum* definitivo, de acordo com o que preceitua o art. 68 do referido diploma legal.

O simples fato de haver o MM. Juiz entendido que as circunstâncias judiciais eram idênticas para ambos os acusados não tem o condão de anular o decisório. Somente seria nula a sentença se não fosse, quanto a este aspecto, fundamentada, e não permitisse aos réus saber quais as circunstâncias que elevaram a sanção ao total estabelecido. No entanto, não foi isso que aconteceu.

E, mesmo que se admitisse terem sido as reprimendas fixadas em desacordo com a regra trifásica do art. 68 do CP, ainda assim a invocada nulidade haveria de ser repelida, pois o possível equívoco poderia ser reparado pela segunda instância.

A jurisprudência ensina que:

"*Se os agentes tiverem condutas idênticas, inclusive com as mesmas circunstâncias referidas no art. 59 do CP, e, portanto, mereciam o mesmo enquadramento legal, não há que falar na nulidade da sentença, por ausência de individualização das penas, por ter procedido à dosimetria das reprimendas dos réus em conjunto*" (*RT*, 761/741).

Assim, estando a decisão monocrática bem fundamentada quanto às sanções aplicadas, não há que se falar na nulidade levantada pelos apelantes, pelo que rejeito a preliminar invocada.

Examinando o mérito, vejo que a condenação dos acusados pelo delito de seqüestro era mesmo de rigor.

Na verdade, conforme confessado pelos próprios réus e relatado pelas vítimas, quando os acusados seqüestraram a menor K.A.S., o delito de roubo já se havia consumado, sendo o caso narrado nos autos, inquestionavelmente, de roubo qualificado, em concurso material com os delitos de seqüestro e estupro, afigurando-se impossível o acolhimento da tese da absorção.

Pelo que restou provado, os acusados, após subtraírem, sob ameaça de uma arma, os pertences e a moto da vítima José Carlos da Cunha, ainda utilizando-se da arma, compeliram a menor K. a com eles permanecer, com nítido dolo voltado para a privação de sua liberdade, tendo em vista que a subtração dos bens móveis já se havia exaurido.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que:

"*Seqüestro - Absorção pelo crime de roubo - Inadmissibilidade - Alegação de seqüestro como crime-meio - Não caracterização - Desígnios autônomos configurados - Subtração já consumada quando da privação da liberdade da vítima - Delito que se consuma no momento em que há restrição da liberdade de locomoção - Recurso não provido*" (TJSP - Ap. 192.727/3 - Rel. Prado de Toledo).

No mesmo passo, o STJ definiu que:

"*Privando as vítimas de sua liberdade de locomoção durante várias horas e, obrigando-se a ir do local onde se encontravam para outro, bem distante, praticaram seqüestros, sem nenhuma vinculação com os roubos em concurso material*" (*RT*, 726/626).

Assim, correta a condenação dos apelantes pelo crime de seqüestro.

Não lhes assiste razão também no que diz respeito às penas que receberam.

É entendimento doutrinário e jurisprudencial que a imposição da pena está condicionada à culpabilidade do sujeito. Na fixação da sanção penal, sua quantidade e qualidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta, bem como aos antecedentes e demais circunstâncias previstas no art. 59 do CP. Sendo assim, pelas certidões de antecedentes criminais dos apelantes, bem como pelas demais circunstâncias, devidamente analisadas pelo MM. Juiz sentenciante, está bem justificada a fixação das reprimendas em patamares acima do mínimo legal, desmerecendo qualquer censura a respeitável decisão monocrática.

Posto isto, nego provimento ao apelo, mantendo a respeitável decisão apelada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelos apelantes.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CARTA TESTEMUNHÁVEL - DENEGAÇÃO DE APELAÇÃO - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INTERPOSIÇÃO

- Dada a natureza subsidiária da carta testemunhável, ela é sempre cabível quando não houver recurso adequado para a denegação.

- Estando a carta testemunhável suficientemente instruída, é permitido o imediato julgamento do recurso que lhe deu causa, conforme o disposto no art. 644 do CPP.

- Na sistemática recursal do CPP, não existe previsão de recurso contra decisão que afaste a pecha de incompetência do juízo, devendo a questão ser levantada em grau de *habeas corpus* ou por ocasião da apelação contra a sentença a ser proferida na causa principal.

CARTA TESTEMUNHÁVEL Nº 246.662-1/00 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Carta testemunhável - Juiz que nega seguimento a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que denegou apelação. - Estando a carta devidamente instruída, é possível o julgamento do recurso que a provocara, a teor do que dispõe o art. 644 do CPP. - Não havendo, na sistemática recursal contida no Estatuto Processual Penal, previsão de recurso contra decisão que afasta a pecha de incompetência do juízo, não há como prover o recurso em sentido estrito que visa dar prosseguimento à apelação interposta contra aludida decisão.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES; DAR PROVIMENTO À CARTA TESTEMUNHÁVEL; CONHECER DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, MAS NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2001. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, por Ana Maria Calzavara, o Dr. Rodrigo Otávio Soares Pacheco.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Trata a espécie de carta testemunhável oferecida por Ana Maria Calzavara contra a decisão do MM. Juiz da Comarca de São Sebastião do Paraíso que negou seguimento a recurso em sentido estrito pela mesma interposto, contra decisão denegatória de recurso de apelação.

Sustenta a recorrente que a decisão que denegou a apelação desafiava recurso em sentido estrito, nos moldes preceituados no art. 581, XV, do CPP.

Alega que a suposta impropriedade da apelação jamais deveria servir de fundamento para a rejeição do recurso em sentido estrito, que visa justamente combater a decisão denegatória daquele recurso.

Requer o provimento da carta testemunhável, a fim de que se determine o recebimento do recurso em sentido estrito, abrindo-se vista à defesa para apresentar razões recursais, onde poderá expor os reais fundamentos para admissão do recurso de apelação originalmente interposto.

Em contra-razões (fls. 361/373-TJ), a representante do Ministério Público manifesta-se em prol da manutenção da decisão recorrida.

O MM. Juiz *a quo* exerceu juízo de sustentação, mantendo a decisão recorrida (fls. 374/375-TJ).

Nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça, através do parecer

de fls. 381/386-TJ, da lavra do Dr. Gilberto Augusto de Mendonça, opinou, em preliminar, pelo não-conhecimento da carta testemunhável, e no mérito, pelo provimento do recurso para que seja processado o recurso em sentido estrito interposto.

É o relatório.

Ressalta dos autos que Ana Maria Calzavara foi denunciada na Comarca de São Sebastião do Paraíso pelos crimes previstos nos arts. 312 e 299 do CP, em concurso material, por ter, em co-autoria com o Deputado Rêmolo Aloíse, praticado os atos ali descritos.

A denunciada alegou, em defesa prévia, a incompetência do Juízo de São Sebastião do Paraíso, ao fundamento de que a competência para processar e julgar a hipótese era do Tribunal de Justiça do Estado, em face da condição de deputado estadual do co-autor Rêmolo Aloíse.

O MM. Juiz da Comarca, no entanto, deu-se por competente para o julgamento do feito em relação a Ana Maria Calzavara, determinando o prosseguimento do processo em relação a esta denunciada.

Em face dessa decisão, a acusada interpôs recurso de apelação, não recebido pelo MM. Juiz de primeiro grau, como se vê à fl. 345-TJ.

Contra a decisão que não recebeu o recurso de apelação, a denunciada aviou recurso em sentido estrito, também não acolhido, ao fundamento de que, demonstrada a impropriedade da apelação, impróprio também seria esse recurso.

Por fim, contra essa decisão, a denunciada interpôs carta testemunhável, para ver processado o recurso denegado.

A preliminar de intempestividade argüida pela douta Procuradoria de Justiça não há como ser acolhida.

Vê-se que a interposição da carta testemunhável precedeu ao termo de juntada da decisão que não deu seguimento ao recurso em sentido estrito anteriormente aviado (fls. 359-v.-TJ). Assim, não suplantado o prazo de 48 horas estabelecido para sua interposição, é de se ter como tempestivo esse recurso.

Além disso, o recurso é próprio, pois, dada a natureza subsidiária da carta testemunhável, ela é sempre cabível quando não houver recurso adequado para a denegação.

A preliminar ventilada de impossibilidade jurídica do recurso em sentido estrito, por não ser cabível apelação contra decisão que recusa a exceção, é matéria de mérito do recurso em sentido estrito, e com ele será oportunamente apreciada.

Conheço, pois, da carta testemunhável, rejeitando a preliminar, presentes seus pressupostos legais de admissibilidade.

Verifico, de início, que a carta se encontra suficientemente instruída, o que permite o imediato julgamento do recurso que deu causa a ela, conforme dispõe o art. 644 do CPP, que *in verbis* dispõe:

"*O Tribunal, câmara ou turma a que competir o julgamento da carta, se desta tomar conhecimento, mandará processar o recurso, ou, se estiver suficientemente instruída, decidirá logo,* de meritis".

Diante disso, passo ao exame do recurso em sentido estrito.

Em relação a esse recurso, não resta dúvida também sobre sua tempestividade.

Conforme se vê às fls. 347/348-TJ, a decisão que denegou a apelação foi publicada, pela imprensa local, na data de 08 de julho de 2001. O recurso em sentido estrito interposto foi protocolado em 06.07.01, como se vê da petição de fls. 358/359-TJ, portanto, dentro do qüinqüídio legal.

Conheço, igualmente, desse recurso.

A matéria posta no recurso em sentido estrito cinge-se tão-só ao prosseguimento da apelação interposta contra decisão do MM. Juiz da Comarca de São Sebastião do Paraíso, que deixou de acolher exceção de incompetência do juízo, argüida pela recorrente.

Ocorre que não há, na sistemática recursal contida no Estatuto Processual Penal, previsão de recurso contra decisão que afasta a pecha de incompetência do juízo, devendo a questão ser levantada em grau de *habeas corpus* ou por ocasião da apelação contra a sentença a ser proferida na causa principal.

Nesse sentido o magistério de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS:

"*Se o juiz se dá por competente para a ação penal, dessa decisão não cabe nenhum recurso (TJSP, Cpar 85.185, RT, 659/261). A questão deverá ser levantada em grau de* habeas corpus *ou por ocasião da apelação (TJSP, RT, 498/345)*" (*Código de Processo Penal Anotado*, 13ª ed., p. 122).

Assim também leciona MIRABETE:

"*Recusada a exceção pelo juiz, continuará com o feito, sem suspensão, não cabendo qualquer recurso; podendo a parte, se assim o desejar, ventilar novamente a questão em preliminar, quando apelar ou interpuser recurso da sentença da causa principal*" (*CPP Interpretado*, 4ª ed., p. 177).

Esse também o entendimento do TJRJ, *verbis*:

"*A decisão que rejeita exceção de incompetência não se encontra no rol das atacáveis por recurso em sentido estrito. Nem sendo interlocutória mista ou terminativa, é inapelável. Destarte, só pode ser atacada através de* habeas corpus *ou em*

preliminar de eventual apelação" (TJRJ, *RT*, 489/345).

E do STJ:

"*REsp - Processo Penal - Recursos - Sistema - A apelação abrange as hipóteses do art. 593, CPP. O recurso em sentido estrito os casos do art. 581. Ambos descrevem critério, consoante o princípio* - numerus clausus, *o que acontece também com o protesto por novo júri, embargos infringentes, embargos de declaração e a ação, com o* nomen iuris - *revisão criminal. A decisão que rejeita - exceção de incompetência - não se amolda a nenhuma das categorias mencionadas. Poderá, é certo, o réu, deduzir a matéria como preliminar, na apelação*" (REsp 57.612-PR; *DJ* de 20.11.1995, p. 39.642, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma).

Note-se, ainda, não ser possível a aplicação, por analogia, do art. 146 do CPPM.

A uma, porque, tratando-se de matéria de ordem pública, não é possível a alteração do rol de recursos taxativamente previstos em lei.

A duas, porque, para ser interposto, o recurso deve ter expressa previsão legal, ficando, pois, inteiramente afastada a hipótese de integração da norma, no presente caso, pela analogia.

Segundo lição de TOURINHO FILHO, são pressupostos recursais objetivos, dentre outros:

"*A autorização legal, isto é, deve estar a medida consignada prevista em lei, e, além disso, o recurso interposto deve ser adequado. Assim, se o Juiz julga improcedente a exceção da litispendência, de nenhum valor seria a interposição do agravo no auto do processo. Porque inexiste, no Direito Processual Penal, tal modalidade de recurso. Logo, como tal recurso não foi previsto no ordenamento processual penal, não poderá ser usado, ante a ausência de um pressuposto objetivo que, no caso, é a ausência de autorização legal*" (*Processo Penal*, v. 04, 8ª ed., p. 252).

Além do mais, o dispositivo acima mencionado do CPPM não se ajusta à hipótese dos autos.

Ele se refere à possibilidade de o Ministério Público, e não da defesa, de oferecer recurso para o STM, quando o próprio órgão do Ministério Público alegou a incompetência do Juízo, antes do oferecimento da denúncia, tendo sido a argüição de incompetência rejeitada.

É, como se vê, hipótese totalmente diferente da que se apresenta, não cabendo, pois, aplicação do princípio da analogia.

Por outro lado, o dispositivo em questão não se refere a recurso de apelação e muito menos, a apelação com efeito suspensivo, como está a pretender a ora recorrente.

O que na realidade se vislumbra nos autos é que a defesa, ao optar pelo oferecimento de apelação, com efeito suspensivo, contra um ato irrecorrível, ao invés de tentar a medida cabível que seria o *habeas corpus*, não consegue esconder que, em última análise, o que pretende é, na realidade, adiar o julgamento do processo instaurado contra a testemunhante na Comarca de São Sebastião do Paraíso, pelo maior tempo possível.

Com essas considerações, rejeitando as preliminares, dou provimento à carta testemunhável e, quanto ao recurso em sentido estrito, dele conheço, mas nego-lhe provimento.

Custas, pelo recorrente.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES; DERAM PROVIMENTO À CARTA TESTEMUNHÁVEL; CONHECERAM DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, MAS NEGARAM-LHE PROVIMENTO.

-:::-

PRISÃO PREVENTIVA - RÉU CITADO IRREGULARMENTE - NÃO-COMPARECIMENTO AO INTERROGATÓRIO - MEDIDA INJUSTIFICÁVEL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO

- Tendo o magistrado, quando da citação, por residir o réu em local ermo e de precário acesso, lançado mão da via que lhe pareceu mais cômoda, a editalícia, tal procedimento irregular fez com que o réu não tomasse conhecimento da data designada para seu interrogatório, acarretando sua ausência ao ato, não merecendo ter debitada contra si uma grave omissão, para a qual não concorreu.

HABEAS CORPUS Nº 248.310-5/00 - Comarca de Mantena - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Prisão preventiva - Não-comparecimento ao interrogatório - Réu citado irregularmente - Medida injustificável - Constrangimento ilegal caracterizado - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em, à unanimidade, conceder a ordem impetrada, com uma recomendação.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2001. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti (convocado) - Geraldo Gomes Alves,

por intermédio de seu advogado, impetra a presente ordem de *habeas corpus* objetivando a desconstituição do decreto de prisão preventiva proferido pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Mantena.

A justificar sua pretensão, aduz inexistirem razões para a decretação de sua custódia cautelar.

Solicitadas as informações de praxe, prestou-as a digna autoridade tida como coatora à fl. 29-TJ, complementadas às fls. 48/51-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem (fls. 36/37-TJ).

É o sucinto relatório.

Conforme se depreende dos elementos informativos providenciados pelo Magistrado *a quo*, encontra-se o ora paciente respondendo a processo em que é acusado pela prática dos delitos descritos nos arts. 121, § 2°, inciso I, c/c art. 14, inciso II, e art. 129, § 2°, inciso I, e § 2°, inciso III, todos do Código Penal.

Citado por edital, não compareceu para o interrogatório, o que levou à sua prisão, justificada como medida necessária para garantir a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal.

Ocorre, porém, que, mesmo depois de todo o esforço por nós empreendido no sentido de tomarmos conhecimento das razões que levaram o Magistrado a supor que o réu se encontrava em local incerto e não sabido, não foi possível vislumbrar qualquer tentativa anterior de citação pessoal do réu, que, é bom lembrar, tinha endereço conhecido nos autos.

Ao que tudo indica, por residir em local ermo e de precário acesso, a intimação pessoal não foi sequer tentada, lançando mão o Magistrado, desde logo, da via que lhe pareceu mais cômoda, a editalícia.

O procedimento irregular fez com que o réu não tomasse conhecimento da data designada para seu interrogatório, o que acarretou sua ausência ao ato.

Segundo consta, o ora paciente sempre morou na mesma localidade e nunca teve a intenção de tumultuar, por qualquer meio ou modo, o andamento do processo.

Ora, se foi prontamente localizado pelos policiais quando do cumprimento do mandado de prisão contra si expedido, por que não o seria por um oficial de justiça?

Assim, não merece, a meu sentir, ter debitada contra si uma grave omissão, para a qual não concorreu.

Destarte, caracterizado o constrangimento ilegal, concedo a ordem.

Expeça-se em favor do paciente o competente alvará de soltura.

Custas, *ex lege*.

*A Sr*ª*. Des*ª*. Márcia Milanez* - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM IMPETRADA, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

-:::-

CRIME FALIMENTAR - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS OBRIGATÓRIOS - DESVIO DE BENS DA MASSA FALIDA - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186, VI, E 189, I, DA LEI DE FALÊNCIAS

- A falta de apresentação do Livro-Caixa obrigatório é suficiente para caracterizar o delito do art. 186, VI, do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências) e, por se tratar de crime próprio, não há necessidade da intenção de fraudar, sendo irrelevante a alegação de ser outrem responsável pela contabilidade da firma, pois tal fato não elide a responsabilidade do devedor pela guarda dos livros e papéis da empresa falida.

- A movimentação da conta corrente da massa falida constitui desvio de bens, ficando caracterizado o crime falimentar previsto no art. 189, I, da Lei de Falências.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 250.086-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Crime falimentar - Falta de apresentação de livros obrigatórios - Desvio de bens da massa - Autoria e materialidade comprovadas através de laudo pericial contábil - Inteligência dos arts. 186, VI, e 189, I, da Lei Falimentar - Absolvição - Inadmissível - Condenação mantida. Recursos desprovidos.

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 A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 12 de março de 2002. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Conheço dos recursos, porque próprios, regulares e tempestivos.

Carlos Balmaceda de Pinho e Maria do Carmo Faluba de Pinho,

qualificados, foram condenados como incursos nas sanções dos arts. 186, VI, e 189, I, da Lei Falimentar, à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito.

Depreende-se dos autos que os acusados na qualidade de sócios-gerentes da empresa Cometa Copiadora Ltda., que teve falência decretada em 23.09.98, com termo legal fixado em 19.12.97, não mantinham em ordem a escrituração da falida, não apresentando os livros obrigatórios, bem como houve movimentação na conta bancária da empresa e emissão de cheque após a quebra desta.

Inconformada com a sentença condenatória de fls. 216/231, apelou a defesa, requerendo a improcedência da denúncia e a absolvição dos apelantes (fls. 242/252, 254/265).

Os recursos foram respondidos, pugnando o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo seu desprovimento (fls. 268/272, 274/276).

Autoria e materialidade restaram sobejamente comprovadas pelo laudo pericial de fls. 13/24, que vislumbrou que a documentação contábil da empresa se encontra com irregularidades fiscais, ressaltando também a não-apresentação de balanços patrimoniais e demais demonstrações financeiras, pertinentes aos exercícios de 1997 e 1998 (Livro-Caixa).

Acrescente-se que a gerência da empresa pelos acusados é incontroversa, vez que foi constatada pela sentença que decretou a falência da Cometa Copiadora Ltda. (fls. 35/39).

Os apelantes confirmaram em sua declarações que foram autorizados pelo seu advogado a movimentar a conta, mesmo depois de ter sido decretada a quebra, pois o mesmo procurador lhes disse que havia feito um acordo com a credora (fls. 160, 161).

Cristiano Ribas, o síndico da massa falida, em seu depoimento ratificou o seu relatório, bem como constatou que houve saques em data posterior à data da falência e emissão irregular de cheques (fls. 195).

Não há dúvida de que houve o desvio de bens, que se deu através da movimentação da conta corrente da massa falida.

Não procede a alegação de que os acusados agiram de boa-fé, já que, mal orientados juridicamente, só tiveram ciência da falência da empresa que gerenciavam no dia em que foram surpreendidos com a lavratura do auto de arrecadação, uma vez que os sócios mencionam em suas alegações finais que sabiam da publicação da sentença que decretou a quebra da empresa (fls. 204).

Ora, uma das conseqüências da declaração da falência é, exatamente, a de privar o falido da administração dos seus bens:

"*Art. 40. Desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor*" (Lei de Falências). Daí a proibição contida no art. 2° do Código Comercial "*São proibidos de comerciar: 4.os falidos enquanto não forem legitimamente reabilitados*".

Outrossim, não assiste razão à douta defesa quando alega que os sócios jamais tiveram o dolo de fraudar a escritura contábil da empresa que gerenciavam, além do que, era outra pessoa que administrava e fiscalizava citada escritura. Contudo, não basta a alegação da simples falta dos livros obrigatórios, é mister que esta ausência tenha acarretado real perigo. Finalmente, atesta que somente o Livro-Caixa não foi entregue, já que estavam dispensados de apresentar o Livro Diário referente aos exercícios de 1997 e 1998 (fls. 202/212).

Em suas alegações finais os acusados confirmam que não apresentaram o Livro-Caixa obrigatório (fls. 211), o que é suficiente para a caracterização do delito, e, por se tratar de crime próprio, não há a necessidade da intenção de fraudar, sendo irrelevante a alegação de ser *outrem* responsável pela contabilidade da firma, pois tal fato não elide a responsabilidade dos recorrentes.

Ademais, segundo a jurisprudência "*Como tem sido reiteradas vezes decidido, o comerciante não é punido pela inexistência de livros destinados à escrituração da empresa; mas, ocorrendo a falência, a falta de livros obrigatórios configura ilícito penal. A falta de livro obrigatório constitui crime de perigo contra o comércio, delito de mera conduta. Realçam os doutos que o simples fato de não possuir os livros configura o delito, independentemente de ter ou não concorrido para a falência*" (TJSP - AC - Rel. Weiss Andrade - *RJTJSP,* 112/479).

"*Crime falimentar. Falta de apresentação do Livro Diário. Comerciante que alega ter deixado a sociedade em mãos do sócio e empregados. Fato que não lhe tira a responsabilidade pela guarda dos livros e papéis da empresa falida. O comerciante é obrigado a conservar em boa guarda toda e escrituração, correspondência e mais papéis pertencentes ao giro do seu comércio, enquanto não prescreverem as ações que lhe possam ser relativas*" (TJSP - AC - Rel. Gentil Leite - *RT,* 692/253).

Plenamente configurados os delitos falimentares, a absolvição pretendida mostra-se incabível, devendo ser mantida a condenação dos recorrentes.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege.*

A Sr^a. Des^a. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS QUALIFICADAS (ART. 129, § 1º, I, DO CP) - PERDÃO JUDICIAL - PERDÃO DO OFENDIDO - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO INDEFERIDO - RÉU REINCIDENTE - REGIME PRISIONAL FECHADO - ALTERAÇÃO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA *RES JUDICATA*

- O princípio de que a *res judicata* seria intangível não é de todo absoluto, uma vez que é lícito ao condenado ou ao seu procurador legalmente habilitado, nos termos do art. 623 do CPP, promover a revisão criminal para o fim de se corrigir uma condenação que, em tese, revelou-se injusta, restaurando-se, assim, com a rescisão do julgado, o *status dignitatis* do condenado.

- O crime de lesões corporais qualificadas, capitulado no art. 129, § 1º, I, do CP, por inserir-se na categoria das infrações dolosas, é insuscetível de perdão judicial, permitido somente no caso de lesões corporais culposas, na hipótese prevista no § 8º do mesmo dispositivo legal.

- A figura do perdão do ofendido restringe-se exclusivamente à seara das ações privadas, não sendo aplicável à hipótese de crime de ação pública incondicionada.

- Se a revisão criminal é para desconstituir acórdão que condenou o réu à pena de reclusão em regime fechado pela prática do crime previsto no art. 129, § 1º, I, do CP, sendo o pedido fundado na alegação de que seria aplicável à hipótese a causa extintiva da punibilidade relativa ao perdão judicial, bem como seria aplicável o perdão do ofendido, impõe-se o indeferimento do pedido, uma vez que o perdão judicial não tem incidência nas infrações dolosas. Por outro lado, a figura do perdão do ofendido não pode ser aplicável ao caso, uma vez que é afeto somente às ações privadas.

- Se o peticionário é reincidente, torna-se inviável a pretendida alteração do regime prisional fechado para o aberto.

REVISÃO CRIMINAL Nº 250.752-3/00 - Comarca de Piumhi - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Revisão criminal - Perdão judicial - Perdão do ofendido - Impossibilidade - Pedido indeferido. - Impõe-se o indeferimento do pedido revisional fundado na alegação de que seria aplicável à hipótese dos autos a causa extintiva de punibilidade referente ao perdão judicial, eis que tal benefício não tem incidência nas infrações dolosas nem tampouco a figura do perdão do ofendido, que se restringe exclusivamente à seara das ações privadas.

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, 10 de dezembro de 2001. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de revisão criminal ajuizada por José Francisco de Morais, objetivando a desconstituição do acórdão que o condenou à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime capitulado no art. 129, § 1º, inciso I, c/c art. 61, incisos I e II, alínea *e*, e art. 65, inciso III, letra *d*, todos do Código Penal, de molde a que fosse declarada a sua absolvição, por incidir na espécie a hipótese de perdão judicial ou de perdão do ofendido ou, ainda, de forma alternativa, que fosse reduzida a reprimenda aplicada, sob o fundamento básico de que o peticionário estaria plenamente recuperado do vício da embriaguez, que o teria levado a cometer o delito, o que fora comprovado pela própria declaração do ofendido, seu pai; que, em relação à pena aplicada, teria incidência o teor do art. 66 do CP, que admite a possibilidade de ser a reprimenda atenuada por circunstância relevante não prevista expressamente em lei, as quais, segundo argumenta, já eram conhecidas quando da prolação da sentença, ocorrendo, *in casu*, duas atenuantes inominadas, quais sejam, o arrependimento do agente e a sua recuperação; que não fora aplicada a atenuante referente à reparação do dano antes da sentença e, finalmente; que seria o caso de se permitir que o cumprimento da pena se desse no regime aberto.

A defesa do peticionário postulou que fosse concedido efeito suspensivo à sentença condenatória, de forma a permitir que o mesmo aguardasse solto o julgamento da presente revisão, invocando, para tanto, o teor da Súmula 393 do STF.

O peticionário trouxe aos autos os documentos de fls. 08/58-TJ.

O acórdão rescindendo de fls. 105/109-TJ, dos autos em apenso, transitou livremente em julgado, conforme certidão de fls. 144-TJ dos mesmos autos, tendo em vista a inadmissão do recurso extraordinário interposto, cuja decisão restou irrecorrida.

A d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 70/74-TJ).

É o breve relatório. Passo a decidir.

Pretende o peticionário, com amparo no art. 621, I e III, do CPP, a revisão do processo-crime, em razão do qual fora condenado a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de lesões corporais graves, sob o fundamento básico de que seria aplicável à espécie o perdão judicial ou o perdão do ofendido ou, ainda, de forma alternativa, que fosse reduzida a pena, em face da incidência de três circunstâncias atenuantes.

Inicialmente, cumpre salientar que o pressuposto primordial da revisão, qual seja, a existência de um processo criminal com sentença condenatória trânsita em julgado se faz presente, à vista da certidão de fls. 144-TJ dos autos em apenso, pelo que o conhecimento do mérito da *quaestio* é impositivo.

Com efeito, é cediço que o princípio de que a *res judicata* seria intangível não é de todo absoluto, uma vez que é lícito ao condenado ou ao seu procurador legalmente habilitado, nos termos do art. 623 do CPP, promover a revisão criminal para o fim de se corrigir uma condenação que, em tese, revelou-se injusta, restaurando-se, assim, com a rescisão do julgado, o *status dignitatis* do condenado.

Todavia, após uma acurada análise de todo o contexto probatório trazido aos autos do processo criminal, cujo apensamento fora determinado, conclui-se que razão alguma socorre o peticionário, na medida em que não se verifica a possibilidade de ser aplicada, ao caso dos autos, a causa extintiva da punibilidade referente ao perdão judicial, isto porque o crime de lesões corporais qualificadas, capitulado no art. 129, § 1°, inciso I, do CP, insere-se na categoria das infrações dolosas, as quais, é cediço, são insuscetíveis de viabilizar aquele benefício, sendo permissível, por conseguinte, somente na hipótese do parágrafo oitavo do referido dispositivo legal, que trata das lesões culposas.

Assim, ainda que o Magistrado achasse justa a aplicação do perdão judicial, já que detém a faculdade de concedê-lo, estaria impedido de assim proceder, ante a inexistência de previsão legal para a hipótese de crime de lesão corporal qualificada, havendo, *a contrario sensu*, para o caso de lesões culposas (art. 129, § 8°, do CP).

No mesmo sentido, o julgado a seguir transcrito:

"*TJSC: Perdão judicial. Pedido não só prematuro como inepto, pois incabível o benefício pleiteado nos crimes de lesões dolosas*" (*JCAT*, 47/360).

Por outro lado, a defesa do peticionário aventa, ainda que de forma indireta, a hipótese de perdão do ofendido, disposta no art. 105 do CP, que difere, por óbvio, da retromencionada causa extintiva da punibilidade, que, da mesma forma, não se aplica à hipótese vertente, haja vista reclamar o crime em tela ação penal pública incondicionada, donde se concluir não haver espaço para o alegado benefício.

A respeito do assunto, confira-se o teor do elucidativo aresto:

"*STF - O perdão do ofendido atua como desistência da ação privada que se iniciou. Portanto, uma vez proposta pelo Ministério Público ação pública condicionada à representação feita oportunamente, não pode esta ser objeto de perdão por parte do ofendido, uma vez que aquele age com absoluta independência em face deste*" (*RT*, 620/383).

A improcedência do pedido revisional, portanto, tão-só por esses motivos já se revela clara, sendo de salientar, outrossim, que, em relação à pretensão de que a pena fosse reduzida, nenhuma razão socorre à defesa do peticionário, posto que as atenuantes cujo reconhecimento se almeja, quais sejam, a reparação do dano, o arrependimento e a própria recuperação do agente, a par de não serem vislumbradas na hipótese em tela, já que não se detecta a alegada reparação do dano, que, neste caso, possui natureza imaterial ou, ainda, a recuperação do peticionário em relação ao alcoolismo, bem como o seu próprio arrependimento em relação às lesões perpetradas contra seu próprio pai, não constituíram sequer objeto de argumentação por oportunidade do recurso de apelação interposto, o que reforça o entendimento de sua inocorrência, não podendo, pois, nesta sede, ser reconhecidas para efeito de se diminuir a pena.

Por outro lado, não se sustenta o argumento tangente a que o cumprimento da pena se desse na forma aberta, porquanto de se verificar ser o peticionário reincidente, o que torna inviável a pretendida alteração do regime prisional.

Assim, nenhuma das alegações constantes da presente revisão possui a força necessária para desconstituir a autoridade da coisa julgada, devendo o pedido revisional, destarte, ser indeferido.

Finalmente, calha asseverar que, ao se admitirem pela via revisional os pedidos formulados pelo peticionário, estar-se-ia a erigir a presente ação em verdadeiro segundo recurso de apelação, o que, naturalmente, não encontra espaço no ordenamento jurídico vigente.

Em face de tais considerações, indefiro o pedido revisional.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores Herculano Rodrigues, José Antonino Baía Borges, Márcia Milanez, Tibagy Salles, Edelberto Santiago, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Gomes Lima e Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, INDEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL.

-:::-

LIBERDADE PROVISÓRIA - RÉU FORAGIDO - DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - CAPTURA DO RÉU - CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES - PRÁTICA DE HOMICÍDIO SIMPLES - IRRELEVÂNCIA

- Se o réu foragiu após o cometimento do delito, permanecendo assim por quatorze anos, dificultando sobremaneira o curso da ação penal, não se deve conceder-lhe a liberdade provisória, quando for capturado pela Polícia. O fato de o acusado ser primário, de ter bons antecedentes e de o homicídio ser simples não impedem a manutenção da prisão preventiva anteriormente decretada.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 250.954-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Processo Penal - Homicídio - Acusado foragido - Decretação da prisão preventiva - Pronúncia - Captura do réu - Concessão da liberdade provisória - Não-cabimento. - Se o réu foragiu após o cometimento do delito, permanecendo, assim, por cerca de quatorze anos, dificultando sobremaneira o curso da ação penal, não se deve conceder-lhe a liberdade provisória, quando capturado pela Polícia.

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. MANDADO DE PRISÃO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2002. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra a decisão de fls. 98/99, através da qual o MM. Juiz *a quo*, ao fundamento de que não mais persistem os motivos que ensejaram o decreto da custódia, concedeu a liberdade provisória ao réu José Barbosa, que foragiu após o cometimento do crime que lhe é imputado, somente tendo sido capturado pela Polícia após a sentença de pronúncia (fls. 111/115-TJ).

Alega o recorrente, em síntese, que se faz necessária a prisão provisória, sendo que o fato de ser o réu primário, ter bons antecedentes e de estar a responder por um homicídio simples não constitui motivo suficiente para que permaneça em liberdade, já que há sério risco de voltar a desaparecer, inviabilizando, assim, o normal andamento do feito.

Contra-razões às fls. 117/118-TJ.

Mantida a decisão pelo MM. Juiz (fl. 119-TJ), subiram os autos, tendo a d. Procuradoria opinado pelo provimento do recurso (fls. 123/126-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Do exame dos autos, constata-se que o MM. Juiz, ao pronunciar o réu, manteve a decretação da prisão preventiva, ao fundamento de que ele, acusado, ao se manter revel, prejudicou a ação da Justiça (fls. 75/76-TJ).

Todavia, após a pronúncia, tendo o réu sido capturado pela Polícia, entendeu S. Exa. de conceder a liberdade provisória ao pronunciado, ao fundamento de que ele é trabalhador, não possui antecedentes, o homicídio que lhe é imputado é simples e sua presença, agora, faz o processo tomar o seu ritmo normal (fls. 98/99-TJ).

Com a devida vênia, entendo que deveria ter sido mantida a prisão provisória do réu.

Afinal, ele se manteve foragido durante cerca de 14 anos, sendo que seu aparecimento não resultou de sua livre e espontânea vontade, mas do fato de ter sido capturado pela Polícia, em cumprimento ao mandado de prisão, expedido em razão da preventiva anteriormente decretada.

Como lembra Mirabete, "*a fuga ou escusa em atender o chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retarda ou torna incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia provisória*" (cf. *CPP Interpretado*, Atlas, 8ª ed., 2000, p. 696).

Além disso, conforme se verifica do depoimento de fls. 98/99-TJ, o réu, além de ter mudado de endereço diversas vezes, não reside no distrito da culpa.

Portanto, há motivos para que se mantenha a custódia provisória do réu, pois a liberdade a ele concedida está mesmo a expor a risco a regularidade da tramitação do processo e, por conseguinte, a aplicação da lei penal.

O fato de o acusado ser primário, de ter bons antecedentes e de o homicídio ser simples não impedem a manutenção da prisão preventiva anteriormente decretada.

A propósito, o julgado invocado pela d. Procuradoria, em seu parecer de fls., que, pela sua pertinência, permito-me transcrever:

"*O § 2º do art. 408 do CPP, de novo redigido pela Lei 5.941/73, não beneficia o réu que fugiu às conseqüências legais do processo a que responde, como sucede ao que se foragiu durante quase nove anos, frustrando, por essa forma, o que lhe impõe o procedimento criminal a que responde*" (STF, *RHC* 54.965-SP, Rel. Antônio Neder, *DJU* de 11.3.1977, p. 1324).

Isso posto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e decreto a prisão preventiva do

réu José Barbosa, para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 312).

Expeça-se o competente mandado de prisão.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO. MANDADO DE PRISÃO.

-:::-

DELITO DE TRÂNSITO - ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - PROVA - INEXISTÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP DESFAVORÁVEIS AO RÉU - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - FIXAÇÃO - CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES - ART. 67 DO CÓDIGO PENAL - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - RÉU PORTADOR DO VÍRUS HIV - PRISÃO DOMICILIAR

- O delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) exige, para a sua configuração, a condução de veículo automotor na via pública sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos e o risco efetivo de expor a dano potencial a incolumidade de outrem, devendo a comprovação de que o condutor se encontra sob efeito de álcool ser feita na forma dos arts. 276 e 277 da referida lei. Inexistindo nos autos a prova de que o agente estava sob o efeito de álcool e de que submeteu a risco a incolumidade de terceiros, fica desconfigurado o delito, devendo-se absolver o réu, nos termos do art. 386, inciso VI, do CPP.

- Para a prolação de decreto condenatório, mister a produção de prova firme e robusta. Ausente esta, é de se aplicar o princípio *in dubio pro reo*.

- Desfavoráveis ao sentenciado as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, com imposição do regime semi-aberto, quando cabível.

- No concurso de agravantes e atenuantes, o *quantum* do acréscimo ou diminuição fica ao prudente critério do juiz, que deve dar ênfase às circunstâncias preponderantes, de acordo com o comando do art. 67 do Código Penal, excepcionando-se apenas a menoridade, que, à luz de todo o Código, sobrepuja as demais.

- Ao réu que não reúne os requisitos subjetivos, em face de análise desfavorável de parte das circunstâncias judiciais, bem como de sua reincidência, não é socialmente recomendável a concessão da substituição da pena. Pelos mesmos motivos, também não faz jus ao *sursis*.

- Sendo o réu portador do vírus HIV, é recomendável e prudente manter a prisão domiciliar, quando esta já lhe tiver sido deferida no curso do processo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 252.295-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Trânsito - Art. 306 do CTB - Configuração - Tóxicos - Concurso de circunstâncias - Agravantes e atenuantes - Inteligência do art. 67 do Código Penal - Tráfico - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais. - No delito do art. 306 do CTB, exige-se a condução de veículo automotor sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos e o risco efetivo de dano à incolumidade de outrem. No caso do art. 67 do Código Penal, deve a pena aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. Desfavoráveis ao sentenciado as circunstâncias judiciais, justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, com imposição do regime semi-aberto, quando cabível.

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, 05 de março de 2002. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - Trata-se de apelação interposta por Geraldo Magela Reis, inconformado com a decisão de fls. 179/180-TJ, que, acolhendo a denúncia, condenou-o a oito meses de detenção em regime semi-aberto e trinta dias-multa, por infração do art. 16 da Lei 6.368/76, e a oito meses de detenção em regime semi-aberto e dez dias-multa, além de proibição de dirigir veículo automotor por quatro meses, por infração do art. 306 do CTB.

Nas razões de fls. 184/187-TJ, pugna pela absolvição do delito capitulado no art. 306 do Código de Trânsito, que entende não configurado, pretendendo, ainda, a redução da pena imposta pelo crime do art. 16 da Lei 6.368/76, por considerá-la "excessiva e rigorosa".

Contra-razões às fls. 192/194-TJ, gizando o acerto da decisão atacada.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 13.10.99, por volta de 22h35min, na Rua Curi, esquina de

Porto Maia, Bairro São Geraldo, policiais militares flagraram o apelante de posse de 43,80g de maconha, ao abordá-lo por dirigir em alta velocidade e sob influência de substância alcoólica.

Ao receber a denúncia, em 29.10.99, o Magistrado concedeu ao apelante a prisão domiciliar requerida, à vista de sua condição de portador do vírus HIV. O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença de fls. 179/180-TJ, que ora adoto. As partes foram intimadas da decisão em 10.08.2001, data de sua prolação, posto que a mesma foi proferida e publicada em audiência.

Opina a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, "*para fins de recuo das penas corporal e pecuniária aos seus respectivos patamares mínimos legais*".

Conheço do recurso, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas preliminares e não existem nulidades a serem declaradas de ofício por este Tribunal.

No que pertine ao delito definido no art. 306 da Lei nº 9.503/97, entendo que razão assiste à defesa, ao pretender a absolvição do apelante.

A única testemunha ouvida na fase judicial, o policial militar Juarez de Jesus Silva, declarou:

"*que eu confirmo o meu depoimento como condutor no Auto de Prisão em Flagrante ora lido; que o acusado assumiu a propriedade da droga consigo apreendida e encontrava-se aparentemente embriagado*" (fls. 177).

Em suas declarações no referido *apfd* inexiste qualquer menção à forma como o apelante conduzia o veículo.

A Lei 9.503/97, em seu art. 306, reza:

"*Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:*

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor".

Ressalte-se que, para a configuração do delito ali definido, o CTB exige dois requisitos:

a) condução de veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, e

b) expor a dano potencial a incolumidade de outrem.

Demais disso, a comprovação de que o condutor se encontrava sob efeito de álcool há que ser feita na forma dos arts. 276 e 277 da referida lei:

"*Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor.*

Parágrafo único. O Contran estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia.

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo Contran, permitam certificar seu estado.

Parágrafo único. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos".

Ora, inexiste nos autos prova, na forma prevista no artigo citado ou por qualquer outro meio, de que o apelante estivesse sob efeito de álcool. O que se tem é a confissão do apelante de que consumira bebida alcoólica e menções a "*cheiro de bebida alcoólica*" e de que aquele se encontrava "*aparentemente embriagado*".

Inexiste ainda, como já se disse alhures, qualquer prova de que o apelante estivesse conduzindo o veículo de forma a submeter a risco a incolumidade de terceiros. A referência a essa conduta encontra-se apenas nas declarações da testemunha Jesus Silvestre dos Santos, que, no *apfd*, afirma:

"*Que o depoente, por volta das 22:30 h, estava à porta de sua casa, quando o conduzido presente dirigindo o veículo Parati, placa BGP-2281, passou pelo local dirigindo em alta velocidade e alguns metros adiante, na rua Curi com Foto Maia, bairro São Geraldo/BH, o veículo foi parado por policiais militares e pouco depois o depoente foi convidado como testemunha da prisão em flagrante do conduzido que foi identificado pelo nome de Geraldo Magela Reis, pois segundo os policiais foi encontrado com o conduzido uma pequena barra prensada de substância dita como sendo maconha, material entorpecente este exibido ao declarante*".

Ainda que se pudesse considerar, à míngua de prova técnica, a confissão do réu suficiente para demonstrar o consumo de álcool, esbarrar-se-ia no óbice intransponível de que não restou demonstrado por prova judicializada que estivesse o apelante expondo a risco a incolumidade alheia, sem o que, repita-se, não se configura o delito do art. 306 do CTB.

Em sendo assim, revela-se insustentável a condenação do apelante pelo delito de trânsito, já que, para a prolação de decreto condenatório, mister a produção de prova firme e robusta. Ausente esta, é de se aplicar o princípio *in dubio pro reo*.

Ausente a certeza plena necessária à condenação criminal, a solução há de ser a absolvição por insuficiência de provas, nos termos do art. 386, inciso VI, do CPP.

No que pertine ao delito de posse de substância entorpecente, a materialidade encontra-se satisfatoriamente demonstrada no laudo de constatação de fls. 12 e no laudo definitivo de fls. 118-TJ.

A autoria, apontada pelas testemunhas, foi admitida pelo apelante em suas declarações da fase judicial.

Incontestes autoria e materialidade, resta examinar o pleito defensivo de fixação da pena no mínimo legal, com imposição do regime aberto.

O Sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo após analisar e considerar desfavoráveis ao apelante as circunstâncias judiciais. Na fase seguinte, compensou a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, e, ausentes outras causas de oscilação, tornou-a definitiva em oito meses de detenção, em regime semi-aberto, e trinta dias-multa, fixada a unidade no mínimo.

Entendo que, dadas as circunstâncias do art. 59, francamente desfavoráveis ao apelante, inclusive os antecedentes, a fixação da pena-base ligeiramente acima do mínimo legal revela-se necessária e suficiente à prevenção e reprovação do delito.

Ouso discordar, *data venia*, do culto Procurador de Justiça, que opina pela redução da pena, defendendo a prevalência da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência. No concurso de agravantes e atenuantes, o *quantum* do acréscimo ou diminuição fica ao prudente critério do juiz, que deve dar ênfase às circunstâncias preponderantes, de acordo com o comando do art. 67 do Código Penal, excepcionando-se apenas a menoridade, que, à luz de todo o Código, sobrepuja as demais.

Nesse sentido já se manifestou este Tribunal:

"*Tóxicos - Tráfico - Fixação da pena - Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes - Aplicação daquela que possua caráter preponderante - Inteligência do art. 67 do Código Penal. - Havendo concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, impõe-se a aplicação da regra disposta no art. 67 do Código Penal, que determina que a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, implicando que a agravante da reincidência prevaleça sobre a atenuante da confissão espontânea*" (Apelação Criminal nº 180.609-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator Des. Reynaldo Ximenes Carneiro).

A compensação poderia ter sido feita da maneira esposada pelo Sentenciante.

Também a fixação do regime inicial semi-aberto revela-se acertada. O § 2º do art. 33 do CPB, em sua alínea *c*, reza que "*o condenado* não reincidente, *cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto*" (grifo nosso). Ora, como demonstrado pelas certidões de fls. 155/156 e 176-TJ, e assinalado na decisão em exame, o apelante é reincidente. Em sendo assim, a definição pelo Sentenciante do referido regime prisional mostra-se obediente ao preceituado no art. 33 do Código Penal, imerecendo reforma.

O réu não reúne os requisitos subjetivos para a substituição da pena, em face da análise desfavorável de parte das circunstâncias judiciais, bem como de sua reincidência, não sendo socialmente recomendável a sua concessão.

Também não faz jus ao *sursis*, pelos mesmos motivos.

Quanto à prisão domiciliar, que já lhe foi deferida no curso do processo; sendo o réu soropositivo, é recomendável e prudente que nela seja mantido.

Ante tais fundamentos, nos termos do art. 386, VI, do CPP, dou provimento parcial ao recurso, para absolver o apelante do delito do art. 306 da Lei 9.503/97, confirmando, no seu restante, a decisão atacada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - LEI Nº 8.137/90 - ICMS - "CALÇAMENTO" DE NOTAS FISCAIS - INSERÇÃO DE DADOS INEXATOS - OMISSÃO DE OPERAÇÕES COMERCIAIS - SONEGAÇÃO FISCAL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - POSSIBILIDADE - *SURSIS* - AFASTAMENTO

- Provadas a autoria e a materialidade do crime contra a ordem tributária, havendo farta documentação na qual se comprova o conhecido "calçamento" de notas fiscais, prática esta consistente em lançar o valor real da operação na nota destinada ao cliente e registrar, nas vias que ficam no bloco, destinadas à fiscalização, um valor bem abaixo, não expedindo, assim, notas fiscais devidas e fazendo lançamentos de dados inexatos em livros e notas fiscais, omitindo informações, tudo em prejuízo do erário estadual, pois resultou em sonegação do ICMS, não merece acolhida o pedido de absolvição do réu.

- Na dicção do inciso III do art. 77 do Código Penal, a hipótese de *sursis* deve ser afastada, se cabível a substituição da pena privativa de liberdade.

- A par da controvérsia que permeia a substituição de pena privativa de liberdade de tipo penal, que prevê a cominação de reprimenda corporal e multa, por duas restritivas de direitos, sendo uma delas a de prestação pecuniária, é possível e, às vezes, até recomendável a aplicação de ambas, especialmente nos delitos contra a ordem tributária, nos quais os infratores freqüentemente ostentam condição econômica.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 253.424-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Crime contra a ordem tributária - Lei nº 8.137/90 - ICMS - Sonegação fiscal - Inserção de dados inexatos - Omissão de operações comerciais - Falsificação de notas fiscais - Autoria e materialidade comprovadas - Configuração da continuidade delitiva - Substituição da pena privativa de direito - Acolhimento - Recurso parcialmente provido.

RELATÓRIO

Cláudio de Paula, qualificado nos atos, foi denunciado, como incurso nas sanções do art. 1º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.137/90, c/c o art. 71 do CP, porque, no período de 01/janeiro/1993 a 31/agosto/1996, mediante inserção de dados inexatos em documentos exigidos por lei e a falsificação de notas fiscais, sonegou Imposto sobre Circulação de Mercadorias-ICMS, em favor da empresa Alfarma Comércio e Representações Ltda., sediada nesta Capital, na Rua Cardeal Stepinac, 694, no Bairro Cidade Nova, voltada para o comércio e representação de produtos farmacêuticos.

O MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, julgando parcialmente (?) procedente o pedido contido na denúncia, condenou-o a cumprir a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e dezesseis dias-multa, em regime aberto, substituindo-lhe, a final, a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Inconformado, recorreu, pugnando pela sua absolvição, por ausência de prova da materialidade delitiva, e, alternativamente, pela substituição da pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana pela pena de multa ou, ainda, pela concessão do *sursis*.

Contra-arrazoado o recurso, o representante ministerial local opina pela confirmação da sentença. Nesse sentido é o entendimento da Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do Procurador Rogério Batista Vieira.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão do culto Des. Zulman Galdino.

Belo Horizonte, 13 de março de 2002. - *Edelberto Santiago.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2002. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - (Lê o relatório nos autos.)

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, merece pequena reforma o r. *decisum* hostilizado.

Os autos informam que Cláudio de Paula, ora apelante e sócio-administrador da Empresa Allfarma Comércio e Representações Ltda., voltada para o comércio e representação de produtos farmacêuticos, durante o período compreendido entre janeiro/93 e agosto/96, praticou diversas condutas previstas nos tipos penais constantes em três dos incisos do art. 1º da Lei nº 8.137/90, quais sejam, não-expedição de notas fiscais devidas, lançamentos de dados inexatos em livros e notas fiscais, omissão de informações, tudo em prejuízo do erário estadual, pois resultou em sonegação de ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços), conforme apurado na fiscalização efetuada pelos agentes fazendários estaduais.

A materialidade delitiva está consubstanciada na farta documentação de fls. 8 a 281, na qual se comprova o conhecido "calçamento" de notas fiscais, prática esta consistente em lançar o valor real da operação na nota destinada ao cliente e registrar, nas vias que ficam no bloco, destinadas à fiscalização, um valor bem abaixo.

A autoria, por sua vez, estreme de dúvidas, porquanto o acusado era o sócio-administrador da empresa, cuja sociedade era integrada por ele, pelo espólio de sua esposa Vilma Léa Bianchi de Paula, do qual era o inventariante, e pelos filhos Márcio e Ricardo Bianchi de Paula, conforme cópias do contrato social e respectivas alterações (fls. 286/302). A alegação defensiva de ausência de provas, porquanto o acusado não se encontrava na gestão direta dos negócios, em razão das doenças de sua esposa e de seu pai, a par de ser uma lamentável justificativa, não pode prosperar. Transferir para o escritório de contabilidade a responsabilidade pelos ilícitos, alegando desconhecer as irregularidades na escrituração, além de inaceitável, não restou demonstrada.

Acertada, pois, a condenação monocrática, não merecendo acolhida o pedido de absolvição, tampouco o de concessão de *sursis*, vez que esta hipótese, na dicção do inciso III do art. 77

do CP, deve ser afastada se cabível a substituição da pena privativa de liberdade.

Quanto ao pedido de substituir uma das penas restritivas de direitos, qual seja, a limitação de fim de semana, entretanto, melhor sorte o ampara. A par da controvérsia que permeia a substituição de pena privativa de liberdade de tipo penal que prevê a cominação de reprimenda corporal e multa, por duas restritivas de direitos, sendo uma delas a de prestação pecuniária, entendo possível e, às vezes, até recomendável a aplicação de ambas, especialmente nos delitos contra a ordem tributária, nos quais os infratores freqüentemente ostentam boa condição econômica.

A Súmula nº 171 do eg. Superior Tribunal de Justiça ("*Cominada cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defesa a substituição da prisão por multa*"), comumente usada por aqueles que defendem a incompatibilidade da pena de multa prevista no tipo penal e a restritiva de direito da prestação pecuniária, é impertinente para tanto. A uma, porque referida súmula foi proclamada em 31/10/96, antes, portanto, do advento da Lei nº 9.714/98. A duas, porque, não obstante a natureza pecuniária de ambas, pequena distinção as torna compatíveis, vez que a pena de multa cominada no tipo, além de fixada em dias-multa, destina-se a fundo penitenciário, ao passo que a prestação pecuniária da restritiva de direito, quantificada em salários mínimos, será destinada à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social. A três, se descumprida a obrigação, se for a de multa prevista no tipo, far-se-á a cobrança nos termos da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública (art. 51 do CP), se for a prestação pecuniária, converter-se-á em privativa de liberdade, consoante dispõe o § 4º do art. 44 do CP.

À vista do exposto e acolhendo o pleito alternativo, substituo a pena restritiva de direito da limitação de fim de semana pela prestação pecuniária, consistente no pagamento de 10 (dez) salários mínimos a entidade a ser escolhida pelo Juízo da Execução, mantendo-se a prestação de serviços à comunidade.

Mercê de tais considerações, dou provimento parcial ao recurso, tão-só para trocar a pena restritiva de direito da limitação de fim de semana pela de prestação pecuniária.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

MENOR INFRATOR - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DO ART. 214 DO CP - VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA - INTERNAÇÃO - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA CABÍVEL - ESTABELECIMENTO APROPRIADO - INEXISTÊNCIA NA COMARCA - AGUARDO DA TRANSFERÊNCIA NA CADEIA PÚBLICA LOCAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 185, § 2º, DA LEI Nº 8.069/90 (ECA) - APELAÇÃO - RAZÕES - OFERECIMENTO APÓS A APRESENTAÇÃO DA PETIÇÃO RECURSAL - OBEDIÊNCIA AO PRAZO LEGAL - POSSIBILIDADE

- Tratando-se de apelação contra decisão proferida em procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, é essencial o preenchimento do requisito do inciso II do art. 514 do CPC, podendo o oferecimento das razões efetuar-se após a apresentação da petição interpositória do recurso, desde que dentro do prazo fixado em lei.

- Se o menor comete ato infracional análogo ao crime de atentado violento ao pudor, ficando caracterizado o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, causando sérias conseqüências para a vítima e sua família, necessária se faz sua internação, com o devido acompanhamento psicológico, para que possa reingressar no convívio social.

- A teor do art. 185, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inexistindo na comarca estabelecimento apropriado para o internamento do menor, este deverá ficar aguardando sua transferência, pelo prazo máximo de cinco dias, na cadeia pública local, desde que em seção isolada dos adultos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 254.003-7/00 - Comarca de São João Evangelista - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Preliminar - Razões recursais ofertadas separadamente ao termo petitório - Possibilidade - Tempestividade recursal - ECA - Ato infracional análogo ao do art. 214 do CP - Medida socioeducativa - Internação - Necessidade - Conseqüências traumáticas para o ofendido. - O oferecimento de razões poderá efetuar-se após a apresentação da petição interpositória do recurso, desde que obedecido o prazo fixado em lei. Se o menor comete ato infracional análogo ao crime de atentado violento ao pudor, causando sérias conseqüências para a vítima e sua família, necessária se faz sua internação, com o devido acompanhamento psicológico, para que possa reingressar no convívio social.

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, 14 de março de 2002. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São João Evangelista, contra D.S.G., N.G.R. e P.S.A., já qualificados, foi ofertada representação por fato análogo ao do art. 214 c/c art. 224, *a*, e art. 226, I, todos do Código Penal, porque, no dia 28 de maio de 2000, no "campinho de futebol" de Coluna/MG, após imobilizarem a vítima B.G.R., de 09 anos de idade, taparam-lhe a boca e, em processo de revezamento, praticavam ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, consistente em introduzirem seus órgãos sexuais no ânus do ofendido.

Ao final de regular procedimento, foi-lhes imposta a medida socioeducativa de internação, pelo prazo de 06 (seis) meses, a ser cumprida inicialmente na cadeia pública local, até que se encontre estabelecimento específico para esta finalidade.

Irresignados, os representados, em conjunto, recorrem, sustentando a necessidade de aplicação de quaisquer outras medidas previstas no art. 112 do Estatuto, eis que a internação é por demais severa.

As contra-razões, em preliminar, sustentam o não-conhecimento do recurso, salientando que, embora interposto dentro do prazo legal, o apelo não foi instruído com as necessárias razões, consoante determinação do art. 514 do Código de Processo Civil. No mérito, abraçam a conclusão da sentença.

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento do apelo e, no mérito, pelo improvimento.

No principal, é o relatório.

Cabe inicialmente analisar a prefacial apontada nas contra-razões recursais.

O órgão ministerial de primeiro grau sustenta a impossibilidade de conhecimento do recurso, tendo em vista que a petição de apelo não veio acompanhada das razões recursais, em afronta ao dispositivo do art. 514, II, do Código de Processo Civil, diploma aplicado ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Realmente, como se sabe, o art. 198 daquele diploma é expresso quanto a ser aplicável, com as ressalvas que faz, o sistema recursal do Código de Processo Civil aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude.

E, na esfera cível, está disposto, no art. 514, que a apelação deverá ser interposta por petição, dirigida ao juiz, contendo, além da qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito, sob pena de não-conhecimento.

Logo, inexistindo exposição do direito e das razões do pedido da nova decisão, não se conhece do apelo.

Todavia, *in casu*, verifica-se que, além da tempestividade da petição recursal, são também tempestivas as razões apresentadas.

Com efeito.

A defensora dos representados foi intimada da sentença no dia 27 de junho de 2001, sendo que, no dia seguinte, ofertou o termo recursal de fls. 60/61 (28 de junho de 2001).

Por sua vez, as razões foram protocolizadas no dia 04 de julho de 2001, ou seja, ainda dentro do prazo recursal de 10 dias, que só se esgotaria na data de 07 de julho daquele ano.

Saliente-se, ainda, que, em se tratando de Defensora Pública, a causídica possuía prazo dobrado para apelar.

No mais, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que "*é essencial, para conhecimento da apelação, o preenchimento do requisito do inc. II do art. 514 do CPC. O oferecimento de razões poderá efetuar-se após a apresentação da petição interpositória do recurso, porém dentro do prazo fixado em lei*" (*RJTJSP*, 111/226).

Assim sendo, presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço do recurso.

A defesa insurge-se quanto à medida socioeducativa aplicada, entendendo-a exacerbada ao presente caso.

Impossível o deferimento da pretensão.

A medida aplicada mostra-se adequada à busca de recuperação dos menores.

Exsurge dos autos que na data dos fatos os representados encaminharam a vítima para uma "moita de cana", próxima a um campo de futebol e, após taparem-lhe a boca e retirarem-lhe a roupa, começaram a praticar atos libidinosos, revezando-se na prática de sexo anal com o ofendido.

A materialidade está positivada no auto de corpo de delito de fl. 20.

A autoria restou sobejamente comprovada, inclusive pela confissão judicial dos representados.

Como se sabe, a medida socioeducativa da internação é a mais grave de todas e só poderá ser aplicada em três situações taxativamente enumeradas: a) quando se tratar de ato infracional praticado com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, b) quando ocorrer reiterações no cometimento de outras infrações graves e c) quando se der o descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

In casu, tem-se que o ato análogo ao delito previsto no art. 214 do CP se caracterizou de extrema violência,

acarretando à vítima sérias lesões na região anal, além de terrível trauma psicológico não só para si, como para toda a família.

A avó da criança, à fl. 09, noticia "*que B. contou para a declarante que os autores 'transaram' com ele, sendo que dois seguravam e um introduzia o pênis no ânus do declarante e revezavam; que chegaram a tapar a boca do declarante para que ele não gritasse; que a declarante chegou a ver o short e a 'bunda' de B. ensangüentados e resolveu chamar a polícia militar e relatar o ocorrido, onde conseguiram deter os autores*".

Destarte, caracterizada a prática de ato infracional perpetrado com emprego de violência, a medida socioeducativa de internação é medida de rigor.

Quanto ao inconformismo da defesa em relação à internação dos menores na cadeia pública local, conforme determinado na sentença, deve-se observar que o procedimento se encontra legalmente previsto no art. 185, § 2°, do ECA.

Assim, os infratores, desde que inexistente vaga em estabelecimento apropriado, deverão, pelo prazo máximo de cinco dias, aguardar a transferência na cadeia pública local, ressalvado o direito de permanecerem em seção isolada dos adultos.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - ADMISSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O PREVISTO NO ART. 148, § 2°, DO CP

- Se o agente não prossegue voluntariamente na ação criminosa, pode-se dizer que ocorre a desistência voluntária, prevista no art. 15 do Estatuto Penal, respondendo, apenas, pelos atos praticados.

- Indicado pelo próprio autor o lugar onde a vítima se encontrava e tendo sido preso em flagrante em companhia daquela quando, na verdade, poderia ter-se evadido, descaracterizado restou o crime do art. 159 do Código Penal, caracterizando-se apenas a figura penal prevista no art. 148, § 2°, do CP, ou seja, o crime de seqüestro e cárcere privado, em sua forma qualificada, pelo padecimento físico imposto ao menor, que, diabético, ficou por longas horas sem alimento e sem remédios.

- V.v.: - Ocorrido o seqüestro, o crime do art. 159, § 1°, do CP se materializou, independentemente de haver sido frustrada a obtenção de vantagem econômica pretendida. (*Des. Reynaldo Ximenes Carneiro*)

APELAÇÃO CRIMINAL N° 254.477-3/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crime de extorsão mediante seqüestro - Acusado que seqüestrou um menino de 13 anos de idade e o mantém em cárcere privado, por algumas horas, na rodoviária local, visando ao pagamento de resgate, mas que, *a posteriori*, desiste da empreitada criminosa, solicitando a presença de familiares do menor no local onde o tem sob custódia, sem nada auferir - Desistência voluntária - Admissibilidade - Desclassificação do delito para o previsto no art. 148, § 2°, CP - Decisão mantida - Recurso ministerial e da defesa - Desprovimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

Belo Horizonte, 14 de março de 2002. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na Comarca de Juiz de Fora, foi Miguel Arcanjo Costa denunciado como incurso nas sanções do art. 159, § 1°, do Código Penal, pelo fato de, em 13.01.2001, por volta das 12h30min, naquela cidade e comarca, em companhia de dois outros comparsas não identificados, ter seqüestrado o menor, com 13 anos de idade, T.O.S., mantendo-o em cárcere privado.

Após regular instrução criminal, ao fundamento de que o acusado desistiu voluntariamente do seqüestro, interrompendo sua execução, desclassificou o MM. Juiz *a quo* o delito capitulado na denúncia para o previsto no art. 148, § 2°, do Estatuto Penal, condenando-o à pena de 04 anos de reclusão, em regime semi-aberto.

Inconformados com o decreto condenatório, interpõem o RMP e o acusado recurso de apelação, pleiteando, o primeiro, a condenação do apelado nas sanções do art. 159, § 1°, do Código Penal, conforme descrito na peça exordial, além do cumprimento do disposto no art. 15, III, da Constituição

Federal, e o segundo, por seu defensor público, pretendendo a desclassificação da conduta do acusado para o delito de seqüestro e cárcere privado, previsto no art. 148, CP, na sua forma simples, com a fixação da pena-base em seu mínimo.

Os recursos foram contrariados, manifestando-se ambas as partes pelo desprovimento do apelo adverso.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do apelo do acusado.

Por questão de melhor técnica processual, há que ser analisado, primeiro, o recurso ministerial.

Conforme ressai das declarações do menor/vítima T., prestadas em juízo, no dia dos fatos, o acusado dele se aproximou, colocou uma faca em seu pescoço e ordenou que entrasse em um veículo, com outra pessoa ao volante. Ato contínuo, dirigiram-se à rodoviária local, onde permaneceu sob vigilância e ameaça de que a qualquer tentativa de evasão seria morto, até o dia seguinte, quando foi encontrado pela Polícia (fls. 73/74).

Por sua vez, o tio da vítima, J.B.S., relata, em juízo, que recebeu uma ligação, por volta das 20h30min, dizendo que se tratava de um seqüestro, exigindo para liberar a vítima a quantia de R$ 500,00 (fl. 69).

De igual modo, narra a testemunha F.A.S. que, por volta das 7h30min, no dia da prisão do acusado, recebeu uma ligação relatando o seqüestro do menor T. e exigindo a quantia de R$ 500,00 para sua libertação.

Não obstante, no dia seguinte, por volta das 10h40min, em outra ligação telefônica, ao ser informado que o menino era diabético e estando o menor com problemas de saúde, disse o acusado que iria devolvê-lo "*e que deveria ir o pai do garoto imediatamente a rodoviária para buscá-lo*" (fl. 75) o que é confirmado no depoimento de fl. 71.

Finalmente, esclarece o policial militar que, nesta mesma manhã, prendeu o acusado, que se encontrava dentro do banheiro da rodoviária, em companhia do menor T. (fls. 80/81, confirmado às fls. 82/83 e 84/85).

Assim, conforme se verifica do contexto probatório, na verdade, foi o menor seqüestrado pelo acusado e mantido, por algum tempo, em cárcere privado, com o objetivo de auferir vantagem financeira. Todavia, assustado com a situação de saúde de T., interrompeu a execução do delito e, mesmo correndo o risco de ser preso, permaneceu no local, aguardando a chegada dos familiares do seqüestrado.

Ora, se o agente não prossegue voluntariamente na ação criminosa, pode-se dizer que ocorre a desistência voluntária, prevista no art. 15 de nosso Estatuto Penal, respondendo, apenas, pelos atos já praticados, como sabiamente decidiu o MM. Juiz *a quo*.

Na hipótese dos autos, caracterizou-se apenas a figura penal prevista no art. 148, § 2º, CP, ou seja, o crime de seqüestro e cárcere privado, em sua forma qualificada, pelo padecimento físico imposto ao menor, que, diabético, ficou por longas horas sem alimento e sem remédios, a ponto de passar mal, conforme suas próprias declarações (fls. 73/74).

De resto, tem razão o douto Juiz *a quo*, ao se referir às modalidades de seqüestro, distinguindo-as em face das características do fato e das condições pessoais do autor, evitando-se, dessa forma, o exagero punitivo.

Com essas considerações, mantenho, em sua íntegra, a bem lançada sentença, ora recorrida, e, via de conseqüência, nego provimento ao recurso ministerial e ao recurso do acusado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - A r. sentença apelada, a despeito de ser da lavra de culto e diligente Magistrado, a meu aviso não deu o desate correto à questão posta em julgamento.

É que o réu seqüestrou o menor e o manteve sob sua vigilância durante a noite e enquanto perduraram as negociações para receber o valor do resgate e, realmente, a demora na solução da pendência, levou o réu a telefonar para a casa da vítima informando que esta estava na rodoviária, onde deveria ser apanhada (F.A.S. - fls. 26/27). Entretanto, a Polícia, à altura, havia instalado BINA na casa do menor, com o rastreamento e a localização fácil do telefone originário.

O crime se consumou, segundo a jurisprudência dominante:

"*A extorsão mediante seqüestro é crime formal e independe de obtenção da vantagem almejada para que esteja o delito consumado bastando para isto que a vítima seja privada de sua liberdade individual*" (TJSC - AC - Rel. Ernani Ribeiro - *Jurisprudência Catarinense* 38/380). *In Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, ALBERTO SILVA FRANCO e outros, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, p. 2.072.

"*O crime de extorsão mediante seqüestro consuma-se com a efetivação do seqüestro, independentemente da obtenção de vantagem, conforme é da tradição de nosso Direito*" (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Hélio de Freitas - *JUTACRIM*, 87/421). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, ALBERTO SILVA FRANCO e outros, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, p. 2.072.

Assim, ocorrido o seqüestro, o crime do art. 159, § 1º, do Código Penal, se materializou, independemente de haver sido frustrada a obtenção da vantagem econômica pretendida, pelo que sem razão a defesa em sua pretensão de ver mitigada a pena, com o acolhimento de seu apelo.

Destarte, nego provimento ao recurso da defesa e dou provimento ao

recurso do Ministério Público para julgar procedente a denúncia e condenar o réu nas penas do art. 159, § 1°, do Código Penal. Orientado pelas coordenadas de que se valeu o d. Juiz, fixo a pena-base no mínimo legal de doze anos de reclusão e assim a concretizo à falta de circunstâncias atenuantes ou agravantes ou causas de aumento ou diminuição. O cumprimento se dará no regime integralmente fechado (art. 1°, IV, da Lei n° 8.072/90). Oficiar ao Juízo Eleitoral do domicílio eleitoral para efetivar-se a suspensão dos direitos eleitorais enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAR O DES. RELATOR, QUE NEGAVA PROVIMENTO AOS RECURSOS, E O DES. REVISOR, NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA E DANDO PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 28.02.02, a pedido do Des. Vogal, após votar o Des. Relator negando provimento aos recursos e o Des. Revisor negando provimento ao recurso da defesa e dando provimento ao recurso ministerial

Com a palavra o Desembargador Herculano Rodrigues.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - A divergência entre os votos dos eminentes Desembargadores Relator e Revisor diz respeito à desclassificação promovida na sentença em favor do réu, que, de início, foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 159, § 1°, do Código Penal (extorsão mediante seqüestro qualificada) e, ao final, incurso no art. 148, § 2°, do mesmo diploma (seqüestro qualificado), tendo sido condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, no regime semi-aberto.

Exsurge dos autos que, no dia 13 de janeiro de 2001, por volta das 12h30min, o menor T.O.S., quando saía de casa em direção à residência de sua mãe, foi interceptado pelo réu, que, em companhia de outros dois elementos não identificados, portando uma faca, obrigou-o a entrar num veículo e conduziu-o até a rodoviária, intencionando extorquir dinheiro de sua família mediante o seqüestro perpetrado.

No decorrer do dia, o acusado telefonou para os familiares da vítima solicitando o resgate no valor de R$500,00 (quinhentos reais), sendo que, na terceira ligação, já na manhã do dia seguinte, ao ser informado que o menor era diabético e possuía problemas de saúde, manifestou desejo de "devolvê-lo", orientando o pai da vítima para que fosse até o terminal rodoviário buscá-la.

O policial militar Mauro Lúcio da Silva, condutor do flagrante, confirmou que localizou o acusado dentro do banheiro da rodoviária, em companhia de T., exatamente como havia sido informado aos familiares deste.

Diante deste quadro, a sentença, ao fundamento de que o acusado desistiu voluntariamente da extorsão mediante seqüestro, interrompendo sua execução, desclassificou a capitulação inicial para o crime do art. 148, § 2°, do Código Penal.

Ao meu aviso, a decisão encontra-se adequada e ajusta-se ao caso concreto.

Realmente, não prosseguindo voluntariamente na ação delituosa, certamente pelo fato de ter-se assustado ao saber das condições precárias de saúde da vítima, o acusado agiu sob o pálio do art. 15 do Código Penal e, por isto, responde apenas pelos atos já praticados, que, *in casu*, foram aqueles descritos no art. 148, § 2°, do CP.

Indicado, pelo próprio autor, o lugar onde a vítima se encontrava e tendo sido preso em flagrante em companhia daquela quando, na verdade, poderia ter-se evadido, descaracterizado restou o crime do art. 159 do CP.

Julgando caso análogo, o Tribunal do Estado de São Paulo, em voto relatado pelo Des. Ary Belfort, assim se manifestou:

"*... A concessão da liberdade malbarata o artigo 159 do Código Penal. Mesmo à consideração de que a vítima anuíra em pagar a reclamada quantia, não se perfaz esse crime. Mesmo à vista de a vítima ter dali saído amedrontada pela promessa de reiteração mais violenta, ainda assim dito crime inviabilizou-se. (...)*

Liberado, descaracterizou-se aquele crime. Perdeu substância jurídica, mesmo em termos de tipicidade. (...)

Mas, libertado plenamente o ofendido, apenas sob a promessa (coacta, não importa) de satisfação da vantagem - fica sem nenhum sentido falar-se em extorsão mediante seqüestro; até por inadequação típica. Esse crime desnaturou-se, mesmo que se haja iniciado como tal. Esbarrondou-se. Deixou por sopesarem-se, apenas, a remanescência dos crimes componentes dessa figura complexa" (*RJTJSP*, 162/310).

Assim sendo, deve responder o agente tão-somente pelos atos praticados até a liberação do ofendido, ou seja, pelo seqüestro e cárcere privado na forma qualificada, em razão de sofrimento físico a que ficou sujeito, tendo em vista a condição de diabético, restando horas sem se alimentar e tomar suas medicações.

A pena, fixada em 04 (quatro) anos, foi corretamente sopesada, considerando o Sentenciante, acima de tudo, as circunstâncias e conseqüências do delito, "*que deixou danos irreparáveis de ordem psicológica na vítima*".

Do exposto, acompanhando o Relator, nego provimento aos recursos.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

-:::-

QUADRILHA - FORMAÇÃO - PROVA - DELAÇÃO DE CO-RÉU - DEMAIS ELEMENTOS - RETRATAÇÃO - VALIDADE - PORTE DE ARMA

- Para reconhecimento do crime de formação de quadrilha, basta que se prove a associação estável de mais de três pessoas, com o propósito de praticarem delitos diversos, da mesma natureza ou não, pouco importando que algum membro do bando não tenha sido identificado, desde que suficiente a demonstração de *concursus delinquentium* entre todos eles.

- A mera retratação em juízo não tem o condão de invalidar a confissão realizada na fase inquisitiva, mormente quando aquela se mostrar em desarmonia com as demais provas constantes dos autos, que corroborem a veracidade das declarações prestadas perante a autoridade policial.

- A delação de co-réu, aliada à confissão durante o inquérito e depoimentos testemunhais em juízo que reforcem a versão dos fatos narrada pela acusação constituem-se em seguros elementos probatórios, que, para serem debelados, exigem robusta prova produzida pela defesa em sentido contrário.

- Não pode prosperar a alegação de que o porte de arma não se comunicaria a todos os integrantes da quadrilha, por somente um deles estar armado, uma vez que o parágrafo único do art. 288 do Código Penal não exige que, para a incidência desta causa de aumento, estejam todos os componentes do bando armados, bastando que um deles esteja, para a configuração do delito de quadrilha armada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 254.678-6/00 - Comarca de Timóteo - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Penal e processo penal - Formação de quadrilha - Prova - Delação de co-réu - Demais elementos - Retratação - Validade. - Para reconhecimento do crime de formação de quadrilha, basta que se prove a associação estável de mais de três pessoas, com o propósito de praticarem delitos diversos, da mesma natureza ou não, pouco importando que algum membro do bando não tenha sido identificado, desde que suficiente a demonstração de *concursus delinquentium* entre todos eles. - A mera retratação em juízo não tem o condão de invalidar a confissão realizada na fase inquisitiva, mormente quando aquela se mostrar em desarmonia com as demais provas constantes dos autos, que corroborem a veracidade das declarações prestadas perante a autoridade policial. - A delação de co-réu, aliada à confissão durante o inquérito e depoimentos testemunhais em juízo que reforcem a versão dos fatos narrada pela acusação constituem-se em seguros elementos probatórios, que, para serem debelados, exigem robusta prova produzida pela defesa em sentido contrário. - 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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 12 de março de 2002. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Perante o Juízo da Comarca de Timóteo, foram os apelantes André Ferreira, Abílio César de Amaral Júnior, Alexsandro Silva Moreira e Benedito dos Santos denunciados e processados pelo delito descrito no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, sendo, ao final, condenados nos termos da sentença de fls. 198/215.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de fls. 02/06, que, em 24 de maio de 2001, os recorrentes foram presos em flagrante delito na Rua 132, Bairro Santa Mônica, Cidade e Comarca de Timóteo, porque, em 24 de maio de 2001, em comunhão de ações e desígnios, previamente acordados e em desenvolvimento de ações minudentemente esquematizadas, em *societas delinquentium* de caráter estável e permanente, associaram-se em quadrilha para o efetivo cometimento de crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas.

Narra ainda a exordial que dois dos integrantes da quadrilha, Alexsandro e Benedito, cumpriam pena no Estado do Espírito Santo, respectivamente pelos delitos de latrocínio e homicídio, quando se evadiram da Casa de Detenção Viana, naquele Estado, com a ajuda do traficante de nome Leandro, que teria cobrado para tanto a quantia de R$30.000,00 (trinta mil reais).

Com o objetivo de levantar tal quantia, a quadrilha teria sido organizada para perpetrar diversos roubos a banco, sendo seu alvo inicial a Agência do Banco do Brasil situada no centro norte da Cidade de Timóteo, cujo assalto estava previsto para o dia 30 de maio de 2001, dia de pagamento dos funcionários da empresa Acesita.

O plano arquitetado pelos acusados, integrantes da quadrilha, apenas não se efetivou em razão da ação antecipada da Polícia Militar.

Irresignados com a condenação prolatada, recorreram os réus, a tempo e modo (fls. 219/221), sendo que os recorrentes Abílio César e André Ferreira possuem o mesmo defensor, na pessoa dos Drs. José Antônio de Figueiredo e José Constantino Filho, enquanto Alexsandro e Benedito são patrocinados pelo Dr. Jônatas de Franco Quintão.

As razões recursais (fls. 236/242 e 245/257), em síntese, espancam a decisão recorrida, alegando a

inexistência da quadrilha, apontando, para tanto, a fragilidade probatória, insuficiente para a condenação prolatada, destacando a retratação dos apelantes da confissão perante a autoridade policial, pretendendo, assim, todos eles a absolvição.

As contra-razões ministeriais encontram-se encartadas às fls. 260/275, e, analisando pormenorizadamente cada alegação defensiva, as rebate em todos os seus termos, pugnando, ao final, pela integral manutenção do *decisum* hostilizado.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em basilar parecer de lavra do Dr. Ronaldo César de Faria, opina pelo conhecimento e improvimento de todos os recursos.

É, em síntese, o relatório.

Os recursos de apelação manejados pelos réus da ação penal movida pelo Ministério Público são próprios, tempestivos e regularmente processados, em razão do que deles conheço.

A apelação não está a merecer provimento, decisão que se adota em voto, nesta oportunidade, por ocasião do julgamento por esta instância revisora colegiada.

Dada a identidade das teses defensivas, examino ambos os recursos conjuntamente:

Registre-se, em primeiro plano, como reconhecimento ao zeloso trabalho dos doutos defensores de André Ferreira e Abílio César, cujas seis páginas impressas, para cada apelante, contém, na parte superior, a expressão "*Onde não há Deus não há justiça*" (Rui Barbosa), a excelência da peça recursal de apelação, bem como, assim igualmente o fez, o ilustre defensor de Benedito e Alexsandro, em suas judiciosas razões encartadas às fls. 236/243.

O que se busca é a pretensão que está expressa no relatório, a absolvição dos apelantes, em razão da insuficiência probatória acerca da configuração do crime denunciado, produzida apenas e tão-somente no inquérito policial (fase inquisitória), palavras da apelação.

Sem embargo das longas transcrições de depoimentos colhidos em todas as fases do processo, estou convicto de que as provas produzidas pela acusação, cujo lapidar trabalho demonstrado na memorável peça de contra-razões recursais também não se olvida de mencionar, não podem ser classificadas como frágeis ou insuficientes para a condenação, eis que lastreada na confissão extrajudicial, depoimento de policiais militares, testemunhas, auto de apreensão da arma de fogo e respectivo laudo de eficiência (fls. 31 e 33), que constituem, ao meu sentir, elementos mais que aptos e suficientes para a manutenção da r. sentença de primeiro grau, que primou pela minudente apreciação da prova, revelando-se decisório exemplar, quer na forma, quer em seu judicioso conteúdo.

Saliente-se, de início, que todos os acusados confessaram amplamente a prática do delito quando de sua prisão em flagrante, na presença de duas testemunhas, cada um narrando, à sua maneira, como foram convidados por Alexsandro, vulgo "Sandrinho", líder do bando, a perpetrarem os crimes narrados neste processo, que só não foram efetivamente cometidos em razão da intervenção da Polícia Militar, que descobriu e desmantelou a quadrilha, a tempo de evitar o pior.

Em juízo, como não raro ocorre, todos retrataram-se, com as mesmas alegações de sempre, dizendo que foram coagidos na fase inquisitiva, que apanharam para confessar, etc. Todavia, tais escusas se mostram isoladas e em desacordo com o farto e consistente conteúdo probatório, demonstrando assim não mais que uma última e desesperada tentativa de escapar da imputação que lhes pesava.

Os argumentos defensivos, embora brilhantemente construídos, são tênues, inconsistentes e não ultrapassam o aspecto factual, pois prova alguma foi produzida para os corroborar, quer para demonstrar a alegada tortura por parte dos policiais, quer para comprovar o "suposto esquema" no qual a Polícia Militar havia "armado" uma situação para forjar um flagrante contra os acusados, argumento este, aliás, que, conforme aponta o ilustre representante do Ministério Público, chega a ser risível.

Portanto, não obstante a retratação, isolada no contexto dos autos, tenho como suficiente o arcabouço probatório, apto a sustentar a decisão ora hostilizada, mesmo porque já foi reiteradamente decidido que:

"*Havendo algum suporte probante na fase judicial, a prova colhida no inquérito policial pode ser convocada para fundamentar a decisão condenatória*" (TJSP - Apel. 48.091/3 - Rel. Silva Leme - *RT*, 621/290).

"*Os depoimentos colhidos no inquérito policial, especialmente quando testemunhados, têm valor probante para a condenação, se não foram contrariados por outros elementos probatórios colhidos em juízo, ajustando-se, ao contrário, aos fatos e às circunstâncias, dado o princípio do livre convencimento do juiz, que deve basear-se na realidade dos fatos apurados com isenção. (...)* (STF - *HC* 73.513/4 - 1ª T. - Rel. Moreira Alves - j. em 26.03.96 - *RT*, 740/527).

"*A jurisprudência é unissona quando confere maior credibilidade à confissão extrajudicial que à retratação em juízo, desde que a primeira esteja amoldada às demais provas e circunstâncias dos autos, a segunda, totalmente inverossímil e divorciada do conjunto probatório*" (TRF, 2ª Região: *RT*, 726/755).

Esta própria Corte também já ementou:

"*A simples retratação em juízo, sem ressonância nos autos, não invalida a confissão feita perante a autoridade policial*" (TJMG - *RT*, 666/333).

Por outro aspecto, a alegação de que o porte de arma não se comunicaria a todos os integrantes da quadrilha, haja vista que somente um deles estaria armado, igualmente não há que prosperar, uma vez que o parágrafo único do artigo 288 do Código Penal não exige que, para a incidência desta causa de aumento, estejam todos os componentes do bando armados, mas, antes, basta que um deles esteja, uma vez que o que se analisa aqui não é a potencialidade dos armamentos, pouco importando que o grupo esteja fortemente armado (o que somente faria aumentar o juízo de reprovabilidade da conduta) ou se dispõe de somente um revólver, pois o que importa aqui é o fato de estarem armados ou não, e, para isso, basta uma arma para perfazer a exigência do aludido dispositivo legal.

Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"*A utilização de arma por qualquer membro da quadrilha constitui elemento evidenciador da maior periculosidade do bando, expondo todos que o integram à causa de aumento de pena prevista no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal. Para efeito de configuração do delito de quadrilha armada, basta que um só de seus integrantes esteja a portar armas*" (STF: *HC* 72.992/4 - Rel. Celso de Mello - *DJU* de 14.11.1996, p. 44.469).

Finalmente, a pena aplicada restou corretamente sopesada e individualizada, estabelecida consoante os critérios definidos pelos artigos 59 e 68 do Código Penal, bem como o regime imposto para o cumprimento das reprimendas observou ao disposto no artigo 10 da Lei 9.034/95, ou seja, o inicialmente fechado.

Não merece censura, portanto, a r. decisão recorrida, e que há de ser, assim, mantida na sua integralidade, como muito bem sugere o r. parecer ministerial de segundo grau.

Com estes fundamentos, nego provimento aos recursos.

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 AOS RECURSOS.

-:::-

REGIME PRISIONAL - CRIME HEDIONDO - SENTENCIADO QUE CUMPRIU UM SEXTO DA PENA - SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO, E NÃO INTEGRALMENTE FECHADO - PROGRESSÃO DE REGIME - POSSIBILIDADE

- Se o condenado atende ao requisito de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena e se na sentença condenatória transitada em julgado se estabeleceu que a pena deveria ser cumprida em "regime fechado", e não em regime integralmente fechado, não se pode negar-lhe a progressão do regime prisional, mesmo que se trate de crime hediondo.

RECURSO DE AGRAVO Nº 257.914-2/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Execução penal - Agravo - Crime hediondo - Pedido de progressão de regime - Lei 8.072/90 - Regime fechado, e não integralmente fechado, estabelecido na sentença condenatória trânsita em julgado para a acusação - Dúvida sobre o regime prisional - Interpretação favorável ao réu - Súmula 47 do TJMG - Lapso temporal suficiente - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 09 de abril de 2002. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de recurso de agravo, fulcrado no art. 197 da Lei de Execução Penal, interposto pelo representante ministerial, contra decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Juiz de Fora, que indeferiu pedido de progressão do regime fechado para o semi-aberto, formulado pelo sentenciado Anderson Silva Braz.

O recorrente ministerial alega que o detento cumpriu o lapso temporal, previsto em lei, para a progressão do regime prisional, qual seja, cumpriu 2/3 (dois terços) da pena de 3 (três) anos pelo crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76 e mais 1/6 (um sexto) da pena para os demais crimes, que não são considerados hediondos.

A Procuradoria de Justiça, através do parecer do Procurador Rogério Batista Vieira, opina pelo não-provimento do recurso, sendo de se registrar que foi mantida, no juízo de retratação, a r. decisão agravada.

É o relatório, em síntese.

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, merece reforma o r. *decisum* agravado.

O ora recorrido foi condenado a cumprir a pena total de 12 (doze) anos de reclusão, sendo 3 (três) anos pelo crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76 e o

restante pelos crimes de quadrilha, falsificação de documento público, porte ilegal de arma e falsa comunicação de crime. O condenado está preso desde 02.07.1998, ou seja, há mais de 3 (três) anos e 8 (oito) meses, tempo mais do que suficiente para a progressão de regime prisional, se se considerar o requisito de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena. Esta interpretação deve prevalecer *in casu*, porque, na sentença, conforme se constata na cópia de fls. 47, foi estabelecido o regime fechado para cumprimento da pena, e não integralmente fechado.

No Recurso de Agravo nº 132.232-0, da Comarca de Conselheiro Lafaiete, do qual fui Relator, examinando caso idêntico a este, decidiu esta c. Câmara Criminal que, "*se, em sentença trânsita em julgado para a acusação, se estabelece que a pena deverá ser cumprida em regime fechado, e não em regime integralmente fechado, sob pena de afronta à coisa julgada, não se pode negar a progressão de regime, ainda que se trate de crime hediondo*" (in *DJ* de 17.4.99, p. 02).

Esse entendimento, por sinal, está pacificado neste eg. Tribunal, através da Súmula nº 47, que proclama: "*Na sentença condenatória transitada em julgado, havendo dúvida a respeito do regime prisional imposto, deve ser ela interpretada sempre a favor do condenado*".

A sentença colacionada transitou em julgado, e o regime prisional nela fixado foi apenas "*regime fechado*", o qual, quando assim estabelecido, permite a progressão. Restava, pois, ao Magistrado *a quo* executar a sentença, não obstante ele entenda que a Lei nº 8.072/90 cominou, para os crimes hediondos, o cumprimento em regime integralmente fechado, porquanto, como é sabido, executa-se a sentença, e não a lei em abstrato.

Assim, cumprido o lapso temporal bastante para a progressão do regime, casso a decisão agravada para que seja afastado o óbice alegado pelo Juiz da Execução.

Mercê de tais considerações e rendendo vênia ao entendimento ministerial de segundo grau, dou provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

PORTE DE ARMA - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - ABSORÇÃO DO CRIME-MEIO PELO CRIME MAIOR - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - CONCURSO MATERIAL - INADMISSIBILIDADE - PRONÚNCIA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - QUALIFICADORA - AFASTAMENTO - IMPOSSIBILIDADE

- Se o réu é pronunciado por tentativa de homicídio e na pronúncia é feito juízo provisório da vontade de matar (*animus necandi*), própria dos crimes dolosos contra a vida, sem que se desça a minúcias capazes de induzir os jurados a qualquer julgamento, não há que se falar em nulidade, ao argumento de que o juiz usou expressões que constituem prejulgamento.

- As qualificadoras constantes da denúncia só podem ser afastadas, na sentença de pronúncia, quando houver prova plena de sua inexistência, ou quando manifestamente improcedentes e descabidas. Havendo dúvidas sobre a incidência da qualificadora, ela deve ser incluída na pronúncia e submetida à apreciação do Tribunal do Júri.

- Se o delito de porte ilegal de arma (art. 10 da Lei nº 9.437/97) está dentro da mesma linha de ação do crime de tentativa de homicídio visado pelo agente, este (crime maior) absorve o primeiro (crime-meio), em razão do princípio da consunção, não havendo espaço para o reconhecimento do concurso material.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 259.627-8/00 - Comarca de Divinópolis - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Porte de arma - Concurso material com homicídio - Impossibilidade. - O exame do *animus necandi*, na pronúncia, não constitui nulidade. Havendo dúvida quanto à incidência de qualificadora, esta deve ser apreciada pelo Júri. O delito do artigo 10 da Lei nº 9.437/97 constitui crime-meio, sendo absorvido pela tentativa de homicídio. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2002. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - Laci Rodrigues Siqueira, pronunciado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c artigo 14, inciso II, e artigo 10 da Lei nº 9.437/97, interpôs o presente recurso, argüindo, preliminarmente, a nulidade da decisão, ao argu-

mento de que as expressões usadas pelo Sentenciante constituem pré-julgamento, podendo a sentença influenciar o corpo de jurados quando do julgamento em plenário. No mérito, requer seja decotada a qualificadora e retirado da apreciação do Tribunal do Júri o crime de porte de arma, alegando que este é absorvido pelo delito maior.

Contra-razões ministeriais à fl. 87-TJ, pelo não-provimento do apelo.

Despacho de sustentação à fl. 100-TJ.

A Procuradoria de Justiça opina pela rejeição da preliminar e parcial provimento do recurso, para eliminar da pronúncia o delito do artigo 10 da Lei nº 9.437/97.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Quanto à preliminar argüida pelo recorrente:

Analisei cuidadosamente a decisão atacada e entendo que, conquanto seja aconselhável a utilização, pelo juiz, na pronúncia, de termos sóbrios e comedidos, não estamos, no presente caso, diante de uma hipótese de nulidade. Conforme ressaltado pelo ilustre Procurador de Justiça, para que alguém vá a Júri por tentativa de homicídio, é necessário que se faça o juízo provisório acerca da vontade de matar, própria dos crimes dolosos contra a vida, o que foi devidamente feito nestes autos, sem que se descesse a minúcias capazes de induzir os jurados a qualquer julgamento.

Rejeito a preliminar.

No mérito.

A defesa pretende seja decotada a qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal (recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido). Todavia, as declarações da vítima e de uma das testemunhas indicam, aparentemente, que Laci Rodrigues se aproximou de Peter no momento em que este estava distraído, conversando com a referida testemunha.

Entendo que as qualificadoras constantes da denúncia podem ser afastadas, mas apenas excepcionalmente, ou seja, quando houver prova plena de sua inexistência, ou quando manifestamente improcedentes e descabidas.

Havendo dúvidas sobre a incidência da qualificadora, ela deve ser incluída na pronúncia e submetida à apreciação pelo Tribunal do Júri, soberano e competente para apreciá-la, com detalhes mais minuciosos, tendo-se em vista a amplitude da acusação e da defesa.

A jurisprudência é ampla neste sentido, inclusive com julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"*Processual Penal - Homicídio - Pronúncia - Exclusão de circunstância qualificante - Competência do Tribunal do Júri. - Em linha de princípio, a sentença de pronúncia não pode afastar qualificadoras da denúncia, porquanto, por força do texto constitucional, é o Tribunal do Júri o juiz natural dos crimes contra a vida, e, assim, a esse órgão popular cabe dizer da ocorrência ou não de tal circunstância. Todavia, esse entendimento não deve ser absoluto ante qualificadoras propostas pela acusação se mostrarem manifestamente improcedentes com segurança ou sem dúvida razoável. No caso, restou comprovada a qualificadora, consoante se deduz do decreto de pronúncia. Ao Tribunal de Justiça descabia afastá-la. Recurso conhecido e provido*" (REsp - Rel. José Arnaldo - *RSTJ*, 110/390).

Assim, a qualificadora deve ser mantida.

Porém, assiste razão à defesa quando pretende seja retirado da apreciação pelo Tribunal do Júri o delito previsto no artigo 10 da Lei nº 9.437/97.

A Lei nº 9.437/97 estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências. O artigo 10 descreve crime de ação múltipla, ou, como preferem alguns autores - crime de conteúdo variado -, com a seguinte redação:

"*Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*".

Entretanto, no presente caso, o delito do porte ilegal de armas estava dentro da mesma linha de ação do crime visado por Laci, ou seja, tentativa de homicídio, motivo pelo qual o primeiro foi absorvido pelo crime maior em razão do princípio da consunção.

NÉLSON HUNGRIA assim explica a consunção:

"*Finalmente, uma norma se deve reconhecer consumida por outra quando o crime previsto por esta, ou é uma necessária ou normal forma de transição para o último (crime progressivo). O crime previsto pela norma consuntiva representa a etapa mais avançada na efetuação do malefício, aplicando-se, então, o princípio de que* major absorbet minorem" (HUNGRIA NÉLSON e FRAGOSO HELENO, *Comentários ao Código Penal*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, V. I, T. I, p. 147).

Peço vênia para transcrever parte do acórdão de que foi Relator o Desembargador Mercêdo Moreira, que bem examina a questão, afastando a incidência do concurso material:

"*A posse e o porte ilegal de arma adquirida com o fim específico para prática de homicídio integram o* iter criminis *percorrido pelo agente, razão pela qual não há espaço para o reconhecimento do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 10*

da Lei 9.437/97 e 121 do CP, pois caracterizada a progressão criminosa, abrangida pelo princípio da consunção" (TJMG-RSE - j. 14.09.99 - *RT*, 777/663).

Laci Rodrigues Siqueira deve ser pronunciado apenas pela tentativa de homicídio.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao apelo para submeter o recorrente a julgamento, pelo Júri, apenas pelo delito previsto no artigo 121, § 2°, inciso IV, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Mantenho as demais disposições da pronúncia.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

RECURSO CRIMINAL - JÚRI - SENTENÇA - PUBLICAÇÃO NA SESSÃO DE JULGAMENTO - CIÊNCIA ÀS PARTES - MINISTÉRIO PÚBLICO - PRAZO RECURSAL - INÍCIO

- Se a sentença foi publicada na sessão do Júri, tendo as partes, a partir de então, sido cientificadas do *decisum*, o prazo recursal, tanto para a defesa quanto para a acusação, conta-se a partir da data da sessão do julgamento pelo Júri, não havendo que se falar que o início do prazo para o Ministério Público é a partir da data em que após o seu "ciente" na decisão.

- V.v.: - Tratando-se de julgamento do Tribunal do Júri, o prazo recursal começa a contar da publicação da sentença na própria sessão de julgamento. Todavia, há entendimento jurisprudencial, quanto ao Ministério Público, de que o prazo somente começa a fluir de seu "ciente" da decisão. Assim, diante da dúvida quanto à tempestividade do recurso, deve ser ele conhecido. *(Des. Luiz Carlos Biasutti)*

APELAÇÃO CRIMINAL N° 259.810-0/00 - Comarca de Cataguases - Relator para o acórdão: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Processo Penal - Júri - Intimação da sentença ao Ministério Público - Prazo que se conta da sessão do julgamento, quando teve ciência do *decisum*, e não da data em que o representante do Órgão Ministerial após o seu ciente - Extemporaneidade do recurso - Recurso não conhecido.

- V.v.: Tribunal do Júri - Tentativa de homicídio qualificado - Preliminar de intempestividade do recurso - Rejeição - Recurso conhecido.

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 NÃO CONHECER DO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 07 de março de 2002. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator para o acórdão. - *Luiz Carlos Biasutti - Relator vencido.*

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Na Comarca de Cataguases, após regular instrução criminal, foi o réu Paulo Célio Moreira da Silva pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2°, inciso IV, c/c art. 14, II, do Código Penal, pelo fato de, na madrugada do dia 10.11.1997, na Rua Amaury Moreira Gonçalves, s/n°, Bairro Primavera, na Cidade de Astolfo Dutra, naquela Comarca, ter desferido vários golpes de punhal em sua amásia, só não causando a sua morte por circunstâncias alheias à sua vontade.

Submetido a julgamento popular, afastou o Conselho de Sentença a tese da legítima defesa própria, reconhecendo ter o réu praticado o crime de tentativa de homicídio qualificado (recurso que dificultou a defesa da vítima, por estar dormindo no momento dos fatos), sendo, ao final, condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime semi-aberto.

Inconformado, interpõe o RMP o presente recurso de apelação, pleiteando a reforma da sentença para majorar-se a pena imposta ao réu e o seu cumprimento em regime fechado, por tratar-se de crime hediondo.

O apelo ministerial foi contrariado, manifestando- se o apelado, por seu defensor, pelo seu não-recebimento, "*porque inteiramente contrário ao Direito e à Justiça*". Na oportunidade, faz extensas divagações, chegando a afirmar que o teor da sentença anexada aos autos discrepa da que foi lida em plenário, embora alcance o mesmo *quantum* da pena, o que o levaria a recorrer contra tal decisão, porque manifestamente contrária à prova dos autos.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça, liminarmente, pelo não-conhecimento do recurso ministerial, porque apresentado a destempo. Se conhecido, opina pelo seu provimento parcial, para impor ao réu o cumprimento de sua pena em regime inicial fechado.

De início, há que se verificar a tempestividade do apelo ministerial.

Conforme consta da "*Ata da Sessão do Tribunal do Júri*", as partes, acusação e defesa, tiveram ciência da

sentença naquele ato, realizado em 24 de setembro de 2001 (fl. 202).

Não obstante, em cota nos autos, assinala o Dr. Promotor estar ciente da sentença "*a partir desta data*", ou seja, em 05.10.2001.

O termo de recurso foi juntado aos autos em 10.10.2001 (certidão de fls. 205-v.) e recebido em 22.10.2001, como próprio e tempestivo (fls. 215).

Na verdade, em se tratando de julgamento do Tribunal do Júri, o prazo começa a contar da publicação da sentença na própria sessão de julgamento. Todavia, há entendimento jurisprudencial, quanto ao Ministério Público, de que o prazo somente começa a fluir de seu "ciente" da decisão.

In casu, diante da dúvida quanto à tempestividade do recurso, deve ser ele conhecido.

Por essas razões, conheço do apelo ministerial, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Não conheço do recurso, tendo em vista que a sentença foi tornada publicada na sessão do Tribunal do Júri e se têm como cientificadas as partes a partir de então. Assim, o termo *a quo* para o recurso é a data do julgamento pelo Júri, tanto para a defesa, quanto para a acusação, dispensada qualquer outra formalidade especial, qual seja, a intimação pessoal do Promotor de Justiça, posto que a mesma ocorreu quando da leitura da sentença pelo Presidente do Tribunal do Júri.

Destarte, como o Júri foi realizado no dia 24.09.01, quando se deu a intimação do órgão ministerial, extemporânea é a apelação, cuja juntada se deu no dia 10.10.01, motivo pelo qual dela não conheço.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - Pedindo vênia ao Relator, não conheço do recurso, acompanhando o voto do eminente Revisor.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

JÚRI - RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA SUBJETIVA PELO CONSELHO DE SENTENÇA - QUESITO RELATIVO À QUALIFICADORA OBJETIVA DADO POR PREJUDICADO - NÃO-CABIMENTO - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO

- Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, de tal sorte que o reconhecimento de que o réu agiu impelido por motivo de relevante valor social ou moral não exclui a possibilidade de que tenha agido utilizando-se de meio que impossibilitou a defesa da vítima.

- Anula-se o julgamento em que o quesito referente à qualificadora objetiva foi dado por prejudicado em razão de ter o Conselho de Sentença reconhecido que o réu agiu impulsionado por motivo de relevante valor moral ou social.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 260.841-2/00 - Comarca de Bonfinópolis - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Tribunal do Júri - Reconhecimento de circunstância subjetiva pelo Conselho de Sentença - Quesito relativo a qualificadora objetiva dado por prejudicado - Não-cabimento - Anulação do julgamento. - Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, de tal sorte que o reconhecimento de que o réu agiu impelido por motivo de relevante valor social ou moral não exclui a possibilidade de que tenha agido utilizando-se de meio que impossibilitou a defesa da vítima. - Anula-se o julgamento em que o quesito referente à qualificadora objetiva foi dado por prejudicado em razão de ter o Conselho de Sentença reconhecido que o réu agiu impulsionado por motivo de relevante valor moral ou social.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de março de 2002. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - A r. sentença de fls. 191/193, proferida em observância à decisão do Tribunal do Júri, condenou Erny Carlos Cardoso, como incurso nas sanções do art. 121, § 1º, c/c art. 14, II, ambos do CP, à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, no regime aberto, com a concessão do *sursis*.

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação, alegando, em preliminar, que o julgamento é nulo, em razão de ter havido a supressão de quesito obrigatório, e, no mérito, que a decisão é contrária à prova dos autos (fls. 228/235).

Contra-razões às fls. 243/248, pela manutenção do *decisum*.

A d. Procuradoria manifestou-se pela anulação do julgamento (fls. 254/257).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

De início, cumpre examinar a preliminar de nulidade levantada pelo

MP, ao fundamento de que houve supressão de quesito obrigatório.

Ao meu modesto aviso, a razão lhe assiste.

Ao que se vê de fls. 189/190, constata-se que, em razão de o Conselho de Sentença, ao examinar o quesito de nº 3, ter reconhecido que o réu agiu impelido por motivo de relevante valor social ou moral, deu o MM. Juiz por prejudicados os quesitos de nºs 4 a 9.

Este último quesito, de nº 9, era referente à qualificadora objetiva do inciso IV do § 2º do art. 121 do CP, em sua parte final (utilização de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido).

Como sabido, não há incompatibilidade alguma entre circunstâncias subjetivas e objetivas.

Nesse sentido, o entendimento do STJ, conforme se vê:

"*Penal - Júri - Homicídio privilegiado-qualificado - Possibilidade.*

- 1 - Não há incompatibilidade na coexistência de circunstâncias que qualificam o homicídio e as que o tornam privilegiado.

- 2 - Pode o Júri reconhecer concomitantemente que o réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, e que empregou um meio que dificultou ou impossibilitou sua defesa.

- 3 - Recurso especial provido" (REsp nº 30.947/MS, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 18.3.1996, p. 7.588).

No mesmo diapasão:

"*Recurso especial - Compatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas - Presidente do Júri que, após a votação dos quesitos sobre o homicídio privilegiado, impede que se votem aqueles concernentes à qualificação por ato dissimulado - Julgamento corretamente anulado pelo Tribunal* a quo *- Apontado dissídio jurisprudencial.*

- 1 - Não é incompatível o homicídio privilegiado, com a qualificadora da dissimulação, conjugando-se circunstâncias subjetivas com objetivas. Precedentes.

- 2 - Nesse ponto, entremostra-se totalmente correta a decisão hostilizada, que, anulando aquela do Presidente do Tribunal Popular, manda que o réu seja submetido a novo julgamento.

- 3 - Recurso conhecido, pelo apontado dissídio pretoriano, mas improvido" (REsp nº 120140/MG, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU* de 1.2.1999, p. 237).

Assim, o reconhecimento de que, no caso em exame, o réu agiu impelido por motivo de relevante valor social ou moral não exclui a possibilidade de que tenha ele agido utilizando-se de meio que impossibilitou ou dificultou a defesa da vítima.

Dessa forma, outro caminho não resta senão o de anular o julgamento em questão.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso de apelação para anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, determinando que a outro seja submetido o réu Erny Carlos Cardoso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - MINISTÉRIO PÚBLICO - PRETENSÃO - EXTRAÇÃO DE PEÇA PROCESSUAL - DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA PARA INTENTAR CONTRA ELA AÇÃO DE PERJÚRIO - MATÉRIA ESTRANHA AO CONTEÚDO DA PRONÚNCIA E RELACIONADA A TERCEIRO - NÃO-ENQUADRAMENTO NA HIPÓTESE DO ITEM IV DO ART. 581 DO CPP - RECURSO NÃO CONHECIDO

- O recurso em sentido estrito interposto com base no item IV do art. 581 do CPP, que não ataca o conteúdo da pronúncia, a incursão do réu em dispositivo penal, que o sujeita a julgamento pelo Júri, mas o ato do juiz que analisou incidente relacionado com a pretensão do Ministério Público de se extrair peça processual - depoimento de testemunha - para intentar ação penal contra a mesma, a qual teria cometido perjúrio, não pode ser conhecido, por versar sobre matéria estranha ao conteúdo da pronúncia e relacionada com terceiro que não é parte no processo, não se enquadrando, por isso, na hipótese do referido dispositivo.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 261.158-0/00 - Comarca de São João Nepomuceno - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Recurso em sentido estrito - Pronúncia acolhendo integralmente a denúncia - Referência nos fundamentos da decisão à negativa de autorizar a extração de peças para testemunha ser processada por perjúrio - Matéria estranha ao conteúdo da pronúncia e relacionada com terceiro que não é parte do processo - Não-enquadramento na hipótese do item IV do art. 581 do CPP - Recurso não conhecido.

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, 07 de março de 2002. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo representante do Ministério Público em face de sentença de pronúncia de fls. 177/184, que pronunciou Luiz Sérgio Alves de Azevedo, por infração do art. 121, § 2°, I e IV, do Código Penal, para ser julgado perante o Tribunal do Júri, argumentando que está claro que Irio José do Nascimento cometeu falso testemunho sobre ponto fundamental no processo, devendo ser extraído dos autos o depoimento; que não há necessidade de ser repetido perante o Júri o depoimento mentiroso para caracterizar-se o falso testemunho e, por isso, cabe ao juiz ordenar o desentranhamento para ser a testemunha processada (fls. 185/189).

Contra-razões do recorrido às fls. 192/195.

O Dr. Procurador de Justiça, instado para se manifestar, fl. 202-TJ, requer diligência no sentido de o Assistente de Acusação pronunciar-se e, em seguida, o Juiz proferir o despacho de sustentação. Entretanto, dispenso a diligência e enfrento preliminar de não-conhecimento.

O recurso interposto pelo aguerrido Dr. Promotor de Justiça está calçado no item IV do art. 581 do CPP, que dispõe:

"*Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:*

(...)

IV - que pronunciar ou impronunciar o réu".

Pois bem, o recurso não ataca o conteúdo da pronúncia, a incursão do réu em dispositivo penal que o sujeita a julgamento pelo Tribunal do Júri, mas ato da honrada e culta Juíza que analisou incidente relacionado com a pretensão do órgão de acusação de se extrair peça processual - depoimento de testemunha - para intentar ação penal contra a testemunha que teria cometido perjúrio.

É evidente que a iniciativa é despropositada, posto que, se deseja mesmo ajuizar ação penal contra a testemunha, não lhe custa extrair cópia autenticada das peças do processo e apresentar a denúncia e, na ação ajuizada contra a testemunha, recorrer se a denúncia não for recebida, jamais tumultuar processo diverso, que está em andamento segundo os cânones legais e constitucionais, para incluir terceiro que não integra relação processual.

É lógico que, se possível fosse a ousada iniciativa, forçoso seria intimar a testemunha para as contra-razões, tendo em vista que a todos se asseguram o contraditório e a ampla defesa.

Do exposto, não conheço do recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

-:::-

PECULATO - DINHEIRO PERTENCENTE A ÓRGÃO ESTATAL - APROPRIAÇÃO PELO AGENTE NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA - PRAXE ADMITIDA NA REPARTIÇÃO - CONDUTA TÍPICA - INTENÇÃO DE RESTITUIR - IRRELEVÂNCIA - DOLO GENÉRICO - CONFIGURAÇÃO DO DELITO - PENA PECUNIÁRIA

- Configura-se o crime de peculato capitulado no art. 312, *caput*, do CP, quando o agente se apropria de numerário pertencente a órgão estatal, no exercício de função pública, não se podendo falar que a sua conduta é atípica, sob a alegação de que o seu proceder constituía praxe admitida dentro da repartição pública, uma vez que referida praxe não contém o atributo da legalidade, mas, pelo contrário, amolda-se perfeitamente ao tipo penal encartado no art. 312, *caput*, do CP. Outrossim, em nada lhe aproveita o argumento de que possuía o propósito de devolver o dinheiro, eis que em tema de peculato o dolo exigível é o genérico, satisfazendo à configuração do tipo a vontade consciente dirigida à apropriação do dinheiro, de que o agente tem posse.

- Tratando-se de pena imposta pela prática de crime de peculato, não merece guarida o pleito que busca a revisão da pena pecuniária arbitrada no patamar de 03 (três) salários mínimos, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, haja vista ter sido fixada em valor condizente com a gravidade da infração praticada, bem como levando-se em consideração o dano suportado pela Administração Pública.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 261.254-7/00 - Comarca de Passos - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Penal - Crime de peculato - Prova - Configuração. - Considera-se configurado o delito de peculato, capitulado no art. 312, *caput*, do CP, pelo fato de ter o agente se apropriado de numerário pertencente a órgão estadual, no exercício de função pública, não lhe aproveitando o argumento de que o seu proceder constituía praxe admitida dentro da repartição pública, bem como que possuía o propósito de restituir o dinheiro.

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, 14 de março de 2002. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta por Maria Lúcia de Sousa, em face da r. sentença de fls. 311/318, em razão da qual fora condenada pela prática do delito de peculato, capitulado no art. 312, *caput*, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de multa pecuniária no valor de 11 dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, consistente a primeira delas na prestação de serviços à comunidade a ser implementada perante entidade assistencial, e a segunda, no pagamento de prestação pecuniária no valor de 03 (três) salários mínimos.

A defesa argumentou (fls. 328/329), em suma, que a utilização de recursos do IMA-Instituto Mineiro de Agropecuária, através de vales, constituía uma prática habitual, tolerada pela chefia daquela instituição, conforme depoimento do próprio chefe da Seccional de Passos, pelo que seria absolutamente atípica a conduta em questão; que, sendo a ré pessoa de poucas posses, percebendo a habitualidade da conduta relativa à retirada de vales, entendeu que também poderia assim proceder, obviamente com a intenção de repor o numerário em momento oportuno, pelo que inexistiria o dolo consistente na finalidade de tirar proveito próprio, e, finalmente, uma vez não admitida a tese que conduz à sua absolvição, pleiteou fosse revista a pena pecuniária arbitrada no patamar de 03 (três) salários mínimos, eis que seria pessoa comprovadamente pobre, estando, outrossim, desempregada.

Contra-razões ministeriais às fls. 330/331, pugnando pelo improvimento do recurso interposto.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, opinou no sentido do conhecimento e do desprovimento da apelação aviada (fls. 342/351-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Com efeito, a irresignação ora em exame não merece lograr êxito, calhando asseverar, quanto à matéria de fundo propriamente dita, que restou indiscutivelmente comprovada a prática, pela ré, do crime de peculato, capitulado no art. 312, *caput*, do CP, em razão de ter-se apropriado, na condição de exercente de função manifestamente pública, de recursos pertencentes a órgão estadual - IMA - Instituto Mineiro de Agropecuária, em proveito próprio.

Saliente-se, por oportuno, que a própria ré não nega a prática ilícita cometida, podendo-se inferir, tanto de seu depoimento prestado na esfera policial como em Juízo, que esta realmente se apoderou de quantias em dinheiro pertencentes ao referido órgão estadual, asseverando, contudo, que assim procedia a título de empréstimo, vez que pretendia repô-las posteriormente.

Todavia, a despeito de tal afirmativa, a própria ré admite que não pôde devolver as quantias retiradas, pois que, segundo argumentou, houve alteração da sistemática do "acerto de caixa", na medida em que a quantia apropriada, a qual totalizava o montante de R$3.000,00, deveria ser paga de uma só vez, o que tornou impossível o adimplemento do "ajuste" feito com o IMA, tendo sido, em razão disso, determinada a abertura de sindicância administrativa.

Frise-se, ainda, que o argumento de que a conduta da ré, tal como descrita, ensejaria a conclusão de ser a mesma atípica, dada a habitualidade com que era praticada não só por esta como também por seus colegas de serviço, não tem o condão, conforme pretende a defesa, de desnaturar a conclusão condenatória, porquanto, ainda que represente uma prática corriqueira realizada dentro de repartição pública, referida praxe não contém o atributo da legalidade, pelo contrário, vez que se amolda perfeitamente ao tipo penal encartado no art. 312, *caput*, do CP.

Vale anotar, por outro lado, que a intenção de restituição que argumentou a defesa possuir a ré no momento em que se apropriou de numerários em dinheiro em nada lhe aproveita para efeito de afastar o dolo de sua conduta, sendo certo que em tema de peculato o dolo exigível é o genérico, satisfazendo à configuração do tipo a vontade consciente dirigida à apropriação de dinheiro, de que o agente tem posse em razão do cargo.

No mesmo sentido, o julgado a seguir transcrito:

STF - "*O ressarcimento do dano não extingue a punibilidade no peculato doloso. O que importa nesse crime não é só a lesão patrimonial, mas, igualmente, a desmoralização a que fica exposta a Administração Pública*" (*RT*, 510/451).

Entretanto, ao que se vê dos autos, a ré nem mesmo devolveu o numerário ao órgão público estadual lesado, conforme ela própria admitiu, repousando as suas atitudes no campo das meras intenções, com o que não poderá ser afastado o elemento subjetivo do tipo.

Finalmente, não merece guarida o pleito que busca a revisão da pena pecuniária arbitrada no patamar de 03 (três) salários mínimos, à razão de 1/30

(um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, haja vista ter sido fixada em valor condizente com a gravidade da infração praticada, bem como levando-se em consideração o dano suportado pela Administração Pública.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

TÓXICOS - USO PRÓPRIO - PLURALIDADE DE USUÁRIOS - ARMA PERFUROCORTANTE - ART. 19 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41 (LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS)

- Portando um dos agentes a droga para uso próprio e dos demais, unidos num mesmo desígnio, aplica-se a todos a sanção do art. 16 da Lei nº 6.368/76.

- Configura infração do art. 19 do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) o porte de instrumento perfurocortante em desacordo com a legislação vigente.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 261.486-5/00 - Comarca de Passos - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Tóxicos - Uso próprio - Pluralidade de usuários - Arma perfurocortante - Art. 19 da Lei das Contravenções Penais. - Portando um dos agentes a droga para uso próprio e dos demais, unidos num mesmo desígnio, aplica-se a todos a sanção do art. 16 da Lei 6.368/76. - Configura infração do art. 19 da Lei das Contravenções Penais o porte de instrumento perfurocortante em desacordo com a legislação vigente.

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, 12 de março de 2002. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - Claudinei Leonel de Andrade, Sandro Augusto Antônio e José Fernandes da Silva, inconformados com a sentença que os condenou a seis meses de detenção, em regime aberto, e a vinte dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo

legal, como incursos nas penas do artigo 16 da Lei 6.368/76, com posterior substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos consistente na doação de material de construção à obra pública ou entidade assistencial, no valor de três salários mínimos, e José Fernandes da Silva a dez dias-multa pela contravenção do artigo 19 da Lei das Contravenções Penais, fixado o valor da unidade também no mínimo legal, interpuseram apelação, adotando as teses esposadas nas alegações finais. Desta feita, a defesa reviveu a preliminar em que aponta a nulidade da inicial, que erroneamente atribuiu ao apelante Sandro Augusto Antônio a contravenção penal do artigo 19 da Lei das Contravenções Penais. No mérito, os recorrentes requerem a absolvição, no que diz respeito ao artigo 16 da Lei 6.368/76, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, ao argumento de que não há prova da unidade de desígnios ou acerto de vontades na aquisição da droga. E, mais, que sua única intenção, coletivamente falando, era a de fazer uso da substância, sendo que não há como enquadrar o fato de transportar droga, com a finalidade de uso, no artigo 16 da Lei 6.368/76, nem punir a mera cogitação ou o uso mesmo. Quanto a José Fernandes da Silva, este requer a absolvição também em relação à contravenção do artigo 19 da Lei das Contravenções Penais, dizendo que este artigo não está regulamentado, uma vez que não há lei que defina o licenciamento.

Contra-razões ministeriais às fls. 91/92-TJ, pelo não-provimento do recurso.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 03 de outubro de 2000, por volta das 15h15min, na Rua Mogiana, policiais militares surpreenderam os ora apelantes, Claudinei Leonel de Andrade, José Fernandes da Silva e Sandro Augusto Antônio, trazendo consigo, para uso próprio, 0,48 g (quarenta e oito centigramas) de substância entorpecente, que determina dependência psíquica, sem autorização e em desacordo com norma legal e regulamentar, consistente na *Cannabis sativa lineu*, conforme laudo de constatação provisório 1356/2000, de fl., além disso, o apelante José Fernandes da Silva trazia consigo arma fora de casa sem licença da autoridade.

Continua a inicial dizendo que, segundo se apurou, os policiais militares estavam em patrulhamento pelo endereço acima citado quando perceberam os agentes em atitude suspeita. Ao abordá-los, foi encontrado em poder de Sandro Augusto Antônio um pequeno embrulho contendo o entorpecente.

E, finalmente, que, de acordo com o interrogatório dos três réus, tal embrulho foi adquirido por Sandro Augusto Antônio, que portava objetivamente a substância, porém, segundo eles próprios, todos iriam fazer uso.

A denúncia foi recebida no dia 19 de outubro de 2000, e a sentença condenatória publicada no dia 24 de janeiro de 2001.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto,

tendo sido os réus intimados pessoalmente desta (fl. 86-TJ).

A Procuradoria de Justiça opina que seja negado provimento ao recurso.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Cabe-nos, todavia, lembrar ao douto Juiz *a quo* que não deve fazer constar dos interrogatórios a advertência a que se refere a parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal.

Insta que os juízes, ao dizerem aos réus que têm direito ao silêncio, digam também que nenhum prejuízo lhes advirá caso queiram exercê-lo; caso contrário, melhor seria o Juiz calar-se.

Seria o caso de se absolver os réus, caso as provas fossem apenas os interrogatórios. Porém, na sentença condenatória, o Juiz não se baseou somente neles para condenar os apelantes, vez que outras provas foram produzidas, judicialmente e extrajudicialmente, não tendo o interrogatório lhes trazido qualquer prejuízo.

Passo ao exame da preliminar.

Nulidade da denúncia.

O evento apontado pela defesa como causa de nulidade não passou de mero erro material, perfeitamente sanável pelo cotejo da obra inicial com as demais peças dos autos. E aquelas tornam pacífico o entendimento de que o agente que estaria portando a faca era José Fernandes da Silva.

É de se salientar que os apelantes se defendem dos fatos descritos, pouco importando a capitulação penal, que ao final pode não ser a primordialmente intentada.

Não restou, portanto, provado nenhum prejuízo às partes em razão do pequeno equívoco apontado.

Rejeito a preliminar.

No mérito.

A materialidade em relação a ambos os delitos encontrou suporte no auto de apreensão (fl. 17), laudo de constatação (fl. 18) e laudo de eficiência em instrumento perfurocortante (fl. 19-TJ).

Quanto à autoria do artigo 16 da Lei 6.368/76, a defesa não nega os fatos descritos na inicial, mas refuta sua natureza como sendo infração penal.

Da análise dos autos, cheguei à conclusão de que os argumentos empregados fugiram do cerne da questão. Inicialmente, temos que a subsunção do fato descrito como trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente, ao tipo penal descrito no artigo 16 da referida lei foi perfeita. A unidade de desígnios e o acerto de vontades emergiram da própria prova dos autos, através dos testemunhos da acusação e dos interrogatórios na fase inquisitorial, sendo a veracidade destes últimos confirmada em juízo pelos policiais militares encarregados da operação.

Não se deve esquecer que os interrogatórios dos apelantes, em juízo, ficaram permanentemente contaminados, como já salientei, mas nem por isso o pleito acusatório foi prejudicado.

O policial militar Ronaldo César Ribeiro, em juízo (fl. 68-TJ), sob crivo do contraditório, afirmou:

"*... que a maconha apreendida estava na posse do acusado Sandro aqui presente; que os acusados admitiram que iam fazer uso da mesma*".

Na mesma oportunidade, o também policial militar Jadir Pimenta Faria disse (fl. 69-TJ):

"*que eles admitiram expressamente que iam fazer uso da droga; que quem estava de posse da droga na ocasião era o acusado Sandro*".

O fato punível, objetivamente considerado, é o trazer consigo, sem autorização legal, a substância legalmente regulamentada, para uso próprio. E ele foi fartamente comprovado, como se viu. O mais não passa de tergiversação semântica, pois não tratam os autos de cogitação de crime ou uso de entorpecente.

Os agentes tinham consciência da presença da droga, para a qual dariam destino certo, ou seja, o uso próprio, não fosse a intervenção policial. Não havia necessidade de que estivessem, cada um de per si, na posse direta da substância para que se caracterizasse, como se fez acertadamente, o crime do artigo 16 atribuível a todos eles. O liame psicológico que os unia tornou-os co-possuidores da droga, como bem salientado pelo douto Sentenciante.

Assim, ficou patente a autoria do crime *sub judice*, ficando os seus agentes sujeitos à competente sanção penal em razão do óbvio dano à incolumidade da saúde pública, como nos ensina a doutrina.

"*A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa.*

Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos." (GRECO FILHO, VICENTE. *Tóxicos: prevenção-repressão*: comentários à Lei nº 6.368, de 21.10.1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 11ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 113.)

Já em relação à autoria, por parte de José Fernandes da Silva, da contravenção do artigo 19 da Lei das Contravenções Penais, a defesa pretendeu criar a figura da regulamentação, sem sucesso. Foi apurado que o instrumento apreendido era de fato uma arma, potencialmente danosa para outrem. O ônus da prova transferiu-se ao recorrente, que deveria ter demonstrado a licitude de seu ato. E, mais, a lei lhe vedava expressamente trazer arma fora de sua residência, sem licença de autoridade.

Com tais razões, conclui-se que os apelantes fizeram jus ao decreto condenatório, na forma da denúncia.

Quanto à sentença, nenhum reparo devo fazer, porquanto ela foi primorosamente construída. Deixo, inclusive, de citar a jurisprudência, fartamente incluída no decreto condenatório. As penas foram fixadas no mínimo legal, e corretamente substituídas as privativas de liberdade pelas restritivas de direitos.

Ante tais fundamentos, nego provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ESTUPRO - FORMA SIMPLES - CRIME HEDIONDO - CONJUNÇÃO COORDENATIVA ADITIVA "E" - PENA - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - PRECEDENTES DO STF

- O crime de estupro, a teor do disposto no artigo 1°, V, da Lei n° 8.072/90, é hediondo, ainda que dele não resulte lesão grave ou morte. Foi intenção do legislador utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva "e", para considerar como hediondo o delito de estupro.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 262.005-2/00 - Comarca de Conceição do Mato Dentro - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Apelação criminal - Estupro - Forma simples - Crime hediondo - Conjunção coordenativa aditiva "E" - Pena - Regime integralmente fechado - Precedentes do STF. - O crime de estupro, a teor do disposto no artigo 1°, V, da Lei 8.072/90, é hediondo, ainda que dele não resulte lesão grave ou morte. Foi intenção do legislador utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva "e", para considerar como hediondo o delito de estupro. Recurso a que se dá 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, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2002. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Trata-se de recurso de apelação manejado pelo Ministério Público contra r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Conceição do Mato Dentro, nos autos da ação penal movida pelo apelante contra o apelado, por infração do disposto no artigo 213, *caput*, c/c o artigo 14, II, c/c 224, *a* (e 226, III), e artigo 129, *caput*, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal.

Em sede de razões recursais exsurge o inconformismo do apelante, que pretende a reforma da r. sentença monocrática, para que seja o delito considerado hediondo, estabelecendo-se, via de conseqüência, o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena.

As contra-razões vieram em infirmação óbvia.

O apelado, Daniel Rodrigues de Oliveira, também recorreu, todavia, ante a intempestividade do recurso aviado, o MM. Juiz de Direito a quo deixou de receber a apelação.

Manifestando-se em parecer da lavra do Dr. Hélcio Valentim, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial.

É, em síntese, o relatório.

O recurso de apelação aviado é próprio, tempestivo, preenche todos os demais requisitos essenciais de conhecimento e admissibilidade, motivo pelo qual dele se conhece.

Analisando atentamente os autos, verifico que razão assiste ao apelante, haja vista tratar-se de crime considerado hediondo.

Acontece que o MM. Juiz de Direito *a quo*, ao estabelecer o regime semi-aberto para cumprimento da pena, expendeu que, "*ressalvando o entendimento de que, na forma simples, conforme já manifestou por diversas vezes o STJ, o crime de estupro não se enquadra como hediondo*".

Ora, contrário ao seu entendimento, está sendo sedimentado no Supremo Tribunal Federal, bem como neste egrégio Tribunal de Justiça que é hediondo, mesmo na sua forma simples, o delito de estupro.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática, considerou que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples (arts. 213 e 214, Código Penal), quanto na qualificada (art. 223, *caput* e parágrafo único, do Código Penal), são considerados hediondos, *ex vi* do disposto na Lei 8.072/90, art. 1°, V e VI.

Na esteira do voto do culto Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, proferido no *HC* 81.288-1, "*o que deve ser considerado é que tais crimes são tratados, na Lei 8.072/90, art. 1°, V e VI, com a redação da Lei 8.930/94, nas suas formas simples e qualificadas,*

com caráter autonômico. Saliente-se, por primeiro, que a conjunção 'e' estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput*...), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223,* caput*...) conjunção coordenativa aditiva dá a idéia de soma, acréscimo, assim de termos autônomos. No caso, o que está na lei é isto: são crimes hediondos o estupro tipificado no art. 213 do Cód. Penal e sua combinação com o art. 223, vale dizer, e o estupro qualificado, o mesmo devendo ser dito relativamente ao atentado violento ao pudor. Dir-se-á: para que o acréscimo, dado que, se considerados hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas simples,* a fortiori *as suas formas qualificadas também o seriam? É que, em Direito Penal, tem vigência o princípio da reserva legal, princípio esse que, na ordem jurídica brasileira, tem* status *constitucional: CF, art. 5º, XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Em tema de crime e de pena não é condenável, portanto, o excesso na tipificação. O entendimento que sustentamos mais se reforça se combinarmos o art. 1º, V e VI, com o art. 6º, ambos da Lei 8.072/90. É que o art. 6º majorou as penas dos crimes nela tipificados,* assim dos crimes de que cuidamos, tanto nas suas formas simples quanto qualificadas, Cód. Penal, arts. 213, 214 e 223, sem distingui-los, a indicar que, na verdade, a utilização, nos incisos V e VI do art. 1º, da conjunção coordenativa 'e' tem o sentido de adição, soma, acréscimo".

No mesmo diapasão, e se estendendo ao presente caso, encontra-se o belíssimo e laborioso voto da culta Ministra Ellen Gracie (*HC* 81.288-1), dispondo que "*a Lei nº 8.072/90, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa ao referir o estupro, apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223,* caput *e parágrafo único*".

Corolário desse raciocínio é a conclusão de que são hediondos os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto na forma simples quanto na forma qualificada.

Acrescente-se com a culta Desembargadora Maria Berenice Dias (TJRS) que a hediondez do estupro "*está na sua prática e não nas seqüelas de ordem física que possa ter provocado na vítima. Trata-se de delito complexo que, além de atentar contra a liberdade sexual*", agride a integridade física, emocional e mental de determinada pessoa. A essência do crime é o uso da violência na prática da conjunção carnal indesejada, "*não havendo a possibilidade de se ter como qualificativo de maior ou menor hediondez a ocorrência de lesões corporais ou a morte (...). Ora, não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas sim as seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam*" determinada pessoa vítima do delito "*para o resto da vida, ainda que de forma invisível*".

Portanto, verifico tratar-se o presente caso de crime hediondo,

afastando, assim, a parte do *decisum* monocrático que consignou de forma diversa.

Assim, não obstante seus doutos fundamentos, carecedora de reforma se encontra a laboriosa sentença de primeiro grau, no que se refere à hediondez do delito de estupro simples.

Lado outro, verifico que a pena foi fixada em patamares razoáveis, motivo pelo qual deve permanecer incólume.

Ante o exposto, cumpre finalizar o voto, fazendo-o para reconhecer a configuração do crime hediondo e dar provimento ao recurso ministerial para estabelecer o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena imposta ao apelado, mantendo-se a r. sentença em todos os seus demais termos.

É como voto.

Custas, pelo condenado.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Coloco-me de acordo com o em. Relator e tomo a liberdade de sugerir a comunicação do excelente voto.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - NÃO-ACOLHIMENTO POR PARTE DO MAGISTRADO - ATITUDE CORRETA - PEDIDO INDEFERIDO

- Advogado que pretende afastar o juiz do processo por supostos "problemas" pessoais entre ambos. Questões que não justificam o afastamento do magistrado por possuir a parte os recursos próprios cabíveis previstos em lei para corrigir os eventuais enganos.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL Nº 262.991-3/00 - Comarca de Inhapim - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Exceção de suspeição - Não-acolhimento por parte do magistrado - Atitude correta - Advogado que pretende afastar o juiz do processo por supostos "problemas" pessoais entre ambos - Questões que não justificam o afastamento do magistrado por possuir a parte os recursos próprios e cabíveis previstos em lei para corrigir os eventuais enganos - Pedido indeferido.

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 INDEFERIR O PEDIDO.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2002. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Resende - Tarcísio Anastácio Moreira, advogado com escritório na Cidade de Inhapim, formulou um pedido de exceção de suspeição contra o Juiz da Comarca, alegando uma série de circunstâncias, voltadas todas no sentido de estar havendo entre ambos alguns "problemas" de ordem pessoal, impondo-se o afastamento do Magistrado e o encaminhamento dos autos ao substituto legal.

Não aceita pelo digno Juiz a exceção oposta, após apresentar sua defesa, vieram os autos ao Tribunal para a respectiva análise da pretensão.

É o sucinto relatório.

Em primeiro lugar, poderia a inicial ser, de pronto, indeferida por revelar-se inepta. Afinal, se a parte opõe a exceção de suspeição, deve fazê-lo citando nominalmente a pessoa do Magistrado, e não de forma vaga contra o "Juiz da Comarca...". Em momento algum da peça inicial há o nome da pessoa tida por suspeita (tivesse a Comarca vários juízes...).

Inicialmente impõe-se dizer que eventuais problemas entre advogados (na condição de procuradores) e juízes não podem dar ensejo a incidentes de exceção de suspeição. Trata-se de questões que devem ser resolvidas perante outros órgãos do Tribunal e que não estão a exercer a atividade jurisdicional. Apenas a parte (aquela que figura no pólo ativo ou passivo da relação processual) tem legitimação para formular o pedido de exceção. Completamente desinfluentes, pois, as afirmações feitas pelo excipiente e que refogem, por completo, à análise que se permite fazer.

O que importa verificar, como bem exposto pelo excepto na sua fala de fls. 50/57, é que, no processo em tramitação perante o Juizado Especial Criminal, foi oferecida ao excipiente (eventualmente respondendo por exercício ilegal de profissão) pelo Ministério Público a possibilidade da transação penal (Lei nº 9.099/95), inexistindo qualquer atitude do Magistrado que pudesse ter o condão de exigir o seu afastamento. Ora, se o ilustre advogado não acredita ter praticado a infração, basta que produza seus elementos de prova, que, por certo, a atividade jurisdicional irá reconhecer e proclamar a sua inocência.

Por último uma palavra: seria muito cômodo, sobretudo nas pequenas comunidades onde há apenas um juiz, procurar o advogado "criar" problemas com o magistrado para, em seguida, tentar afastá-lo de todos os processos...

Assim, inexistindo razões a suportar a pretensão exposta, indefere-se a exceção oposta.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO.

-:::-

PRISÃO CIVIL - ALIMENTOS - *HABEAS CORPUS* - COGNOSCIBILIDADE - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO - OBSERVÂNCIA - ADMISSIBILIDADE

- É possível o manejo de *habeas corpus* em processos que envolvam matéria de natureza cível, desde que restem caracterizados os requisitos constantes no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

- A teor da Súmula 60 do Grupo de Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal, "*em se tratando de prisão civil por débito alimentar, o âmbito de cognoscibilidade do* habeas corpus *se restringe ao aspecto da legalidade, isto é, se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e foi prolatada por juízo competente*".

- Não se mostra arbitrária a prisão do devedor de pensão alimentícia quando, proferido o decreto após o devido processo legal e assegurada a ampla defesa, queda-se inerte o executado, não comprovando o pagamento das três últimas parcelas vencidas.

HABEAS CORPUS Nº 264.379-9/00 - Comarca de Araçuaí - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Constitucional - Processual Constitucional - Processual Penal - Processual Civil - Prisão civil - Alimentos - Regularidade processual - Cognoscibilidade - Garantias constitucionais do processo. - O *habeas corpus* é um instrumento do processo constitucional que se instrumentaliza, especialmente, através do Código de Processo Penal (arts. 647 e 648), onde encontra respaldo normativo ordinário para sua propositura e tramitação perante os órgãos competentes do Poder Judiciário. - Sujeita-se o *writ* às diretrizes de observância obrigatória ao manejo de uma *actio*, que aqui se reportam aos pressupostos constitucionais de impetração, quais sejam, a violência ou coação à liberdade de locomoção e a ilegalidade ou abuso de poder. - A *res judicata* marca inconfundivelmente o ato jurisdicional, visto que ali se concentra, em sua plenitude, o comando emergente da sentença, tornando estável, pela imutabilidade de que passa a revestir-se

dentro e fora do processo. - O *status* de *res judicata* é bastante para afastar a aplicação do *writ*, pois, enquanto assim prevalecer, inexistirá qualquer violência, ameaça, coação, ilegalidade ou abuso de direito. A análise, ainda que de estreita cognoscibilidade, limitada ao exame da legalidade da medida constritiva, à sua fundamentação, bem como à obediência do devido processo legal, conduz ao conhecimento da impetração, eis que tais considerações são posteriores ao juízo de admissibilidade, limitando-se este ao cabimento e adequação do *writ*. - Não se mostra arbitrária a prisão de devedor de pensão alimentícia quando, proferido o decreto após o devido processo legal e assegurada a ampla defesa, queda-se inerte o executado, não comprovando o pagamento das três últimas parcelas vencidas. - Ordem de *habeas corpus* que se conhece, mas que, no mérito, se denega.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em, À UNANIMIDADE, REJEITAR PRELIMINAR E DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2002. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente L.G.S., sob o fundamento de que nominado paciente padece de írrito constrangimento em face do MM. Juiz de Direito da Comarca de Araçuaí.

O aludido constrangimento ilegal advém da ameaça que sofre o paciente de ter decretada sua prisão civil por figurar como devedor inadimplente de pensão alimentícia, pedindo, para tanto, a expedição de salvo conduto para sanar a ameaça da medida constritiva, diante de sua alegada impossibilidade financeira de arcar com as prestações em atraso que, consoante aponta, também se referem a débitos de natureza não alimentar, uma vez que estão contidas no montante devido parcelas atrasadas há mais de um ano.

Juntou os documentos de fls. 06/16-TJ.

A liminar foi indeferida à fl. 21, nos termos do despacho de minha relatoria.

Requisitadas as informações, prestou-as a digna autoridade apontada coatora, fls. 24/25, fazendo acompanhar os documentos de fls. 26/51, esclarecendo que o Ministério Público ajuizou ação de execução de prestação alimentícia em desfavor do paciente, abrangendo o período de junho de 1999 a outubro de 2000, fls. 20/23. Citado, o paciente propôs acordo para pagamento parcelado de seu débito, sendo designada audiência de conciliação, que restou infrutífera.

Informa, finalmente, que, decretada a prisão civil em 05 de outubro de 2001, ante a inércia do devedor, não foi interposto, até a presente data, agravo de instrumento pelo defensor do paciente, embora intimado regularmente em 05 de dezembro do mesmo ano.

A douta Procuradoria de Justiça, em judicioso parecer da lavra do Dr. José Fernando Marreiros Sarabando, opina, em preliminar, pelo não-conhecimento da impetração e, no mérito, se a tanto se chegar, pela denegação do pedido, fls. 52/59-TJ.

É, em síntese, o relatório.

A presente demanda não se afigura singela e, por isso, requer um estudo mais aprofundado da matéria.

Examino, inicialmente, a preliminar de não-conhecimento soerguida pela douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Embora concorde com o ilustre representante do *Parquet* em segundo grau, no que tange à limitação de cognoscibilidade do *habeas corpus*, peço vênia para discordar de seu entendimento quando propõe o não-conhecimento do pedido, diante da ausência de seus pressupostos, uma vez que a questão versa sobre matéria cível.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXVIII, dispõe que "*conceder-se-á* habeas corpus *sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*", o que, a meu ver, dá uma entonação muito ampla ao âmbito de aplicação do remédio heróico.

Com efeito, percebe-se que a Constituição Cidadã permite a concessão do *writ sempre* que a pessoa física se achar ameaçada de sofrer violência ou coação em sua liberdade de ir, vir, ficar, parar, permanecer, continuar, seguir etc., através de atos ilegais ou eivados de abuso de poder, donde se pode reputá-lo, sem exageros, um direito fundamental do homem (Lammêgo Bulos, 2000, p. 270).

A natureza do *habeas corpus* é de um instrumento processual constitucional, uma ação constitucional que se instrumentaliza, especialmente, através do Código de Processo Penal (arts. 647 e 648), onde encontra "*respaldo normativo ordinário para sua propositura e tramitação perante os órgãos competentes do Poder Judiciário* (...). *Sem embargo, por incidir em hipóteses envolvendo ilegalidades ou abusos de poder, cometidos por ato de agentes do Poder Público, o* habeas corpus *possui a natureza jurídica de uma autêntica ação, que busca no Texto Maior o substrato genérico das diretrizes que o norteiam*".

Assim, tendo em vista tratar-se de uma ação constitucional, o *habeas corpus* se sujeita às diretrizes de observância obrigatória ao manejo de uma *actio*, que aqui se reportam aos pressupostos constitucionais de impetração, quais sejam, a violência ou coação à liberdade de locomoção e a ilegalidade ou abuso de poder.

Dessa forma, "*sempre*" que o indivíduo preencher os pressupostos constitucionais acima mencionados, poderá lançar mão do remédio heróico.

Uma vez estudada a natureza do *habeas corpus* e diante da possibilidade de concretizar-se a prisão civil do devedor inadimplente de prestação alimentícia, que tem substrato constitucional, art. 5º, LXVII, da CF/88, resta analisar o aspecto da amplitude do *writ*, ou seja, até que ponto o remédio heróico pode adentrar a matéria de natureza civil.

Conforme já mencionei alhures, o artigo 5º, LXVIII, da CF/88, dispõe que "*conceder-se-á* habeas corpus sempre *que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*".

Frise-se que o comando constitucional não discrimina quais são as violências ou ameaças de violências e coações na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Muito pelo contrário, a norma constitucional estabelece de forma genérica que "*sempre*" que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

Com efeito, não importa a natureza da ameaça ou violação ao direito de locomoção, pois a Constituição estabelece que é cabível *habeas corpus* em qualquer situação, "sempre".

Assim, tendo em vista se tratar de um instituto interdisciplinar, o *habeas corpus* tem ampla aplicação no âmbito do direito civil, apesar de ser regulado pelo processo penal.

Impende esclarecer que, apesar de ser regulado no processo penal, o *writ* é um instituto do processo constitucional de garantia das liberdades, motivo pelo qual se aplica perfeitamente ao direito civil.

Questiona-se a possibilidade do remédio heróico atacar sentença transitada em julgado, todavia a questão se afigura mais simples do que se aparenta. É que o trânsito em julgado, segundo informa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 519 e segs.), é a característica de imutabilidade do julgado e de seus efeitos. Diferente não é a orientação de FREDERICO MARQUES (*in Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. III, p. 78 e segs.) ao asseverar que "*a* res judicata *marca inconfundivelmente o ato jurisdicional, visto que ali se concentra, em sua plenitude, o comando emergente da sentença, tornando estável, pela imutabilidade de que passa a revestir-se dentro e fora do processo*".

Operada a coisa julgada, a sentença torna-se imutável e indiscutível para as partes do processo (art. 467, CPC), mas, pela possibilidade de conter vícios, abre-se uma única possibilidade de modificar-se um *decisum* transitado em julgado, qual seja, a ação rescisória, que opera efeito desconstitutivo sobre o julgado. Decorrido o prazo decadencial de 2 anos para a ação rescisória, opera-se a coisa soberanamente julgada. Ademais, forçoso é impender que a coisa julgada, também, é matéria consagrada constitucionalmente no título dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXVI).

Entendo que a função jurisdicional do Estado se desenvolve por segmentos, em unicidade, do Poder Judiciário, donde se conclui que a desconsideração de qualquer um deles, com a violação da *res judicata*, conduz à negação do próprio Poder.

Com efeito, sem adentrar o fato de o *habeas corpus* poder ou não modificar a coisa julgada, mesmo porque, no caso concreto, não há que se falar, a rigor, em sentença, embora assim tenha denominado o nobre Magistrado a decisão de fls. 44/46-TJ, que, s.m.j., se reveste de caráter interlocutório, tanto que desafia interposição de agravo de instrumento, entendo, todavia, que, ainda assim, a aludida decisão obteve o *status* de *res judicata* (diante da preclusão para a interposição de recurso que possa modificá-la) - reportamo-nos, novamente às informações do juízo, fls. 25 - fato este que, por si só, já é suficientemente bastante para afastar a aplicação do *writ*, pois, enquanto prevalecer o mencionado *status*, inexistirá qualquer violência, ameaça, coação, ilegalidade ou abuso de direito. Dessa forma, a *prima facie*, inexistentes estão os requisitos para ensejo do *habeas corpus* para enfrentamento da matéria.

Ora, a situação não é diferente com relação ao mandado de segurança, que possui a mesma natureza constitucional do *habeas corpus*, e não desconstitui a coisa julgada, conforme o teor da Súmula 268 do STF, *verbis*: "*Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado*".

Todavia, se, dentro do processo civil, o ato judicial encontrar-se eivado de vício ou qualquer mácula que enseje privação ao direito de ir e vir, configurando, assim, os requisitos exigidos pelo inciso LXVIII do artigo 5º da CF/88, a aplicação do *writ* se afigura plenamente possível.

Com efeito, conclui-se que é possível, perfeitamente, o manejo de *habeas corpus* em processos que envolvam matéria de natureza cível, desde que restem caracterizados os requisitos constantes do artigo 5º, LXVIII, da CF.

Mutatis mutandis, para se evitar o constrangimento sanável por *habeas corpus*, resta ao Poder Judiciário, quando da prestação jurisdicional, observar os mandamentos constitucionais do processo, quais sejam, contraditório, ampla defesa, juiz natural etc.

Não configurada qualquer violação processual e, estando o direito material em sintonia com os ditames constitucionais, repito, não há que se falar em concessão de *habeas corpus*; todavia, esta análise de estreita cognoscibilidade é posterior ao juízo de admissibilidade, afeto ao cabimento e adequação do instrumento à pretensão de fazer cessar determinada coação à qual se atribua o condão de ilegalidade.

Esta, ao meu ver, seria a mais fiel interpretação da mencionada Súmula nº 60 do Grupo de Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal, *verbis*: "*em se tratando de prisão civil por débito alimentar, o âmbito de cognoscibilidade do habeas corpus se restringe ao aspecto da legalidade, isto é, se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e foi prolatada por juízo competente*", onde não se quis, em momento algum, obstar ao conhecimento do *habeas corpus* contra decisões que tenham em seu âmago matéria de conteúdo cível, mas sim limitar a análise meritória do *writ*, a fim de que não se adentre seara alheia, ainda que relevantes as questões discutidas, que, todavia, por sua natureza, refogem do alcance das decisões das Câmaras Criminais.

Desta forma, rejeito a preliminar, para conhecer da impetração.

No mérito, a pretensão não está a merecer, pelas razões já expostas, considerações de maior profundidade.

Primeiramente, se de um lado o paciente declara que no montante da dívida executada estão contidas prestações que perderam seu caráter alimentar, de outro não fez prova de que tivesse quitado, ao menos, as três últimas parcelas, eis que, embora não haja previsão legal quanto à limitação do número de prestações em débito que continuariam a revestir-se de caráter de urgência, a jurisprudência pátria é remansosa no sentido de que, ultrapassado o período de três meses, não se mostra mais presente o *periculum in mora*; e, desta forma, a medida perderia seu caráter motivador (o pagamento), passando a ser punitiva (pelo não-pagamento), devendo, pois, ser evitada.

No mesmo sentido, encontra-se a Súmula nº 59 do Grupo de Câmaras Criminais Reunidas deste Sodalício, ao dispor: "*Dívida de alimentos antiga (aquela vencida há mais de três meses antes do início da execução) não pode justificar a decretação de prisão civil*".

Portanto, se houvesse o paciente pagado as três últimas parcelas, providência para a qual foi devidamente intimado, deixando o restante do débito para a discussão em meio e momento próprios, tal providência certamente elidiria a medida coercitiva que ora se impõe; todavia, preferiu quedar-se inerte, acabando, assim, por sobrevir a decisão que ora se hostiliza, que no entanto não se reveste da atribuída ilegalidade.

Lado outro, a teor das informações prestadas pelo digno Magistrado apontado coator, o débito não trata de prestações que perderam seu caráter alimentar; ao contrário, a prisão civil, requerida pelo Ministério Público e decretada pelo juízo, deveu-se ao não-pagamento de nenhuma prestação pactuada em acordo homologado judicialmente e que já se referia a todas as outras prestações pretéritas que o alimentante devia há mais de um ano, não tendo pago, até hoje, nenhuma parcela.

Ora, se o paciente não tem condições de quitar seu débito, é porque deixou que este acumulasse, ao longo de 12 meses, sendo difícil de se acreditar que durante tal período (todo ele) não dispusesse de 30% do valor do salário mínimo para reverter a seus filhos.

Anote-se ainda, mais uma vez, que a prisão civil por inadimplência de prestação alimentícia se coloca entre uma das hipóteses excepcionadas pela Carta Magna de 1988, art. 5º, LXVII, sendo, portanto, legal e corretamente imposta.

Finalmente, cumpre assinalar mais uma vez o teor da já citada Súmula nº 60 do Grupo de Câmaras Criminais Reunidas deste Sodalício, que determina a limitação da análise meritória aos aspectos processuais e à legalidade da medida constritiva à liberdade, requisitos estes que, no caso concreto, se mostram presentes, inexistindo, pois, constrangimento ilegal a ser sanado, nem sendo esta a ocasião destinada à averiguação do *status* financeiro do paciente.

Ante tais fundamentos, frente à não-comprovação, pelo paciente, do pagamento das três últimas parcelas da pensão alimentícia por ele devidas, rejeito a preliminar argüida e denego a ordem impetrada.

É como voto.

Sem custas.

Sr. Presidente, solicito a V. Exa. a publicação do acórdão.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Também acompanho o eminente Relator, desprezando a preliminar e denegando a ordem impetrada.

Quanto à publicação, também, pela excelência do voto, aconselharia a sua publicação.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo, inclusive com a recomendação para que o acórdão seja publicado.

Súmula - À UNANIMIDADE, REJEITARAM PRELIMINAR E DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

LIVRAMENTO CONDICIONAL - PRÁTICA DE NOVA INFRAÇÃO NO CURSO DO BENEFÍCIO - PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DO PRAZO - EXTINÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DO NOVO PROCESSO-CRIME - IMPOSSIBILIDADE

- Praticada nova infração no curso do livramento condicional, a prorrogação do prazo do benefício é automática, verificando-se independentemente de declaração expressa neste sentido por parte do juiz, mostrando-se descabido o reconhecimento da extinção da pena privativa de liberdade do liberado antes do trânsito em julgado da decisão no novo processo-crime instaurado.

HABEAS CORPUS Nº 264.950-7/00 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Prática de nova infração durante o período de prova do livramento condicional - Prorrogação automática do prazo do livramento - Declaração de extinção da pena privativa de liberdade - Impossibilidade. - Praticada nova infração no curso do livramento condicional, a prorrogação do prazo do benefício é automática, verificando-se independentemente de declaração expressa neste sentido por parte do juiz, mostrando-se descabido o reconhecimento da extinção da pena privativa de liberdade do liberado antes do trânsito em julgado da decisão no novo processo-crime instaurado.

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, 21 de fevereiro de 2002. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - O paciente Ubirajara Eduardo Bella, já qualificado, em favor próprio, impetra ordem de *habeas corpus*, sustentando, em síntese, que sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz da Execução da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, que indeferiu o seu pedido de extinção da pena privativa de liberdade que lhe fora imposta, não obstante integralmente cumprido, sem revogação, o período de prova do livramento condicional que lhe fora concedido.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 05/24.

A autoridade apontada coatora prestou as informações de fls. 30/31, fazendo a remessa de documentos.

A douta Procuradoria de Justiça opina pela denegação da ordem.

No essencial, é o relatório.

Exsurge dos autos que o paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas.

Em 25 de agosto de 1997, após o cumprimento de mais de 2/3 (dois terços) da reprimenda, foi-lhe concedido o benefício do livramento condicional.

Todavia, em março de 1999, o Órgão Ministerial ofereceu denúncia contra o paciente pela prática, durante o livramento (em 30 de julho de 1998), do crime previsto no art. 180 do CP, requerendo, destarte, em data de 26 de abril daquele ano, a "revogação" do benefício, o que não foi atendido pelo Magistrado, ante a ausência, até então, de condenação trânsita em julgado no novo processo.

Entendendo expirado o período de prova do livramento, requereu o paciente, em 15 de março de 2000, fosse decretada a extinção de sua pena, o que foi indeferido pelo MM. Juiz, após manifestação neste sentido do Dr. Promotor de Justiça, eis que ainda respondia ele pelo crime praticado durante o livramento condicional, tendo o Magistrado, na ocasião, declarado prorrogado o período de prova do livramento até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida no novo processo.

Sobreveio nova condenação, que transitou em julgado em 23 de julho de 2001, tendo o Juiz, então, revogado definitivamente o benefício, conforme decisão cuja cópia se encontra às fls. 23 e 42 destes autos.

Ora, praticada nova infração no curso do livramento condicional, a prorrogação do prazo do benefício é automática, verificando-se independentemente de declaração expressa neste sentido por parte do juiz (neste sentido, TACRIM-SP - *HC* 158.238 - Rel. Hélio de Freitas; e TACRIM-SP - *HC* - Rel. Sílvio Lemmi - *apud Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, v. 1, Tomo I - Parte Geral, 6ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 1.386). Até porque, enquanto não passar em julgado a sentença no novo processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento, o juiz não poderá declarar extinta a pena, isto é - terminado o livramento - *ex vi* do disposto no art. 89 do Código Penal. Apenas a revogação definitiva dependerá da decisão final no novo processo.

Preleciona MIRABETE que, "*cometido um crime durante o período de prova e instaurando-se a ação penal antes de findo esse prazo - como ocorreu no caso em apreço -, é ele prorrogado até o julgamento definitivo, tal como ocorria na lei anterior. Após o trânsito em julgado da condenação, o livramento deve ser revogado, embora a decisão revocatória, evidentemente, só seja proferida após o período de prorrogação. Não teria sentido a lei, ao preceituar o que está exposto no art. 89 do Código Penal, se não permitisse a revogação nessa hipótese. Se o juiz não pode declarar extinta a pena enquanto não passa em julgado a sentença em processo iniciado durante o período de prova, é evidente que havendo condenação deve revogar o benefício assim que a decisão se torne irrecorrível. A causa de revogação é, verdadeiramente, a prática do crime e não a sentença em que tal fato é reconhecido e, como aquela ocorreu durante a vigência do benefício, impõe-se a decisão revocatória*" (*in Execução Penal*, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 481).

O que não se admite é a prorrogação ou revogação do livramento se a nova infração cometida pelo liberado ocorrer após expirado o período de prova, ainda que a extinção da pena pelo decurso do prazo do livramento não tenha sido decretada nos autos da execução, ou quando, cometido o crime na vigência do livramento, não se

chega a instaurar a ação penal antes de findo o prazo do benefício.

De se ressaltar que, no caso em apreço, não houve revogação, ainda que provisória, do benefício pela instauração do processo-crime - providência, aliás, que exigiria a oitiva do condenado. Permaneceu o paciente em liberdade até a revogação do benefício, quando só então foi determinada a expedição do mandado de prisão.

Correta, portanto, a decisão agravada, que indeferiu o pedido do paciente de extinção de sua pena, não havendo que se falar, *in casu*, em constrangimento ilegal.

Do exposto, denego a ordem impetrada.

Sem custas.

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

PRISÃO PREVENTIVA - AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS AUTORIZATIVAS - MINISTÉRIO PÚBLICO - DENÚNCIA NÃO OFERECIDA - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA O INÍCIO DA AÇÃO PENAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - CARACTERIZAÇÃO - *HABEAS CORPUS* - CONCESSÃO DA ORDEM

- Se o Ministério Público não se manifestou sobre a custódia cautelar pedida no relatório da autoridade policial, tendo requerido a volta dos autos à delegacia de polícia para melhor apuração do fato, deixando de oferecer a denúncia em virtude da inexistência de elementos suficientes para o início da ação penal, o decreto de prisão preventiva constitui constrangimento ilegal, eis que ausentes as razões e as hipóteses legais que a autorizam, ensejando a concessão do *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS Nº 267.025-5/00 - Comarca de Ouro Preto - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Homicídio - Prisão preventiva - Autos com retorno à delegacia para melhor apuração do fato - Ausência de motivos que justifiquem a custódia cautelar - Constrangimento ilegal caracterizado - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos

e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR.

Belo Horizonte, 05 de março de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Os advogados Luciano Augusto de Freitas Nunes e Guilherme Marinho, inscritos na OAB/MG nº 65.523 e 69.316, respectivamente, impetram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Maicon Fernandes Lopes e Cassiano Inácio Garcia, sustentando sofrerem os mesmos constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ouro Preto, a quem apontam como autoridade coatora. Noticiam que os pacientes tiveram contra si um decreto de prisão preventiva editado pela autoridade apontada coatora, atendendo à representação da autoridade policial, isso por terem sido indiciados juntamente com Liliane Pereira de Almeida, Camila Dolabela Silveira e Edson Poloni Lobo de Aguiar nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal - homicídio praticado contra Aline Silveira Soares, ocorrido no dia 14.10.2001, naquela cidade.

Alegando falta de justa causa para a decretação da medida extrema e o princípio da inocência, pedem a revogação da ordem.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 13 a 40-TJ.

Liminar concedida pelo despacho de fls. 45/46-TJ.

Informações solicitadas, prestadas pelo ofício de fls. 49 a 51-TJ, escoltadas pelos documentos de fls. 52 a 76-TJ.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, de fls. 77 a 81-TJ, é pela concessão da ordem.

É o relatório.

Decide-se.

Nas informações que presta, a autoridade apontada coatora informa que, não obstante a ausência do parecer do Ministério Público sobre o pedido de prisão preventiva formulado pela autoridade policial e a volta dos autos para ouvir uma testemunha, entendeu o douto Magistrado de decretar a medida extrema por estarem presentes os elementos norteadores para a concessão do pedido de decretação de prisão preventiva.

Conforme consta dos autos, os pacientes estão sendo acusados de terem, em companhia de três ou quatro jovens, cometido o delito de homicídio contra Aline Silveira Soares, no dia 14 de outubro de 2001, na Cidade de Ouro Preto. O crime causou repercussão danosa no meio social.

Com vista dos autos após o relatório da autoridade policial e, bem assim, com pedido de prisão preventiva ali formulado, o representante do Ministério Público deixou de oferecer denúncia, não se manifestando sobre a prisão preventiva e requerendo a volta dos autos à Delegacia de origem, visando à melhor apuração do fato.

Consoante dispõem os arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Na lição de Mirabete, exige a lei que a autoridade judiciária, ao decretar a prisão preventiva, esclareça em seu despacho se estão presentes os pressupostos da medida e qual o fundamento que a autoriza. Evidentemente, não é necessário que o despacho seja longo, como se o juiz fundamentasse uma decisão condenatória, sendo suficiente que aponte os fatos em que funda a decisão. Satisfeito o postulado legal, verificamos a conveniência e/ou a oportunidade da decretação da prisão preventiva.

In casu, entendo não existentes as razões que autorizam a prisão preventiva, já que ausentes as hipóteses legais que a autorizariam.

Se se permitir a decretação indiscriminada da medida excepcional, resulta em descrédito para a própria Justiça.

O próprio Promotor de Justiça, titular da ação penal, não apreciou o pedido de prisão preventiva e, entendendo que as investigações estavam incompletas, requereu o retorno dos autos à Delegacia, visando à melhor apuração dos fatos. Sem condições de elaborar a peça inicial da ação penal por falta de elementos, deixou, por conseguinte, de manifestar-se sobre a prisão preventiva. Questão semelhante já foi enfrentada pelos tribunais, como se vê do julgado do TJSP - publicado na *RT*, 564/330:

"*Inexistindo elementos suficientes para justificar o início da ação penal, mediante o oferecimento de denúncia, não há como manter-se o decreto de prisão preventiva*".

Seria verdadeira temeridade manter os pacientes trancafiados, quando ainda não existem indícios suficientes da autoria.

Evidentemente que a qualquer tempo haverá espaço para a decretação da prisão processual, se for o caso.

Assim, com vênia do douto Procurador de Justiça, concedo a ordem ratificando a liminar já deferida.

Sem custas.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, RATIFICADA A LIMINAR.

-:::-

MAUS-TRATOS - PAI QUE EXCEDE EM CORREÇÃO OU DISCIPLINA, APLICANDO EM SUA FILHA, DE APENAS DOIS ANOS, VIOLENTA SURRA A PONTO DE CAUSAR-LHE A MORTE - DELITO CARACTERIZADO

- O crime de maus-tratos, em qualquer de suas modalidades, é crime de perigo: necessário e suficiente para a sua existência é o perigo de dano à incolumidade da vítima. O elemento subjetivo ou dolo específico do crime em questão é a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou a saúde.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 267.609-6/00 - Comarca de Coronel Fabriciano - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Maus-tratos - Pai que excede em correção ou disciplina, aplicando em sua filha, de apenas dois anos, violenta surra a ponto de causar-lhe a morte - Delito caracterizado. - O crime de maus-tratos, em qualquer de suas modalidades, é crime de perigo: necessário e suficiente para a sua existência é o perigo de dano à incolumidade da vítima. O elemento subjetivo ou dolo específico do crime em questão é a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou saúde. - Recurso conhecido e improvido.

RELATÓRIO

Valmir Carlos Pereira, já qualificado nos autos, foi denunciado na Comarca de Coronel Fabriciano como incurso nas sanções do art. 136, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

De acordo com a inicial, no dia 07 de agosto de 2001, por volta das 16h15m, o denunciado expôs a perigo a vida de sua filha Amanda Stéfany de Jesus Pereira, de dois anos de idade, que estava sob sua guarda, abusando dos meios de correção e disciplina para fins de educação. Consta ainda que, como forma de reprimir os atos da filha, consistentes em chorar e defecar na próprias vestes, utilizando-se do próprio sapato, o denunciado desferiu vários golpes na vítima, causando-lhe as lesões que, pela natureza e sede, causaram-lhe a morte.

Após regular instrução, acabou condenado à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal (fls. 90/93).

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação para a superior instância, postulando em suas razões a absolvição por ausência do elemento subjetivo, pois a morte da pequena vítima decorreu de uma fatalidade. Alternativamente, pugna pela desclassificação do delito para o art. 121, § 3º, do CP (homicídio culposo), posto que não agiu dolosamente ao infligir maus-tratos a sua filha (fls. 95-v.- 99/105).

O recurso foi contra-razoado, tendo a douta Procuradoria de Justiça, nesta Instância, opinado pelo seu conhecimento e improvimento.

Recurso próprio, tempestivamente manifestado, com processamento e remessa regulares.

É, em síntese, o relatório.

À douta revisão.

Belo Horizonte, 22 de março de 2002. - *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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sr^a. Des^a. Márcia Milanez - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Nego-lhe, entretanto, provimento.

Inadmissível a postulação da defesa de absolvição do acusado por atipicidade do delito de maus-tatos ou, alternativamente, a sua desclassificação para homicídio culposo (art. 121, § 3°, do Código Penal).

Segundo os autos, no dia 07 de agosto de 2001, na parte da tarde, o réu encontrava-se em casa em companhia da filha de dois anos de idade, Amanda Stéfany de Jesus Pereira, enquanto sua amásia Geovana de Jesus Maria trabalhava.

A certa altura, simplesmente porque a pequena Amanda defecou na roupa e passou a chorar, pedindo comida, o réu, revelando-se um indivíduo frio, insensível, cruel e desumano, tomou do sapato e começou a espancá-la violentamente, aplicando-lhe sucessivos golpes no corpo inteiro, até deixá-la desmaiada. Mais tarde, quando Geovana chegou em casa, encontrou a filha inconsciente sobre a cama. Levada às pressas ao hospital, verificou-se a gravidade do caso, sendo a mesma transferida imediatamente para um hospital da vizinha Cidade de Ipatinga, vindo a falecer em seguida em decorrência de traumatismo crânio-encefálico (laudo de necropsia de fl. 45).

A autoria do bárbaro crime é confessada livremente pelo acusado no auto de prisão em flagrante. No interrogatório judicial, o peso da consciência obrigou-o a ficar calado.

Informou ele "*que ontem, por volta das 16:15 h., encontrava-se em companhia de sua filha Amanda Stéfani de Jesus Pereira, de dois anos de idade, quando, por duas vezes, sua filha Amanda defecou na roupa, tendo que trocá-la sucessivamente, o que lhe causou irritação; não bastasse, a vítima começou a chorar de fome, pedindo "papá"; tentou evitar o choro de sua filha dizendo que sua mãe Geovana havia saído para arrumar comida na rua; ficou nervoso e descontrolado com os gritos de sua filha, não suportando mais ouvir sua voz, apossou-se de seu sapato e passou a espancar violentamente sua filha, desferindo contra a mesma vários golpes de sapato, atingindo todo seu corpinho, principalmente a cabeça, fato ocorrido na varanda de sua casa; depois de agredi-la, a vítima entrou para dentro de casa chorando, vindo a deitar-se na cama; o declarante deseja esclarecer que na ocasião do fato não estava sob efeito de bebida alcoólica; o declarante afirma que não teria sido a primeira vez que corrigia sua filha, porém reconhece que ontem passou dos limites*" (fl. 07).

Dessa confissão extrajudicial, pode-se concluir com segurança que o réu agiu livremente, quis agredir fisicamente a menor ofendida pelo simples fato de ela ter defecado na roupa, e não foi a primeira vez que a corrigiu de modo violento.

De acordo com ensinamento de NELSON HUNGRIA (*Comentários*, v. V, p 453), "*o crime de maus-tratos, em qualquer de suas modalidades, é crime de perigo: necessário para a sua existência é o perigo de dano à incolumidade da vítima. O elemento subjetivo ou dolo específico do crime em questão é a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou saúde*".

O crime em questão é tipicamente preterdoloso ou preterintencional. O verbo 'resultar' (lesão corporal grave ou morte) evidencia o nexo de causalidade material entre a ação do agente e o evento mais grave.

Daí não se admitir a tese defensiva de ocorrência de homicídio culposo, uma vez que o réu agiu dolosamente ao agredir a vítima com golpes de sapato. Nos delitos qualificados pelo resultado, há um misto de dolo e culpa. O crime básica e inicialmente doloso torna-se mais grave se sobrevém resultado culposo - não querido, nem mesmo eventualmente, derivado de inobservância do cuidado exigível.

Analisando o crime de lesão corporal seguida de morte, que é por primazia um delito qualificado pelo resultado, ressaltou o consagrado tratadista NELSON HUNGRIA "*que, na hipótese do § 3° do art. 129, há um concurso de dolo e culpa: dolo no antecedente (lesão corporal) e culpa no subseqüente (evento morte). Trata-se de um crime complexo*, in partibus *doloso e* in partibus *culposo. A diferença que existe entre tal hipótese e o crime culposo está apenas em que, neste, o evento "morte" resulta de um fato penalmente indiferente ou, quando muito, contravencional, enquanto, naquele, o resultado deriva de um crime voluntário contra a pessoa, ou seja, de uma lesão corporal dolosa. E a razão da maior punibilidade da lesão corporal*

seguida de morte, em cotejo com o homicídio culposo, está precisamente no qui pluris *representado pela criminosidade da causa de que resulta o evento morte. Não há, aqui, apenas uma solução de ordem política, mas também de incontestável justiça*" (*ob. cit.*,. v. V, p. 361).

Decidindo caso análogo ao destes autos, a 3ª Câmara Criminal deste egrégio Tribunal, no julgamento da Apelação Criminal nº 144.955/2, Relator o eminente Desembargador Odilon Ferreira, assim se manifestou:

"*Maus-tratos - Caracterização - Inoderação do* animus corrigendi - *Pai que excede nos castigos corporais, chegando a ponto de provocar a morte de seu filho - Aplicação do art. 136, § 2º, do CP. - O pai que excede nos castigos corporais, chegando a ponto de provocar a morte de seu filho, responde pelo delito de maus-tratos, na forma qualificada (art. 136, § 2º, do CP), que se configura, precisamente, pela imoderação do* animus corrigendi" (TJMG - *RT*, 779/632).

Assim, não há como se acolher o pedido da defesa de absolvição do acusado, pois provado está ter ele agredido violentamente a vítima, a pretexto de corrigi-la. E menos ainda a desclassificação do delito para o art. 121, § 3º, do Código Penal, uma vez que, *in casu*, trata-se de crime preterdoloso ou preterintencional.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

HABEAS CORPUS - **TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO - NECESSIDADE DE UM EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS - INADMISSIBILIDADE NA ESTREITA VIA DO *WRIT***

- O pedido de desistência da ação merece ser indeferido uma vez que o advogado constituído pelo ora paciente não está amparado por poderes especiais para desistir da ação mandamental aviada junto ao Tribunal de Justiça.

- O trancamento da ação penal é medida extraordinária, só cabível se demonstrada, de plano, a inocência do réu, sem que seja necessário um exame aprofundado dos elementos probatórios, ou que o fato investigado evidentemente não constitua crime.

- Havendo indicação da ocorrência de crime em tese e, ainda, indícios de sua autoria, como na hipótese vertente, não há mesmo que se falar em ausência de justa causa para a ação penal.

HABEAS CORPUS Nº 267.867-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Trancamento da ação penal - Alegada ausência de justa causa - Regularidade do procedimento - Necessidade de um exame aprofundado das provas - Inadmissibilidade na estreita via do *writ* - 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 NÃO ACOLHER O PEDIDO DE DESISTÊNCIA. DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 14 de março de 2002. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Trata-se de pedido de *habeas corpus* formulado em favor de Adalberto Lustosa de Matos, objetivando o trancamento da ação penal contra ele instaurada, onde é dado como incurso nas iras do art. 319, c/c o art. 30, c/c o art. 29, em concurso material com o art. 299, *caput*, todos do Código Penal.

Argumenta que o prosseguimento da ação se lhe afigura manifesto constrangimento ilegal, por não haver nos autos provas capazes de sustentá-lo.

A liminar foi por mim indeferida nos termos do despacho de fl. 62.

Instada, prestou a digna autoridade apontada como coatora as informações de fl. 66.

Em seu parecer (fls. 68/70), opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem.

É o breve relatório.

Inicialmente esclareço que o impetrante atravessou nestes autos pedido de desistência da ação que, a meu modesto aviso, merece ser indeferido.

É que, segundo se observa do instrumento procuratório juntado à fl. 13-TJ, o Dr. Renato Ourives Neves, advogado constituído pelo ora paciente, não está amparado por poderes especiais para desistir da ação mandamental aviada junto a este Tribunal de Justiça.

A respeito do tema, trago à colação valiosa e inesquecível lição do ilustre jurista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"*A procuração judicial não depende de especificação de poderes,*

pois é suficiente outorgá-la como 'procuração geral para foro' (procuração ad judicia*) para que o advogado esteja habilitado a praticar todos os atos do processo (art. 38)*".

Mas, a seguir, adverte:

"*Dependem, porém, de outorga expressa os poderes para receber a citação inicial, confessar , reconhecer a procedência do pedido, transigir,* desistir, *renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber e dar quitação e firmar compromisso*" (*Curso de Direito Processual Civil*, v. I, p. 101, 11ª ed., 1994).

Por seu turno, NELSON NERY JÚNIOR faz a seguinte anotação no rodapé do art. 38 do CPC:

"*Para praticar os atos mencionados na segunda parte da norma comentada, o advogado necessita de poderes especiais, pois não basta os da cláusula* ad judicia. *Como importa em restrição de direito, o rol dessas exceções é taxativo* (numerus clausus), *não comportando ampliação. Para a prática de qualquer ato de disposição de direito (renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, reconhecer juridicamente o pedido, confessar, transigir, receber e dar quitação, prestar depoimento pessoal, receber citação, desistir da ação, desistir do recurso interposto etc.) o advogado precisa estar munido de poderes especiais, além daqueles constantes da cláusula* ad judicia" (*Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., p. 457, 1999).

Assim, repito, indefiro o pedido.

No mérito, não merece prosperar o *mandamus*.

A alegação de que inexiste justa causa para o prosseguimento da ação penal não merece acolhida.

A denúncia - que se apresenta formalmente perfeita, nos termos do art. 41 do Digesto Processual - tem como base o inquérito policial que aponta o cometimento, por parte do ora paciente, dos crimes de falsidade ideológica e prevaricação, acusações que encontram pleno lastro na prova até então produzida.

Ora, cediço que o trancamento da ação penal é medida extraordinária, só cabível se demonstrada, *de plano*, a inocência do réu, sem que seja necessário um exame aprofundado dos elementos probatórios, ou que o fato investigado evidentemente não constitua crime.

Entretanto, *data venia*, não é este o caso presente, conforme se percebe após uma rápida análise destes autos.

Assim:

"Habeas corpus - *Trancamento da ação penal - Medida excepcional - Concessão somente em hipóteses inequívocas de inexistência do crime ou de prova negativa de autoria*" (TRF.2R - *RT*, 730/645).

Demais disto:

"*Não se pode, em sede de* habeas corpus, *examinar profundamente as provas que dizem respeito ao mérito de uma ação penal com o escopo de trancá-la*" (STF - *RT*, 594/458).

Havendo indicação da ocorrência de crime em tese e, ainda, indícios de sua autoria, como na hipótese vertente, não há mesmo que se falar em ausência de justa causa para a ação penal.

Com estas considerações, denego a ordem.

Custas, *nihil*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Como o *habeas corpus* é uma medida que deve ser examinada com a urgência que o caso exige e as circunstâncias recomendam, estou, num primeiro exame, acompanhando o voto do Relator, sobretudo porque a argumentação de S. Exa. é muito judiciosa, e a desistência, no caso, deve ser realmente ratificada, porque pode prejudicar enormemente o paciente, caso ele logre êxito no mérito.

Assim, penso que o fato de conter no Código Civil a necessidade de poder expresso para decidir, essa restrição deve ser assimilada para o caso penal, sobretudo em se tratando de *habeas corpus* quando se cogita o trancamento da ação penal, ou da liberdade individual do cidadão.

Assim, *data venia*, estou entendendo como o Relator, que haveria a necessidade de poderes expressos. Mas isso, num exame perfunctório da questão, reservando-me para, em outra oportunidade, reexaminar a matéria. No caso específico, como há urgência para que se julgue o mérito, estou acompanhando o Relator.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo com o Relator.

Súmula - NÃO ACOLHERAM O PEDIDO DE DESISTÊNCIA. DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - PRETENSÃO DO PACIENTE - POSSIBILIDADE DE SER POSTULADA VIA AÇÃO REVISIONAL - UTILIZAÇÃO DO _HABEAS CORPUS_ - VIABILIDADE - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS TESTEMUNHAIS - SUSPENSÃO DO PROCESSO - EQUÍVOCOS NA CONDUÇÃO DO PROCESSO - ALEGAÇÃO DE PROCESSO MANIFESTAMENTE NULO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES - NULIDADE NÃO VISLUMBRADA _PRIMA FACIE_ - COAÇÃO ILEGAL - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA

- Entende-se por nulidade manifesta, tão-somente, a que se vislumbra *prima facie*. Não sendo este o caso dos autos, inocorre a coação ilegal, devendo-se denegar a ordem de *habeas corpus*.

- A possibilidade de a pretensão do paciente ser postulada via ação revisional não torna inviável a utilização do remédio heróico do *habeas corpus*, instrumento dotado de dignidade constitucional, de efeito mais rápido e eficaz na defesa do *status libertatis* do cidadão.

- É válida a produção antecipada das provas testemunhais, após o que, observadas as demais formalidades legais, ultimado foi o feito, sendo o paciente condenado em sentença parcialmente confirmada em grau de recurso, ainda que, por equívoco, após aquela oitiva, tenha o magistrado decretado a suspensão do processo, mas, apercebendo-se da falha, sanou-a posteriormente, determinando o prosseguimento do feito, embora, em novo equívoco, tenha anulado a instrução criminal já realizada, reabrindo-a indevidamente.

- Se dos equívocos constatados na condução do processo não decorreram prejuízos às partes, não há de se decretar a nulidade do mesmo, impondo-se, por conseguinte, a aplicação do princípio gaulês do *pas de nullité sans grief*, recepcionado pela nossa legislação processual (art. 563 do CPP).

HABEAS CORPUS Nº 270.198-5/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Alegação de coação ilegal fundada em condenação prolatada em processo manifestamente nulo - Nulidade não vislumbrada *prima facie* - Inconsistência da alegação - Inocorrência de constrangimento ilegal - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2002. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos ilustres advogados Ana Paula Wisthansky e Vinicius Bittencourt, em favor de Mauro Lúcio de Paulo Rodrigues, condenado a doze anos de reclusão pela prática dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, mas que, no entender dos impetrantes, "*não foi julgado segundo as regras do devido processo legal, e sim submetido a um procedimento arbitrário, onde o Juízo* a quo *fez tábula rasa dos princípios da ampla defesa e do contraditório, inclusive impondo ao sumário o rito da Lei 9.271, de 17.4.1996, inaplicável, no caso concreto*".

Alegam os impetrantes que, a par da indevida aplicação retroativa da Lei 9.271/96, "*o defensor do paciente funcionou, na realidade, como verdadeiro assistente da acusação! Deixou de oferecer defesa prévia, não arrolou testemunhas, não compareceu à audiência e, silenciando sobre as nulidades, restringiu a atuação da superior instância, que, malgrado sua alta sabedoria, foi compelida a apreciar apenas o mérito das imputações*".

A indigitada autoridade coatora prestou as informações que lhe foram requisitadas, tendo a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Antônio José Leal, opinado pelo não-conhecimento do pedido, ao entendimento de que a pretensão do paciente há de ser postulada via ação revisional.

Em síntese, é o relatório.

O presente *writ* fulcra-se no art. 648, VI, do CPP, que considera existir coação ilegal, sanável pela via do *mandamus*, "*quando o processo for manifestamente nulo*".

Entende-se por nulidade manifesta, tão-somente, a que se vislumbra *prima facie*, o que, a meu sentir, não é o caso dos autos.

Mas, inicialmente, é de se abordar a questão concernente ao cabimento, ou não, do *writ*, visto haver a possibilidade da via revisional, consoante adverte a douta Procuradoria de Justiça.

Data venia, tal possibilidade não torna inviável a utilização do remédio heróico do *habeas corpus*, instrumento dotado de dignidade constitucional, de efeito mais rápido e eficaz na defesa do *status libertatis* do cidadão.

Destarte, conheço do presente pedido.

De início, é de se reconhecer que desassiste razão aos impetrantes no que tange à abordagem feita em torno da aplicação retroativa da Lei 9.271/96.

Na verdade, no primeiro momento, equivocou-se o MM. Juiz monocrático ao decretar a suspensão do processo, após a produção antecipada das provas testemunhais - o que era permitido -, mas, apercebendo-se do equívoco, S. Exa. sanou-o, posteriormente, determinando o prosseguimento do feito, sem, contudo, deixar de incorrer em novo equívoco, ao anular a instrução criminal já realizada, reabrindo-a, indevidamente.

Data venia, válida foi a produção antecipada das provas testemunhais, após o que, observadas as demais formalidades legais, ultimado foi o feito, sendo o paciente condenado em sentença parcialmente confirmada em grau de recurso.

A despeito dos equívocos constatados na condução do processo, não é de se decretar a nulidade do mesmo, vez que deles não decorreram prejuízos às partes, impondo-se, por conseguinte, a aplicação do princípio gaulês do *pas de nullité sans grief*, sabidamente recepcionado pela nossa legislação processual (CPP, art. 563).

Quanto às demais nulidades invocadas no presente *writ*, forçoso é reconhecer que as mesmas não se mostram manifestas, nada havendo nos autos que demonstre não ter o defensor nomeado ao réu revel sido intimado para apresentar defesa prévia e rol de testemunhas, nem que tenha sido negligente no exercício da defesa que lhe fora conferido.

Ante tudo isso, a pretensão do paciente, a meu sentir, há de ser melhor apreciada em ação revisional.

Mercê de tais considerações, denego a ordem impetrada.

Custas, *nihil*.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - **INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL - INSTAURAÇÃO EM PLENÁRIO DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI - SUSPENSÃO DO FEITO - CONSTATAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE DO PACIENTE - PRETENDIDA DECRETAÇÃO DE NULIDADE DA PRONÚNCIA E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - INADMISSIBILIDADE - OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO** *PRO JUDICATO*

- Uma vez pronunciado o agente e decorrido o prazo para interposição de seu recurso, operou-se a preclusão processual referente à pronúncia como juízo de admissibilidade da acusação. Tal preclusão, denominada *pro judicato*, torna imutável a admissibilidade acusatória, obrigando o encaminhamento do caso a julgamento perante o Tribunal do Júri, ocasião em que os jurados serão indagados a respeito da incapacidade mental do paciente ao tempo do crime.

HABEAS CORPUS Nº 270.953-3/00 - Comarca de Açucena - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Incidente de insanidade mental - Instauração em plenário de julgamento do Tribunal do Júri - Suspensão do feito - Constatação da inimputabilidade do paciente - Pretendida decretação de nulidade da pronúncia e trancamento da ação penal - Inadmissibilidade - Ocorrência de preclusão *pro judicato*, cabendo ao conselho de sentença julgar a questão. Ordem denegada, com recomendação.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, À UNANIMIDADE, DENEGAR A ORDEM, COM RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 19 de março de 2002. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Moacir Tomaz Borges, que alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Comarca de Açucena.

Consta da impetração que o paciente foi pronunciado como incurso nas sanções dos arts. 121, § 2º, III, c/c 14, II, e 125, todos do CP. Instalada a sessão do Tribunal do Júri, procedeu-se ao seu interrogatório em plenário, sendo, em seguida, suspenso o julgamento, ante a instauração de incidente de insanidade mental. Realizada a perícia, constatou-se a inimputabilidade penal do agente, por ser portador de doença mental. Sobreveio despacho que reputou o feito sem condições para julgamento, nomeando defensor dativo ao paciente. Requer a decretação de nulidade da sentença de pronúncia, com o trancamento da ação penal, a fim de que lhe possa ser aplicada medida de segurança, nos termos do art. 96 do CP (fls. 2/3).

O pedido veio instruído com os documentos de fls. 4/23.

As informações da indigitada autoridade coatora foram requisitadas às fls. 27/28, tendo sido prestadas às fls. 29/30, juntamente com os documentos de fls. 31/71.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 72/74).

Não há que se falar em nulidade da pronúncia e nem em trancamento da ação penal, embora o laudo pericial tenha constatado a inimputabilidade penal do paciente (fls. 68). Dispõe o art. 151 do CPP que, "*se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal (atual art. 26),* o processo prosseguirá, com a presença do curador" (grifei).

É que, uma vez pronunciado o agente e decorrido o prazo para interposição de seu recurso, operou-se a preclusão processual referente à pronúncia como juízo de admissibilidade da acusação. Tal preclusão, denominada *pro judicato*, tornou imutável a

admissibilidade acusatória, obrigando o encaminhamento do caso a julgamento perante o Tribunal do Júri, ocasião em que os jurados serão indagados a respeito da incapacidade mental do paciente ao tempo do crime.

Este é o entendimento jurisprudencial:

"*Se, após a sentença de pronúncia e oferta do libelo, foi instaurado incidente de insanidade mental, cujo resultado conclui que o agente era, ao tempo da ação delituosa, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato, não é lícito ao magistrado revogar aquela decisão e absolver o réu com fundamento no art. 411 do CPP, pois, ocorrida a preclusão* pro judicato, *cabe ao Tribunal do Júri o julgamento*" (TJSP - 5ª C. - Rec. - Rel. Marcos Zanuzzi - j. em 19.02.98 - *RT*, 758/539).

Ante o exposto, denego a ordem impetrada, recomendando seja incluído o feito em pauta para julgamento do paciente perante o Tribunal do Júri da Comarca de Açucena.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM, COM RECOMENDAÇÃO.

-:::-

HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS DESTES JUIZADOS - JURISPRUDÊNCIA DO STJ

- Conforme atual entendimento do STJ, a competência para apreciar *habeas corpus* impetrado contra decisão dos Juizados Especiais Criminais é das Turmas Recursais destes Juizados, e não dos Tribunais de Justiça.

HABEAS CORPUS Nº 271.175-2/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Processual Penal - Competência da Turma Recursal para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Juiz do Juizado Especial Criminal - Preliminar acolhida. - Conforme atual entendimento do STJ, a competência para apreciar *habeas corpus* impetrado contra decisão dos Juizados Especiais Criminais é das Turmas Recursais destes Juizados, e não dos Tribunais de Justiça.

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 DECLINAR DA COMPETÊNCIA PARA A TURMA RECURSAL.

Belo Horizonte, 04 de abril de 2002. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - O advogado Marcos Ventura de Barros impetra ordem de *habeas corpus*, em favor de Agostinho Pestana da Silva Netto e Eloísa Helena Vilela, sustentando, em síntese, que os pacientes sofrem constrangimento ilegal por parte do digno Juiz de Direito do Juizado Especial da Comarca de Juiz de Fora, que, acolhendo manifestação do Ministério Público, intimou-os para a audiência preliminar, dando-os como incursos no art. 330 do Código Penal.

A pretensão liminar, que foi deferida, era para a suspensão da audiência e, a final, que fosse trancado o procedimento judicial imposto aos pacientes, diante de manifesta ausência de justa causa.

A autoridade coatora prestou as informações de fl. 33, juntando os documentos de fls. 34/63.

A douta Procuradoria de Justiça opina pela declinação de competência para a Turma Recursal competente.

No principal, é o relatório.

Impõe-se decidir a preliminar agilizada pelo ilustre Procurador Dr. Renato Martins Jacob, que entende, com apoio em decisões do STJ, que falece competência ao Tribunal para conhecer do *habeas corpus*.

Publicada a Lei 9.099/95, em 26 de setembro, no mês seguinte (28 de outubro), reuniu-se nesta Capital uma Comissão Nacional presidida pelo Min. Sálvio de Figueiredo, então Presidente da Escola Nacional da Magistratura, composta por juristas de tomo, para emitir conclusões interpretativas de seu conteúdo normativo.

A 12ª conclusão ficou assim ementada:

"*Os Tribunais Estaduais têm competência originária para os Habeas Corpus e Mandados de Segurança, quando coator o Juiz, bem como para a revisão criminal de decisões condenatórias de Juizado Especial Criminal*".

Esta interpretação encontra ressonância no art. 82 da Lei 9.099/95, que estabelece a competência das Turmas para o julgamento, apenas, dos recursos.

A doutrina também encampou este entendimento (*in Juizados Especiais Criminais*, p. 160 de ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros), ainda que processualistas reconhecidos, como WEBER MARTINS BATISTA (*in Juizados Especiais Criminais*, p. 344), apresentassem posicionamento divergente:

"*Como a Lei nº 9.099/95 conferiu à Turma Recursal competência funcional para julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas no Juizado Especial, como jurisdição de segundo grau, parece não haver dúvida,* data venia, *de que a mesma Turma é competente para julgar os* habeas corpus, *quando coator é Juiz do Juizado Especial*".

Todavia, o STJ, ancorado em decisão do STF, passou a entender que a competência, no caso, seria da Turma Recursal.

O Acórdão nº 9.148/GO, Relatado pelo Min. Gilson Dipp e julgado em 20/03/2000, é esclarecedor:

"*RHC. Juizados Especiais Criminais. Lei nº 9.099/95.* Habeas corpus. *Competência das Turmas Recursais. Recurso desprovido.*

- I - Compete às Turmas Recursais dos Juizados Especiais o processo e julgamento de habeas corpus *impetrado contra decisão de Juiz de primeiro grau, nos feitos regidos pela Lei nº 9.099/95. Precedentes do STF e do STJ.*

- II - Recurso desprovido.

VOTO

O Exmº. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de habeas corpus *contra decisão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que julgou o paciente carecedor do pedido, entendendo pela incompetência daquela Corte para apreciar* writ *contra ato emanado do Juizado Especial Criminal.*

Em razões, o recorrente sustenta que a Turma Julgadora dos Juizados Especiais é competente para apreciar recursos, e não habeas corpus, *para cujo conhecimento surgiria a competência do Tribunal de Justiça local.*

Não merece prosperar a irresignação.

O eg. Tribunal a quo *acertadamente dispôs no acórdão recorrido: '(...) em matéria que visa o trancamento e arquivamento do procedimento Termo Circunstancial de Ocorrência, impetrado contra ato emanado do Juizado Especial Criminal, é competente a turma que compõe o colegiado recursal próprio, em exercício no primeiro grau de jurisdição, para onde o pedido deve ser endereçado, e não para este Tribunal'* (fl. 48).

Com efeito. O critério prevalente para a determinação da competência para o processo e julgamento de habeas corpus *contra coação imputada a Juiz de primeiro grau, nos processos regidos pela Lei nº 9.099/95, é o da hierarquia jurisdicional, razão pela qual sobressai a competência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais para o processamento do feito.*

Esta tem sido a orientação, cujo propósito é justamente evitar decisões conflitantes sobre eventual questão que poderia ser suscitada na via estreita do writ *e em um recurso de apelação eventualmente interposto.*

Por outro lado, se as Turmas Recursais são habilitadas para o conhecimento de todas as controvérsias do conflito, eis que competentes para a apreciação dos recursos tradicionais das decisões dos Juizados Especiais, não há porque limitar-se o conhecimento de questões incidentais ao litígio.

A corroborar tal entendimento, o precedente do Supremo Tribunal Federal:

'I. STF: Competência originária: habeas corpus *contra coação imputada a Turma de Recursos dos Juizados Especiais (CF, ART. 98, I).*

Na determinação da competência dos Tribunais para conhecer de habeas corpus *contra coação imputada a órgãos do Poder Judiciário, quando silente a Constituição, o critério decisivo não é o da superposição administrativa ou o da competência penal originária para julgar o magistrado coator ou integrante do colegiado respectivo, mas sim o da hierarquia jurisdicional (cf.* HC *71.524, questão de ordem, Plen. de 10.10.94, M. Alves).*

Os tribunais estaduais não exercem jurisdição sobre as decisões das turmas dos recursos dos juizados especiais, as quais se sujeitam imediata e exclusivamente à do Supremo Tribunal, dada a competência deste, e só dele, para revê-las, mediante recurso extraordinário (cf. Recl. 470, Plen. de 10.02.94, Pertence): donde só poder tocar ao STF a competência originária para conhecer de habeas corpus *contra coação a eles atribuída'* (HC *71.713 - PB; Rel. o em. Ministro Sepúlveda Pertence,* DJ *de 09/06/97).*

No mesmo sentido, o julgado desta Corte:

'Habeas corpus. *Lei nº 9.099/95, Juizados Especiais Criminais. Incompetência dos Tribunais de Justiça para conhecer e julgar.*

- 1. A competência para apreciar habeas corpus *impetrado contra decisão dos Juizados Especiais Criminais é das Turmas de Recursos destes Juizados, haja vista a letra do art. 82 da Lei nº. 9.099/95, cuja inteligência foi ministrada pelo STF no HC 71.713-PB.*

- 2. Ordem denegada' (HC *nº 5.267-PB; Rel. o em. Ministro Fernando Gonçalves.* DJ de *09/06/97).*

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto".

Destarte, como a orientação prevalente do STJ é no sentido do parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça, acolho a preliminar agilizada e declino da competência para a Turma Recursal competente.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - DECLINARAM DA COMPETÊNCIA PARA A TURMA RECURSAL.

-:::-

Superior Tribunal de Justiça

CRIMINAL - R*HC* - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO POR PADRASTO OU CONCUBINO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - INÉPCIA DA DENÚNCIA - FALHAS NÃO VISLUMBRADAS - DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - RECURSO DESPROVIDO

- I. Se na denúncia houve a devida exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, com supedâneo nos elementos colhidos na fase inquisitorial, resultando na classificação do delito imputado ao paciente, é irrelevante a ausência de indicação da data da última ocorrência dos atos libidinosos, eis que não prejudica a defesa do paciente.

- II. Eventual inépcia da exordial acusatória só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP - o que não se vislumbra *in casu*.

- III. Evidenciando-se, nos autos, que o paciente vivia maritalmente com a mãe da vítima, não só pelo lapso temporal - 08 anos - mas, também, pelo fato de que ambos tiveram outro filho, aplica-se o disposto no inciso II do § 1º do art. 225 do Código Penal.

- IV. Sendo pública incondicionada a ação penal instaurada contra o paciente, a representação oferecida extemporaneamente pela genitora da menor ofendida torna-se irrelevante, não se podendo falar em decadência do direito de representação.

- V. Recurso desprovido.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 11.839-MG - Relator: Ministro GILSON DIPP

Recorrente: Paulo Sérgio de Queiroz Cassete. Advogado: Paulo Sérgio de Queiroz Cassete. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Astolfo Jorge Ribeiro Menezes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 19 de fevereiro de 2002 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente. - *Ministro Gilson Dipp* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp - Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 119/123, *in verbis:*

"*Compete ao STJ conhecer do presente recurso ordinário, interposto da decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que denegou* habeas corpus *impetrado em mercê de Astolfo Jorge Ribeiro Menezes, rejeitando, também, os embargos declaratórios opostos por sua defesa (art. 105, II,* a, *da CF).*

O apelante ataca, em parte, o decisório. Não insiste no pedido de revogação da preventiva do paciente, deduzido na impetração. Limita-se a pleitear o provimento de seu apelo para trancar a ação penal que o paciente responde, por ter cometido atentado violento ao pudor (arts. 214, 224, a, *do CP), na 4ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG*".

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 123).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Trata-se de recurso ordinário, contra acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de minas Gerais, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Astolfo Jorge Ribeiro Menezes, visando à declaração da extinção da punibilidade, ou à anulação do feito criminal.

O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 214, c/c os artigos 224, alínea *a*, e 225, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal.

Em razões, reitera-se a argumentação de inépcia da denúncia, pois o i. representante do Ministério Público não teria indicado a data do último fato delituoso imputado ao paciente, o que estaria dificultando o exercício da defesa, bem como a verificação da prescrição e decadência.

Aduz-se, ainda, a decadência do direito de representação, pois a exordial acusatória descreveria que o fato delituoso teria ocorrido em outubro de 1996, sendo que a mãe da vítima teria oferecido a representação somente em 05 de novembro de 1997.

Refere, a impetração, combatendo os argumentos do Tribunal *a quo*, que a circunstância de ordem pessoal apontada no art. 225, § 1º, inciso II, 2ª parte, do Código Penal, não poderia ser atribuída ao paciente, eis que, em primeiro lugar, não teria constado na denúncia, e, em segundo lugar, os elementos probatórios constantes dos autos originários demonstrariam que o paciente seria simples amasiado da mãe da vítima, e não exerceria pátrio poder sobre a mesma, razão pela qual não poderia incidir sobre o acusado a "*qualidade de padrasto contra enteada*".

Dessa forma, sustenta-se que, se não haveria a aplicação do art. 225, § 1º, inciso II, 2ª parte, do Código Penal, a ação penal não seria pública incondicionada, e, sim, condicionada à representação, que teria sido apresentada extemporaneamente.

Pugna-se, assim, pelo trancamento da ação penal, ou, pela declaração da extinção da punibilidade do paciente.

Não merece prosperar a irresignação.

Inicialmente, no tocante aos argumentos de inépcia da denúncia, tem-se que o i. representante do Ministério Público procedeu com o devido cuidado ao indicar a época em que a mãe da vítima teria tomado conhecimento dos fatos, ressaltando o aspecto de que os atos libidinosos teriam ocorrido por repetidas vezes, nos seguintes termos:

"*Consta nos autos que, em outubro de 1996, a mãe da vítima tomou conhecimento de que o denunciado, com quem ela vive há 8 anos, vinha passando a mão na vagina e nádegas de sua filha nascida em 22.10.85, na época, com 11 anos.*

(...)

Que o ato se repetiu por várias vezes (...)" (fl.).

Por outro lado, pelo exame da peça pórtica de fls. 19/22, verifica-se que houve a devida exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, com supedâneo nos elementos colhidos na fase inquisitorial, resultando na classificação prevista no art. 214, c/c os artigos 224, alínea *a*, e 225, §§ 1º e 2º, todos do Estatuto Repressor.

Dessarte, como bem ressaltado pelo e. Tribunal de origem, não se

vislumbra consistente imprecisão nos fatos atribuídos aos pacientes a impedir a compreensão da hábil acusação formulada, sendo, portanto, irrelevante a ausência de indicação da data da última ocorrência do ato libidinoso, eis que não prejudica a defesa do paciente.

De outra banda, pelo exame da peça pórtica, cuja cópia encontra-se às fls. 10/11, tem-se o atendimento aos requisitos do art. 41 do CPP, uma vez que houve a exposição dos fatos criminosos, com suas circunstâncias, assim como se deu a devida qualificação do acusado, a classificação do crime, além do oferecimento do rol de testemunhas.

Assim, não reconheço qualquer imprecisão relativamente aos fatos atribuídos ao réu, devidamente amparados nos elementos de prova.

Outrossim, não ocorre qualquer das falhas previstas no art. 43 do Código de Processo Penal.

No tocante à alegação de ocorrência do instituto da decadência, melhor sorte não assiste à impetração.

O cerne da questão orienta-se no sentido da natureza da ação penal instaurada em desfavor do ora paciente.

A impetração sustenta que a ação penal seria pública condicionada à representação, tendo incidido a decadência por duas razões: a mãe da vítima teria oferecido a representação um ano após ter tomado conhecimento do fato e de sua autoria, e, ao contrário do que afirma a denúncia, não se aplicaria ao paciente a circunstância do art. 225, § 1°, inciso II, 2ª parte, do Código Penal.

Com efeito, não obstante a representação ter sido oferecida fora do prazo decadencial (06 meses), depreende-se da peça acusatória, e do depoimento de fls. 16, que o acusado vivia há 08 anos com a mãe da vítima, a vítima e um filho do casal. Pode-se concluir que o acusado e a genitora da menor viviam em concubinato.

Não há que se negar que o acusado convivia maritalmente com a genitora da vítima, sendo que o lapso temporal constante dos autos - 08 anos - confirma tal colocação, não podendo deixar de considerar que ambos tiveram outro filho.

Contudo, para fins de aplicação da lei penal, em casos de delito de atentado violento ao pudor, é irrelevante a circunstância de o acusado ser padrasto ou concubino da vítima, aplicando-se, de qualquer forma, o disposto no inciso II do § 1° do art. 225 do Código Penal.

Dessarte, a ação penal instaurada contra o paciente é pública incondicionada, o que torna sem importância a representação oferecida perante a autoridade policial pela mãe da vítima, não se podendo falar, portanto, em decadência do direito de representação.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

"*Penal - Processual - Atentado ao pudor - Padrasto - Concubino - Ação penal - Ministério Público - Legitimidade - Apelo em liberdade* - Habeas corpus.

- 1. Padrasto ou concubino, tanto faz, se há notícia de crime não é preciso representação do pai ou da mãe da vítima para que o Ministério Público possa propor a ação penal.

- 2. (...)

- 3. Habeas corpus *conhecido, pedido indeferido*" (*HC* n° 5.555-GO, *DJ* de 18.08.1997, Relator Min. Edson Vidigal).

"*Recurso de* habeas corpus - *Atentado violento ao pudor - Vítimas crianças - Art. 214, c/c os artigos 224,* a, *226, II, e 71 do Código Penal - Ação penal pública - Art. 225, parágrafo 1°, c/c o artigo 226, inciso II, do Código Penal.*

- Tratando-se de crime praticado na vigência de concubinato, vitimando-se uma filha e uma outra criança, nascida da união de sua mulher com o primeiro amásio, ambas sob sua guarda, a ação penal contra o autor deve ser instaurada mediante ação pública, ex vi *do art. 225, inciso II, do Código Penal.*

- Ausente a ilegitimidade do ato debitado ao coator, nega-se provimento ao recurso, denegando-se a ordem de habeas corpus" (*RHC* n° 2.783-SP, *DJ* de 06.09.1993, Relator Min. José Cândido).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso".

Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 19 de fevereiro de 2002. - *Júnia Oliveira C. Rosa Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 25.03.2002.)

-:::-

PENAL - PROCESSUAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - AUSÊNCIA DE MOTIVOS A JUSTIFICAR A CUSTÓDIA CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO NO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

- 1. Consignando o magistrado, na sentença de pronúncia, a subsistência dos motivos que ensejaram a custódia cautelar, basta a reportação aos termos do decreto de prisão preventiva, sendo prescindível a apresentação de nova fundamentação.

- 2. Devidamente justificada a cautela, nos termos do CPP, art. 312, a mera alegação de primariedade e residência fixa não é capaz de elidir a medida.

- 3. Apesar de o Tribunal não ter-se manifestado sobre o reclamado excesso de prazo, apresenta-se manifesto constrangimento ilegal, já que os acusados, após a pronúncia, encontram-se sob custódia há mais de dois anos, aguardando a realização do julgamento.

- 4. *Habeas corpus* **parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido.**

- 5. Concedo ordem de *habeas corpus ex officio*, **para determinar a imediata soltura dos pacientes, a fim de que aguardem o julgamento em liberdade.**

HABEAS CORPUS Nº 18.516-MG - Relator: Ministro EDSON VIDIGAL

Impetrantes: Marcos Campos da Silva e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Sebastião Teodoro Brandão (preso). Paciente: José Dionízio Magalhães (preso). Paciente: Francisco de Paula Filho (preso). Sust. oral: Dr. Marcos Campos da Silva (p/pactes.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer parcialmente da impetração e, nessa parte, a indeferir, concedendo a ordem de ofício, para determinar a imediata soltura dos pacientes, a fim de que aguardem o julgamento em liberdade. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro José Arnaldo. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2001 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente. - *Ministro Edson Vidigal* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal - Sob a acusação de homicídio qualificado, tentativa de homicídio e porte ilegal de arma (CP, arts. 121, § 2º, II e IV, e 121, § 2º, IV e V, c/c art. 14, II; Lei nº 9.437/97, art. 10), os paciente foram denunciados, presos preventivamente, em 02.12.1998, e pronunciados.

Negado provimento ao recurso em sentido estrito interposto contra a sentença de pronúncia, foi providenciado recurso especial, ainda pendente de apreciação.

Nesta impetração, objetiva-se o reconhecimento do direito dos acusados de responderem o processo em liberdade, posto encontrarem-se sob custódia cautelar há mais de um ano e nove meses, sendo todos réus primários, com bons antecedentes, e residência fixa no distrito da culpa, em evidente excesso de prazo para o julgamento pelo Tribunal do Júri. Em outro ponto, sustenta-se ausência de motivação a justificar a custódia cautelar.

Informações prestadas às fls. 108/109, com documentos anexados às fls. 110/125.

Manifesta-se o Ministério Público Federal pelo indeferimento do pedido (fls. 101/106).

Relatei.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal - Senhor Presidente, ao pronunciar os réus, apresentou o Juiz de 1º grau os seguintes motivos para manter a custódia cautelar dos acusados:

"*(...) o acusado Sebastião Teodoro Brandão tem antecedentes penais, como se vê às fls. 618; o mesmo acontecendo com os acusados Henrique, fls. 622/623, e Francisco às fls. 624 e 625; o acusado José Dionisio de Magalhães não registra antecedentes criminais, mas às fls. 434, através do Boletim de Ocorrência da Polícia Militar, constatamos que em sua cela foram flagradas uma grade cerrada e um buraco demonstrando um possível início de túnel, fatos que por si só, também demonstram o seu desejo de fuga. Parece-me que ainda estão presentes, mais uma vez, as razões que autorizaram suas custódias prévias. Deste modo, atento aos termos do § 2º, do art. 408 da Lei Adjetiva Penal, hei por bem manter custodiados os acusados Nelson Almeida Pires, José Dionisio Magalhães, Sebastião Teodoro Brandão, e Francisco de Paula Filho, recomendando-os na Cadeia onde se encontram...*".

No momento da pronúncia, tendo os réus respondido todo o processo segregados, verificando o Juiz a subsistência dos motivos que ensejaram a custódia cautelar, não há necessidade que seja apresentada nova fundamentação para alicerçar a manutenção, sendo suficiente a reportação aos termos contidos no decreto de prisão preventiva.

In casu, além de consignar pela permanência dos motivos concretos que o levaram a concluir pelo *periculum*

libertatis, pela necessidade da segregação dos acusados, ainda destacou o Magistrado a existência de maus antecedentes com relação a um dos réus, bem como a existência de indícios de que outro estaria planejando fuga.

Logo, não há falar-se em ausência de fundamentação no decreto constritivo.

Sem contar a natureza hedionda do crime perpetrado que, a princípio, segundo a Lei nº 8.072/90, inviabiliza a concessão de liberdade provisória, diante da efetiva demonstração da necessidade da cautela, nos termos do CPP, art. 312, a mera alegação de primariedade, bons antecedentes e residência fixa não é capaz de elidir a medida.

A propósito, Min. Gilson Dipp:

"*Criminal.* HC. *Insuficiência de provas para a condenação. Impropriedade do meio eleito. Flagrante ilegalidade não demonstrada. Prisão preventiva. Fundamentação válida da custódia. Fuga do réu. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.*

- (...)

- II. Não é ilegal a prisão cautelar decorrente de decreto devidamente fundamentado nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante.

- III. A evasão do réu pode ser suficiente para motivar a segregação provisória a fim de garantir a aplicação da lei penal. Precedente.

- IV. Condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, residência no distrito da culpa e bons antecedentes, por exemplo, não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, se outros elementos dos autos recomendam a custódia preventiva.

- V. Ordem denegada" (*HC* 14.767-RN, *DJ* de 19.3.01).

Todavia, quanto ao último ponto, tenho por indubitável o constrangimento.

Não obstante verificar que a Corte Estadual não se manifestou efetivamente quanto à alegação de excesso de prazo no julgamento dos acusados pelo Tribunal do Júri, consigno ser perfeitamente possível o seu exame por este Tribunal Superior, na medida em que a ilegalidade se apresenta de forma manifesta.

Foge ao princípio da razoabilidade que os réus estejam presos cautelarmente desde 02.12.1998, sendo que, pronunciados, aguardam há mais de dois anos pela realização do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Dada a pertinência, reporto-me ao voto que proferi no R*HC* 5.239, julgado em 07.05.1996:

"*O que desponta aqui é o atrito entre as normas processuais penais aplicáveis e um bem maior - o sentimento de Justiça que, diante do formulário técnico-procedimental, fica nanico, sem cobertura formal para desafiar e vencer a injustiça.*

O acusado destes autos está preso há quase dois anos; só depois de mais de um ano sem liberdade, veio a saber formalmente de que acusação tem que se defender perante o Estado-Juiz.

('O mal da justiça humana - protestava, irônico, Monteiro Lobato, da prisão onde foi jogado pela ditadura do Estado Novo; o mal da justiça humana está na falta de uma lei que vou fazer quando for ditador: todos os juízes, depois de nomeados e antes de entrar no exercício do cargo, têm de gramar dois anos de cadeia, um de penitenciária e um de cela, a pão e água e nu em pêlo. Não há nada mais absurdo do que o poder dado a um homem de condenar outros a uma coisa que ele não conhece: a privação da liberdade'.)

Pouco antes de completar cem dias na prisão já poderia ter sido solto, por excesso de prazo para a formação da culpa. Não apareceu ninguém que, denunciando essa injustificável demora, impetrasse em seu favor uma ordem de habeas corpus, *no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.*

E quando apareceu, mais de um ano depois, por aqueles rincões baianos, um advogado da Capital com essa idéia, foi que o Estado-Juiz despertou para fazer a sentença de pronúncia, após a impetração do habeas corpus *e antes do julgamento do pedido.*

A sentença de pronúncia, reza a Súmula 21-STJ, afasta a alegação de excesso de prazo. Pedido inviabilizado. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri o procedimento é bifásico; a primeira fase começa com o recebimento da denúncia e termina exatamente aí, na sentença de pronúncia, após a qual engata-se a segunda fase que só se acaba quando do trânsito em julgado da sentença do Juiz-Presidente do Júri.

Pronunciado o Réu, não se fala mais em excesso de prazo para a formação da culpa. Para cada momento processual há um prazo legal; oitenta e um dias (81), por exemplo, é o prazo razoável admitido pela jurisprudência para a conclusão de toda instrução criminal. E não se pode falar em excesso de prazo para a realização do julgamento?

Está agora o acusado, ora paciente, há quase dois anos na cadeia, regime fechado, sem saber quando vai ser julgado e, nos termos do direito processual até agora entendido, numa visão limitada pela jurisprudência cristalizada, não há excesso de prazo. A sentença de pronúncia superou essa alegação.

Como não há excesso de prazo nessa espera do acusado para o julgamento? Não tem ele o direito a ser julgado sem demora pelo Estado-Juiz, no máximo dentro de um prazo razoável? Mais de um ano na cadeia sem saber sequer quando vai ser julgado não é um excesso de prazo configurador de constrangimento ilegal reparável por habeas corpus?

Nosso direito processual penal ainda ignora essa hipótese. Nossa jurisprudência, sem esconder a timidez, apenas assiste, da arquibancada, ao

desfile, na passarela das injustiças, de situações deploráveis como esta.

O direito processual não pode ser mais que uma listagem de ritos destinados a garantir a aplicação da lei de maneira igual para todos; não pode ser um conjunto de entraves à pronta realização da Justiça.

Socorre ao ideal de Justiça, em situações como esta, o direito internacional que, para a proteção da liberdade das pessoas nos resta invocar, ante à ausência de lei específica, para proteção da liberdade.

A Constituição Federal vigente não afastou e tanto a doutrina predominante no País quanto a jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal asseguram a equivalência dos Tratados ou Convenções a leis federais. Tratados ou Convenções só não têm essa força quando conflitam com a Constituição; aí vale o que está escrito na Constituição.

E o que diz a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que nos termos do Decreto 678/92 está em vigor no Direito Interno Brasileiro desde 09 de novembro de 1992?

Diz:

'Art. 7. Direito à liberdade pessoal.

(Omissis)

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção ou ordene sua soltura se a prisão ou detenção forem ilegais (...)'.

A única ressalva que o Brasil fez ao texto desta Convenção, não se comprometendo, portanto, a cumprir diz respeito aos arts. 43 e 48, d, *que tratam do direito automático de visitas e inspeções* in loco *da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nessas hipóteses, o Brasil reserva-se ao direito de ser ouvido antes para, examinando cada pedido, autorizar ou não. Apenas isso; quanto aos mais, é lei federal em vigor no País.*

Como a decisão recorrida, escorada na Súmula 21-STJ, recusa a alegação de excesso de prazo apenas quanto à conclusão da instrução criminal - e foi este fundamento legal do pedido originário -, nego provimento ao recurso.

Resta, ainda bem, um porém.

É que considerando que a privação da liberdade por mais um ano, a título de prisão provisória, fere o direito de todo ser humano a ser julgado por Tribunal estatal num prazo razoável, consignado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7, item 5, a qual, adotada pelo Brasil vigora no direito interno com força de lei federal; considerando que o ora paciente está preso há quase dois anos sem data marcada para julgamento; entendendo que isto também é excesso de prazo configurador de constrangimento ilegal reparável por habeas corpus, *concedo o* habeas corpus ex officio *para determinar a imediata soltura do Réu ora paciente a fim de que aguarde o julgamento em liberdade*".

Pelo que, conheço parcialmente da impetração e, nesta parte, indefiro o pedido.

Ante a constatação de que, após a pronúncia, os acusados se encontram sob custódia há mais de dois anos aguardando a realização do Júri, apresenta-se manifesto o constrangimento ilegal, razão pela qual concedo ordem de *habeas corpus ex officio*, para determinar a imediata soltura dos pacientes, a fim de que aguardem o julgamento em liberdade.

É o voto.

VOTO-VISTA (em mesa)

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca - Relembro que, no recente caso do crime dos índios Pataxós, os réus estavam presos há mais de quatro anos, e este Tribunal não entendeu excesso de prazo em virtude da complexidade dos fatos.

Sr. Presidente, sob esses fundamentos e com essas considerações, pedindo vênia ao eminente Ministro Edson Vidigal, denego a ordem.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, conheceu parcialmente da impetração e, nessa parte, a indeferiu, concedendo a ordem de ofício, para determinar a imediata soltura dos pacientes, a fim de que aguardem o julgamento em liberdade".

Os Srs. Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro José Arnaldo.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2001. - *Júnia Oliveira C. Rosa Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 11.03.2002.)

-:::-

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA (ARTS. 496, VIII, E 546, I, CPC) - DANO AO ERÁRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - LEIS Nºs 7.347/85 E 8.078/90 (ART. 1º)

- 1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público a promover ação civil pública, objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos. A legislação ordinária de regência filiou-se a essa ordem constitucional.

- 2. Precedentes jurisprudenciais.

- 3. Embargos acolhidos.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 77.064-MG - Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA

Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Márcio Gonzaga Dias de Oliveira. Advogados: Mauro Jorge de Paula Bomfim e outros. Interessado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. "A Seção, por unanimidade, recebeu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator". Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Franciulli Netto, Laurita Vaz, Garcia Vieira, Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Paulo Medina.

Brasília-DF, 29 de novembro de 2001 (data do julgamento). - *Ministra Eliana Calmon* - Presidente. - *Ministro Milton Luiz Pereira* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator) - A parte interessada apresentou embargos de divergência em face do acórdão exarado pela Segunda Turma desta Corte no Recurso Especial nº 77.064-MG, Relator o Ministro Hélio Mosimann, cuja ementa está assentada nos seguintes termos:

"*Recurso especial - Ação civil pública - Danos causados ao erário municipal - Ilegitimidade do Ministério Público - Matéria constitucional a ser apreciada em recurso extraordinário - Não-conhecimento do recurso especial. - Faltando ao Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública, a fim de pleitear o ressarcimento de eventuais danos ao Município, não se conhece do recurso extremo no âmbito desta Corte, cabendo ao colendo Supremo Tribunal Federal dirimir a controvérsia na esfera constitucional*" - REsp nº 77.064-MG, Rel. Min. Hélio Mosimann, Segunda Turma, in *DJU* de 04.10.99 (fl. 464).

O Embargante apresenta como divergentes arestos, cujas ementas estão assim consubstanciadas:

"*Ação civil pública - Ressarcimento ao erário - Ministério Público - Legitimidade. - Tem o Ministério Público Federal legitimidade para propor ação civil pública, visando ao ressarcimento de dano ao erário. Recurso provido*" (REsp 157.371-MG - Primeira Turma - fl. 488).

"*Processual - Ação civil pública - Defesa do patrimônio estatal - Legitimidade do Ministério Público. - O Ministério Público está legitimado para exercer ação civil pública, em defesa do patrimônio público (Lei 7.347/1985, art. 1º, IV)*" (REsp 107.384-RS - Primeira Turma - fl. 495).

As razões apresentadas pelo Embargante para reforma e modificação do julgado foram assim sintetizadas:

"*A divergência está estabelecida entre acórdãos da Primeira e Segunda Turma sobre o tema. Os acórdãos paradigmas pugnam pela legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da Ação Civil Pública, enquanto que o acórdão objurgado pugna pela sua ilegitimidade.*

Dentro da hermenêutica constitucional, não se pode dar interpretação restritiva aos casos onde o Ministério Público atua em defesa dos interesses difusos e coletivos.

Dano ao erário público é um interesse pertinente ao patrimônio social e está sob o amparo do art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85 (com nova redação). Contraria frontalmente este dispositivo decisão que entender ser ilegítima a atuação do MP na defesa desses interesses".

(Omissis)

"*O Código de Defesa do Consumidor fez incluir no artigo 1º da Lei nº 7.347/85 o inciso IV, por força do art. 110 a competência do Ministério Público na defesa dos interesses difusos e coletivos para além daquelas destinadas a defesa do patrimônio público e social.*

A expressão 'patrimônio público' abarca o conjunto de bens de qualquer espécie pertencentes aos entes estatais, levando-se em conta a relevância econômica e monetária, e de outros bens e direitos espiritualmente valiosos, que atinjam o interesse da comunidade administrada.

Não se pode dissociar o interesse do patrimônio público do da moralidade administrativa do Município (ou de qualquer outro órgão da Administração Pública) fora do alcance da Lei nº 7.347/85.

A ação ministerial é legitimada inclusive com fundamento no art. 25, IV, letra b, *da Lei nº 8.625/93, que reza que além das funções constitucionais e das estabelecidas na própria lei orgânica e de outras leis especiais, incumbe ao MP promover o inquérito civil e a ação civil pública nos casos de anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais, ou de entidades privadas de que participem.*

O art. 1º da Lei nº 7.347/85 encontra-se recepcionado pelo art. 129, III, da CF/88 e legitima a atuação do Ministério Público nos casos de defesa ao erário público" (fls. 471/477).

Não foi apresentada impugnação (certidão fls. 531-verso).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator) - Alinhados no relatório, os registros processuais anunciam que o v. acórdão embargado tem o seguinte resumo:

"*Recurso especial - Ação civil pública - Danos causados ao erário municipal - Ilegitimidade do Ministério Público - Matéria constitucional a ser apreciada em recurso extraordinário - Não-conhecimento do recurso especial. - Faltando ao Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública, a fim de pleitear o ressarcimento de eventuais danos ao Município, não se conhece do recurso extremo no âmbito desta Corte, cabendo ao colendo Supremo Tribunal Federal dirimir a controvérsia na esfera constitucional*" - REsp nº 77.064, Segunda Turma - Rel. Min. Hélio Mosimann - fl. 463.

A proposição recursal selecionou como paradigmas arestos, assim ementados:

"*Ação civil pública - Ressarcimento ao erário - Ministério Público - Legitimidade.*

- Tem o Ministério Público Federal legitimidade para propor ação civil pública, visando ao ressarcimento de dano ao erário.

- Recurso provido" (REsp 157.371-MG - Primeira Turma - Relator Ministro Garcia Vieira - fl. 488).

"*Processual - Ação civil pública - Defesa do patrimônio estatal - Legitimidade do Ministério Público. - O Ministério Público está legitimado para exercer ação civil pública, em defesa do patrimônio público (Lei nº 7.347/1985, art. 1º, IV)*" - REsp 107.384-RS - Primeira Turma - Relator para o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros - fl. 495).

Na lida de suscitada divergência, inicialmente comporta fincar o juízo definitivo sobre a admissibilidade, ou não, portal necessário para o conhecimento. Com esse intuito, toma vulto observar que, não obstante, no seu voto-vista o Senhor Ministro Adhemar Maciel tinha sustentado o "não conhecimento" por tratar-se de "questão constitucional" (fls. 459 e 460), na verdade, o merecimento foi examinado pelo voto-condutor do julgado, proferido pelo eminente Relator (fls. 456 a 458). Desse modo, conquanto também concluindo "pelo não conhecimento", essa proclamação teve sede em aspecto de técnica processual e não do conteúdo que, apreciando o mérito das prédicas recursais, manteve o ferretado aresto constituído pelo egrégio Tribunal de Justiça *a quo*, confirmando a "ilegitimidade do Ministério Público" para propor a ação civil pública comentada.

Assim foi proclamado o resultado (fls. 462).

À sua vez, tratando do mesmo assunto os acórdãos paradigmas definiram a "legitimidade do Ministério Público".

Nesse contexto, feito o cotejo, evidencia-se que os arestos ofereceram soluções diferentes para a mesma questão jurídica, consubstanciando a divergência. Assim sendo, e assim é, fixando juízo definitivo de admissibilidade, os embargos merecem conhecimento.

Favorecido o exame, outra vez, exalta-se que a divergência tem sede na legitimação ou não, do Ministério Público Federal para propor Ação Civil Pública, cônsono as disposições da Lei 7.347/85, modificada pela Lei 8.078/90 (art. 1º), decorrente de danos ao erário municipal.

Nesse eito, servindo como espelhos os julgados confrontados, a questão ensejou acesos debates. Todavia, andante a construção jurisprudencial estadeou composição uniformizadora, ficando edificada a *legitimação ativa* do Ministério Público, a respeito, consolidada por esta egrégia Primeira Seção no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 107.384-RS, relatado pela eminente Ministra Eliana Calmon, exaurientemente fundamentado; textualmente:

"*(...)*

A divergência apontada pelo recorrente está em ter decidido a Primeira Turma pela legitimidade do Ministério Público *na defesa do patrimônio público, sem restrições, enquanto a Segunda Turma restringe a atuação do* Parquet, *retirando do mesmo a legitimidade para ação civil pública, que vise ressarcimento de danos ao erário.*

Em favor da tese da Primeira Turma, sem o respaldo do inciso V, do art. 1º, porque posterior, colho os precedentes seguintes:

'Processual - Agravo regimental - Ação civil pública - Defesa do patrimônio estatal - Legitimidade do Ministério Público - Precedentes do STJ.

- I - O Ministério Público está legitimado para exercer ação civil pública, em defesa do patrimônio público (Lei nº 7.347/1985, art. 1º, IV).

- II - Não se admite recurso especial que enfrenta acórdão que decidiu em sintonia com a jurisprudência do STJ.

- III - Impõe-se ao Relator, negar seguimento a recurso manifestamente incabível (RISTJ, *art. 34, XVIII)' (AGREsp nº 176.036-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros,* DJ *de 14.12.98).*

'Ação civil pública - Atos de improbidade administrativa - Defesa do patrimônio público - Legitimação ativa do Ministério Público - Constituição Federal, arts. 127 e 129, III, Lei 7.347/85 (arts. 1º, IV, 3º, II, e 13) - Lei 8.429/92 (art. 17) - Lei 8.625/93 (arts. 25 e 26).

- 1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa dos interesses coletivos.

- 2. Precedentes jurisprudenciais.

- 3. Recurso não provido' (REsp nº 154.128-SC, Relator p/acórdão Min. Milton Luiz Pereira, DJ *de 18.12.98).*

'Processual Civil - Ação civil pública - Ressarcimento ao erário público - Ministério Público - Legitimidade.

- O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação civil pública visando o ressarcimento de danos causados ao patrimônio público por prefeito municipal.

- Precedentes do STJ.

- Recurso provido' (REsp nº 159.231-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ *de 03.05.99).*

'Ação civil pública - Legitimidade do Ministério Público - Ressarcimento de danos ao erário.

- É a ação civil pública via adequada para pleitear o ressarcimento de danos ao erário municipal e tem o Ministério Público legitimidade para propô-la.

- Recurso provido' (REsp nº 180.712-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ *de 03.05.99).*

A divergência na Primeira Turma restringia-se ao posicionamento do Ministro Demócrito Reinaldo.

A posição da Primeira Turma está em confronto com o entendimento da Segunda Turma que, de forma unânime, restringe a legitimidade do Ministério Público para a ação civil, quando se trata de ressarcimento ao erário.

O entendimento do Ministro Peçanha Martins é o de que a Lei nº 7.347/85 não contempla a hipótese de abrangência dada pela Primeira Turma, senão em nível constitucional, o que escapa ao âmbito do recurso especial. Daí o precedente que bem demonstra o pensamento divergente:

'Constitucional e Processual Civil - Recurso especial - Ação civil pública - Defesa do patrimônio público - Anulação de ato administrativo - Ressarcimento - CF, art. 129, III - Legitimidade do Ministério Público Estadual - Manifestação do Ministério Público Federal - Competência do Supremo Tribunal Federal - CF, art. 102, III - Precedentes.

- A legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública, objetivando a proteção do patrimônio público e social, é matéria de natureza constitucional que escapa ao âmbito de abrangência do recurso especial.

- Ressalva do ponto de vista do Relator.

- Recurso especial não conhecido' (REsp nº 99.966-MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ *de 30.11.98).*

Configurada está, portanto, a divergência, o que leva ao conhecimento dos presentes embargos.

Vencido o juízo de conhecimento, no mérito, entendo que o Ministério Público *estava autorizado a intentar ação civil pública mesmo antes da Lei nº 7.347/85 sofrer o acréscimo do inciso V dado pela Lei nº 8.884/94.*

Tal legitimidade, que, sem dúvida, tem respaldo constitucional (art. 129, III, CF/88), está explicitada em diploma infraconstitucional, a Lei nº 7.347/85, que no caput *do art. 1º, com a redação original nunca alterada, previa a adequabilidade da ação civil pública por danos patrimoniais, ao tempo em que o art. 5º da mesma lei outorga, de forma expressa, a legitimidade do* Parquet.

Com este entendimento, temos como de natureza infraconstitucional a outorga dada ao Ministério Público para, via ação civil pública, obter ressarcimento por dano ao erário, entendendo-se que se subsume na ação civil pública a ação popular, cujo escopo pode ser o mesmo, embora com legitimidades distintas".

Eis a ementa do julgado:

"*Processo Civil - Embargos de divergência - Ação civil pública - Legitimidade ativa do Ministério Público.*

- 1. A Lei nº 7.347/85 autoriza o Ministério Público a propor ação civil pública, quando houver dano ao erário.

- 2. Divergência de entendimento entre a Primeira e Segunda Turmas que autoriza o recurso.

- 3. Embargos de divergência rejeitados" (*in DJU* de 21.08.2000).

Sobre essas linhas, despicienda outra motivação, ficando incorporada como fonte do convencimento, *voto acolhendo os embargos*, via de conseqüência, prevalecendo a compreensão dos acórdãos paradigmas, em casos

tais, ditando a *legitimação ativa* do Ministério Público Federal para propor a referenciada ação civil pública.

É o voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, recebeu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Franciulli Netto, Laurita Vaz, Garcia Vieira, Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Paulo Medina.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 29 de novembro de 2001. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 11.03.2002.)

-:::-

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CDA - REQUISITOS ATENDIDOS - TAXA SELIC - APLICABILIDADE DE MULTA - REDUÇÃO - EMPRESA CONCORDATÁRIA - FALTA DE PROVA - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO EM PARTE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO INOCORRENTE - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC

- I. Não cabe conhecer do recurso especial, na parte referente à alegação de maltrato a dispositivos legais não debatidos no contexto do acórdão recorrido, nem no que diz respeito ao necessário reexame de matéria probatória.

- II. A partir do advento da Lei 9.250, de 1995, passou a ser legítima a aplicação da Taxa Selic no campo tributário. Precedentes jurisprudenciais.

- III. Opostos embargos de declaração, se o Tribunal *a quo* presta os devidos esclarecimentos sobre os principais pontos da questão posta em discussão, não há como divisar violação ao art. 535 do CPC. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido.

RECURSO ESPECIAL Nº 390.195-MG - Relator: Ministro GARCIA VIEIRA

Recorrente: Sodima Comércio e Indústria de Produtos Siderúrgicos S.A. Advogados: Ricardo Alves Moreira e outros. Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Procuradores: Antônio Carlos Diniz Murta e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília-DF, 26 de fevereiro de 2002 (data do julgamento). - *Ministro Francisco Falcão* - Presidente. - *Ministro Garcia Vieira* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator) - Sodima Comércio e Indústria de Produtos Siderúrgicos S.A. opôs embargos à execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, alegando, resumidamente: nulidade da CDA, por não haver indicação da forma de cálculo dos juros; inaplicabilidade da Taxa Selic e de multa em empresa concordatária; caráter confiscatório da multa imposta.

Julgados improcedentes os embargos, a embargante apelou, tendo a egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negado provimento ao recurso apelatório, em acórdão que restou assim ementado:

"*Tributário - CDA - Requisitos - Taxa Selic - Aplicação - Multa de revalidação - Redução - Aplicação de lei nova mais benéfica - Empresa em concordata - Falta de prova.*

- Não é nula a CDA que instrui a execução fiscal se dela constam todos os dados exigidos pela lei.

- É aplicável a Taxa Selic no campo tributário.

- Se a empresa não prova estar em concordata, prejudicada resta sua pretensão de que não lhe seja aplicada a multa de revalidação" (fl. 138).

Irresignada, a vencida opôs embargos de declaração, desacolhidos pela inexistência de omissão a ser suprida (fl. 158).

É contra tal decisão que se insurge a ora requerente pela via do

recurso especial fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, sobre alegar, preliminarmente, violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, e, no mérito, vulneração aos artigos 5º, inciso II, § 5º, da Lei 6.830/80; 161, § 1º, e 202 do Código Tributário Nacional; artigos 333, inciso I, 334, inciso III, e 535, II, do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial do aresto recorrido com julgados de outros tribunais (fls. 165/197).

Oferecidas contra-razões (fls. 238/244), o recurso foi admitido na origem (fls. 256/258), subindo os autos a esta instância.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator) - Conforme já antecipado no juízo prévio de admissibilidade, o apelo mostra-se inviável em alguns pontos abordados. De fato, não cabe conhecer do recurso, em parte. Primeiro, em relação à alegada violação aos artigos 333, I, 334, III, e 335, II, do CPC, porque não prequestionados (Súmulas 282 e 356 do STF). Depois, no que se refere à alegativa de nulidade da CDA, bem como no que tange ao descabimento da aplicação da multa à empresa concordatária, porque a egrégia Câmara Julgadora *a quo* decidiu com base na apreciação dos elementos probatórios do processo, e como é sabido, não cabe reexame de prova em sede de recurso especial (Súmula 07-STJ). Quanto a este aspecto, basta ver o voto condutor, no seguinte excerto:

"*Quanto à não aplicação de multa de revalidação, em execução fiscal, quando se tratar de empresa concordatária, tenho que é possível, em tese, pois, ainda que inaplicável à concordata a regra do inciso II do parágrafo único do art. 23 da Lei de Falências, é possível afastar-se a exigibilidade da multa fiscal com base no preceito do art. 112 do CTN, que determina seja dada à lei interpretação mais benéfica ao contribuinte, evitando-se que, com a cobrança da multa, haja efeitos nocivos à solvabilidade da empresa que já está concordatária.*

Nesse sentido vem entendendo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 177.827-SP, Rel. Min. José Delgado, DJ *de 01.07.99, p. 126; REsp nº 180.920-SP, Rel. Min. José Delgado,* DJ *de 24.05.99, p. 105; REsp nº 151.323-PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo,* DJ *de 17.05.99, p. 129).*

Na espécie, porém, a apelante não fez prova de que ainda esteja em regime de concordata, pois os documentos que juntou para tal fim não autorizam tal conclusão, uma vez que a sentença, cuja cópia se acha às fls. 30/32-TJ, data de 24.04.1996, ou seja, foi proferida há mais de dois anos, já tendo sido extrapolado, portanto, o prazo de encerramento da concordata" (141/142).

Ainda que assim não fosse, é de considerar que a jurisprudência mais recente desta Corte adotou novo posicionamento, diferente do entendimento mantido anteriormente, cristalizando tal orientação jurisprudencial na Súmula 250-STJ, segundo a qual "*é legítima a cobrança da multa fiscal de empresa em regime de concordata*".

Por último, quanto ao único fundamento reconhecido no juízo prévio de admissibilidade como suficiente para admitir o recurso, qual seja, a aplicação da Taxa Selic, também em relação a este ponto não cabe acolher a pretensão recursal, porquanto é manifestamente contrária à jurisprudência dominante nesta Corte, conforme, aliás, demonstrado no próprio acórdão vergastado, *verbis*:

"*É firme, também, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido da aplicação da Taxa Selic no campo tributário (REsp nº 171.470-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros,* DJ *de 02.08.99, p. 145; REsp nº 204.310-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira,* DJ *de 02.08.99, p. 157; REsp nº 202.176-PR, Rel. Min. José Delgado,* DJ *de 01.07.99, p. 138)*" (fl. 140).

De fato, são inúmeros os precedentes jurisprudenciais reconhecendo a legalidade da aplicação da Taxa Selic no campo tributário (Exp. REsp 332.612-PR, da minha relatoria, *DJ* de 19.11.2001).

Resta, finalmente, o exame da alegada violação ao art. 535, II, do CPC, por isso que, segundo sustenta a recorrente, o "*Sodalício* a quo *descurou de proceder a análise do feito nos exatos contornos em que requerido pelas partes, quedando-se omisso sobre alguns pontos de extremo relevo para o alcance de efetiva e desejada prestação jurisdicional*" (fl. 168).

Sob tal fundamento, embora deva ser conhecido o recurso, não cabe o pretenso provimento.

Na verdade, ao julgar os embargos declaratórios, a Câmara Julgadora *a quo* esclareceu, *in verbis*:

"*Primeiramente, o acórdão é de clareza meridiana ao afirmar que a aplicação da Taxa Selic pela Fazenda Estadual encontra amparo no disposto no art. 226 da Lei Estadual nº 6.763/75, bem como na Lei Federal nº 9.065/95.*

Quanto à alegação de que, ao contrário do afirmado no acórdão, fez a embargante prova de que estava em concordata, é de se considerar, primeiramente, que 'os embargos de declaração não constituem recurso idôneo para corrigir os fundamentos de uma decisão' (Bol. ASSP, 1.536/122, nota 6 de Theotonio Negrão ao art. 535 do CPC).

A par disso, a ora recorrente, se por um lado de fato alegou estar em regime de concordata, por outro lado não apresentou prova suficiente dessa sua alegação, o que poderia ter feito até mesmo juntando a certidão que apenas agora fez chegar aos autos.

Por fim, também improcede a alegação da embargante de que não houve manifestação acerca de suas

alegações de violação, por parte da decisão de primeiro grau, do disposto no art. 2º, § 5º, inciso II, e § 6º, LEF; artigos 112, inciso II, 161, § 1º, 202 e 203 do CTN; artigos 5º, inciso XXXV, 150, inciso IV, e 192, § 3º, da CF, pois o acórdão recorrido enfrentou todas as questões a que se referem citados dispositivos legais e constitucionais" (fls. 159/160).

É sabido que a jurisprudência deste STJ tem firmado reiterado entendimento no sentido de que, deixando o Tribunal local de apreciar questão relevante para o deslinde da questão, caberá a parte que se sentir prejudicada opor embargos de declaração para suprir a omissão. Nesta hipótese, se persistir a omissão, cumpre à parte vencida alegar violação ao artigo 535 do CPC, pela via do recurso especial.

Neste caso, contudo, resta claro que não se configurou tal situação. Opostos os embargos com o fito de suprir os pontos omissos, o Tribunal não persistiu na omissão, mas prestou fundados e cabíveis esclarecimentos.

Com estas considerações, conheço parcialmente do recurso, mas lhe nego provimento.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 26 de fevereiro de 2002. - *Maria do Socorro Melo* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 25.03.2002.)

-:::-

Supremo Tribunal Federal

HABEAS CORPUS - TRIBUNAL DO JÚRI - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE PROVA DA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NOS HOMICÍDIOS E DA ALEGADA NULIDADE DA QUESITAÇÃO PROPOSTA AOS JURADOS

- A alegação acerca da inexistência de prova suficiente da participação do paciente nos eventos criminosos apresenta-se inviável nos limites estreitos do *writ*, por demandar o reexame do conjunto probatório dos autos.

- Ausência de nulidade na quesitação, já que o quesito impugnado, se não recebeu redação exemplar, pelo menos guardou consonância com a pronúncia e com o libelo, não deixando dúvida de que se destinou a co-autor, e não a partícipe de menor importância nos homicídios.

- *Habeas corpus* indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 80.906/5-GO - Relator: Ministro ILMAR GALVÃO

Paciente: Márcio Gley Paim dos Santos. Impetrantes: João Carvalho de Matos e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, EM INDEFERIR O PEDIDO DE *HABEAS CORPUS*.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2001. - *Moreira Alves* - Presidente. - *Ilmar Galvão* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* requerido em favor de Márcio Gley Paim dos Santos, no qual se alega constrangimento ilegal atribuído ao Superior Tribunal de Justiça, que, ao

indeferir medida de mesma natureza, manteve decisão condenatória do paciente à pena de 48 anos de reclusão, por infração do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 69, ambos do Código Penal.

O aresto impugnado está assim ementado:

"*Processo Penal - Inexistência de provas - Nulidade na quesitação feita aos jurados - Não-apreciação de todas as teses defensivas - Inocorrência.*

- A simples alegação genérica de nulidade do decisum *condenatório em razão de fragilidade das provas e a conseqüente necessidade de se examinar todo o material cognitivo colhido durante toda a instrução criminal tornam inviável a pretensão do impetrante na via estreita escolhida.*

- No tocante à alegação de nulidade na quesitação feita aos jurados, não observo qualquer contradição ou erro. Os quesitos foram formulados em proposições simples e bem definidas, versando sobre o fato criminoso, as circunstâncias que o cercaram, bem como sobre a tese sustentada pela defesa.

- Outrossim, como salientado pelo v. acórdão guerreado, 'a ata de julgamento não registra argüições de nulidade pelas partes, tendo estas, pelo visto, concordado com os atos processuais realizados, inclusive a quesitação apresentada ao Conselho de Sentença'.

- Por fim, no que tange à alegação de que não foram apreciadas as teses defensivas, observa-se, pela leitura do acórdão que o Tribunal a quo *examinou todas as questões suscitadas pelo ora impetrante. Como precisamente salientado pela douta Subprocuradoria-Geral da República, fundamentou todas as teses levantadas 'demonstrando, com as provas dos autos, que os elementos colhidos incriminam o apelante e revelam sua participação consciente e efetiva nos delitos'.*

- Ordem denegada".

No presente *writ*, insistem os impetrantes na alegação de inexistência de provas quanto à participação do paciente nos eventos criminosos, bem como na nulidade da quesitação proposta aos jurados. Sustentam que, na data do crime, o réu estava de plantão em outra cidade, consoante se poderia aferir dos depoimentos acostados aos autos.

No que toca à nulidade dos quesitos, aduzem que, conquanto a denúncia e os laudos técnicos apontem outro co-réu como o responsável pelos disparos que levaram ao triplo homicídio, o paciente teria sido pronunciado como autor material do crime, e nesses termos foi formulada a quesitação. Com isso, não se teria avaliado a conduta do acusado nos termos de sua culpabilidade.

Pedem, assim, a concessão da ordem para que seja declarado nulo o julgamento quanto ao paciente.

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer de lavra do Dr. Edson Oliveira de Almeida, opinou pelo indeferimento.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator) - O ilustrado parecer da douta Procuradoria-Geral da República, para opinar pelo indeferimento do pedido, assim argumentou (fls. 154/158):

"*(...)*

A impetração pretende tornar insubsistente o julgamento do Tribunal do Júri, seja pela inexistência de prova para a condenação, seja pela nulidade da quesitação.

Segundo a impetração, que se reporta aos depoimentos de testemunhas arroladas pela defesa, o paciente não participou dos crimes porque, nesse dia, estava de plantão em outra cidade. Entretanto, mesmo que esses depoimentos, cuja credibilidade é contestada, sejam levados em consideração, o certo é que os jurados optaram, também com apoio na prova dos autos, pela versão contrária. É o quanto basta para descartar a pretensão da impetração que, em última análise, busca invalidar a soberana opção dos jurados por uma das versões existentes. Não é demasia lembrar que se trata de processo submetido ao Tribunal do Júri, onde vigora o sistema da íntima convicção, *segundo o qual os jurados decidem* ex informata conscientia *(HC nº 68.047-MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence,* RTJ, *132(1)/307, abr. 1990), sem necessidade de fundamentação: 'a sentença baseia-se na certeza moral do juiz' (Hélio Tornaghi,* Código de Processo Penal, *7ª ed. São Paulo, Saraiva, 1990, v. I, p. 274). Assim, como observado por Nelson Hungria, citada por Espínola Filho, o júri, 'não pode condenar ou absolver, desde que não há nenhum apoio na prova, mas dentro dos autos tem liberdade de julgar' (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, *6ª ed., v. VI, p. 137, nota).*

*Por outro lado, a redação do terceiro quesito de todas as séries, muito embora não tenha sido das melhores, não chegou a causar nulidade. Em plenário a defesa sustentou a tese da negativa da autoria. Após o 1º quesito (sobre a materialidade e a autoria não individualizada) e 2º (sobre o nexo entre as lesões e a morte), foi formulado o 3º quesito, versando sobre a individualização da conduta do paciente. A redação deste último quesito, ainda que criticável, não invalida a conclusão de que os jurados negaram a tese da negativa da autoria e, indiscutivelmente, aceitaram a co-autoria. Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal 'somente é de reconhecer-se nulidade do julgamento do Tribunal do Júri, por vício dos quesitos, quando estes não permitam se conheça a vontade dos jurados' (*HC *nº 56.972-MT, Rel. Min. Soares Muñoz,* RTJ, *96(2)/590, maio 1981).*

Isso posto, opino pelo indeferimento da ordem".

Trata-se de manifestação incensurável.

Com efeito, a alegação acerca da inexistência de prova suficiente quanto à participação do paciente nos eventos criminosos demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, o que é vedado na via estreita do *writ*, conforme a remansosa jurisprudência desta Corte.

No que toca ao segundo fundamento da impetração, o quesito impugnado - cuja redação é a mesma para as três séries, relativas às respectivas vítimas - é do seguinte teor (fls. 36/39):

"*O réu Márcio Gley Paim dos Santos foi quem produziu essas lesões ou alguma delas?*"

Consoante consignou o parecer transcrito, eventual falha na redação do quesito não impediu que o Tribunal do Júri expressasse sua vontade no sentido de negar, em relação ao paciente, a tese da negativa de autoria, adotando a da co-autoria.

Essa conclusão se evidencia quando se faz a leitura dos quesitos formulados no julgamento do co-réu, João José da Silva, no qual se lhe atribui expressamente a autoria material dos disparos, quesitos estes respondidos afirmativamente por sete votos a zero. Leia-se (fls. 54/56):

"*Primeira série*

1º - O réu João José da Silva, na manhã do dia 06 de dezembro de 1997, por vota das 8h00, no estabelecimento comercial denominado 'Dumont Veículos', situado à Praça do Avião, Setor Aeroporto, nesta Capital, juntamente com terceira pessoa, fazendo uso de uma pistola 7,65mm, desferiu tiros contra a vítima Ricardo Arthur Miranda Machado, produzindo-lhe lesões corporais descritas no laudo cadavérico de fls. 101/109 dos autos?

(...)

Segunda série

1º - O réu João José da Silva, na manhã do dia 06 de dezembro de 1997, por vota das 8h00, no estabelecimento comercial denominado 'Dumont Veículos', situado à Praça do Avião, Setor Aeroporto, nesta Capital, juntamente com terceira pessoa, fazendo uso de uma pistola 7,65mm, desferiu tiros contra a vítima Numas Figueredo Neto, produzindo-lhe lesões corporais descritas no laudo de fls. 112/121 dos autos?

(...)

Terceira série

1º - O réu João José da Silva, na manhã do dia 06 de dezembro de 1997, por vota das 8h00, no estabelecimento comercial denominado 'Dumont Veículos', situado à Praça do Avião, Setor Aeroporto, nesta Capital, juntamente com terceira pessoa, fazendo uso de uma pistola 7,65mm, desferiu tiros contra a vítima Wellington Luiz Belle Figueredo, produzindo-lhe lesões corporais descritas no laudo de fls. 122/129 dos autos?".

Por outro lado, a sentença lavrada pela Juíza-Presidente do Tribunal do Júri afasta qualquer dúvida que porventura houvesse quanto à condenação do paciente pela co-autoria, e não pela autoria material dos disparos. É o que se depreende do seguinte trecho, *verbis*:

"*(...) Do resultado da votação das três séries de quesitos, ficou demonstrado que o Conselho de Sentença entendeu que o réu foi co-responsável nos homicídios qualificados perpetrados contra as vítimas Ricardo Arthur Miranda Machado, Numas Figueredo Neto e Wellington Luiz Belle Figueredo (fls. 43)*".

Com essas considerações, com o parecer, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO

Proposta de diligência

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Sr. Presidente, cuida-se de caso em que se discute a validade do quesito, no qual - acusado de participação em homicídios dos quais seria autor material o co-réu - se indagara do Júri se o paciente fizera os disparos dos quais resultou a morte da vítima.

Pedi vista dos autos depois do voto do eminente Relator, Ministro Ilmar Galvão, que indefere a ordem.

Para a minha convicção, solicito à Turma a conversão do julgamento em diligência para a requisição dos autos do processo principal.

VOTO

Sobre diligência

O Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator) - Por sugestão do em. Min. Sepúlveda Pertence, acolhida por este Relator, a Turma converteu o julgamento em diligência para a requisição dos autos da ação penal, na qual o paciente e outro co-réu foram denunciados por infração do art. 121, § 2º., incs. I e IV, c/c o art. 69, ambos do CP.

A conversão foi proposta para que melhor se examinasse o segundo fundamento da impetração, relativo à alegada nulidade da quesitação proposta aos jurados, visto que, embora a denúncia e os laudos técnicos atribuíssem ao co-réu a responsabilidade pelos disparos que levaram ao triplo homicídio, o paciente teria sido pronunciado como autor material do crime, e nesses termos foram formulados os quesitos impugnados.

Da leitura da denúncia, verifica-se que o Ministério Público, conquanto mencione o "auxílio" de Márcio Gley nos eventos criminosos, atribui a ele e ao co-réu, João José, a execução das vítimas. Leia-se da inicial acusatória (fls. 27/31):

"*(...)*

Na manhã de 06 de dezembro de 1997, por volta das 08:00 horas, nas dependências da empresa Dumont Veículos, sediada na Praça do Avião, Setor Aeroporto, nesta Capital, o denunciado João José da Silva, fazendo

uso de pistola calibre 7,65 mm, com silenciador, Termo de Depósito de fls. 603, e contando com o auxilio do segundo denunciado, Márcio Gley Paim dos Santos, mediante acordo de vontade e unidade de desígnios desferiu tiros contra as vítimas Ricardo Arthur Miranda Machado, Numas Figueiredo Neto e Wellington Luiz Belle Figueiredo, produzindo-lhes as lesões descritas na prova técnica de fls. 218/231, matando-as.

(...)

No dia do fato, por volta das 08:00 horas da manhã, os denunciados dirigiram-se até a empresa Dumont Veículos, de propriedade das vítimas onde Ricardo Arthur Miranda Machado já se encontrava trabalhando.

Os denunciados, percebendo que a referida vítima encontrava-se sozinha, surpreenderam a mesma e algemaram-na. No momento em que estavam se preparando para retirá-la do escritório, levando a mesma como refém, os denunciados perceberam a chegada dos dois sócios de Ricardo, as vítimas Numas Figueiredo Neto e Wellington Luiz Belle Figueiredo. Ante a impossibilidade de colocar em prática o seqüestro planejado, os denunciados executaram as três vítimas friamente, evadindo-se do local. Durante a fuga, lembraram-se de voltar à empresa para 'apagar' as impressões digitais que possivelmente teriam sido deixadas no local.

(...)

Com essa censurável conduta incorreram João José da Silva e Márcio Gley Paim dos Santos nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I e IV (por três vezes), c/c o artigo 69, ambos do Código Penal Brasileiro...".

Em suas alegações finais, o representante do *Parquet* afirmou, inicialmente, que (fls. 120):

"*... os tiros que acabaram por determinar a morte das vítimas foram desferidos pelo primeiro denunciado, ... sendo que aquele contou com o fundamental auxilio do segundo denunciado para perpetrar o triplo assassinato*".

Contudo, posteriormente, deu a entender que o ora paciente não seria simples partícipe, mas co-autor dos homicídios, quando, na mesma peça, aduziu:

"*(...)*

Das provas constantes dos autos. Existência dos crimes comprovada. Presença de indícios suficientes acerca de ser o acusado um de seus autores.

(...)

Assim sendo, cumpre-nos, no caso concreto em pauta, analisar e concluir acerca da efetiva existência dos crimes de homicídio e também da presença de indícios suficientes que indiquem o acusado como sendo um dos autores dos delitos.

(...)

Se a existência dos crimes está sobeja e inquestionavelmente comprovada nos autos, a atenção há que ser voltada para o outro requisito necessário à pronúncia do acusado Márcio Gley, qual seja a ocorrência de indícios suficientes dando conta de ser ele um dos autores do triplo homicídio.

Antes, porém, cumpre considerar que a lei não exige, como requisito da pronúncia, prova plena, robusta, estreme de qualquer dúvida, acerca da autoria, contentando-se com a existência de 'indícios suficientes'. Assim, nesta primeira fase do procedimento escalonado dos processos submetidos à competência do Tribunal do Júri, basta apenas e tão-somente a existência de indícios, pois a definitiva apreciação sobre a prova acerca da autoria do delito é tarefa exclusiva do Tribunal Popular, isso por expressa determinação constitucional.

(...)

Na hipótese versada nos autos e em relação ao acusado Márcio Gley, os indícios de sua efetiva participação no triplo homicídio que chocou toda a população goiana, e que ficou conhecido como a 'A Chacina da Praça do Avião', são mais que veementes.

(...)

É patente, pelas circunstâncias em que ocorreram os crimes, a quase nenhuma possibilidade dos mesmos terem sido praticados por uma só pessoa. Na verdade, todos os indícios levam à conclusão de que João José não agiu sozinho e de que contou coma a efetiva e decisiva colaboração de seu antigo amigo e companheiro Márcio Gley.

(...)

Também há que ser levado em conta, na apreciação sobre se os crimes foram ou não praticados por uma só pessoa, aquilo que normal e na maioria das vezes ocorre em se tratando do crime de extorsão mediante seqüestro. Com efeito, na quase totalidade de delitos de tal naipe, ante a complexidade e a variedade de tarefas delituosas que o mesmo requer para sua consumação, a execução é operada por mais de uma pessoa, quando não por um verdadeiro bando. Assim, seria no mínimo anormal, incomum, raro mesmo, se a tentativa de seqüestro e o posterior triplo homicídio tivessem sido praticados por uma única pessoa.

Outro fato que também merece ser considerado para o desate de tal questão é a reveladora observação feita pela Autoridade Policial na peça em que representou perante a Autoridade Judiciária pela prisão temporária dos denunciados, inserta às fls. 281 a 287. Transcreve-se:

'Durante a materialização do interrogatório de Márcio Gley Paim dos Santos, observamos que o mesmo meditava cuidadosamente a responder nossas perguntas, apresentava nervosismo excessivo, mudança constante de expressão facial e não raro, quando narrava a ação de João José da Silva

na execução das vítimas, se colocar (colocava) como presente estivesse no palco do crime e em seguida retificava esses deslizes, como por exemplo: 'quando João ia sair com Ricardo já algemado, ouvi patido (batido) de porta de carro e olhei pelo vitrô'.

Trata-se, indiscutivelmente, de valorosíssima observação, verdadeiro indício que aponta o acusado Márcio Gley como um dos autores dos crimes, e mais, indício advindo dele próprio, em momento no qual foi traído por suas próprias palavras, revelando ele mesmo a real verdade dos fatos.

(...)

Desta forma, mesmo que se admita, ad argumentandum tantum, *a existência de dúvida acerca de ser o acusado Márcio um dos autores dos crimes da Praça do Avião, ainda assim há de ser o mesmo pronunciado, tendo em vista que nesta fase, conforme visto, toda e qualquer dúvida se resolve em favor da sociedade e da constitucional competência do Tribunal do Júri, Juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.*

(...)

Ante todo o exposto, provada a existência dos crimes e a ocorrência de indícios mais que suficientes que apontam o acusado Márcio Gley Paim dos Santos como um dos autores do triplo assassinato, e estando também provada a ocorrência das circunstâncias qualificadores, pugna o Ministério Público do Estado de Goiás seja o acusado já nominado pronunciado para ser julgado pelo Egrégio Tribunal do Júri desta Comarca, como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I e IV c/c o artigo 69, ambos do Código Penal Brasileiro".

Nesse sentido foi a sentença de pronúncia, da qual se extraem os seguintes trechos:

"*Nesta oportunidade, analisa-se, somente, a conduta do acusado Márcio Gley, que se encontra preso, prosseguindo-se, posteriormente, o processo em relação ao também acusado, João José da Silva, atualmente foragido.*

Para a decisão intermediária da pronúncia, bastam a prova da materialidade do fato e, pelo menos, indícios da autoria.

No que se refere à materialidade, desnecessária qualquer discussão.

Os três fatos estão comprovados nos Laudos de Exames Cadavéricos de fls. 92 a 103; 104 a 112 e 113 a 121, dos autos.

Sendo, pois, inquestionável a questão da materialidade, mister se faz, então, a análise da responsabilidade do acusado Márcio Gley, no triplo homicídio.

(...)

Embora Márcio Gley atribua a responsabilidade, tanto da tentativa frustrada do seqüestro quanto dos homicídios, unicamente, ao acusado João José, não há como dar-lhe crédito.

(...)

Todo o conjunto probatório conduz ao convencimento de que o acusado Márcio Gley dos Santos foi um dos co-autores dos homicídios das vítimas.

(...)

Isto posto, e por tudo mais que dos autos consta, pronuncio o acusado Márcio Gley Paim dos Santos, por três vezes, nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV (última parte), combinado com o art. 29, todos do Código Penal, sujeitando-o a julgamento pelo Tribunal do Júri".

O libelo acusatório, por sua vez, está assim redigido (fls. 32/65):

"*(...)*

1ª série

Provará *que no dia 06 de dezembro de 1997, por volta das 08:00 horas, nas dependências da Empresa 'Dumont Veículos', localizada na Praça do Avião, Setor Aeroporto, nesta Capital, Márcio Gley Paim dos Santos, juntamente com terceira pessoa, fazendo uso de um revólver, disparou dois tiros na cabeça da vítima Ricardo Arthur Miranda Machado, produzindo-lhe as lesões descritas no laudo de fls. 92* usque *103.*

Provará *que o réu agiu por motivo torpe, uma vez que ao executar a vítima Ricardo Arthur não tinha sua própria motivação, todavia, conhecia a terceira pessoa e assumiu-a.*

Provará *que o réu usou de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, posto que esta se encontrava algemada, com as mãos para trás quando foi alvejada.*

Provará *que o réu de qualquer modo concorreu para o crime*".

Os mesmos quesitos se repetem para as outras duas séries, alterando, apenas, o nome das vítimas e as folhas referentes aos respectivos laudos.

Contrariando o libelo, a defesa de Márcio Gley aduz (fls. 1.001/1.002):

"*Contrariando o libelo acusatório de fls. 986/988, diz o réu, Márcio Gley Paim dos Santos, qualificado às fls. 03, por esta e melhor forma de Direito, o seguinte:*

E.S.N.

Provará que não teve nenhuma participação, nem mesmo com terceira pessoa, na prática dos crimes constantes da denúncia.

Provará que não fez uso de revólver ou qualquer outra arma, para disparar tiros contra as pessoas das vítimas.

Provará que no dia e horário, em que se dizem ter ocorrido o fato delituoso, encontrava-se de serviço na cidade de Ceres-GO, distante aproximadamente 180 km do local do crime.

Provará que teve notícia do fato delituoso, através do Sr. João José da Silva, que lhe confessou ter sido o autor do triplice homicídio.

Provará que, sendo assim, nenhuma participação teve direta ou indiretamente nos delitos, razão pela qual não se lhe podem aplicar as sanções especificadas no Libelo.

Provará que, nestas condições, deve a presente contrariedade ser recebida, para, a final, ser julgada provada, a fim de que seja o réu absolvido, como expressão da mais reta Justiça.

Requer sejam ouvidas, em plenário, as testemunhas cujo rol vem apresentar abaixo, e que deverão ser intimadas na forma da lei.

Requer, ainda, juntada aos autos dos anexos documentos.

Pede deferimento".

Pelo que se depreende dos trechos transcritos, o paciente foi denunciado como co-autor dos homicídios e nessa condição pronunciado e libelado, tendo-se defendido dessa acusação, como se constata da contrariedade ao libelo.

Vê-se, portanto, que o paciente foi denunciado como co-autor dos homicídios e nessa condição pronunciado e libelado. Por isso mesmo, os quesitos, relativamente a cada vítima, foram assim propostos:

"*1º. No dia 6 de dezembro de 1997, por volta das 08:00 horas, nas dependências da Empresa 'Dumont Veículos', localizada na Praça do Avião, Setor Aeroporto, nesta Capital, foram produzidas na vítima... as lesões descritas no Laudo Cadavérico de fls. 92 a 103, dos autos?*

2º. Dessas lesões resultou a morte da vítima?

3º. O réu Márcio Gley Paim dos Santos foi quem produziu essas lesões ou alguma delas?".

O último quesito transcrito, conforme observou o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, se não recebeu redação exemplar, pelo menos guardou consonância com a pronúncia e com o libelo, não deixando dúvida de que se destinou a co-autor, e não a partícipe de menor importância nos homicídios.

Assim sendo, reitero o meu voto, que é pelo indeferimento do *habeas corpus*.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Após o voto do Ministro Ilmar Galvão, Relator, indeferindo o pedido de *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, 14.08.2001.

Decisão: A Turma, por proposta do Ministro Sepúlveda Pertence, acolhida pelo Relator, Ministro Ilmar Galvão, converteu o julgamento em diligência para requisição dos autos da ação penal. Unânime. Primeira Turma, 21.08.2001.

Decisão: a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Primeira Turma, 16.10.2001.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Ricardo Dias Duarte, p/ Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 14.12.2001.)

-:::-

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL - JURISDIÇÃO - COMPETÊNCIA

- Compete à Justiça Comum - e não à Militar - o processo e julgamento por crime de homicídio culposo, imputado a civil (militar da reserva), ainda que ocorrido em local sob administração militar e com vítima militar da ativa.

- Interpretação do art. 9º, II e III, do Código Penal Militar.

- Precedentes do STF.

- *Habeas corpus* deferido para anulação do processo - crime militar, desde a denúncia, inclusive, e remessa dos autos à Justiça Comum do Estado de Pernambuco.

- Decisão unânime.

HABEAS CORPUS Nº 81.161-2-PE - Relator: Ministro SYDNEY SANCHES

Paciente: Marlindo Mendes de Oliveira. Impetrantes: Carlos Alberto Gomes e outra. Coator: Superior Tribunal Militar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em

deferir o pedido de *habeas corpus*, após a retificação de voto do Relator.

Brasília (DF), 30 de outubro de 2001. - *Ministro Moreira Alves* - Presidente. - *Ministro Sydney Sanches* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sydney Sanches (Relator) - O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges, no parecer de fls. 83/84, assim se manifestou:

"*Sinopse: Impetração originária contra acórdão do e. Superior Tribunal Militar, mantenedor de decisão de Conselho de Justiça, onde o paciente teria sido condenado à pena de 1 ano de prisão. Constrangido ilegal inexistente - Exame de matéria fática - Competência - Parecer pelo indeferimento do* writ.

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator, trata-se habeas corpus, *impetrado em benefício de Marlindo Mendes de Oliveira, condenado a um ano de detenção pelo delito do art. 206 do CPM, na modalidade culposa.*

Narram os autos que o paciente teria provocado, por imprudência, a morte de um seu colega militar em razão de acidente de trânsito (colisão com trem de carga) ocorrido em área sujeita à administração militar.

No writ, *aponta o paciente para a necessidade de se examinar o tema à luz da teoria da culpabilidade e previsibilidade, pretendendo com isso sustentar a atipicidade delitiva do paciente e, conseqüentemente, anular o feito onde fora condenado.*

Sustenta, ainda, a incompetência da Justiça Militar para processá-lo, tendo em vista que a morte da vítima teria sido provocada pela colisão do veículo do paciente com um trem de carga que trafegava sobre trilhos da linha férrea, local esse que, conforme alega, não pertence à Marinha e nem é por ela administrado, mas à CBTU.

Não procede a impetração.

Inicialmente, como já prognosticado pelo impetrante, impende ressaltar que os temas relacionados às teorias jurídico-penais, como por exemplo culpabilidade, antijuridicidade ou mesmo reprovabilidade da conduta, não podem ser debatidos em sede de habeas corpus, *devido ao seu largo espectro, fato este que culminaria com a apreciação de matéria de fato, cujo exame, como se sabe, é vetado.*

Quanto ao tema competencial, melhor sorte não logra o paciente.

Já da decisão vergastada extrai-se a solução da controvérsia, uma vez a explicita indicação de que a via férrea a que se refere o paciente '... localiza-se dentro do aquartelamento, atravessando-o meridianamente, estando inserida dentro de área sujeita à administração militar' (fls. 36).

Ademais, tal como também especificado na decisão, tratou-se de delito 'cometido por militar da reserva, contra militar em situação de atividade, em local sujeito, por destinação legal, à administração militar' (fls. 36).

De par com as conclusões alcançadas, opina o Ministério Público Federal pelo indeferimento do writ".

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sydney Sanches (Relator) - 1. Assinalo, em primeiro lugar, que, na inicial, também se alegou a nulidade do processo e da condenação, por falta de prova pericial, quanto ao local do acidente.

Sucede que essa questão não foi suscitada, oportunamente, no processo, pelo paciente, nem mesmo ao ensejo da apelação e dos embargos infringentes, ficando, portanto, preclusa. Até porque não se tratava de prova essencial, indispensável, e poderia ser suprida, por outros elementos instrutórios, nos quais, aliás, se baseou a condenação, em primeiro e segundo graus.

2. A preliminar de incompetência da Justiça Militar foi repelida, por votação unânime, no acórdão da apelação, pelas razões seguintes (fls. 35/37):

"*A preliminar de incompetência da Justiça Militar da União, suscitada pela nobre Defesa, em sustentação oral, não merece ser acolhida pelos motivos que se alinham a seguir.*

1 - Exceção de Incompetência, fls. 293 e 294.

- Em data de 27.07.98, a defesa opôs exceção de incompetência da Justiça Militar da União, alegando que a faixa de terra onde ocorreu o fato sub judice *não está sob a Administração Militar.*

2 - Manifestação do MPM com referência à Exceção de Incompetência da Justiça Militar oposta pela Defesa, fls. 296 a 300.

- O r. do MPM, oficiando junto à Auditoria da 7ª CJM, a 29.07.98, pronunciou-se pela rejeição da exceção de incompetência da Justiça Militar da União, oposta pela Defesa, argumentando que:

a) a competência é determinada pelo lugar em que se desenvolveu a atividade criminosa, no todo ou em parte, bem como onde o resultado se produziu ou onde deveria produzir-se. E pergunta: se o denunciado houvesse obedecido às placas e às advertências existentes na via interna do Depósito Naval de Natal, como estava obrigado a fazê-lo, o acidente fatal teria ocorrido?

b) local sob Administração Militar é aquele necessário para que as Forças Armadas cumpram suas finalidades como quartéis, estabelecimentos de ensino militar, armazéns reembolsáveis, campos de prova ou treinamento, etc., e também os que, legalmente se encontrem sob a Administração das Forças Armadas;

c) a ferrovia localiza-se dentro do aquartelamento, atravessando-o meridianamente, estando inserida em área sujeita à Administração Militar. Os autos noticiam, inclusive, que as sirenes intermitentes da passagem de nível são acionadas por sentinelas da Organização Militar; e

d) tem-se um crime cometido por militar da reserva, contra militar em situação de atividade, em local sujeito por destinação legal, à Administração Militar.

3 - Decisão do CEJ/Mar, da auditoria da 7ª CJM sobre a Exceção de Incompetência, fls. 319 a 322.

- O Conselho Especial de Justiça, para a Marinha, da Auditoria da 7ª CJM, a 29.07.98, por unanimidade de votos, julgou improcedente a exceção oposta, para declarar e ratificar a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o denunciado.

4 - Requerimento da Defesa para que conste em ata sua intenção de não recorrer da Decisão que julgou improcedente a Exceção de Incompetência que opusera, fls. 314.

- Na 6ª Sessão, de 30.07.98, do CEJ/Mar, da Auditoria da 7ª CJM, a defesa requereu que constasse em ata, sua intenção de não recorrer da Decisão do Conselho sobre a Exceção de Incompetência da Justiça Militar da União, que opusera.

5 - Leitura, assinatura e publicação da Decisão do CEJ, fls. 328.

- A 03.08.98, foi procedida a leitura, assinatura e publicação da Decisão em que o Conselho manteve a competência da Justiça Militar da União, para processar e julgar o Feito. A Defesa se deu por intimada, conforme Ata de fls. 305. E o MPM ficou intimado.

Diante destas considerações e com base na fundamentação constante da Decisão do Conselho Especial de Justiça e na brilhante argumentação do douto e culto Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por unanimidade, não foi acolhida a preliminar argüida pela Defesa em Sustentação Oral".

3. Por isso, a ementa do aresto, nesse ponto, assim se expressou (fls. 31):

"*Homicídio culposo. - I - Preliminar de Incompetência da Justiça Militar da União para o Feito, suscitada pela Defesa em Sustentação Oral, rejeitada, por unanimidade, por retratarem os autos um ato ilícito cometido por militar da reserva, em lugar sujeito à Administração Militar, contra militar em situação de atividade, inteligência do art. 9º, III,* b, *do CPM.*"

4. Como se vê, a hipótese se enquadra no art. 9º, III, *b*, do Código Penal Militar, que considera crime militar o praticado, "*em lugar sujeito à Administração Militar contra militar em situação de atividade*".

5. No que concerne às alegações de falta de justa causa para a condenação, ou de atipicidade dos fatos em que se embasou, bastaria, para rejeitá-las, o enunciado da ementa do acórdão dos embargos infringentes, que os rejeitou (fls. 53):

"*Ementa: Acidente de trânsito - Homicídio culposo - Embargos opostos pela defesa - Rejeição.*

- A prova constante dos autos apresenta-se robusta no sentido de haver o embargante cometido o delito culposo em que restou condenado, sendo certo que o mesmo, não conduzindo-se de forma cautelosa na direção de seu veículo, cruzando, sem os devidos cuidados, linha férrea, possibilitou que uma locomotiva com este colidisse, atingindo mortalmente o passageiro que encontrava-se no assento do 'carona', restando caracterizada, a culpa stricto sensu *do embargante.*

- Embargos rejeitados. Decisão majoritária".

6. O aresto, aliás, assim se fundamentou (fls. 58/62):

"*Em suas razões de embargos, a Defesa sustentou que se não existe nos autos prova inequívoca da culpabilidade do embargante, não se pode afirmar categoricamente ter o mesmo agido com imperícia, imprudência ou negligência, elementos caracterizadores da culpa. Acrescentou, em favor do embargante, apenas, o entendimento do voto vencido do Ministro Marcus Herndl. Objetiva a absolvição por insuficiência de prova, nos termos do art. 439, alínea* e, *do CPPM.*

A própria sentença, que restou placitada pela maioria dos membros do Tribunal, ao fazer um cotejo da prova documental e oral, rechaçou a tese defensiva quanto à insuficiência probatória. A propósito, transcreve-se os seguintes trechos do citado decisum: *(fls. 754/764).*

'Suficientes para a constatação da materialidade e autoria dos crimes são os seguintes elementos de prova:

O Boletim de Ocorrência de Trânsito, presente às fls. 170/170-v. que assim descreve o acidente havido:

'No dia 08 de 05 de 98 às 18:00 horas, na Rua /Avenida Pátio Interno da BNN, próximo ao Cinema, verificou-se uma ocorrência de trânsito envolvendo o(s) veículo(s) citado(s) anteriormente, e para que se processem os efeitos legais cabíveis tenho a acrescentar que:

V-1 trafegava na área do dique para a sala de estado no pátio interno da Base Naval de Natal; V-2 trafegava no sentido Quintas/Ribeira.

O condutor do V-1 ao tentar cruzar a linha férrea, foi abalroado por V-2, tendo como conseqüência danos materiais no V-1 e pessoais nos seus ocupantes.

A ocorrência foi no dia 08.05 (sexta-feira) e registrada no dia 09/05/98 (sábado) a pedido do SubComandante da Base Naval de Natal.

O veículo permaneceu no local.

O trem não se encontrava no local no momento do registro da ocorrência.

Verifica-se que, de acordo com o Código de Trânsito Brasileiro, o condutor do V-1 infringiu os artigos 169 e 212' (sic).

O laudo de exame cadavérico de fls. 234/235, que atesta a morte do CP Frederico João Cavalcante de Oliveira e Silva, que conclui ter sido a causa determinante da morte uma 'hemorragia cerebral, devido a traumatismo crânio encefálico, devido a ação contundente', achando-se a certidão de óbito às fls. 181;

As palavras do próprio acusado, que quando de seu interrogatório de fls. 302/304 asseverou:

'... que, efetivamente, efetuou a parada obrigatória antes de transpor a linha férrea, esclarecendo que é uma parada compulsória, uma vez que existe uma lombada na cabeça da linha férrea, paralela a linha norte...'.

Não bastassem estes elementos a atestarem que a vítima morreu graças a desatenção do acusado ao proceder o cruzamento de uma linha férrea, tem-se uma forte prova testemunhal e fotografias diversas, a atestarem que no local do cruzamento existia uma lombada preventiva, a qual o acusado afirma ter passado, placa de advertência, sinais sonoros e luminosos. Por certo, poderia e deveria o acusado ter-se certificado da segurança na travessia da linha férrea, conduta esta, exigível a qualquer motorista habilitado.

Sem qualquer dúvida, impõe-se um decreto condenatório, não socorrendo o acusado, como pretende a defesa, em argumentando em sede de sustentações orais, o art. 90, do CBT, eis que, comprovadamente, era mais que suficiente a sinalização existente no cruzamento da linha férrea.

Áridas discussões sobre estar ou não o acusado embriagado no momento em que cometeu o delito, havidas nos presentes autos, nos parecem ter relevância apenas para efeito de dosimetria da pena, eis que, não se tratando de embriaguez pré-ordenada, observando-se o parágrafo único do art. 70, do CPM, nem tão pouco, sendo qualificativa para o delito culposo em questão, serve tal circunstância apenas para verificação do grau da culpa, nos moldes do prescrito no art. 69, do CPM.

A ingestão de bebida alcoólica pelo acusado é confirmada por este próprio em seu interrogatório e por diversos outros indícios e provas testemunhais existentes nos autos. Tal fato indicaria a aplicação de uma pena superior a mínima face ao grau da culpa, mas é imperativo verificar-se que a vítima era amiga do acusado há mais de quinze anos, sendo que os autos revelam a preocupação deste com a saúde do CF Frederico quando do acidente e a tristeza provocada por sua morte, havendo prova, trazida aos autos de forma indireta, que o acusado encontra-se até mesmo, sob tratamento psiquiátrico, com 'quadro depressivo persistente à medicação específica, persistindo lamúrias, labilidade emocional, com choro fácil, irritabilidade, e insônia', conforme atestado médico de fls. 741'.

Agora, ao analisarmos os embargos, considerando que os argumentos são basicamente os mesmos apresentados na apelação, já analisados exaustivamente pelo Tribunal, mais uma vez não merece prosperar a pretensão da defesa, eis que perduram, data venia, *os lúcidos fundamentos constantes do acórdão embargado, da lavra do Ministro Sampaio Maia, destacando-se as seguintes conclusões (fls. 835/854):*

'A defesa ancora-se na inexistência de cancela na passagem de nível na BNN, fazendo desta alegação seu ponto nuclear. Afirma que essa falta ocasionou o acidente com vítima fatal e responsabiliza a Administração Naval pela retirada da referida cancela.

Este argumento não merece prosperar porque:

a uma - a Administração Naval não está em julgamento neste Processo; e

a duas - se havia falta de um elemento de segurança para a travessia da passagem de nível (inexistência de cancela), intensificando o risco de acidente, o cuidado deveria ser redobrado ao ser usada tal passagem.

Demais disso, tanto a prova oral como a documental atestam que a passagem de nível estava bem sinalizada, sinalização essa em funcionamento na hora do acidente, como se demonstra a seguir.

Mn Roosevelt Lopes Cardoso de Souza, *fls. 32:*

- afirmou que as sinalizações sonora e luminosa estavam funcionando ao tempo dos fatos.

Ct Kylderi Araújo de Goes, *fls. 308 e 309:*

- declarou que escutou o apito do trem observando que a campainha fora acionada no posto oeste e, como era encarregado da Divisão de Segurança, aproximou-se da janela para olhar e viu a luz da sinalização funcionando; que logo após o taifeiro alertou que o trem havia batido em um carro.

Estas assertivas foram corroboradas pelos:

Ct Guilherme Caldas Alexandre, fls. 33;

Mn Ricardo Alexandre Nunes, fls. 39;

Sr. Raimundo Hediodoro da Rocha Bezerra funcionário da Companhia Brasileira de Trens Urbanos e maquinista do trem envolvido no acidente, fls. 49;

Sr. Josadac Bernardino de Oliveira, funcionário da CBTU, maquinista auxiliar do trem, que colheu o carro, fls. 57 e 375 a 376, destacando, à fls. 375, que 'viu que o militar que fica na guarita

daquela área acionou a sinalização visual e sonora, anunciando a chegada do trem aos possíveis motoristas que trafegam transpondo a linha férrea;'.

Os documentos de fls. 63 e 170, dão conta de que tudo estava funcionando normalmente - sinalização e o trem envolvido - atribuindo ao apelante a causação do resultado por desrespeito à sinalização.

As fotos demonstram - fls. 197/206 - que o trem não se deslocava em velocidade excessiva, em razão de seu peso; que o local era muito bem sinalizado, dispondo de sinalização gráfica, luminosa e sonora.

O Boletim de Ocorrência, datado de 08.05.98, da Gerência da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), fls. 63, diz que o trem, envolvido no acidente, atravessou a passagem de nível da BNN, próxima ao km 48, devidamente sinalizado às 17:53 horas. E que sucedeu que inesperadamente um veículo branco, modelo Vectra, atravessando a linha férrea, foi abalroado e jogado fora dos trilhos, sem que a tripulação pudesse evitar o acidente. Concluiu que houve desrespeito por parte do motorista do veículo da sinalização sonora e visual.

O próprio apelante confessa não ter ouvido a sinalização sonora, ou o apito do trem, fls. 178, o que indica a grande falta de atenção com que se houve.

Nem se diga desprovida de proteção a passagem de nível. Há provas suficientes de que dispunha de sinalização gráfica, sonora e luminosa.

Tudo isso leva à convicção que o contingente probatório não é frágil como se afirma; ao contrário, as provas são bastantes para legitimar a condenação.

Como se vê, o delito acha-se plenamente comprovado, sendo indiscutível a existência de prova da materialidade e da autoria do fato delituoso. Não incluindo qualquer circunstância que exclua a ilicitude ou a culpabilidade da conduta.

A culpa stricto sensu *do agente está perfeitamente delineada na conduta do apelante ao avançar imprudente e negligentemente sobre a passagem de nível existente na BNN, desobedecendo os sinais luminosos, sonoros e as placas de advertência, desprezando as cautelas e os cuidados a que estava obrigado, motivando, destarte, o choque entre seu veículo e o trem UTL - 10 CCM/CNL. Resultando dessa colisão o falecimento do CF Frederico José Cavalcanti de Oliveira e Silva.*

E, assim sendo, é de negar-se provimento ao apelo defensivo, mantendo-se a sentença recorrida'.

Ao contrário do alegado pela defesa, representada pelos ilustres advogados Carlos Alberto Gomes e Valéria da Silva Ramos, a prova constante dos autos apresenta-se robusta no sentido de haver o embargante cometido o delito culposo em que restou condenado, sendo certo que o mesmo, não conduzindo-se de forma cautelosa na direção de seu veículo, cruzando, sem os devidos cuidados, linha férrea, possibilitou que uma locomotiva com este colidisse, atingindo mortalmente o passageiro que encontrava-se no assento do carona, restando caracterizada a culpa stricto sensu.

Diante do exposto, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em rejeitar os embargos opostos pela Defesa do Capitão-de-Fragata da reserva remunerada Marlindo Mendes de Oliveira, mantendo integro o acórdão embargado.

Superior Tribunal Militar, em 12 de dezembro de 2000.

As.). Ten.-Brig.-do-Ar Sérgio Xavier Ferolla - Ministro-Presidente.

As.). Ministro Antônio Carlos de Nogueira - Revisor e Relator para o acórdão.

'Fui Presente'.

as.) Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz - Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado. Em 15.03.01".

7. E as provas, assim consideradas, no acórdão impugnado, não podem ser reinterpretadas por esta Corte, no âmbito estrito do *habeas corpus*.

8. Não evidenciada hipótese de constrangimento ilegal, acolho o parecer do Ministério Público Federal e indefiro o pedido.

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - O paciente, oficial da reserva remunerada da Marinha, foi condenado pela Justiça Militar a um ano de detenção por homicídio culposo.

Na volta de uma festividade em dependências da Marinha, quando levava à sua residência um militar da ativa daquela Força, teria ele provocado culposamente a colisão do seu automóvel com uma composição ferroviária, em local sujeito à administração militar, da qual resultou a morte do passageiro.

Discute-se a existência, no caso, de crime militar e conseqüentemente a competência da Justiça especial, afirmada pelo Superior Tribunal Militar.

No mesmo sentido, o voto do em. Relator, Ministro Sydney Sanches, fundado no art. 9º, III, *b*, do C. Penal Militar, que considera praticado contra as instituições militares o crime cometido por *"militar da reserva, ou reformado, ou por civil (...) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade"*.

Para S. Exa., é irrelevante que se cuide de crime culposo.

Diverso tem sido, no entanto, e de há muito, o entendimento do Supremo Tribunal.

Recordou a respeito o il. Célio Lobão Ferreira (*Direito Penal Militar*, 1975, p. 23):

"*Antes do atual Código, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de considerar como delito comum o crime culposo praticado por civil contra as instituições militares, conforme consta do voto vencedor do Ministro Orozimbo Nonato, proferido no* HC *nº 33.078: 'realmente, por mais de uma vez, tem o supremo Tribunal Federal decidido que os crimes culposos não podem ser tidos como crimes militares, quando praticados por civis, desde que lhes falta o ânimo hostil contra as instituições militares. Não se faz mister, agora, visar a questão do conceito de crime militar, senão realçar a incompatibilidade daquele ânimo com a ausência do dolo'.*

O acórdão acima referido tem a seguinte ementa:

'Não pode ser considerado militar o crime culposo praticado por civil'".

Publicou-o a *Revista Forense* 160/336.

Defendendo a subsistência do entendimento do STF sob o Código vigente, acentuou o autor:

"*Essa orientação passou a ser seguida pelo Superior Tribunal Militar: 'os crimes culposos praticados por civil contra administração militar são da competência da Justiça comum'. 'Lesões corporais culposas. Não compete à Justiça Militar processar e julgar civil que pratica crimes culposos contra militar, mesmo em serviço'. Outros acórdãos idênticos poderiam ser mencionados.*

Destoando desse entendimento, registramos decisão anterior às acima citadas: 'o civil que pratica crime, embora culposo em lugar sujeito à administração militar, contra militar em situação de atividade, responde no foro militar'. Entretanto, a decisão não passou em brancas nuvens. Votos vencidos sustentaram o ponto de vista dominante: 'tratando-se de crime culposo, não se há de entender possa ser considerado como perpetrado contra as instituições militares. O delito culposo não faz parte do conteúdo do art. 6º, III, letra b, *do CPM' (à época vigorava o CPM de 1944, por essa razão a referência ao art. 6º).*

A Exposição de Motivos do atual Código Penal Militar, como se fosse interpretação autêntica, enuncia: 'entretanto, não se faz distinção entre as modalidades dolosa e culposa de um crime, para a sua conceituação de crime militar ou comum. Nunca o elemento subjetivo importará, pelo reconhecimento da culpa em lugar do dolo, na descaracterização do crime militar'.

Ora, essa afirmativa não encontra apoio no próprio Código, que, na determinação do crime militar, manteve inalterados os mesmos princípios do Código de 1944, sob cuja égide ficou assentada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anteriormente mencionada. Por outro lado, a Exposição de Motivos não justifica, doutrinariamente, a posição defendida.

Por essa razão, continuaremos fiéis à orientação anterior no sentido de não considerar, como militares, os crimes culposos praticados pelo civil, contra as instituições militares, porquanto inexiste o ânimo, a vontade livre, orientada no sentido de atentar contra as instituições militares.

Esse ponto de vista foi por nós defendido ao rejeitar denúncia apresentada, no processo nº 110, na auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar: 'a jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive do Egrégio Superior Tribunal Militar, é unânime em proclamar que o delito culposo, praticado por civil contra militar, não se caracteriza como crime militar e simples frase de Exposição de Motivos não pode alterar esse entendimento'.

Interposto recurso em sentido estrito (art. 516, letra e, *do CPPM), a Procuradoria-Geral da Justiça Militar opinou pela rejeição do recurso. O superior Tribunal Militar, pelo voto de desempate do Ministro-Presidente, manteve a decisão recorrida, continuando fiel à jurisprudência anteriormente firmada*".

Volta a questão ao Supremo Tribunal com a decisão unânime do Plenário no CC nº 7.040, 26.09.96 (*DJ* 22.11.98).

O acórdão da lavra do em. Ministro Carlos Velloso tem esta ementa:

"*Constitucional - Penal militar - Crime culposo decorrente de acidente de trânsito praticado contra militar em manobra - Inocorrência de crime militar - Competência do Juízo Criminal Comum - CPM, art. 9º, III,* c.

- I - O crime que enseja a competência da Justiça Militar, praticado por civil contra militar na situação inscrita no art. 9º, III, c, *do CPM, é aquele que é marcado pelo intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado. Mero acidente de trânsito, do qual resulta crime de lesões culposas, não apresenta qualquer conotação de crime militar.*

- II - Conflito positivo de competência conhecido para o fim de ser declarada a competência do Juízo criminal".

De minha parte, para completar a unanimidade formada, aduzi:

"*Compreendo que a noção do crime culposo, em si mesma, é incompatível com a idéia de crime contra instituições militares, capaz de subtrair o caso do seu juízo natural e entregá-lo à Justiça Militar.*

Acompanho o Sr. Ministro-relator".

Note-se, que naquele caso, a vítima, militar, estava em serviço, quando do acidente.

Aqui, o militar morto era levado do quartel - onde participara de

um almoço entre amigos - para a sua residência.

Daí deslocar-se o enquadramento proposto para a alínea *b* do art. 9º, III, CPM, que se contenta de ser o crime praticado em local sujeito à administração militar e ser a vítima, militar da ativa.

É hipótese, no entanto, onde mais se impõe a interpretação restritiva de nossa jurisprudência.

Observo, por fim, que nenhum relevo tem, na espécie, ser o agente militar da reserva.

Como anotou o mesmo Célio Lobão Ferreira (*ob. cit.*, p. 9), "*o militar da reserva remunerada e o reformado, para fins de conceituação de crime militar, equiparam-se ao civil, nos termos do art. 9º, II, alíneas* b, c, d *e inciso III, ressalvada a hipótese de convocação ou mobilização do militar da reserva (art. 3º, § 1º,* b, *I, da Lei nº 5.774, de 23.12.71 - Estatuto dos Militares)*".

Nessa linha, já temos decidido (*HC* nº 80.536, Primeira Turma, 04.09.01, Pertence).

Assim, peço vênia ao em. Relator para manter-me fiel à orientação da Casa e deferir o *habeas corpus* a fim de declarar nulo o processo, desde a denúncia, inclusive, e remeter os autos à Justiça ordinária do Estado: é o meu voto.

Retificação de voto do Ministro Sydney Sanches (Relator)

1. Na impetração do *habeas corpus*, para afirmar a incompetência da Justiça Militar, os impetrantes sustentaram que o fato delituoso não ocorreu "*em lugar sujeito à administração militar*".

E, como concluí em sentido contrário, votei pelo indeferimento do *writ*, que visava à anulação do processo *ab initio*.

Não me adverti de que, em se tratando de crime culposo, praticado, no caso, por civil, com vítima militar e não propriamente contra instituições militares - a Justiça comum é que tem sido considerada competente, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (CC nº 7.040, 26.09.96 - *DJ* de 22.11.98).

2. Lembrado, agora, dessa particularidade, pelo voto esmerado, como sempre, do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, retifico o voto proferido, para deferir o *habeas corpus*, anulando o processo penal, desde a denúncia e determinando a remessa dos autos principais à Justiça comum (estadual) de Recife, Pernambuco, perante a qual o Ministério Público Estadual, se assim lhe parecer, oferecerá a denúncia eventualmente cabível.

EXTRATO DE ATA

Decisão - Após o voto do Ministro Sydney Sanches, Relator, indeferindo o pedido de *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence. Unânime. Primeira Turma. 16.10.2001.

Decisão - Após o voto do Ministro Sepúlveda Pertence deferindo o pedido de *habeas corpus*, o julgamento foi adiado a pedido do Ministro Sydney Sanches, Relator. Unânime. Primeira Turma, 23.10.2001.

Decisão - a Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, após a retificação de voto do Relator. Unânime. Primeira Turma, 30.10.2001.

Presidência do Ministro Moreira Alves, presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Ricardo Dias Duarte, p/ Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 14.12.2001.)

-:::-

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ENTIDADE DE EDUCAÇÃO - IPTU - IMUNIDADE

- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE nº 237.718, firmou o entendimento de que a imunidade tributária do patrimônio das instituições de assistência social (art. 150, VI, *c*, da Constituição) se aplica para afastar a incidência do IPTU sobre imóveis de propriedade dessas instituições, ainda quando alugados a terceiros, desde que a renda dos aluguéis seja aplicada em suas finalidades institucionais.

- Por outro lado, com base nesse precedente do Plenário, esta Primeira Turma, ao julgar o RE nº 217.233, entendeu que a referida imunidade também alcança as instituições de educação nas mesmas circunstâncias.

- Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

- Recurso extraordinário não conhecido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 210.742/5-MG - Relator: Ministro MOREIRA ALVES

Recorrente: Município de Belo Horizonte. Advogados: Robinson Neves Filho e outros. Recorrido: Sociedade Inteligência e Coração. Advogados: Frederico de Andrade Gabrich e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, EM NÃO CONHECER DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2001. - *Ministro Moreira Alves* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) - É este o teor do acórdão que julgou a apelação e o reexame necessário:

"*Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, não se conformando com a r. sentença (fls. 89-93-TJ), que julgou procedente em parte embargos à execução fiscal que está a mover à Sociedade Inteligência e Coração, reconhecendo em favor desta imunidade tributária e ordenando o prosseguimento da execução relativamente às taxas, dela apela objetivando sua reforma ante argumentação desenvolvida nas razões de fls. 97/100-TJ.*

Conheço da remessa obrigatória e do recurso voluntário, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Ao que se constata da fundamentação da sentença cuja reforma é pretendida, entendeu o digno julgador aplicar-se à espécie o art. 150, VI, c, *da Constituição Federal, e os art. 9º, IV,* c, *e 14, I, II, III e § 2º, ambos do Código Tributário Nacional, por entender que a embargante, constituindo-se em uma instituição educacional, encontra-se beneficiada pela imunidade tributária contemplada nos referidos diplomas.*

Um exame dos elementos contidos nos autos está a comprovar, de forma incontestável, que a apelada preenche os requisitos para a obtenção da mercê constitucional. É aqui oportuno registrar comentário significativo sobre a imunidade tributária relativa aos estabelecimentos de ensino:

'As instituições de educação e de assistência social desenvolvem uma atividade básica, que, a princípio, cumpriria ao Estado desempenhar. Antevendo dificuldades de o Poder Público vir a empreendê-la, na medida suficiente, o legislador constituinte decidiu proteger tais iniciativas com a outorga da imunidade' (in Curso de Direito Tributário, *Saraiva, 1993, Paulo de Barros Carvalho, p. 122).*

Com efeito, o laudo pericial cuja cópia se vê às fls. 42/51-TJ não deixa a menor dúvida de que não se pode descaracterizar a autora da ação incidental como entidade beneficiária da imunidade fiscal perseguida.

A par de que o ordenamento processual admite o uso de prova emprestada, isto é, oriunda de outro processo, sua juntada ocorreu sob o crivo do contraditório e não foi impugnada na época oportuna (fls. 52-TJ).

Por outro lado, o fato de a entidade possuir imóveis não utilizados diretamente na sua atividade precípua, ou mesmo que alugados a terceiros, não desnatura sua condição de beneficiária da imunidade.

Neste sentido, já se pronunciou este Sodalício:

'IPTU - Entidade imune - Imóvel alugado - Destino às finalidades essenciais - Não-incidência.

- Ainda que esteja alugado o imóvel pertencente às entidades imunes, continua destinado às finalidades essenciais daquelas, não exigindo, pois, a incidência do IPTU sobre ele' (TJMG, Apel. Cível nº 2.168-3, Belo Horizonte, Rel. Des. Paulo Medina, julgado em 03.08.93, in "Jurisprudência Mineira", *124/95).*

Também é do colendo STJ a lição de que:

'IPTU - Imunidade tributária - Imóvel locado.

- A posse tributável é a que exterioriza o domínio, não aquela exercida pelo locatário ou pelo comodatário, meros titulares de direitos pessoais limitados em relação à coisa.

- Gozando a proprietária do imóvel de imunidade tributária, não se pode transferir ao locatário a responsabilidade do pagamento do IPTU. Recurso improvido' (REsp nº 40.249/0-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 15.12.93, in RSTJ, *59/380).*

Inegável, pois, que se reconheça a imunidade tributária à embargante, ante, sobretudo, os demais ensinamentos constantes do processado e a dispensar que mais outros sejam trazidos à colação.

Pelo exposto, em reexame necessário, mantenho a sentença hostilizada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo com o eminente Relator, para também confirmar a decisão em duplo grau de jurisdição.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - Neste caso ponho-me, também, de acordo com o eminente Relator, apenas acrescentando que o voto do STJ trazido à colação não tem aplicação no caso concreto, porque nesse o imóvel é imune e quer-se cobrar do locatário. Por esta razão entendo que esse voto não se aplica ao caso.

Tenho entendido também em outros casos - não neste - que determinadas entidades de educação, que têm vários imóveis, alugam alguns fora da sua finalidade. Neste caso específico, se aplica todo o recurso nessa instituição de educação, razão pela qual acompanho o eminente Relator.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Também faço minhas as ponderações do eminente Des. Rubens Xavier Ferreira, no pertinente à especificidade do caso, de vez que, na verdade, há nuances não presentes neste, que não podem levar a uma conclusão de absoluta impossibilidade de débito de IPTU, em alguns casos em que sociedades de educação estejam disputando com a Fazenda Pública Municipal.

Súmula - Em duplo grau de jurisdição, confirmaram a sentença, prejudicado o recurso voluntário" (fls. 140/144).

Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido por este despacho:

"Cuidam os autos de embargos à execução fiscal, em que buscou a embargante pronunciamento judicial favorável à tese que sustenta, de ser detentora de imunidade fiscal, constitucionalmente prevista, mesmo em relação a imóveis que aluga.

O pedido foi acolhido em primeiro grau de jurisdição por sentença confirmada no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Recorreu o embargado, sem fazer menção ao permissivo constitucional autorizador do apelo manejado.

Afirma ofendidos os preceitos inscritos nos artigos 150, VI, c, *da Lei Maior, 21 do Código de Processo Civil.*

Sustenta que, inobstante tenha o colegiado entendido que a renda auferida relativamente a alugueres percebidos pela autora seja toda ela revertida em benefício da atividade assistencial a que se dedica, o fato de se encontrarem locados os imóveis, em si mesmo, teria o condão de afastar a imunidade, constitucionalmente assegurada apenas ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades, nos termos do § 4º do inciso VI, artigo 150, da Lei Maior. Mais, que seja reformado o acórdão na parte em que a condenou em custas e honorários, porque não atendido o caput *do preceito da Lei Processual Civil mencionado.*

Absteve-se a Procuradoria de Justiça de emitir parecer.

Cumpre afastar, de pronto, o debate em torno de matéria constitucional, insuscetível de exame na via manejada.

Inobstante não haja menção ao preceito constitucional autorizador do apelo manejado, claramente se infere tenha a recorrente interposto o recurso com fincas no inciso III, alínea a, *artigo 102 da Lei Maior.*

E entendo deva a questão ser submetida ao criterioso exame da mais alta Corte de Justiça do País.

É que a matéria vem se repetindo neste Tribunal, versando sempre o mesmo tema, com decisões conflitantes. É constitucional e controvertida, em virtude do que está a merecer pronunciamento daquela Corte.

Admito o recurso.

Cumpridas as formalidades legais, sejam os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Intime-se" (fls. 183/184).

Às fls. 196/199, a Procuradoria-Geral da República se manifesta pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) - 1. O plenário desta Corte, ao julgar o RE 237.718, firmou o entendimento de que a imunidade tributária do patrimônio das instituições de assistência social (artigo 150, VI, *c*, da Constituição) se aplica para afastar a incidência do IPTU sobre imóveis de propriedade dessas instituições, ainda quando alugados a terceiros, desde que a renda dos aluguéis seja aplicada em suas finalidades institucionais.

Por outro lado, com base nesse precedente do Plenário, esta Primeira Turma, ao julgar o RE nº 217.233, entendeu que a referida imunidade também alcança as instituições de educação nas mesmas circunstâncias.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

- 2. Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. Primeira Turma, 23.10.2001.

Presidência do Ministro Moreira Alves. - Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ricardo Dias Duarte, p/ Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 14.12.2001.)

-:::-

ICMS - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS - ARTIGO 155, § 2º, X, *B*, DA CONSTITUIÇÃO

- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE nº 198.088, assim decidiu:

- "*Tributário - ICMS - Lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, derivados do petróleo - Operações interestaduais - Imunidade do art. 155, § 2º, X,* b, *da Constituição Federal.*

- Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.

- Conseqüente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do Estado de São Paulo.

- Recurso conhecido, mas desprovido".

- Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

- Recurso extraordinário não conhecido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 223.007/5-MG - Relator: Ministro MOREIRA ALVES

Recorrentes: São Bernardo Ônibus Ltda. e outros. Advogados: José Otávio de Vianna Vaz e outros. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Advogado: PGE-MG - Bruno Rodrigues de Faria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2001. - *Ministro Moreira Alves* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator) - É este o teor do acórdão que julgou a apelação:

"*Cuida-se de apelação à r. sentença de fls. 296/302-TJ, que denegou o mandado de segurança preventivo com pedido de liminar impetrado por São Bernardo Ônibus Ltda. e outros contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, objetivando sua reforma, por entenderem lhes deva ser aplicado o art. 155, § 2º, II,* a *e* b, *do art. 146, II, da Constituição Estadual, tudo conforme argumentação desenvolvida nas razões de fls. 306/313-TJ.*

Conheço do recurso por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Ao que se vê da fundamentação do mandamus, *buscam os impetrantes a isenção do ICMS sobre operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo em virtude dos convênios editados nesse sentido.*

Entendem que 'quem não pode tributar, por força de imunidade, não pode utilizar-se de substituição tributária (ou qualquer outro artifício) para costear a vedação constitucional à tributação' (litteris, *fl. 312-TJ).*

Insistem ainda em não caber 'distinção entre contribuinte ou consumidor final, posto tratar-se de imunidade objetiva, ratione materiae *(não alusiva a pessoas, mas a situações)'.*

Não têm razão os apelantes.

Com efeito, observo que a constitucionalidade e legalidade do procedimento de substituição tributária, por inúmeras vezes, já foi objeto de apreciação de nossos Tribunais e outra não poderia ser a conclusão a que chegou o digno Julgador monocrático.

A propósito e de forma iterativa vem-se posicionando no mesmo sentido o colendo STJ:

'ICMS - Imunidade tributária - Aquisição de petróleo - Derivados.

- O ICMS somente não incidirá quando o destinatário do petróleo e seus derivados não for o consumidor final. A impetrante está sujeita ao recolhimento do ICMS.

- Recurso provido para conceder parcialmente a segurança' (STJ - Primeira Turma, ROMS nº 5.293-RN, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. em 15.05.95, in DJU *de 19.06.95, p. 18.635).*

Em conclusão, a concessão da isenção tributária pretendida não tem amparo constitucional como é salientado no bem lançado parecer ministerial, da lavra do eminente Procurador de Justiça, Dr. Márcio Hely de Andrade, quando transcreve lição de Geraldo Ataliba, em seu parecer de fls. 214-TJ:

'A imunidade ao ICMS das operações que destinam petróleo a outros Estados só se aplica àquelas hipóteses nas quais o destinatário é contribuinte do imposto. Não alcança, via de conseqüência, as hipóteses que o adquirente é consumidor final. Nestes casos incide o ICMS (na alíquota maior, ou seja, alíquota chamada interna)'.

Com tais considerações, nego provimento à apelação, mantendo a bem lançada sentença hostilizada.

Custas pelos apelantes" (fls. 388/390).

Houve embargos de declaração que foram parcialmente acolhidos pelo seguinte aresto:

"*Os embargantes apontam dois pontos contraditórios no acórdão de fls. 387/390, quais sejam: a - o voto do relator refere-se à isenção tributária, quando o pedido objetiva a imunidade tributária, como aliás consta de transcrição do próprio voto; b - não se pretende a substituição tributária como registra o referido voto.*

Realmente, as empresas impetrantes do presente MS sustentam a imunidade tributária com base no art. 155, II, § 2º, X, b, *da CF, e, embora o voto deste Relator se fundamente no sentido de não ocorrer a hipótese desta imunidade, transcrevendo jurisprudência e doutrina sobre tal, referiu-se por duas vezes à pretensão das embargantes como 'isenção tributária' que não se confunde com imunidade, conforme muito bem elucidado pelo douto subscritor destes embargos.*

A ementa do acórdão, entretanto, não deixa margem a qualquer dúvida, pois deixa de forma bastante explícita tratar-se de imunidade tributária a matéria decidida.

Quanto à 'substituição tributária' referida por este Relator constou do voto apenas na parte em que transcreve literalmente um trecho das próprias alegações dos embargantes às fls. 312-TJ, nada havendo de contradição quanto a isto.

Assim considerando, acolho os presentes embargos tão-somente para deixar claro que a matéria tratada no acórdão refere-se à imunidade *tributária, como consta de sua fundamentação e da ementa e não de isenção tributária*" (fls. 401/402).

Legislação

DA UNIÃO

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2001

- Dá nova redação ao art. 53 da Constituição Federal.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O art. 53 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º. Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º. Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º. O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º. A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º. Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre

informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º. A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º. As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida." (NR)

Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de dezembro de 2001.

Mesa da Câmara dos Deputados

Deputado AÉCIO NEVES
Presidente

Deputado EFRAIM MORAIS
1º Vice-Presidente

Deputado BARBOSA NETO
2º Vice-Presidente

Deputado SEVERINO CAVALCANTI
1º Secretário

Deputado NILTON CAPIXABA
2º Secretário

Deputado PAULO ROCHA
3º Secretário

Deputado CIRO NOGUEIRA
4º Secretário

Mesa do Senado Federal

Senador RAMEZ TEBET
Presidente

Senador EDISON LOBÃO
1º Vice-Presidente

Senador ANTONIO CARLOS VALADARES
2º Vice-Presidente

Senador CARLOS WILSON
1º Secretário

Senador ANTERO PAES DE BARROS
2º Secretário

Senador RONALDO CUNHA LIMA
3º Secretário

Senador MOZARILDO CAVALCANTI
4º Secretário

-:::-

LEI Nº 10.358, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2001

- Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil -, relativos ao processo de conhecimento.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os artigos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado." (NR)

"Art. 154 (...)

Parágrafo único. (VETADO)"

"Art. 175. (VETADO)"

"Art. 178. (VETADO)"

"Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II - quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores.

(...)" (NR)

"Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o

rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência.

(...)" (NR)

"Art. 433 (...)

Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo." (NR)

"Art. 575 (...)

IV - o juízo cível competente, quando o título executivo for sentença penal condenatória ou sentença arbitral." (NR)

"Art. 584 (...)

III - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo;

(...)

VI - a sentença arbitral.

(...)" (NR)

Art. 2º. A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 431-A e 431-B:

"Art. 431-A. As partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova."

"Art. 431-B. Tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico."

Art. 3º. Fica revogado o inciso III do art. 575 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a data de sua publicação.

Brasília, 27 de dezembro de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Aloysio Nunes Ferreira Filho

-:::-

LEI Nº 10.409, DE 11 DE JANEIRO DE 2002

- Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1º. (VETADO)

Art. 2º. É dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras com domicílio ou sede no País, colaborar na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica.

§ 1º. A pessoa jurídica que, injustificadamente, negar-se a colaborar com os preceitos desta Lei terá imediatamente suspensos ou indeferidos auxílios ou subvenções, ou autorização de funcionamento, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, sob pena de responsabilidade da autoridade concedente.

§ 2º. A União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios criarão estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborarem na prevenção da produção, do tráfico e do uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica.

Art. 3º. (VETADO)

Art. 4º. É facultado à União celebrar convênios com os Estados, com o Distrito Federal e com os Municípios, e com entidades públicas e privadas, além de organismos estrangeiros, visando à prevenção, ao tratamento, à fiscalização, ao controle, à repressão ao tráfico e ao uso indevido de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, observado, quanto aos recursos financeiros e orçamentários, o disposto no art. 47.

Parágrafo único. Entre as medidas de prevenção inclui-se a orientação escolar nos três níveis de ensino.

Art. 5º. As autoridades sanitárias, judiciárias, policiais e alfandegárias organizarão e manterão estatísticas, registros e demais informes das respectivas atividades relacionadas com a prevenção, a fiscalização, o controle e a repressão de que trata esta Lei, e remeterão, mensalmente, à Secretaria Nacional Antidrogas - Senad e aos Conselhos Estaduais e Municipais de Entorpecentes, os dados, observações e sugestões pertinentes.

Parágrafo único. Cabe ao Conselho Nacional Antidrogas - Conad elaborar relatórios global e anuais e, anualmente, remetê-los ao órgão internacional de controle de entorpecentes.

Art. 6º. É facultado à Secretaria Nacional Antidrogas - Senad, ao Ministério Público, aos órgãos de defesa do consumidor e às autoridades policiais requisitar às autoridades sanitárias a realização de inspeção em empresas industriais e comerciais, estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços médicos e farmacêuticos que produzirem, venderem, comprarem, consumirem, prescreverem ou fornecerem produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica.

§ 1º. A autoridade requisitante pode designar técnico especializado para assistir à inspeção ou comparecer pessoalmente à sua realização.

§ 2º. No caso de falência ou liquidação extrajudicial das empresas ou estabelecimentos referidos neste artigo, ou de qualquer outro em que existam produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, ou especialidades farmacêuticas que as contenham, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

I - determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações;

II - ordenar à autoridade sanitária designada em lei a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das substâncias ilícitas, drogas ou especialidades farmacêuticas arrecadadas;

III - dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito.

§ 3º. A alienação, em hasta pública, de drogas, especialidades farmacêuticas ou substâncias ilícitas será realizada na presença de representantes da Secretaria Nacional Antidrogas – Senad, dos Conselhos Estaduais de Entorpecentes e do Ministério Público.

§ 4º. O restante do produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença das autoridades referidas no § 3º.

Art. 7º. Da licitação para alienação de drogas, especialidades farmacêuticas ou substâncias ilícitas, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado.

Parágrafo único. Os que arrematem drogas, especialidades farmacêuticas ou substâncias ilícitas, para comprovar a destinação declarada, estão sujeitos à inspeção da Secretaria Nacional Antidrogas - Senad e do Ministério Público.

Capítulo II

Da Prevenção, da Erradicação e do Tratamento

Seção I

Da Prevenção e da Erradicação

Art. 8º. São proibidos, em todo o território nacional, o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de todos os vegetais e substratos, alterados na condição original, dos quais possam ser extraídos produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, especificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde.

§ 1º. O Ministério da Saúde pode autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput*, em local predeterminado, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, sujeitos à fiscalização e à cassação da autorização, a qualquer tempo, pelo mesmo órgão daquele Ministério que a tenha concedido, ou por outro de maior hierarquia.

§ 2º. As plantações ilícitas serão destruídas pelas autoridades policiais mediante prévia autorização judicial, ouvido o Ministério Público e cientificada a Secretaria Nacional Antidrogas-Senad.

§ 3º. (VETADO)

§ 4º. A destruição de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica será feita por incineração e somente pode ser realizada após lavratura do auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local e a apreensão de substâncias necessárias ao exame de corpo de delito.

§ 5º. Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, no que couber, o disposto no Decreto nº. 2.661, de 8 de julho de 1998, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente-Sisnama.

§ 6º. A erradicação dos vegetais de que trata este artigo far-se-á com cautela, para não causar ao meio ambiente dano além do necessário.

§ 7º. (VETADO)

§ 8º. (VETADO)

Art. 9º. É indispensável a licença prévia da autoridade sanitária para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, ou produto químico destinado à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

Parágrafo único. É dispensada a exigência prevista neste artigo para:

I - a aquisição de medicamentos, mediante prescrição médica, de

acordo com os preceitos legais e regulamentares;

II - (VETADO)

Art. 10. Os dirigentes de estabelecimentos ou entidades das áreas de ensino, saúde, justiça, militar e policial, ou de entidade social, religiosa, cultural, recreativa, desportiva, beneficente e representativas da mídia, das comunidades terapêuticas, dos serviços nacionais profissionalizantes, das associações assistenciais, das instituições financeiras, dos clubes de serviço e dos movimentos comunitários organizados adotarão, no âmbito de suas responsabilidades, todas as medidas necessárias à prevenção ao tráfico, e ao uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica.

§ 1°. As pessoas jurídicas e as instituições e entidades, públicas ou privadas, implementarão programas que assegurem a prevenção ao tráfico e uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica em seus respectivos locais de trabalho, incluindo campanhas e ações preventivas dirigidas a funcionários e seus familiares.

§ 2°. São medidas de prevenção referidas no *caput* as que visem, entre outros objetivos, os seguintes:

I - (VETADO)

II - incentivar atividades esportivas, artísticas e culturais;

III - promover debates de questões ligadas à saúde, cidadania e ética;

IV - manter nos estabelecimentos de ensino serviços de apoio, orientação e supervisão de professores e alunos;

V - manter nos hospitais atividades de recuperação de dependentes e de orientação de seus familiares.

Seção II

Do Tratamento

Art. 11. O dependente ou o usuário de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica, relacionados pelo Ministério da Saúde, fica sujeito às medidas previstas neste Capítulo e Seção.

Art. 12. (VETADO)

§ 1°. O tratamento do dependente ou do usuário será feito de forma multiprofissional e, sempre que possível, com a assistência de sua família.

§ 2°. Cabe ao Ministério da Saúde regulamentar as ações que visem à redução dos danos sociais e à saúde.

§ 3°. As empresas privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do dependente ou usuário de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, ou que causem dependência física ou psíquica, encaminhados por órgão oficial, poderão

receber benefícios a serem criados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 4°. Os estabelecimentos hospitalares ou psiquiátricos, públicos ou particulares, que receberem dependentes ou usuários para tratamento, encaminharão ao Conselho Nacional Antidrogas - Conad, até o dia 10 (dez) de cada mês, mapa estatístico dos casos atendidos no mês anterior, com a indicação do código da doença, segundo a classificação aprovada pela Organização Mundial de Saúde, vedada a menção do nome do paciente.

§ 5°. No caso de internação ou de tratamento ambulatorial por ordem judicial, será feita comunicação mensal do estado de saúde e recuperação do paciente ao juízo competente, se esse o determinar.

Art. 13. As instituições hospitalares e ambulatoriais comunicarão à Secretaria Nacional Antidrogas - Senad os óbitos decorrentes do uso de produto, substância ou droga ilícita.

CAPÍTULO III

(VETADO)

CAPÍTULO IV

Do Procedimento Penal

Seção Única

Do Procedimento Comum

Art. 27. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

Art. 28. (VETADO)

§ 1°. Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da autoria e materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade do produto, da substância ou da droga ilícita, firmado por perito oficial ou, na falta desse, por pessoa idônea, escolhida, preferencialmente, entre as que tenham habilitação técnica.

§ 2°. O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1° não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

Art. 29. O inquérito policial será concluído no prazo máximo de 15 (quinze) dias, se o indiciado estiver preso, e de 30 (trinta) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, mediante pedido justificado da autoridade policial.

Art. 30. A autoridade policial relatará sumariamente as circunstâncias do fato e justificará as razões que a levaram à classificação do delito, com indicação da quantidade e natureza do produto, da substância ou da droga ilícita apreendidos, o local ou as condições em que se desenvolveu a

ação criminosa e as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente.

Art. 31. Findos os prazos previstos no art. 29, os autos do inquérito policial serão remetidos ao juízo competente, sem prejuízo da realização de diligências complementares destinadas a esclarecer o fato.

Parágrafo único. As conclusões das diligências e os laudos serão juntados aos autos até o dia anterior ao designado para a audiência de instrução e julgamento.

Art. 32. (VETADO)

§ 1°. (VETADO)

§ 2°. O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

§ 3°. Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão.

Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei n°. 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que entrem no território brasileiro, dele saiam ou nele transitem, com a finalidade de, em colaboração ou não com outros países, identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, a autorização será concedida, desde que:

I - sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores;

II - as autoridades competentes dos países de origem ou de trânsito ofereçam garantia contra a fuga dos suspeitos ou de extravio dos produtos, substâncias ou drogas ilícitas transportadas.

Art. 34. Para a persecução criminal e a adoção dos procedimentos investigatórios previstos no art. 33, o Ministério Público e a autoridade policial poderão requerer à autoridade judicial, havendo indícios suficientes da prática criminosa:

I - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, patrimoniais e financeiras;

II - a colocação, sob vigilância, por período determinado, de contas bancárias;

III - o acesso, por período determinado, aos sistemas informatizados das instituições financeiras;

IV - a interceptação e a gravação das comunicações telefônicas, por período determinado, observado o disposto na legislação pertinente e no Capítulo II da Lei n°. 9.034, de 1995.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 35. (VETADO)

Art. 36. (VETADO)

CAPÍTULO V

Da Instrução Criminal

Art. 37. Recebidos os autos do inquérito policial em juízo, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

I - requerer o arquivamento;

II - requisitar as diligências que entender necessárias;

III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes;

IV - deixar, justificadamente, de propor ação penal contra os agentes ou partícipes de delitos.

§ 1°. Requerido o arquivamento do inquérito pelo representante do Ministério Público, mediante fundamentação, os autos serão conclusos à autoridade judiciária.

§ 2°. A autoridade judiciária que discordar das razões do representante do Ministério Público para o arquivamento do inquérito fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante decisão fundamentada.

§ 3°. O Procurador-Geral de Justiça oferecerá denúncia ou designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la ou, se entender incabível a denúncia, ratificará a proposta de arquivamento, que, nesse caso, não poderá ser recusada pela autoridade judiciária.

Art. 38. Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandato aos autos ou da

primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso.

§ 1°. Na resposta, consistente de defesa prévia e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar testemunhas.

§ 2°. As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Código de Processo Penal.

§ 3°. Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4°. Apresentada a defesa, o juiz concederá prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se o representante do Ministério Público e em igual prazo proferirá decisão.

§ 5°. Se entender imprescindível, o juiz determinará a realização de diligências, com prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 6°. Aplica-se o disposto na Lei nº. 9.271, de 17 de abril de 1996, ao processo em que o acusado, citado pessoalmente ou por edital, ou intimado para qualquer ato processual, deixar de comparecer sem motivo justificado.

Art. 39. Observado o disposto no art. 43 do Código de Processo Penal, a denúncia também será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta, ou faltar-lhe pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;

II - não houver justa causa para a acusação.

Art. 40. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, e ordenará a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do assistente.

Art. 41. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz, que, em seguida, proferirá a sentença.

Parágrafo único. Se não se sentir habilitado a julgar de imediato a causa, o juiz ordenará que os autos lhe sejam conclusos para, no prazo de 10 (dez) dias, proferir a sentença.

Art. 42. (VETADO)

Art. 43. (VETADO)

Art. 44. (VETADO)

Parágrafo único. Incumbe ao acusado, durante a instrução criminal, ou ao interessado, em incidente específico, provar a origem lícita dos bens, produtos, direitos e valores referidos neste artigo.

Art. 45. As medidas de seqüestro e de indisponibilidade de bens ou valores serão suspensas, se a ação penal não for iniciada no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do oferecimento da denúncia.

§ 1°. O pedido de restituição de bem ou valor não será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ao juízo do feito.

§ 2°. O juiz pode determinar a prática de atos necessários à conservação do produto ou bens e a guarda de valores.

CAPÍTULO VI

Dos Efeitos da Sentença

Seção I

Da Apreensão e da Destinação de Bens

Art. 46. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1°. Havendo possibilidade ou necessidade da utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, logo após a instauração da competente ação penal, observado o disposto no § 4° deste artigo.

§ 2°. Feita a apreensão a que se refere o *caput*, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade policial que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 3°. Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

§ 4°. O Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a

União, por intermédio da Secretaria Nacional Antidrogas - Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade policial, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas operações de prevenção e repressão ao tráfico e uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica.

§ 5°. Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos nos §§ 1° e 4°, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6°. Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7°. Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, intimará a União, o Ministério Público, a Secretaria Nacional Antidrogas-Senad e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8°. Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§ 9°. Realizado o leilão, e depositada em conta judicial a quantia apurada, a União será intimada a oferecer, na forma prevista em regulamento, caução equivalente àquele montante e os valores depositados nos termos do § 2°, em certificados de emissão do Tesouro Nacional, com características a serem definidas em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

§ 10. Compete à Secretaria Nacional Antidrogas-Senad solicitar à Secretaria do Tesouro Nacional a emissão dos certificados a que se refere o § 9°.

§ 11. Feita a caução, os valores da conta judicial serão transferidos para a União, por depósito na conta do Fundo Nacional Antidrogas-Funad, apensando-se os autos da alienação aos do processo principal.

§ 12. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

Art. 47. A União, por intermédio da Secretaria Nacional Antidrogas - Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção, repressão e o tratamento de usuários ou dependentes, com vistas à liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas de combate ao tráfico ilícito e prevenção ao tráfico e uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas ou que causem dependência física ou psíquica.

Art. 48. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível e sobre o levantamento da caução.

§ 1°. No caso de levantamento da caução, os certificados a que se refere o § 9° do art. 46 serão resgatados pelo seu valor de face, e os recursos para o respectivo pagamento providos pelo Fundo Nacional Antidrogas.

§ 2°. A Secretaria do Tesouro Nacional fará constar dotação orçamentária para o pagamento dos certificados referidos no § 9° do art. 46.

§ 3°. No caso de perdimento, em favor da União, dos bens e valores mencionados no art. 46, a Secretaria do Tesouro Nacional providenciará o cancelamento dos certificados emitidos para caucioná-los.

§ 4°. Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não foram objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão apropriados diretamente ao Fundo Nacional Antidrogas.

§ 5°. Compete à Secretaria Nacional Antidrogas - Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

§ 6°. A Secretaria Nacional Antidrogas - Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 5°.

Seção II

Da Perda da Nacionalidade

Art. 49. (VETADO)

Art. 50. É passível de expulsão, na forma da legislação específica, o estrangeiro que comete qualquer dos crimes definidos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, tão logo cumprida a condenação imposta, salvo se o interesse nacional recomendar a expulsão imediata.

CAPÍTULO VII

(VETADO)

CAPÍTULO VIII

Disposições Finais

Art. 53. As medidas educativas aplicadas poderão ser revistas judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do agente, do seu defensor ou do representante do Ministério Público.

Art. 54. (VETADO)

Art. 55. Havendo a necessidade de reconhecimento do acusado, as testemunhas dos crimes de que trata esta Lei ocuparão sala onde não possam ser identificadas.

Art. 56. (VETADO)

Art. 57. (VETADO)

Art. 58. (VETADO)

Art. 59. (VETADO)

Brasília, 11 de janeiro de 2002; 181° da Independência e 114° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Aloysio Nunes Ferreira Filho

Celso Lafer

Pedro Malan

Paulo Renato Souza

José Serra

Roberto Brant

Alberto Mendes Cardoso

Gilmar Ferreira Mendes

-:::-

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 28, DE 4 DE FEVEREIRO 2002

- Dispõe sobre normas gerais de direito penitenciário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1°. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, a regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie;

II - cumprimento de pena em cela individual, na qual o condenado poderá permanecer por até dezesseis horas diárias;

III - visitas semanais de apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração máxima de até duas horas.

Art. 2°. As sanções disciplinares de advertência verbal, repreensão, suspensão de direitos e as de isolamento na própria cela ou em local adequado serão aplicadas ao preso pelo diretor do estabelecimento, ouvido o conselho disciplinar.

Art. 3°. Compete à autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional para o cumprimento da pena pelo preso ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos na sentença, informando imediatamente ao juiz da execução.

Parágrafo único. A autoridade administrativa, havendo necessidade, poderá determinar a transferência do condenado para outro estabelecimento prisional adequado, comunicando, também, de imediato, ao juiz da execução.

Art. 4°. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão ter setores ou unidades prisionais destinadas, exclusivamente, aos condenados que estejam em regime fechado e que tenham praticado falta grave, nos termos do caput do art. 1° desta Medida Provisória, ou que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento.

Art. 5°. Os estabelecimentos penitenciários disporão, dentre outros sistemas de segurança, de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos os que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, inclusive advogados, membros do Ministério Público, servidores públicos e empregados do próprio estabelecimento.

Art. 6°. O estabelecimento penitenciário ou prisional poderá ter instalações e equipamentos que permitam o interrogatório e a inquirição de presidiários pela autoridade judiciária, bem como a prática de outros atos processuais, de modo a dispensar o transporte dos presos para fora do local de cumprimento de pena.

Art. 7°. Observado o disposto nos arts. 44 a 60 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, os Estados e o Distrito Federal poderão legislar de forma específica e suplementar relativamente ao regime disciplinar do preso ou condenado.

Art. 8°. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de fevereiro de 2002; 181° da Independência e 114° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Aloysio Nunes Ferreira Filho

-:::-

DO ESTADO

Do Tribunal de Justiça

OFÍCIO-CIRCULAR Nº 118/GACOR/2001, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2001

Senhor(a) Servidor(a),

A Resolução nº 290/95 da egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça regulamenta a movimentação de autos de processos nas Secretarias de Juízos das comarcas do Estado de Minas Gerais.

Relevante, pois, transcrever algumas de suas normas:

Art. 1°. Nenhum processo poderá permanecer paralisado nas Secretarias de Juízo, devendo a sua conclusão ser feita no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e a execução dos autos processuais no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (CPC, art. 190, *caput*, incisos I e II e parágrafo único; CPP, art. 799).

Art. 2°. Os autos de processo também não poderão permanecer paralisados por mais de 30 (trinta) dias, aguardando o cumprimento de diligências (informações, resposta a ofícios e requisições, providências das partes, etc.), devendo o Escrivão encaminhá-los, independentemente da quantidade, mediante carga, ao Juiz ou Promotor competente, datando os termos de conclusão e/ou vista.

Parágrafo único. A recusa de recebimento dos autos por parte do Juiz ou Promotor deverá ser certificada e comunicada à Corregedoria-Geral de Justiça ou à Corregedoria do Ministério Público.

(...)

Art. 11. Os Escrivães Judiciais das Secretarias de Juízo informatizadas, além das providências disciplinadas nos artigos anteriores, deverão municiar o sistema com todos os atos praticados nos processos.

A Corregedoria-Geral de Justiça, no exercício regular de suas atribuições - orientação, fiscalização e disciplinar - tem acompanhado, através dos relatórios gerenciais do SISCOM e das inspeções permanentes às comarcas, o desenvolvimento dos trabalhos afetos aos Contadores Tesoureiros Judiciais e às Secretarias de Juízo, tais como: distribuição de feitos, cadastramento e unificação das partes em consonância com o disposto no Provimento n° 054/GACOR/2001; movimentação processual; publicação dos atos judiciais; cumprimento de mandados, etc.

Não obstante as reiteradas recomendações para que se cumpram os dispositivos da Resolução n° 290/95 (adiante republicada), temos verificado que, em algumas comarcas, as informações processuais estão sendo "maquiadas", resultando inadmissível descumprimento às determinações emanadas deste órgão.

Como é cediço, cabe ao servidor, por dever de ofício, observar as normas legais e regulamentares (art. 273, XIII, da Lei Complementar n° 59, de 18 de janeiro de 2001); pautar-se com um agir compatível com a moralidade administrativa, bem como levar ao conhecimento do superior hierárquico as irregularidades, omissões ou abuso de poder e, por fim, cumprir ordens, salvo se forem manifestamente ilegais.

Assim, inaceitável será o argumento de que, por ordem do Juiz de Direito, não se fez conclusão dos autos para despacho ou sentença - quando prontos para este fim -, deixando de ser comandadas no sistema tais informações ou outras que venham ocultar o

correto andamento do processo. Do contrário, poderá o servidor responder pelo crime de prevaricação, cujo tipo legal é: "*Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa*" (como exsurge do art. 319 do Código Penal). E, ainda mais, se o agir funcional causar prejuízo ao erário, poderá ser apanhado, também, pelo delito de improbidade administrativa.

Ademais, é dever do servidor manter-se atualizado em relação às instruções e normas que regem a sua atividade, retirando dúvidas, se existentes, junto ao Setor Competente, para que amanhã não se alegue desconhecimento.

Confiante no talento e no denodo dos servidores que, diante do elevado número de processos, se vêem envolvidos em incansável e ininterrupto trabalho, devo enfatizar que a Corregedoria-Geral de Justiça tem, como princípio, ORIENTAR, para que se alcance a excelência na prestação jurisdicional, de tal forma que não seja desprezado, em nenhuma hipótese, o elemento ético da conduta de todos; a moralidade administrativa; a probidade, a retidão, a urbanidade, dentre outros comezinhos predicados, que merecem os nossos jurisdicionados.

Finalizo, reiterando a minha confiança inabalável nos magistrados e servidores, na certeza de que, cada um de *per si*, engrandece com a sua conduta e com o seu trabalho o nome do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais.

Cordiais Saudações

(a) Desembargador Murilo José Pereira
Corregedor-Geral de Justiça

-:::-

REPUBLICAÇÃO

RESOLUÇÃO N° 290/95, DE 05 DE DEZEMBRO DE 1995

- Regulamenta a movimentação de autos de processos nas Secretarias de Juízo das comarcas do Estado de Minas Gerais e outras normas de serviço.

A Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, e, tendo em vista o que foi decidido no Processo da Comissão Administrativa n° 76,

CONSIDERANDO a necessidade de agilizar e uniformizar a movimentação dos processos paralisados nas Secretarias de Juízo das comarcas do nosso Estado;

CONSIDERANDO que, por constatação da Corregedoria-Geral de Justiça, a consulta, a vista, a retirada e a devolução de autos nas Secretarias do Juízo têm sido feitas sem a estrita observância das disposições alinhadas nas leis processuais civil e penal;

CONSIDERANDO que tal fato constitui praxe viciosa, que tem gerado o desaparecimento e o extravio de inúmeros autos de processos, com prejuízo para as partes e descrédito para os serviços judiciários;

CONSIDERANDO, finalmente, que ao Escrivão Judicial incumbe "*ter, sob guarda e responsabilidade, os autos, não permitindo que saiam de cartório*", exceto nas hipóteses previstas em lei (CPC, art. 141, IV, e CPP, art. 803),

RESOLVE:

Art. 1°. Nenhum processo poderá permanecer paralisado nas Secretarias de Juízo, devendo a sua conclusão ser feita no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e a execução dos atos processuais no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (CPC, art. 190, *caput*, incisos I e II e parágrafo único; CPP, art. 799).

Art. 2°. Os autos de processo também não poderão permanecer paralisados por mais de 30 (trinta) dias, aguardando o cumprimento de diligências (informações, resposta a ofícios e requisições, providências das partes, etc.), devendo o Escrivão encaminhá-los, independentemente da quantidade, mediante carga, ao Juiz ou Promotor competente, datando os termos de conclusão e/ou vista.

Parágrafo único. A recusa de recebimento dos autos por parte do Juiz ou Promotor deverá ser certificada e comunicada à Corregedoria-Geral de Justiça ou à Corregedoria do Ministério Público, para as providências cabíveis.

Art. 3°. "*Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo Juiz quando necessários*" (CPC, art. 162, § 4°).

Art. 4°. O Escrivão Judicial não poderá fornecer certidão de que o "*Juiz de Direito não possui autos em seu poder, além dos prazos legais*", ou quaisquer outras certidões de conteúdo similar, quando o magistrado devolver os processos à Secretaria sem despacho ou com despacho para conclusão posterior.

Art. 5°. A consulta, ou exame, de autos na Secretaria de Juízo poderá ser realizada por Advogado e estagiário de advocacia regularmente inscrito na OAB, mesmo sem procuração, à exceção daqueles feitos que estiverem sob regime de segredo de justiça (CPC, art. 155, parágrafo único, e Lei n° 8.906, de 04.07.94, arts. 3°, § 2°, e 7°, inciso XIII).

§ 1°. Nos casos de processos que tramitam em segredo de justiça a consulta, nas Secretarias, será restrita às partes, seus procuradores e ao Órgão do Ministério Público.

§ 2°. Nos pedidos versando sobre exame de autos findos e sobre reprodução de peças processuais, o Escrivão deverá observar as regras peculiares ao desarquivamento dos autos de processo e à extração de cópias.

Art. 6°. A retirada dos autos de processo das Secretarias de Juízo poderá ser realizada por intermédio de Advogado, ou estagiário regularmente inscrito na OAB, constituído procurador de alguma das partes, desde que não esteja fluindo prazo comum para falar, contestar, defender ou recorrer (CPC, art. 40, inciso III, § 2°).

§ 1°. Os Advogados e estagiários poderão retirar autos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de 10 (dez) dias, e os autos em andamento, pelos prazos processuais, mas nunca, estes últimos, na fluência de prazo legal ou convencional (Lei n° 8.906/94, art. 7°, XV e XVI).

§ 2°. Quando houver prazo comum, somente em conjunto ou mediante prévio ajuste entre os Advogados das partes, através de petição ou termo nos autos, poderão estes sair da Secretaria, sob carga (CPC, art. 40, §§ 1° e 2°).

§ 3°. Não se aplica o disposto no § 1° deste artigo:

I - nos processos que tramitam em regime de segredo de justiça;

II - para os Advogados que tenham deixado de devolver autos de processo no prazo legal, somente o fazendo após intimados, desde que haja determinação judicial nesse sentido;

III - quando existirem no processo documentos originais de difícil restauração ou ocorrerem circunstâncias relevantes que justifiquem a permanência dos autos na Secretaria, tudo com reconhecimento do Juiz que atuar no feito (CPC, art. 196 e Lei n° 8.906/94, art. 7°, § 1°, números 1, 2 e 3).

Art. 7°. Os feitos judiciais também poderão sair da Secretaria do Juízo nas hipóteses previstas nos artigos 141, inciso IV, letras *a*, *b*, *c* e *d*, e 159, § 2°, do CPC e nos artigos 150, § 2°, 716, § 1°, e 736 do CPP.

Art. 8°. O Escrivão, e na sua impossibilidade o Escrevente da Secretaria, deve registrar a retirada e a devolução de autos, mediante carga, no livro apropriado, o qual deverá estar sempre atualizado e encerrado ao fim de cada expediente forense (CPC, art. 40, § 1°).

§ 1°. No livro de carga e descarga de autos, serão sempre anotados, de forma legível, o nome, endereço, telefone e o número de inscrição na OAB do Advogado ou estagiário, facultado ao servidor da justiça solicitar a exibição da carteira profissional.

§ 2°. Ao receber os autos em devolução, o Escrivão ou Escrevente deverá proceder à conferência de suas folhas e peças, antes de dar baixa na

coluna própria do livro de carga, à vista do interessado.

§ 3°. Sempre que os autos forem entregues para vista ou exame, o Escrivão ou Escrevente providenciará a carga ao Advogado ou estagiário, que a assinará ou dará recibo (CPC, art. 40, § 1°).

Art. 9°. Os Escrivães deverão fazer comunicação ao Juiz de Direito, sempre que forem ultrapassados os prazos legais para a devolução dos autos à Secretaria do Juízo.

Parágrafo único. Mensalmente, até o décimo dia útil do mês subseqüente, o Escrivão deverá inventariar os autos que se encontrarem fora da Secretaria, com prazo vencido, remetendo ao Juiz titular da Vara uma via do inventário, para a adoção das necessárias providências (CPC, art. 196, parágrafo único).

Art. 10. O desentranhamento de documentos pela Serventia Judicial deverá ser efetuado mediante certidão nos autos, da qual constará a qualificação de quem os recebeu, breve resumo de cada um, com indicação de sua natureza, origem e conteúdo, bem como assinatura da pessoa a quem foram entregues.

§ 1°. No local onde se encontravam as peças e documentos desentranhados, o Escrivão deverá inserir uma folha em branco, nela anotando o número da folha em que foi lançada a certidão do desentranhamento e procedendo, quando for o caso, à renumeração.

§ 2°. Nos casos de desentranhamento de títulos cambiais e de documentos representativos de valores, o Escrivão procederá na forma estabelecida no *caput* e § 1° deste artigo, guardando o original em lugar seguro da respectiva serventia.

Art. 11. Os Escrivães Judiciais das Secretarias de Juízo informatizadas, além das providências disciplinadas nos artigos anteriores, deverão municiar o sistema com todos os atos praticados nos processos.

Art. 12. O descumprimento das normas contidas nesta Resolução sujeita o infrator às sanções disciplinares cabíveis e, quando for o caso, às penalidades cíveis e penais.

Art. 13. Ficam revogadas as disposições em contrário.

Publique-se. Cumpra-se.

Palácio da Justiça, 05 de dezembro de 1995.

(a) Des. Márcio Aristeu Monteiro de Barros - Presidente

-:::-

OFÍCIO-CIRCULAR Nº 119/GACOR/2001

Belo Horizonte, 20 de dezembro de 2001

Senhor(a) Juiz(íza),

Nesta data fiz publicar o Ofício-Circular nº 118/GACOR/2001 e republicar a Resolução nº 290/95 da egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

É dever essencial que se cumpram as determinações emanadas deste Órgão, que tem, como princípio, ORIENTAR magistrados e servidores para que, no exercício de suas atividades, atendam objetivamente às normas legais, com o fito de se alcançar a excelência na prestação jurisdicional, de tal forma que jamais sejam desprezados os elementos éticos da conduta, da moralidade administrativa, da probidade, da retidão, da urbanidade, dentre outros comezinhos predicados, que merecem os nossos jurisdicionados.

Desta forma, espero merecer de V. Exª a indispensável colaboração e o apoio necessário para que os servidores possam desenvolver o seu trabalho dentro das diretrizes emanadas pela Corregedoria-Geral de Justiça.

Cordiais Saudações.

(a) Desembargador MURILO JOSÉ PEREIRA
Corregedor-Geral de Justiça

-:::-

PORTARIA Nº 022/GACOR/2002, DE 18 DE FEVEREIRO DE 2002

O DESEMBARGADOR MURILO JOSÉ PEREIRA, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO o disposto na Lei Estadual nº 12.727, de 30.12.97, com a redação dada pela Lei nº 13.438, de 30.12.99, no Decreto nº 40.976, de 28.03.00, na Resolução nº 383, de 12.12.01, e no Provimento Conjunto nº 001, de 15.01.02,

CONSIDERANDO que o artigo 17 do Provimento Conjunto nº 001/02 dispõe que os "*casos omissos, o detalhamento técnico e as regras específicas a respeito da requisição, distribuição e utilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO serão objeto de deliberação, orientação e esclarecimentos pela Corregedoria-Geral de Justiça*",

RESOLVE expedir as instruções e regras seguintes, para observância dos notários, registradores, substitutos legais e prepostos autorizados/credenciados, a respeito da requisição, distribuição e utilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO judiciária

da prática dos atos notariais e de registro.

Art. 1°. Os atos notariais e de registro, a partir de 02 de abril de 2002, serão realizados, obrigatoriamente, com a utilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO.

Art. 2°. Os oficiais de registro, tabeliães, substitutos legais ou prepostos autorizados/credenciados do respectivo serviço notarial ou de registro, devidamente cadastrados junto à Corregedoria-Geral de Justiça, deverão REQUISITAR os SELOS DE FISCALIZAÇÃO diretamente à CASA DA MOEDA DO BRASIL, através de formulário padrão, modelo anexo, e das formas seguintes:

I - VIA POSTAL: correspondência para a Casa da Moeda do Brasil, com endereço à Rua René Bittencourt n° 371, Santa Cruz, Rio de Janeiro - RJ - CEP 23.565-200;

II - FAX: (0 xx 21) 2414.2389;

III - E-MAIL: clientetjmg@casadamoeda.com.br

Art. 3°. Os SELOS DE FISCALIZAÇÃO deverão ser requisitados em lotes mínimos de 500 (quinhentas) unidades de selos, em quantidade compatível com a demanda de atos praticados pelo respectivo serviço notarial ou de registro e em periodicidade não inferior a um mês.

§ 1°. Nas requisições em quantidade superior a 500 (quinhentas) unidades de selos, deverão ser observados valores múltiplos de quinhentos.

§ 2°. Não poderá ser efetuada mais de uma requisição mensal de selos de fiscalização, salvo em caso de emergência, hipótese em que as despesas de transporte e distribuição constituirão encargos do requisitante, conforme tabela de valores apresentada pela Casa da Moeda do Brasil, aprovada e divulgada pela Corregedoria-Geral de Justiça.

§ 3°. Excepcionalmente, na primeira requisição ou uma vez por ano, poderá ser requisitado um lote de 100 (cem) unidades de selos de fiscalização.

§ 4°. Nas requisições dos selos deverá ser discriminado o modelo do selo de fiscalização solicitado, a saber:

a) padrão, para utilização nos atos notariais e de registro sujeitos a cobrança de emolumentos;

b) padrão com a identificação "isento" para utilização nos atos gratuitos.

§ 5°. Os selos de fiscalização com a identificação "isento" serão requisitados nos moldes dos §§ 1° a 4° deste artigo.

§ 6°. A primeira requisição de lote(s) de selos de fiscalização deverá ser feita à Casa da Moeda do Brasil, na forma do artigo 2° desta Portaria, impreterivelmente até o dia 05 de março de 2002.

Art. 4°. A distribuição dos SELOS DE FISCALIZAÇÃO será realizada em até 7 (sete) dias úteis, contados da data do recebimento da requisição pela Casa da Moeda do Brasil, e a entrega será feita diretamente nas dependências dos serviços notariais e de registro requisitantes.

§ 1°. Nas requisições emergenciais os selos serão entregues diretamente nas dependências da respectiva serventia, em até 4 (quatro) dias úteis, contados da data do recebimento da requisição pela Casa da Moeda do Brasil, constituindo ônus do requisitante as despesas com o transporte e a distribuição, conforme tabela de valores apresentada pela contratada, aprovada e divulgada pela Corregedoria-Geral de Justiça.

§ 2°. A entrega do primeiro lote de selos de fiscalização será realizada no prazo de até 15 (quinze) dias úteis, contado da data do recebimento da requisição pela Casa da Moeda do Brasil.

§ 3°. Na entrega dos lotes de selos de fiscalização, que será feita e comprovada mediante documentação contendo a identificação da serventia, a quantidade e numeração dos selos, o recebedor deverá conferir o seu conteúdo, identificar-se e lançar recibo no documento correlato.

§ 4°. Os selos de fiscalização deverão ser recebidos pelos oficiais de registro, tabeliães, substitutos legais ou prepostos autorizados/credenciados do respectivo serviço notarial ou de registro, devidamente cadastrados junto à Corregedoria-Geral de Justiça.

§ 5°. Os notários e registradores quando não receberem os selos de fiscalização nos prazos regulamentares deverão comunicar tal fato, imediatamente, à Corregedoria-Geral de Justiça e/ou Casa da Moeda do Brasil, para as providências cabíveis.

Art. 5°. O SELO DE FISCALIZAÇÃO será utilizado, obrigatoriamente, em todos os atos praticados pelos serviços notariais e de registro, inclusive nos atos sujeitos à gratuidade, com observância dos seguintes procedimentos e regras:

I - o selo de fiscalização é de uso exclusivo do serviço notarial ou de registro requisitante, proibido o seu empréstimo, repasse ou troca;

II - o selo deverá ser utilizado na ordem seqüencial da numeração alfa numérica do lote de selos recebidos;

III - o selo deverá ser retirado da folha própria pela borda e afixado de imediato no documento que representa o ato notarial ou de registro praticado;

IV - cada ato notarial ou de registro receberá um selo de fiscalização que será afixado, preferencialmente, na parte do documento onde estiver lançada a assinatura do notário, registrador ou preposto;

V - o selo de fiscalização afixado no documento deverá ser parcialmente carimbado, com modelo de carimbo utilizado para identificar a especialidade do respectivo serviço notarial ou de registro;

VI - no documento que constituir-se em mais de um ato serão utilizados tantos selos quantos forem os atos praticados, independente do número de folhas;

VII - no documento que constituir-se em mais de uma folha o selo deverá ser afixado onde houver a assinatura do notário, registrador ou preposto;

VIII - no documento que constituir-se em dois ou mais atos praticados serão utilizados tantos selos quanto o número de atos praticados;

IX - nos atos sujeitos à gratuidade estipulada pela Lei Federal nº 9.534, de 10.12.97, o selo de fiscalização com a identificação "isento" será afixado no documento que representa o ato praticado, nos moldes dos incisos anteriores;

X - nos atos gratuitos praticados por determinação judicial, também deverá ser afixado o selo de fiscalização com a identificação "isento", no documento onde for certificada a prática do ato e nos moldes dos incisos anteriores.

Art. 6º. O SELO DE FISCALIZAÇÃO, no tocante às diversas especialidades dos serviços notariais e de registro, deverá ser utilizado nos respectivos atos praticados, nos termos do artigo 5º desta Portaria e das regras seguintes:

I - TABELIONATO DE NOTAS:

I.1. AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS - Será afixado um selo para cada documento objeto de autenticação;

I.2. ESCRITURA PÚBLICA - Será afixado um selo no traslado;

I.2.1. Nos casos de escritura onde haja mais de um contrato ou estipulação que, por sua autonomia, possa ser objeto de outra escritura, será afixado um selo para cada ato;

I.2.2. Nos casos de escritura com mais de uma unidade imobiliária, será afixado um selo para cada unidade;

I.2.3. Nos casos de escritura pública de permuta, será afixado um selo para cada traslado, observando-se ainda o disposto no item I.2.2;

I.2.4. CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO - Será afixado um selo pela escritura pública de convenção de condomínio, acrescentando-se tantos selos quantas forem as unidades autônomas constantes da convenção;

I.2.5. Nos casos de escritura de re-ratificação, bem como qualquer outra destinada a integrar escritura anteriormente lavrada, será afixado um selo no traslado;

I.3. PROCURAÇÃO - Será afixado um selo no traslado;

I.4. RECONHECIMENTO DE FIRMA - Será afixado um selo para cada firma reconhecida;

I.5. TESTAMENTO PÚBLICO - Será afixado um selo no traslado;

I.5.1. APROVAÇÃO DE TESTAMENTO CERRADO - Será afixado um selo no auto ou instrumento de aprovação;

I.5.2. REVOGAÇÃO DE TESTAMENTO - Será afixado um selo no traslado.

II - REGISTRO E DISTRIBUIÇÃO DE TÍTULOS:

II.1. AVERBAÇÃO - Será afixado um selo no documento que ensejar a averbação;

II.2. DISTRIBUIÇÃO - Será afixado um selo na 2ª via do título apresentado ou no documento que certificar a prática do ato.

III - TABELIONATO DE PROTESTO DE TÍTULOS:

III.1. AVERBAÇÃO - Será afixado um selo no documento que ensejar a averbação;

III.2. CERTIDÃO - Será afixado um selo na respectiva certidão e, havendo mais de uma folha, um selo para cada folha de certidão;

III.3. INDICAÇÃO DE REGISTRO OU AVERBAÇÃO - Será afixado um selo para cada pessoa indicada, no documento que certificar a prática do(s) ato(s);

III.4. LIQUIDAÇÃO OU RETIRADA DE TÍTULO - Será afixado um selo no documento liquidado ou retirado;

III.5. PROTESTO - Será afixado um selo no instrumento de protesto; havendo mais de um responsável no título, serão afixados tantos selos quantos forem os responsáveis indicados no título.

IV - REGISTRO DE IMÓVEIS:

IV.1. AVERBAÇÃO - Será afixado um selo no documento em que for certificada a averbação;

IV.1.1. AVERBAÇÃO DE CONSTRUÇÃO, "BAIXA E HABITE-SE" - Serão afixados tantos selos quantas forem as unidades construídas, no documento em que for certificada a prática do(s) ato(s);

IV.2. EDITAL DE INTIMAÇÃO - Serão afixados no edital tantos selos quantas forem as pessoas intimadas;

IV.3. INDICAÇÃO DE REGISTRO OU AVERBAÇÃO - Será afixado um selo no documento que certificar a prática do ato;

IV.4. MATRÍCULA - Será afixado um selo para cada matrícula aberta, no documento que certificar a prática do(s) ato(s);

IV.5. REGISTRO DE MEMORIAL DE LOTEAMENTO - Será afixado um selo pelo processamento, acrescentando-se tantos selos quantos forem os lotes ou glebas do memorial objeto de registro, no documento que certificar a prática dos atos;

IV.6. REGISTRO DE MEMORIAL DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - Será afixado um selo pelo processamento, acrescentando-se tantos selos quantas forem as unidades autônomas do memorial objeto de registro, no documento que certificar a prática dos atos;

IV.7. REGISTRO DE CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO - Será afixado um selo no registro de edifício com até 12 (doze) unidades, acrescentando-se tantos selos quantas forem as unidades que excederem a este número;

IV.8. REGISTRO DE ESCRITURA PÚBLICA OU INSTRUMENTO PARTICULAR - Será afixado um selo no documento onde for certificada a prática do ato; havendo mais de um registro ou averbação no mesmo documento apresentado, serão afixados tantos selos quantos forem os atos praticados;

IV.9. REGISTRO TORRENS - Será afixado um selo no documento onde for certificada a prática do ato;

V - REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS:

V.1. AVERBAÇÃO - Será afixado um selo no título ou documento em que for certificada a averbação;

V.2. CERTIFICADO (PROTOCOLO) - Será afixado um selo em cada via ou cópia do documento certificado;

V.3. INTIMAÇÃO - Serão afixados tantos selos quantas forem as pessoas intimadas, no documento entregue ao requerente ou, quando for o caso, no documento que certificar o cumprimento do mandado judicial;

V.4. REGISTRO - Será afixado um selo no documento ou título onde for certificada a prática do ato;

V.5. CARTAS DE NOTIFICAÇÃO - Serão afixados tantos selos quantos forem os atos praticados, no documento entregue ao notificante.

VI - REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS:

VI.1. AVERBAÇÃO - Será afixado um selo no título ou documento em que for certificada a averbação;

VI.2. CERTIFICADO - Será afixado um selo em cada via ou cópia do documento certificado;

VI.3. MATRÍCULA DE PERIÓDICOS E TIPOGRAFIAS - Será afixado um selo pelo processamento e um selo pela matrícula, no documento onde for certificada a prática dos atos;

VI.4. REGISTRO - Será afixado um selo no documento ou título onde for certificada a prática do ato;

VI.5. REGISTRO DE ABERTURA OU CANCELAMENTO DE FILIAL - Serão afixados tantos selos quantas forem as unidades abertas ou canceladas, no documento onde for certificada a prática do(s) ato(s).

VII - REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS:

VII.1. AVERBAÇÃO - Serão afixados tantos selos quantos forem os atos praticados, no documento onde for certificada a prática do(s) ato(s);

VII.2. CASAMENTO - Serão afixados na 1ª via da certidão de casamento, tantos selos quantos forem os atos praticados;

VII.3. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO - Serão afixados na 1ª via da certidão de casamento tantos selos quantos forem os atos praticados;

VII.4. EDITAL RECEBIDO DE OUTRO SERVIÇO REGISTRAL - Será afixado um selo no documento onde for certificada a prática do ato;

VII.5. EMANCIPAÇÃO, AUSÊNCIA E INTERDIÇÃO E SENTENÇA JUDICIAL - Serão afixados na respectiva certidão tantos selos quantos forem os atos praticados;

VII.6. ADOÇÃO - Serão afixados na respectiva certidão tantos selos quantos forem os atos praticados;

VII.7. CERTIDÃO DE NASCIMENTO, ÓBITO E CASAMENTO - 2ª VIA - Será afixado um selo em cada certidão expedida;

VII.7.1. CERTIDÃO DE NASCIMENTO E ÓBITO - 2ª VIA - Será afixado um selo "isento" nas certidões expedidas para os reconhecidamente pobres;

VII.8. TRANSCRIÇÃO - Serão afixados tantos selos quantos forem os atos praticados, no documento onde for certificada a prática do ato;

VII.9. CERTIDÃO DE DOCUMENTO, LIVROS E ASSENTAMENTOS ARQUIVADOS, INCLUSIVE MEDIANTE PROCESSO REPROGRÁFICO E DE FATOS CONHECIDOS EM RAZÃO DO OFÍCIO - Será afixado um selo na respectiva certidão e, havendo mais de uma folha, um selo para cada folha de certidão;

VII.10. CERTIDÃO NEGATIVA OU DE REVALIDAÇÃO - Serão afixados tantos selos quantos forem os nomes de pessoas objeto da certidão;

VII.11. BUSCA EM AUTOS, LIVROS E DOCUMENTOS ARQUIVADOS - Será afixado um selo para cada período de 05 (cinco) anos, no

documento que ensejar a prática do ato, caso não haja o fornecimento de certidão de ato lavrado.

VIII - ATOS COMUNS AOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES:

VIII.1. ARQUIVAMENTO - Serão afixados tantos selos quantos forem o número de folhas, no documento que certificar a prática do(s) ato(s);

VIII.2. AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS - Será afixado um selo para cada documento objeto de autenticação;

VIII.3. BUSCA EM LIVROS E DOCUMENTOS ARQUIVADOS - Será afixado um selo para cada período de 05 (cinco) anos, no documento que ensejar a prática do ato, caso não haja o fornecimento de certidão de ato lavrado;

VIII.4. CERTIDÃO DE DOCUMENTO, LIVROS E ASSENTAMENTOS ARQUIVADOS, INCLUSIVE MEDIANTE PROCESSO REPROGRÁFICO E DE FATOS CONHECIDOS EM RAZÃO DO OFÍCIO - Será afixado um selo na respectiva certidão e, havendo mais de uma folha, um selo para cada folha de certidão;

VIII.5. CERTIDÃO NEGATIVA OU DE REVALIDAÇÃO - Serão afixados tantos selos quantos forem os nomes de pessoas objeto da certidão;

VIII.6. DILIGÊNCIA - Serão afixados tantos selos quantos forem os atos praticados, no documento que certificar a prática do(s) ato(s);

VIII.7. LEVANTAMENTO DE DÚVIDA - Será afixado um selo no documento onde for certificada a prática do ato.

Art. 7º. OS SELOS DE FISCALIZAÇÃO deverão ser guardados em local seguro, nas dependências dos serviços notariais e de registro, sob a responsabilidade direta do notário, registrador ou substituto legal.

Art. 8º. O SELO DE FISCALIZAÇÃO é de uso exclusivo do serviço notarial ou de registro requisitante.

Parágrafo único. O empréstimo, o repasse, a troca e a utilização indevida dos selos de fiscalização pelos serviços notariais e de registro constituem infrações disciplinares que sujeitam os oficiais de registro, tabeliães, substitutos legais e prepostos às penalidades administrativas e legais.

Art. 9º. Os notários, registradores ou substitutos legais deverão adotar livro, sistema informatizado ou outra forma de controle das requisições, dos lotes recebidos e dos selos de fiscalização utilizados.

Parágrafo único. As hipóteses e ocorrências elencadas nos artigos 10 e 11 desta Portaria também deverão ser anotadas nos termos do *caput* deste artigo.

Art. 10. Os selos recebidos pelo requisitante com defeito de fabricação, dano ou avaria deverão ser devolvidos diretamente à empresa contratada para

a sua reposição, em até 7 (sete) dias úteis, contados da data do recebimento da devolução dos respectivos selos.

Art. 11. Nas hipóteses de extravio, furto ou roubo do SELO DE FISCALIZAÇÃO, o oficial de registro, tabelião, ou substituto legal do serviço notarial ou de registro deverá registrar ocorrência policial e comunicar à Corregedoria-Geral de Justiça, em 24 (vinte e quatro) horas, a quantidade e a numeração dos respectivos selos, juntamente com a cópia do Boletim de Ocorrência policial, para publicação da ocorrência e do cancelamento da sua validade.

Art. 12. Correrão por conta dos notários e registradores os custos dos selos avariados, danificados, extraviados, furtados ou roubados sob a sua guarda.

Art. 13. Os cartazes contendo esclarecimentos a respeito do SELO DE FISCALIZAÇÃO deverão ser afixados nas dependências de todos os serviços notariais e de registro do Estado de Minas, em local visível e de fácil acesso.

Art. 14. A fiscalização das normas constantes desta Portaria compete ao Juiz de Direito Diretor do Foro, sem prejuízo da competência da Corregedoria-Geral de Justiça.

Art. 15. Os notários, registradores, substitutos legais e seus prepostos serão pessoalmente responsabilizados nas esferas administrativa, civil e penal pela não-utilização do selo de fiscalização nos atos notariais ou de registro praticados, pela sua indevida utilização, pela requisição abusiva ou irregular dos selos e pela inobservância da legislação pertinente, das normas estabelecidas nesta Portaria e das instruções complementares que serão editadas pela Corregedoria-Geral de Justiça.

Art. 16. Qualquer alteração e/ou modificação nos dados constantes do Formulário Cadastral dos Serviços Notariais e de Registro, destinado a requisição e utilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO, deverá ser comunicada, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, à Corregedoria-Geral de Justiça.

Art. 17. Os notários e registradores deverão observar fielmente as disposições da Portaria Conjunta nº 011, de 04.06.2001, que disciplina o recolhimento e o repasse de R$0,20 (vinte centavos), por ato notarial e de registro praticado com cobrança de emolumentos, como forma de compensação aos registradores civis das pessoas naturais pela prática dos atos sujeitos à gratuidade estipulada pela Lei Federal nº 9.534, de 10.12.1997.

Art. 18. Maiores esclarecimentos sobre o SELO DE FISCALIZAÇÃO poderão ser obtidos junto à Corregedoria-Geral de Justiça, através do DDG 0800 283 6300.

Art. 19. Os casos omissos a respeito da requisição, distribuição e utilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO serão objeto de novos esclarecimentos e orientações pela Direção do Foro da

respectiva comarca e pela Corregedoria-Geral de Justiça.

Publique-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2002.

(a) Desembargador MURILO JOSÉ PEREIRA
Corregedor-Geral de Justiça

ANEXO
(Artigo 2° da Portaria n° 022/GACOR/2002)

FORMULÁRIO DE REQUISIÇÃO DOS SELOS DE FISCALIZAÇÃO DOS ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NOME DO OFICIAL DE REGISTRO, TABELIÃO, SUBSTITUTO LEGAL OU PREPOSTO AUTORIZADO/CREDENCIADO: _____

_____,
devidamente cadastrado junto à Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, vem requisitar à CASA DA MOEDA DO BRASIL - CMB o(s) seguinte(s) lote(s) de selos de fiscalização dos atos notariais e de registro, nos termos do art. 3° da Portaria 022/GACOR/2002 (*):

SELO PADRÃO = _____

SELO PADRÃO com a identificação "ISENTO":_____

SERVIÇO: _____

COMARCA: _____

MUNICÍPIO: _____ DISTRITO: _____

LOCAL: _____ DATA: _____/____/_____

ASSINATURA: _____

OBS.:
(*) 01 lote = 500 unidades de selos de fiscalização
02 lotes = 1.000 unidades de selos de fiscalização
03 lotes = 1.500 unidades de selos de fiscalização, etc.
Excepcionalmente, na primeira requisição ou uma vez por ano, poderá ser requisitado um lote de 100 (cem) unidades de selos de fiscalização.
A primeira requisição de lote(s) de selos de fiscalização deverá ser solicitada à Casa da Moeda, impreterivelmente, até o dia 05.03.2002.

PORTARIA CONJUNTA N° 25/2001, DE 07 DE DEZEMBRO DE 2001

O Desembargador GUDESTEU BIBER SAMPAIO, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e o Desembargador MURILO JOSÉ PEREIRA, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, e,

CONSIDERANDO a necessidade de se promover o acompanhamento dos acusados sob suspeita de sofrimento mental e o tratamento dos pacientes judiciários submetidos a medida de segurança, garantindo a efetividade das sentenças judiciais,

CONSIDERANDO que desde 1999 é desenvolvido no Foro da Capital Projeto Piloto com a finalidade de fornecer à autoridade judicial subsídios para decisão nos incidentes de insanidade mental e promover o acompanhamento da aplicação das medidas de segurança ao agente infrator, tanto na modalidade de internação quanto na modalidade de tratamento ambulatorial,

RESOLVEM:

Art. 1°. Criar, no âmbito da Comarca de Belo Horizonte, o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário portador de sofrimento mental-PAIPJ.

Art. 2°. O PAIPJ será vinculado administrativa e disciplinarmente à Direção do Foro e funcionalmente aos Juízes Criminais, atuando exclusivamente por provocação e a critério da autoridade judicial.

Art. 3°. São atribuições do PAIPJ:

I - promover o estudo dos autos em que foi judicialmente instaurado o Incidente de Insanidade Mental do acusado, com a finalidade de:

a) fornecer parecer interdisciplinar quanto à pertinência da realização do exame de sanidade mental;

b) realizar discussão prévia com os peritos oficiais e fornecer subsídios para a formatação do respectivo laudo;

c) acompanhar o tratamento do réu sob suspeita de sofrimento mental, até decisão do incidente instaurado.

II - promover o estudo dos autos em que foi absolvido o réu com conseqüente aplicação da medida de segurança, tanto em sua espécie de internação quanto de tratamento ambulatorial, com a finalidade de:

a) fornecer parecer interdisciplinar que individualize a condição em que se encontram os pacientes;

b) acompanhar o tratamento dos pacientes judiciários em medida de segurança, ofertando subsídios técnicos para a execução penal, nas diversas fases do tratamento;

c) promover discussão com os peritos oficiais antes da realização do exame de cessação de periculosidade, fornecendo-lhes informações quanto à evolução do tratamento;

d) manter contato com a rede pública de assistência em saúde mental com o fim de dar tratamento aos pacientes judiciais, na forma da legislação aplicável à espécie.

Art. 4°. Semestralmente, o PAIPJ apresentará ao Diretor do Foro relatório de suas atividades.

Art. 5°. Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2001.

Desembargador GUDESTEU BIBER SAMPAIO
Presidente do Tribunal de Justiça

Desembargador MURILO JOSÉ PEREIRA
Corregedor-Geral de Justiça

(*MG* de 27.12.01)

-:::-

PROVIMENTO Nº 64/2002, DE 29 DE JANEIRO DE 2002

- Dispõe sobre prerrogativas na tramitação dos procedimentos judiciais em que figurem como parte pessoas com idade igual ou superior a 65 anos.

O Desembargador Murilo José Pereira, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, e,

Considerando os termos da Lei 10.173, de 09 de janeiro de 2001, que determina prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figurem como parte pessoas com idade igual ou superior a 65 anos;

Considerando a necessidade de se padronizarem os procedimentos para se atender ao objetivo legal;

Resolve:

Art. 1°. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância.

Art. 2°. O interessado na obtenção desse benefício, juntando prova de sua idade, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório

do juízo as providências a serem cumpridas.

Art. 3°. Concedida a prioridade, esta não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de sessenta e cinco anos.

Art. 4°. Este Provimento entra em vigor no prazo de sessenta dias a partir da data de sua publicação.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2002.

Desembargador MURILO JOSÉ PEREIRA
Corregedor-Geral de Justiça

(*MG* de 28.02.02)

-:::-

PROVIMENTO CONJUNTO Nº 001/2002, DE 15 DE JANEIRO DE 2002

- Provê normas para a aquisição, distribuição e utilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO, de uso obrigatório pelos tabeliães e oficiais de registro, destinado à fiscalização judiciária da prática dos atos notariais e de registro e da contagem, cobrança e pagamento de emolumentos.

O Desembargador GUDESTEU BIBER SAMPAIO, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e o Desembargador MURILO JOSÉ PEREIRA, Corregedor-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições e competências legais,

CONSIDERANDO que a Lei Estadual nº 12.727, de 30.12.97, com redação dada pela Lei nº 13.438, de 30.12.99, em seu artigo 26, §§ 1º a 3º, instituiu o selo de fiscalização de uso obrigatório pelos tabeliães e oficiais de registro destinado à fiscalização judiciária da prática dos atos notariais e de registro e da contagem, cobrança e pagamento de emolumentos;

CONSIDERANDO que a utilização do selo de fiscalização, consoante o disposto no § 3º do artigo 26 da referida legislação, "será regulamentada pela Corregedoria-Geral de Justiça";

CONSIDERANDO que a Resolução nº 383, de 12.12.2001, da egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça, estabeleceu normas gerais para a Corregedoria-Geral de Justiça expedir Provimento para disciplinar a utilização do selo de fiscalização e controlar a sua aquisição e distribuição aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais; e

CONSIDERANDO que a superintendência geral dos serviços da Secretaria do Tribunal compete ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

PROVÊEM:

Art. 1°. A aquisição, distribuição e utilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO judiciária da prática dos atos notariais e de registro e da contagem, cobrança e pagamento de emolumentos, obedecerão ao disposto na Lei Estadual n° 12.727, de 30.12.97, com a redação dada pela Lei n° 13.438, de 30.12.99, no Decreto n° 40.976, de 28.03.00, na Resolução n° 383, de 12.12.01, e nas normas estabelecidas neste Provimento.

Art. 2°. A prática de atos notariais e de registro no Estado de Minas Gerais, a partir de 02 de abril de 2002, será realizada, obrigatoriamente, com a utilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO.

Do Selo de Fiscalização

Art. 3°. O SELO DE FISCALIZAÇÃO será confeccionado em modelo padrão, e padrão com a identificação "isento", possuirá elementos de segurança que impeçam a sua adulteração ou falsificação e as características e especificações seguintes:

I - cor predominante: verde;

II - dimensões: 38mm x 26mm;

III - textos: "SELO DE FISCALIZAÇÃO" - " ESTADO DE MINAS GERAIS" - "CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA";

IV - bandeira e brasão do Estado de Minas Gerais;

V - impressão: talho doce com uma cor de tinta calcográfica - *off set* com quatro cores, sendo uma de tinta invisível reativa à luz ultra-violeta;

VI - elementos de segurança: papel auto-adesivo com faqueamento - fundo numismático - tarja, textos e brasão com tinta calcográfica - imagem latente da sigla "MG" - fundo de microletras positivas e negativas - numeração alfanumérica com três letras e cinco algarismos.

Parágrafo único. O SELO DE FISCALIZAÇÃO com a identificação "isento", que deverá ser utilizado nos atos sujeitos à gratuidade estipulada pela Lei Federal n° 9.534, de 10.12.97, possuirá a cor predominante vermelha e as mesmas características, especificações e os elementos de segurança elencados nos incisos deste artigo.

Da Aquisição, Requisição, Distribuição e Entrega dos Selos de Fiscalização

Art. 4°. A aquisição dos SELOS DE FISCALIZAÇÃO, incluindo a confecção, controle, armazenagem, transporte, distribuição e entrega, será contratada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e custeada com os valores cobrados a título de fiscalização judiciária da prática de atos notariais e de registro, não gerando ônus para os notários e registradores.

Art. 5°. A requisição dos SELOS DE FISCALIZAÇÃO deverá ser efetuada pelos oficiais de registro, tabeliães, substitutos legais ou prepostos autorizados/credenciados do respectivo serviço notarial ou de registro, devidamente cadastrados junto à Corregedoria-Geral de Justiça, diretamente à empresa contratada pelo Tribunal de Justiça.

Art. 6°. Os SELOS DE FISCALIZAÇÃO deverão ser requisitados em lotes mínimos de 500 (quinhentas) unidades de selos, em quantidade compatível com a demanda de atos praticados pelo respectivo serviço notarial ou de registro e em periodicidade não inferior a um mês.

§ 1°. Nas requisições em quantidade superior a 500 (quinhentas) unidades de selos, deverão ser observados valores múltiplos de 500 (quinhentos).

§ 2°. Não poderá ser efetuada mais de uma requisição mensal de selos de fiscalização, salvo em caso de emergência, hipótese em que os ônus das despesas de transporte e distribuição constituirão encargos do requisitante, conforme tabela de valores apresentada pela empresa contratada, aprovada e divulgada pela Corregedoria-Geral de Justiça.

§ 3°. Excepcionalmente, na primeira requisição ou uma vez por ano, poderá ser requisitado um lote de 100 (cem) unidades de selos de fiscalização.

§ 4°. Nas requisições dos selos deverá ser discriminado o modelo do selo de fiscalização, a saber:

a) padrão, para utilização nos atos notariais e de registro sujeitos à cobrança de emolumentos;

b) padrão com a identificação "isento" para utilização nos atos gratuitos.

§ 5°. Os selos de fiscalização com a identificação "isento", que devem ser utilizados nos atos sujeitos à gratuidade, serão requisitados nos moldes dos §§ 1° a 4° deste artigo.

Art. 7°. A distribuição dos SELOS DE FISCALIZAÇÃO será realizada em até 7 (sete) dias úteis, contados da data do recebimento da requisição pela empresa contratada, e a entrega será feita diretamente nas dependências dos serviços notariais e de registro requisitantes.

§ 1°. Nas requisições emergenciais os selos serão entregues diretamente nas dependências da respectiva serventia, em até 4 (quatro) dias úteis, contados da data do recebimento da requisição pela contratada, constituindo ônus do requisitante as despesas com o transporte e a distribuição, conforme tabela de valores apresentada pela empresa contratada, aprovada e divulgada pela Corregedoria-Geral de Justiça.

§ 2°. Os selos de fiscalização deverão ser recebidos pelos oficiais de registro, tabeliães, substitutos legais ou prepostos autorizados/credenciados do respectivo serviço notarial ou de registro, devidamente cadastrados junto à Corregedoria-Geral de Justiça.

§ 3°. Na entrega dos lotes de selos de fiscalização, que será feita e comprovada mediante documentação contendo a identificação da serventia, a quantidade e numeração dos selos, o recebedor deverá se identificar e lançar recibo no documento correlato.

§ 4°. A entrega do primeiro lote de selos de fiscalização será realizada no prazo de até 15 (quinze) dias úteis, contado da data do recebimento da requisição pela contratada.

Da Utilização do Selo de Fiscalização

Art. 8°. O SELO DE FISCALIZAÇÃO será utilizado, obrigatoriamente, em todos os atos praticados pelos serviços notariais e de registro, inclusive nos atos sujeitos à gratuidade, com observância dos seguintes procedimentos e regras:

I - o selo de fiscalização é de uso exclusivo do serviço notarial ou de registro requisitante, proibido o seu empréstimo, repasse ou troca;

II - o selo deverá ser utilizado na ordem seqüencial da numeração alfanumérica do lote de selos requisitados;

III - o selo deverá ser retirado da folha própria pela borda e afixado de imediato no documento que representa o ato notarial ou de registro praticado;

IV - cada ato notarial ou de registro receberá um selo de fiscalização que será afixado, preferencialmente, na parte do documento onde estiver lançada a assinatura do notário ou registrador;

V - o selo de fiscalização afixado no documento deverá ser parcialmente carimbado, com modelo de carimbo, utilizado para identificar a especialidade do respectivo serviço notarial ou de registro;

VI - no documento que possuir mais de um ato serão utilizados tantos selos quantos forem os atos praticados;

VII - no documento que possuir mais de uma folha e constituir-se em um único ato praticado o selo deverá ser afixado na folha onde houver a assinatura do notário ou registrador;

VIII - no documento que possuir mais de uma folha e constituir-se em dois ou mais atos praticados serão utilizados tantos selos quanto o número de atos praticados;

IX - nos atos sujeitos à gratuidade estipulada pela Lei Federal n° 9.534, de 10.12.97, o selo de fiscalização com a identificação "isento" deverá ser afixado no documento que representa o ato praticado, nos moldes dos incisos anteriores.

Dos Deveres Comuns a Todos os Serviços Notariais e de Registro

Art. 9°. Os SELOS DE FISCALIZAÇÃO deverão ser guardados em local seguro das dependências dos serviços notariais e de registro, sob a responsabilidade direta do notário, registrador ou substituto legal.

Art. 10. O SELO DE FISCALIZAÇÃO é de uso exclusivo do serviço notarial ou de registro requisitante.

Parágrafo único. O empréstimo, o repasse, a troca e a utilização indevida dos selos de fiscalização pelos serviços notariais e de registro constituem infrações disciplinares que sujeitam os oficiais de registro, tabeliães, substitutos legais e prepostos às penalidades administrativas e legais.

Art. 11. Os notários, registradores ou substitutos legais deverão adotar livro ou sistema informatizado para controlar as requisições, os lotes recebidos e os selos de fiscalização utilizados.

Art. 12. O SELO DE FISCALIZAÇÃO afixado no documento deverá ser parcialmente carimbado, com modelo de carimbo utilizado para identificar a especialidade do respectivo serviço notarial ou de registro.

Art. 13. Nas hipóteses de avaria, dano, defeito, extravio, furto ou inutilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO, o oficial de registro, tabelião ou substituto legal do serviço notarial ou de registro deverá comunicar, imediatamente, à Corregedoria-Geral de Justiça a quantidade e numeração do respectivo lote de selos, para publicação da ocorrência e do cancelamento da validade dos selos.

§ 1°. Os selos recebidos pelo requisitante com defeito de fabricação, dano ou avaria, deverão ser devolvidos diretamente à empresa contratada para a sua reposição, em até 7 (sete) dias úteis, contados da data do recebimento da devolução dos respectivos selos, observado o disposto no *caput* deste artigo.

§ 2°. Os selos furtados ou roubados, sob a guarda e responsabilidade dos respectivos serviços notariais e de registro, deverão ter ocorrência policial registrada pelo notário ou registrador, antes e para os fins das providências do *caput* deste artigo.

§ 3°. As hipóteses e ocorrências elencadas neste artigo deverão ser anotadas no livro ou sistema informatizado a que se refere o art. 11 deste Provimento.

§ 4°. Correrão por conta dos notários e registradores os custos dos selos avariados, danificados, extraviados, inutilizados, furtados ou roubados sob a sua guarda.

Art. 14. Os cartazes contendo esclarecimentos a respeito do SELO DE FISCALIZAÇÃO deverão ser afixados nas dependências de todos os serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais, em local visível e de fácil acesso.

Da Fiscalização

Art. 15. A fiscalização das normas constantes deste Provimento compete ao Juiz de Direito Diretor do foro, sem prejuízo da competência da Corregedoria-Geral de Justiça.

Das Disposições Finais

Art. 16. Os notários, registradores, substitutos legais e seus prepostos

serão pessoalmente responsabilizados nas esferas administrativa, civil e penal pela não-utilização do selo de fiscalização nos atos notariais ou de registro praticados, pela sua indevida utilização, pela requisição abusiva ou irregular dos selos e pela inobservância da legislação pertinente, das normas estabelecidas neste Provimento e das instruções complementares que serão editadas pela Corregedoria-Geral de Justiça.

Art. 17. Os casos omissos, o detalhamento técnico e as regras específicas a respeito da requisição, distribuição e utilização do SELO DE FISCALIZAÇÃO serão objeto de deliberação, orientação e esclarecimentos pela Corregedoria-Geral de Justiça, através da publicação de atos administrativos no "Diário do Judiciário - Minas Gerais".

Art. 18. Ficam convalidadas as disposições da Portaria Conjunta nº 011, de 04.06.2001, que disciplina o recolhimento e o repasse da importância de R$0,20 (vinte centavos), por ato notarial e de registro praticado com cobrança de emolumentos, como forma de compensação aos registradores civis das pessoas naturais pela prática dos atos sujeitos à gratuidade estipulada pela Lei Federal nº 9.534, de 10.12.97.

Publique-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 15 de janeiro de 2002.

Desembargador GUDESTEU BIBER SAMPAIO
Presidente do Tribunal de Justiça

Desembargador MURILO JOSÉ PEREIRA

Corregedor-Geral de Justiça

-:::-

RESOLUÇÃO Nº 386/2002, DE 22 DE MARÇO DE 2002

- Dispõe sobre a criação, a jurisdição, a composição, a competência e o funcionamento dos grupos jurisdicionais de Turmas Recursais.

A Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, usando das atribuições que lhe confere o art. 22, inciso III, da Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001,

CONSIDERANDO que a referida Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, dispôs sobre os grupos jurisdicionais das Turmas Recursais dos Juizados Especiais;

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentação das disposições relativas aos Juizados Especiais, especialmente no que pertine com as Turmas Recursais;

CONSIDERANDO a proposta da Comissão Supervisora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, agora elevada à categoria de Comissão Permanente (Lei citada, art. 42, V);

CONSIDERANDO, finalmente, o que constou do Processo nº 362 da Comissão de Organização e Divisão Judiciárias, e atendendo ao que ficou decidido na Sessão da Corte Superior de 20 de março de 2002.

RESOLVE:

CAPÍTULO I

Da Criação e da Jurisdição dos Grupos Jurisdicionais das Turmas Recursais

Art. 1º. Ficam criados, no Estado de Minas Gerais, os grupos jurisdicionais de Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, conforme o disposto no Anexo I desta Resolução, e com sede na Comarca que lhes dá nome.

Art. 2º. As comarcas integrantes de cada grupo jurisdicional são as constantes do Anexo II desta Resolução.

Art. 3º. Compete à Comissão Supervisora encaminhar à Corte Superior proposta para criação de novas Turmas Recursais quando o interesse público recomendar ou a média de julgamentos por grupo jurisdicional atingir, nos doze meses anteriores, no mínimo duzentos recursos, excluídos os embargos de declaração e as reclamações quanto a erro material.

CAPÍTULO II

Da Composição das Turmas Recursais

Art. 4º. Cada Turma Recursal será composta por três juízes titulares e três suplentes.

§ 1º. A presidência da Turma Recursal será exercida pelo juiz dela titular, mais antigo na comarca da respectiva sede.

§ 2º. O presidente será substituído, nos afastamentos, impedimentos e suspeições, pelos demais titulares ou pelos suplentes, obedecida a ordem de indicação da respectiva Turma Recursal.

§ 3º. Na hipótese de todos os integrantes da Turma Recursal ficarem afastados, impedidos ou suspeitos, a substituição será feita na seguinte forma:

I - no mesmo grupo jurisdicional, cada Turma Recursal substitui a que se lhe seguir na ordem de classificação e a última substitui a primeira;

II - em grupos jurisdicionais diversos, a substituição será feita na forma do Anexo III, e na ordem de classificação das Turmas Recursais.

Art. 5º. Os juízes titulares servirão por três anos, vedada a recusa e permitida uma recondução.

Art. 6º. O prazo previsto no artigo anterior não se aplica aos suplentes.

Art. 7º. Por proposta da Comissão Supervisora, o Presidente do Tribunal de Justiça submeterá à Corte Superior os nomes dos juízes titulares e suplentes que irão integrar as Turmas Recursais.

Parágrafo único. O Presidente do Tribunal de Justiça, por indicação do Presidente da Comissão Supervisora, poderá designar, *ad referendum* da Corte Superior, Juízes de Direito para completar Turma Recursal, sempre que o afastamento de seus integrantes, por qualquer motivo, comprometer a celeridade dos trabalhos.

CAPÍTULO III

Da Competência das Turmas Recursais

Art. 8°. Compete à Turma Recursal julgar, exclusivamente:

I - recursos inominados cíveis (art. 41 da Lei Federal n° 9.099, de 26 de setembro de 1995);

II - apelações criminais;

III - embargos de declaração interpostos contra seus acórdãos;

IV - reclamação quanto a erro material.

Art. 9°. Compete ao Presidente da Turma Recursal exercer o juízo de admissibilidade dos recursos interpostos para os Tribunais Superiores.

CAPÍTULO IV

Do Funcionamento das Turmas Recursais

Art. 10. A Turma Recursal reunir-se-á em sessão ordinária, no mínimo uma vez por mês, na sede do grupo jurisdicional, por convocação do respectivo Presidente, devendo ser intimadas as partes, os advogados e os demais interessados, na forma da lei processual respectiva.

§ 1°. A sessão ordinária exigida no *caput* deste artigo será dispensada se houver menos de dez recursos a serem julgados.

§ 2°. Respeitado o número mínimo de recursos previsto no parágrafo anterior, o Presidente da Turma Recursal poderá convocar tantas sessões extraordinárias quantas forem necessárias para rápida prestação jurisdicional.

§ 3°. Por solicitação do Presidente da Turma Recursal, a Comissão Supervisora poderá convocar suplentes para sessões extraordinárias, sempre que o acúmulo de serviços justificar a medida.

Art. 11. Na data designada, presentes pelo menos três juízes, sessão será aberta pelo Presidente e a ordem dos trabalhos obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno previsto no art. 13 desta Resolução.

CAPÍTULO V

Disposições Finais e Transitórias

Art. 12. A Comissão Supervisora elaborará o Regimento Interno das Turmas Recursais, providenciará ampla divulgação do mesmo e fará as alterações que nele forem necessárias.

Art. 13. Respeitado o disposto no artigo seguinte, a competência das novas Turmas Recursais terá início na data em que esta Resolução entrar em vigorArt. 14. Serão também remetidos às novas Turmas Recursais os recursos de sua competência interpostos há mais de sessenta dias da data de entrada em vigor desta Resolução, conservando as atuais Turmas Recursais competência residual para os demais recursos.

§ 1°. As atuais Turmas Recursais terão competência residual também para o julgamento dos embargos de declaração e das reclamações quanto a erro material referente a seus julgados, independentemente da data de sua interposição.

§ 2°. A regra prevista no *caput* deste artigo é aplicável para as comarcas que, nos termos desta Resolução, passaram a integrar Turma Recursal de grupo jurisdicional diferente.

Art. 15. Cumulativamente com as sentenças prolatadas, o mapa de produtividade indicará a quantidade de recursos relatados e de decisões do Presidente da Turma Recursal relativas a juízo de admissibilidade de recursos interpostos para os Tribunais Superiores.

Parágrafo único. A produtividade será também informada no mapa estatístico da Turma Recursal encaminhado à Comissão Supervisora.

Art. 16. A Comissão Supervisora expedirá instruções para cumprimento desta Resolução e para solucionar os casos omissos.

Art. 17. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Resolução n° 293, de 28 de dezembro de 1995.

Publique-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 22 de março de 2002.

Desembargador GUDESTEU BIBER
Presidente

ANEXO I

Grupos Jurisdicionais e Respectivas Sedes

I - Grupo Jurisdicional de Belo Horizonte, com, no mínimo, seis Turmas Recursais.

II - Grupos Jurisdicionais de Contagem, Divinópolis, Governador Valadares, Juiz de Fora, Poços de Caldas, Uberaba e Uberlândia, com, no mínimo, duas Turmas Recursais.

III - Grupos Jurisdicionais de Araguari, Araxá, Barbacena, Betim, Cataguases, Conselheiro Lafaiete, Curvelo, Formiga, Itajubá, Ipatinga, Itabira, Ituiutaba, Lavras, Montes Claros, Muriaé, Paracatu, Passos, Patos de Minas, Ponte Nova, Pouso Alegre, Sete Lagoas, Teófilo Otoni e Varginha, com, no mínimo, uma Turma Recursal.

ANEXO II

Relação das Comarcas Integrantes dos Grupos Jurisdicionais

01 - GRUPO JURISDICIONAL DE BELO HORIZONTE

Belo Horizonte

02 - GRUPO JURISDICIONAL DE ARAGUARI

Araguari, Estrela do Sul e Monte Carmelo.

03 - GRUPO JURISDICIONAL DE ARAXÁ

Araxá, Campos Altos, Ibiá, Luz, Nova Ponte, Perdizes e Sacramento.

04 - GRUPO JURISDICIONAL DE BARBACENA

Alto Rio Doce, Barbacena, Barroso, Carandaí, Mercês, Prados, Rio Pomba, São João del Rei e Senador Firmino.

05 - GRUPO JURISDICIONAL DE BETIM

Betim, Bonfim, Brumadinho, Esmeraldas, Ibirité, Igarapé, Itaguara, Mateus Leme, Pará de Minas e Pitangui.

06 - GRUPO JURISDICIONAL DE CATAGUASES

Além Paraíba, Cataguases, Guarani, Leopoldina, Miraí, Palma, Pirapetinga, Tocantins, Ubá e Visconde do Rio Branco.

07 - GRUPO JURISDICIONAL DE CONSELHEIRO LAFAIETE

Belo Vale, Congonhas, Conselheiro Lafaiete, Entre Rios de Minas, Itabirito, Lagoa Dourada, Ouro Branco, Piranga e Resende Costa.

08 - GRUPO JURISDICIONAL DE CONTAGEM

Contagem, Nova Lima, Sabará e Santa Luzia.

09- GRUPO JURISDICIONAL DE CURVELO

Abaeté, Buenópolis, Corinto, Curvelo, Diamantina, Itamarandiba, Martinho Campos, Morada Nova de Minas, Pirapora, Pompéu, Rio Vermelho, Serro, Três Marias e Várzea da Palma.

10 - GRUPO JURISDICIONAL DE DIVINÓPOLIS

Carmo da Mata, Carmo do Cajuru, Carmópolis de Minas, Cláudio, Divinópolis, Dores do Indaiá, Itapecerica, Itaúna, Nova Serrana, Passa Tempo, Santo Antônio do Monte e São Gonçalo do Pará.

11 - GRUPO JURISDICIONAL DE FORMIGA

Arcos, Bambuí, Bom Despacho, Candeias, Formiga, Iguatama, Lagoa da Prata e Piumhi.

12 - GRUPO JURISDICIONAL DE GOVERNADOR VALADARES

Aimorés, Caratinga, Conselheiro Pena, Coroaci, Galiléia, Governador Valadares, Inhapim, Ipanema, Itabirinha de Mantena, Itanhomi, Laginha, Mantena, Mutum, Peçanha, Resplendor, Santa Maria do Suaçuí e Tarumirim.

13 - GRUPO JURISDICIONAL DE ITAJUBÁ

Aiuruoca, Brasópolis, Carmo de Minas, Cristina, Itajubá, Itamonte, Itanhandu, Paraisópolis, Passa Quatro, Pedralva e São Lourenço.

14 - GRUPO JURISDICIONAL DE IPATINGA

Açucena, Belo Oriente, Bom Jesus do Galho, Conceição do Mato Dentro, Coronel Fabriciano, Ipatinga, Mesquita e Timóteo.

15 - GRUPO JURISDICIONAL DE ITABIRA

Barão de Cocais, Caeté, Ferros, Guanhães, Itabira, João Monlevade, Nova Era, Rio Piracicaba, Sabinópolis, Santa Bárbara, Santa Maria do Itabira, São Domingos do Prata, São João Evangelista e Virginópolis.

16 - GRUPO JURISDICIONAL DE ITUIUTABA

Campina Verde, Canápolis, Capinópolis, Ituiutaba, Iturama e Santa Vitória.

17 - GRUPO JURISDICIONAL DE JUIZ DE FORA

Andrelândia, Bicas, Juiz de Fora, Lima Duarte, Mar de Espanha, Matias Barbosa, Rio Novo, Rio Preto, Santos Dumont e São João Nepomuceno.

18 - GRUPO JURISDICIONAL DE LAVRAS

Bom Sucesso, Campo Belo, Ituiutaba, Lavras, Nepomuceno, Oliveira, Perdões e Santo Antônio do Amparo.

19 - GRUPO JURISDICIONAL DE MONTES CLAROS

Bocaiúva, Brasília de Minas, Coração de Jesus, Espinosa, Francisco Sá, Grão Mogol, Jaíba, Janaúba, Januária, Manga, Mato Verde, Mirabela, Montalvânia, Monte Azul, Montes Claros, Porteirinha, Rio Pardo de Minas, Salinas, São Francisco, São João da Ponte, São João do Paraíso, São Romão e Taiobeiras.

20 - GRUPO JURISDICIONAL DE MURIAÉ

Carangola, Divino, Espera Feliz, Eugenópolis, Manhuaçu, Manhumirim, Miradouro, Muriaé e Tombos.

21 - GRUPO JURISDICIONAL DE PARACATU

Arinos, Bonfinópolis de Minas, Buritis, João Pinheiro, Paracatu, Unaí e Vazante.

22 - GRUPO JURISDICIONAL DE PASSOS

Alpinópolis, Carmo do Rio Claro, Cássia, Guapé, Guaranésia, Guaxupé, Ibiraci, Itamoji, Jacuí, Monte Santo de Minas, Nova Resende, Passos, Pratápolis, São Roque de Minas, São Sebastião do Paraíso e São Tomás de Aquino.

23 - GRUPO JURISDICIONAL DE PATOS DE MINAS

Carmo do Paranaíba, Coromandel, Patos de Minas, Patrocinio, Presidente Olegário, Rio Paranaíba, São Gonçalo do Abaeté, São Gotardo e Tiros.

24 - GRUPO JURISDICIONAL DE POÇOS DE CALDAS

Andradas, Areado, Botelhos, Cabo Verde, Caldas, Campestre, Machado, Monte Belo, Muzambinho, Poço Fundo, Poços de Caldas e Santa Rita de Caldas.

25 - GRUPO JURISDICIONAL DE PONTE NOVA

Abre Campo, Alvinópolis, Ervália, Jequeri, Mariana, Ouro Preto, Ponte Nova, Raul Soares, Rio Casca, Teixeiras e Viçosa.

26 - GRUPO JURISDICIONAL DE POUSO ALEGRE

Borda da Mata, Bueno Brandão, Cachoeira de Minas, Camanducaia, Cambuí, Extrema, Jacutinga, Monte Sião, Natércia, Ouro Fino, Pouso Alegre, Santa Rita do Sapucaí, São Gonçalo do Sapucaí e Silvianópolis.

27 - GRUPO JURISDICIONAL DE SETE LAGOAS

Jabuticatubas, Lagoa Santa, Matozinhos, Papagaios, Paraopeba, Pedro Leopoldo, Ribeirão das Neves, Sete Lagoas e Vespasiano.

28 - GRUPO JURISDICIONAL DE TEÓFILO OTONI

Água Boa, Águas Formosas, Almenara, Araçuaí, Capelinha, Carlos Chagas, Itambacuri, Itaobim, Jacinto, Jequitinhonha, Joaíma, Malacacheta, Medina, Minas Novas, Nanuque, Novo Cruzeiro, Padre Paraíso, Pedra Azul, Rubim, Teófilo Otoni e Turmalina.

29 - GRUPO JURISDICIONAL DE UBERABA

Conceição das Alagoas, Conquista, Frutal, Itapagipe e Uberaba.

30 - GRUPO JURISDICIONAL DE UBERLÂNDIA

Monte Alegre de Minas, Prata, Tupaciguara e Uberlândia.

31 - GRUPO JURISDICIONAL DE VARGINHA

Alfenas, Baependi, Boa Esperança, Cambuquira, Campanha, Campos Gerais, Caxambu, Conceição do Rio Verde, Cruzília, Elói Mendes, Lambari, Paraguaçu, Três Corações, Três Pontas e Varginha.

ANEXO III

Tabela de Substituição de Turmas Recursais em Grupos Jurisdicionais Diversos

Grupo Jurisdicional	Substituto
Araguari	Uberlândia (1° substituto) Uberaba (2° substituto)
Araxá	Uberaba (1° substituto) Uberlândia (2° substituto)
Barbacena	Conselheiro Lafaiete (1° substituto) Juiz de Fora (2° substituto)

Betim	Contagem (1° substituto) Belo Horizonte (2° substituto)
Cataguases	Muriaé (1° substituto) Barbacena (2° substituto)
Conselheiro Lafaiete	Barbacena (1° substituto) Ponte Nova (2° substituto)
Contagem	Betim (1° substituto) Belo Horizonte (2° substituto)
Curvelo	Sete Lagoas (1° substituto) Montes Claros (2° substituto)
Divinópolis	Formiga (1° substituto) Betim (2° substituto)
Formiga	Divinópolis (1° substituto) Passos (2° substituto)
Governador Valadares	Teófilo Otoni (1° substituto) Ipatinga (2° substituto)
Itajubá	Pouso Alegre (1° substituto) Varginha (2° substituto)
Ipatinga	Contagem (1° substituto) Betim (2° substituto)
Itabira	Ipatinga (1° substituto) Ponte Nova (2° substituto)
Ituiutaba	Uberlândia (1° substituto) Araguari (2° substituto)

Juiz de Fora	Barbacena (1° substituto) Cataguases (2° substituto)
Lavras	Varginha (1° substituto) Barbacena (2° substituto)
Montes Claros	Curvelo (1° substituto) Sete Lagoas (2° substituto)
Muriaé	Cataguases (1° substituto) Barbacena (2° substituto)
Paracatu	Patos de Minas (1° substituto) Montes Claros (2° substituto)
Passos	Formiga (1° substituto) Divinópolis (2° substituto)
Patos de Minas	Araguari (1° substituto) Araxá (2° substituto)
Poços de Caldas	Pouso Alegre (1° substituto) Varginha (2° substituto)
Ponte Nova	Itabira (1° substituto) Cataguases (2° substituto)
Pouso Alegre	Itajubá (1° substituto) Poços de Caldas (2° substituto)
Sete Lagoas	Curvelo (1° substituto) Contagem (2° substituto)
Teófilo Otoni	Governador Valadares (1° substituto) Ipatinga (2° substituto)
Uberaba	Araxá (1° substituto) Uberlândia (2° substituto)
Uberlândia	Araguari (1° substituto) Uberaba (2° substituto)
Varginha	Lavras (1° substituto) Pouso Alegre (2° substituto)

-:::-

Índice Numérico

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

NÚMERO	ESPÉCIE	COMARCA	RELATOR: DES.	PÁG.
116.611-5/00	PCCO	Jacuí	Gomes Lima	422
145.074-1/00	ApCível	Varginha	Pinheiro Lago	46
153.512-9/00	RSEstr	S. J. Nepomuceno	Odilon Ferreira	425
161.585-5/00	RSEstr	Juiz de Fora	Roney Oliveira	431
189.367-6/02	EmbInfr	Belo Horizonte	Almeida Melo	50
192.565-0/00	ApCrim	Campo Belo	Sérgio Resende	438
195.697-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	58
196.021-0/00	ApCível	Ouro Preto	Hyparco Immesi	62
197.917-8/00	ApCível	Além Paraíba	Pinheiro Lago	66
201.888-5/01	EmbInfr	Pratápolis	Bady Curi	68
202.297-8/00	ApCível	Visc. Rio Branco	Carreira Machado	73
203.393-4/01	EmbInfr	Belo Horizonte	Bady Curi	82
203.937-8/00	Agravo	Uberlândia	Cláudio Costa	90
204.011-1/01	EmbInfr	Belo Horizonte	Antônio Hélio Silva	91
204.079-8/00	RSEstr	Juiz de Fora	Odilon Ferreira	441
205.309-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Pinheiro Lago	103
209.464-7/00	ApCível	Uberlândia	Hyparco Immesi	107
209.532-1/00	RSEstr	Perdizes	Gomes Lima	449
210.995-7/00	ApCível	Campestre	Murilo Pereira	112
211.739-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	114
213.658-8/00	ApCível	Manhuaçu	Célio César Paduani	118
214.211-5/00	ApCível	Juiz de Fora	Murilo Pereira	122
214.523-3/00	ApCível	Uberlândia	Aluízio Quintão	126
218.133-7/00	ApCível	Pará de Minas	Isalino Lisbôa	128
218.677-3/00	Agravo	Uberlândia	Carreira Machado	130
219.300-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	135
220.241-4/00	ApCível	Uberlândia	Isalino Lisbôa	137
220.935-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Aloysio Nogueira	140
221.111-8/00	ApCível	Ipatinga	Murilo Pereira	142

221.195-1/00	ApCível	Janaúba	Hugo Bengtsson	144
222.301-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Cláudio Costa	147
222.854-2/00	ApCível	Uberlândia	Schalcher Ventura	149
223.441-7/00	ApCível	Montes Claros	Almeida Melo	154
223.994-5/00	Agravo	Bocaiúva	Célio César Paduani	159
224.076-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Bady Curi	163
225.012-4/00	ApCível	Nova Serrana	Aloysio Nogueira	167
225.144-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Isalino Lisbôa	171
225.301-1/00	ApCível	Unaí	José Francisco Bueno	173
226.281-4/00	ApCível	Piumhi	Lucas Sávio Gomes	175
226.315-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Carreira Machado	178
227.311-8/00	ApCível	Extrema	Francisco Lopes de Albuquerque	181
227.702-8/00	ApCível	Bom Despacho	Kildare Carvalho	184
228.097-2/00	ApCível	Uberaba	José Francisco Bueno	186
228.226-7/00	ApCrim	São Seb. Paraíso	Kelsen Carneiro	455
228.848-8/00	ApCrim	Jabuticatubas	Roney Oliveira	460
229.056-7/00	ApCível	Mantena	Lúcio Urbano	189
229.134-2/00	ApCível	Estrela do Sul	Sérgio Lellis Santiago	193
229.639-0/00	ApCível	Bicas	Sérgio Lellis Santiago	195
230.270-1/00	ApCível	Formiga	Orlando Carvalho	196
230.288-3/00	ApCível	Ouro Preto	Nilson Reis	199
230.418-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Abreu Leite	202
230.528-2/00	ApCível	Carlos Chagas	Abreu Leite	205
230.686-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Cláudio Costa	207
231.182-7/00	RevCrim	Itaúna	Mercêdo Moreira *	464
231.230-4/00	ApCível	Cássia	Francisco Lopes de Albuquerque	209
231.754-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	213
232.346-7/00	PCCO	Paraisópolis	Gudesteu Biber	469
232.848-2/00	ApCível	Uberlândia	Abreu Leite	215
233.008-2/00	PCCO	Nepomuceno	Gudesteu Biber	471
233.022-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Nilson Reis	217
233.101-5/00	ApCível	Divinópolis	Dorival Guimarães Pereira	220
233.441-5/00	ApCrim	Pará de Minas	Mercêdo Moreira	474
233.443-1/00	ApCível	Gov. Valadares	Francisco Lopes de Albuquerque	227
233.572-7/00	ApCrim	Belo Horizonte	Zulman Galdino	477
234.023-0/00	ApCrim	Cataguases	Guido de Andrade	479
234.570-0/00	ApCível	Jequitinhonha	Lúcio Urbano	231
234.581-7/00	ApCível	Cataguases	José Francisco Bueno	233
235.073-4/00	ApCível	Matozinhos	José Domingues Ferreira Esteves	235
235.372-0/00	ApCível	Manhuaçu	Orlando Carvalho	238
235.431-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira	241
235.439-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	247
235.519-6/00	Agravo	Manhuaçu	Aloysio Nogueira	249
235.727-5/00	AgInstr	Itajubá	Garcia Leão	251
235.994-1/00	ApCrim	Minas Novas	Guido de Andrade	482
236.075-8/00	ApCível	Mor. Nova Minas	Nilson Reis	253
236.627-6/00	ApCrim	Carmo Rio Claro	Odilon Ferreira	485

236.638-3/00	ApCível	Betim	Jarbas Ladeira	255
236.784-5/00	ApCrim	Diamantina	Guido de Andrade	489
238.188-7/00	Reclamação	Uberlândia	Francisco Figueiredo *	23
238.430-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira	261
238.434-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	270
238.677-9/00	MandSeg	Belo Horizonte	Almeida Melo *	42
239.305-6/00	Agravo	Belo Horizonte	Schalcher Ventura	278
239.794-1/00	ApCível	Uberaba	Schalcher Ventura	280
239.814-7/00	ApCrim	Pratápolis	José Antonino Baía Borges	492
240.057-0/00	Agravo	Belo Horizonte	Almeida Melo	282
240.110-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson	285
240.380-6/00	ApCível	Belo Horizonte	José Domingues Ferreira Esteves	288
240.395-4/00	RecAg	Belo Horizonte	Kelsen Carneiro	497
241.100-7/00	Agravo	Belo Horizonte	Lucas Sávio Gomes	293
241.844-0/00	Agravo	Poços de Caldas	Hugo Bengtsson	296
242.390-3/00	ApCrim	Iguatama	Gomes Lima	500
242.472-9/00	ApCível	Carlos Chagas	Jarbas Ladeira	298
242.495-0/00	Agravo	Ituiutaba	Célio César Paduani	301
242.902-5/00	ApCível	Caxambu	Francisco Figueiredo	304
243.087-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Lucas Sávio Gomes	307
243.611-1/00	ApCrim	Caratinga	Márcia Milanez	503
243.945-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	309
244.664-9/00	*HC*	Sete Lagoas	Gudesteu Biber	515
244.951-0/00	ApCrim	Teófilo Otoni	Roney Oliveira	517
245.317-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	315
245.866-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Garcia Leão	319
245.991-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Antônio Carlos Cruvinel	324
245.994-9/00	ApCrim	Belo Horizonte	Sérgio Resende	521
246.204-2/00	*HC*	Araguari	Mercêdo Moreira	523
246.209-1/00	ApCrim	Divinópolis	Kelsen Carneiro	527
246.662-1/00	CartaTest	São Seb. Paraíso	Mercêdo Moreira	530
247.593-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Antônio Carlos Cruvinel	326
248.310-5/00	*HC*	Mantena	Luiz Carlos Biasutti	535
248.646-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	328
248.868-2/00	ApCível	Arcos	Antônio Carlos Cruvinel	330
249.670-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	332
250.086-6/00	ApCrim	Belo Horizonte	Zulman Galdino	537
250.752-3/00	RevCrim	Piumhi	Reynaldo Ximenes Carneiro *	540
250.954-5/00	RSEstr	Belo Horizonte	José Antonino Baía Borges	544
250.969-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Lúcio Urbano	338
251.152-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Wander Marotta	344
251.730-8/00	AgInstr	Belo Horizonte	Garcia Leão	346
252.109-4/00	Agravo	Alfenas	Brandão Teixeira	349
252.295-1/00	ApCrim	Belo Horizonte	Jane Silva	546
252.440-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	353
253.039-2/00	Agravo	Rio Vermelho	Kildare Carvalho	355
253.414-7/00	ApCível	Sacramento	José Domingues Ferreira Esteves	358

253.424-6/00	ApCrim	Belo Horizonte	Edelberto Santiago	551
253.515-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Sérgio Lellis Santiago	365
253.981-5/00	Agravo	Belo Horizonte	Jarbas Ladeira	369
254.003-7/00	ApCrim	S. J. Evangelista	Herculano Rodrigues	555
254.477-3/00	ApCrim	Juiz de Fora	Luiz Carlos Biasutti	558
254.678-6/00	ApCrim	Timóteo	Tibagy Salles	564
254.698-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	371
255.582-9/00	Agravo	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	373
256.065-4/00	ApCível	Contagem	Edivaldo George	379
257.914-2/00	RecAgr	Juiz de Fora	Edelberto Santiago	568
257.922-5/00	Agravo	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	382
259.627-8/00	RSEstr	Divinópolis	Jane Silva	571
259.810-0/00	ApCrim	Cataguases	Reynaldo Ximenes Carneiro	574
259.887-8/00	ApCível	Contagem	Maria Elza	385
260.841-2/00	ApCrim	Bonfinópolis	José Antonino Baía Borges	576
261.089-7/00	ApCível	Medina	Maria Elza	388
261.158-0/00	RSEstr	S. J. Nepomuceno	Reynaldo Ximenes Carneiro	579
261.254-7/00	ApCrim	Passos	Reynaldo Ximenes Carneiro	581
261.486-5/00	ApCrim	Passos	Jane Silva	584
262.005-2/00	ApCrim	C. Mato Dentro	Tibagy Salles	588
262.991-3/00	ExcSuspCr	Inhapim	Sérgio Resende	591
263.378-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Edivaldo George	392
263.384-0/00	ApCível	Oliveira	Eduardo Andrade	394
264.379-9/00	*HC*	Araçuaí	Tibagy Salles	593
264.792-3/00	Agravo	Mariana	Wander Marotta	396
264.950-7/00	*HC*	S. Rita Sapucaí	Herculano Rodrigues	599
265.426-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	403
266.296-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	408
266.373-0/00	ApCível	Caratinga	Maria Elza	409
267.025-5/00	*HC*	Ouro Preto	Márcia Milanez	602
267.609-6/00	ApCrim	Cel. Fabriciano	Márcia Milanez	605
267.867-0/00	*HC*	Belo Horizonte	Luiz Carlos Biasutti	608
268.900-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	413
270.198-5/00	*HC*	Juiz de Fora	Edelberto Santiago	611
270.953-3/00	*HC*	Açucena	Zulman Galdino	614
270.446-8/00	Agravo	Congonhas	Edivaldo George	416
271.175-2/00	*HC*	Juiz de Fora	Herculano Rodrigues	616
272.212-2/00	Agravo	Cataguases	Wander Marotta	419

Observação: Os acórdãos assinalados com asterisco são originários da Secretaria de Feitos Especiais-SEFES.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
11.839-MG	Rec. Ordinário em *HC*	Gilson Dipp	621
18.516-MG	*Habeas Corpus*	Edson Vidigal	626
77.064-MG	Emb. de Div. em REsp	Milton Luiz Pereira	632
390.195-MG	Recurso Especial	Garcia Vieira	638

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
80.906/5-GO	*Habeas Corpus*	Ilmar Galvão	643
81.161/2-PE	*Habeas Corpus*	Sydney Sanches	653
210.742/5-MG	Recurso Extraordinário	Moreira Alves	665
223.007/5-MG	Recurso Extraordinário	Moreira Alves	669

LEGISLAÇÃO

DA UNIÃO

Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001 675
Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001 677
Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002 679
Medida Provisória nº 28, de 04 de fevereiro de 2002 690

DO ESTADO

Do Tribunal de Justiça

Ofício-Circular nº 118/GACOR/2001, de 20 de dezembro de 2001 691
Ofício-Circular nº 119/GACOR/2001, de 20 de dezembro de 2001 697
Portaria nº 022/GACOR/2002, de 18 de fevereiro de 2002 697
Portaria Conjunta nº 25/2001, de 07 de dezembro de 2001 707
Provimento nº 64/2002, de 29 de janeiro de 2002 708
Provimento Conjunto nº 001/2002, de 15 de janeiro de 2002 709
Resolução nº 290/95, de 05 de dezembro de 1995 (republicação) 693
Resolução nº 386/2002, de 22 de março de 2002 714

-:::-

Índice Alfabético e Remissivo

- A -

ABSOLVIÇÃO DO RÉU - V. **Indenização** **227**

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - A absolvição sumária é exceção à regra de que o julgamento de crimes dolosos contra a vida cabe ao Tribunal do Júri. Por ser exceção, exige ela uma prova robusta, cabal, inarredável de que outra conduta não se poderia esperar ou exigir do acusado. Se a denúncia encontra na prova elementos que a amparem, sobrepõe-se ela a qualquer tese sustentada nessa fase de juízo de suspeita de responsabilidade. - Legítima defesa - Homicídio - Qualificadora - Surpresa - Crime doloso - Desclassificação do crime - Relação de causalidade - Nulidade processual - Incidente de insanidade mental - Inquirição de testemunha em outra comarca - Cerceamento de defesa **449**

- O juiz que absolver sumariamente o réu não pode julgá-lo, absolvendo-o pelo crime conexo. Deve o magistrado aguardar o trânsito em julgado da sentença para proceder como previsto no art. 410, segunda parte, por aplicação analógica, remetendo os autos ao juiz competente para os crimes objetos do rito ordinário, se não o for. - Crime conexo **485**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública, visando ao reconhecimento de inconstitucionalidade da cobrança de taxa de iluminação pública, por se tratar de interesses individuais plúrimos, homogêneos e disponíveis de contribuintes que sequer encaixam na definição de consumidores. Tais interesses não se confundem com interesses sociais difusos, coletivos ou individuais indisponíveis, cuja defesa cabe ao Ministério Público. - Iluminação pública **112**

- A apelação interposta contra sentença proferida em ação civil pública é recebida no efeito meramente devolutivo, salvo se puder a parte comprovar, *prima facie*, a plausibilidade da reforma do julgado. - Apelação **249**

- Nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, entre as funções institucionais do Ministério Público está a de "*promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*", tendo legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, visando à interdição, para fins de recreação e consumo, de águas de cachoeira contaminadas.

- Caso o Poder Executivo municipal esteja violando a Constituição Federal, desprezando o meio ambiente e pondo em risco seus habitantes e turistas da região, ao permitir recreação em águas de cachoeira contaminadas, impróprias à balneabilidade, é cabível a ação civil pública, podendo o Poder Judiciário determinar que o município tome as medidas cabíveis para proteger a população, não existindo, aí, violação ao princípio da separação dos Poderes. - Meio ambiente - Medida liminar **396**

- Segundo preceitua a Lei 7.347/85, a legitimidade ativa para propor ação civil pública é do Ministério Público, das pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, bem como das associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor. Falta à pessoa física legitimidade ativa para propor a referida ação, sendo adequada a decisão que extingue o processo. - Legitimidade ativa **408**

- V. **Prefeito** **416**

- Admite-se a concessão de tutela antecipada em ação civil pública.

- A permanência de matadouro municipal sem condições mínimas de higiene, conforme laudo do IMA, constitui fato capaz de justificar a concessão da tutela de urgência. - Tutela antecipada **419**

AÇÃO POPULAR - Se, apesar das irregularidades apuradas, decorrentes do descumprimento das cláusulas pactuadas em convênio celebrado entre a Prefeitura Municipal e a Secretaria de Estado da Saúde, tendo como objetivo a transferência de recursos visando atender às ações de prevenção e/ou controle da cólera no Município, a verba recebida foi aplicada à finalidade a que se destinava, trazendo benefícios à população, não há que se falar na existência de ato lesivo ao patrimônio público, não merecendo acolhida a pretensão da ação popular, visando declarar nulo o ato do Prefeito que firmou termo de compromisso, comprometendo-se a devolver aos cofres públicos a quantia recebida, parceladamente, e ainda à suspensão do pagamento da última parcela. **233**

ACÓRDÃO - Para efeito de recurso e de trânsito em julgado do acórdão, basta apenas a publicação da sua súmula, não havendo necessidade da publicação das notas taquigráficas. **90**

ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA - V. **Doação** **293**

ADITAMENTO DA DENÚNCIA - O aditamento da denúncia que corrige o nome do acusado e a sua qualificação, procedendo-se, inclusive, a novo interrogatório, interrompe o prazo prescricional. - Denúncia - Prescrição - Furto qualificado - Resistência - Nulidade processual - Cerceamento de defesa - Pena **455**

ADOÇÃO - V. **Pátrio poder** **394**

ADOÇÃO INTERNACIONAL - Se o menor, desde o nascimento, encontra-se sob os cuidados do casal estrangeiro requerente da adoção internacional; se eles fixaram residência definitiva no Brasil, com visto permanente; se há vínculos afetivos consolidados entre o casal alienígena e o menor adotando; se inexiste fato de que possa resultar perigo físico e moral para a criança; se o feito está instruído com farta documentação e laudos que revelam aceitável capacidade psíquica e moral dos adotantes; e, considerando a necessidade inafastável de preservação dos interesses

do menor, retirá-lo da companhia do referido casal implica imputar-lhe sofrimentos com conseqüências talvez irreparáveis, expondo-o a uma situação de risco psicológico e social. Por outro lado, seria privá-lo da oportunidade de se integrar em uma família que se mostrou disposta a acolhê-lo e a oferecer-lhe um lar e um padrão de vida digno. Em tais casos, mesmo que a CEJA (Comissão Estadual Judiciária de Adoção) não tenha indicado a criança ao casal estrangeiro, tampouco fornecido o laudo de habilitação; tenha havido preterição de casais brasileiros e aproximação precoce entre os adotantes e o adotando, é de se confirmar a sentença concessiva da adoção requerida por estrangeiros. **46**

ÁGUA POTÁVEL - V. **Serviço essencial** **149**

ALIMENTOS - V. **Investigação de paternidade** **231**

- Se a sentença de primeiro grau não se manifestou a respeito da litispendência suscitada no agravo de instrumento, tendo apenas fixado os alimentos provisionais com a intimação do devedor para pagamento sob pena de se decretar sua prisão, é vedada a análise daquela matéria pela segunda instância, sob pena de supressão de instância.

- Diante da inexistência da indispensável ação de execução de alimentos, inviável é o decreto de prisão civil do devedor. - Litispendência - Alimentos **301**

- Tendo a oferta de alimentos sido feita de modo espontâneo pelo pai, tendo em vista que este é o curador do agravado e tem o dever legal de sustentá-lo, não visando tal quantia suprir as necessidades do interditando, e sim resguardá-lo em caso de falta do pai, não é de se autorizar o levantamento da importância oferecida, devendo esta permanecer com o agravado com a finalidade para a qual foi depositada. - Recurso - Preparo **346**

- Mesmo tendo o alimentado direito à pensão, mediante decisão judicial pretérita, não pode passar despercebida ao julgador a compossibilidade e a adequação do valor da pensão, tendo em vista a existência de novos beneficiários, de maneira a tornar a partilha salarial equânime e harmoniosa, evitando a incompossibilidade de o alimentante se sustentar, mister observando-se que a obrigação alimentar do menor é dos pais, cabendo também à mãe contribuir para tal. **353**

- Aos filhos de tenra idade são devidos os alimentos pelo pai ou pela mãe, sendo que a obrigação alcançará os avós, se comprovada a impossibilidade econômico-financeira dos pais. Não é necessário que a ação seja proposta contra o pai e o avô, ou primeiro contra o pai e depois contra o avô. O que se exige é que se comprove a falta de condições do pai, ou da mãe, de arcar com as obrigações alimentares total ou parcialmente, quando, então, se continuará na linha de seus ascendentes, sempre em linha reta.

- A questão relativa à legitimidade passiva do avô para ação alimentar é matéria de mérito, não podendo ser resolvida de plano, antes de se realizar a prova da incapacidade econômica do pai. Porém, se demonstrado, durante a instrução do processo, que o alimentante pode ser sustentado pelo seu genitor, o avô será excluído da lide.

- É possível a complementação da pensão alimentícia pelo parente mais distante,

quando o mais próximo não tem condições suficientes. Assim, sendo insuficiente a capacidade econômica do pai para arcar integralmente com os alimentos devidos ao filho, pode o avô ser chamado para complementar a pensão, na medida de suas possibilidades, apuradas em juízo. - Assistência judiciária **358**

- V. **Prisão civil** **593**

ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO - O estabelecimento que explora comercialmente diversões eletrônicas que não portar alvará expedido pela autoridade competente e permitir que menores permaneçam em suas dependências, desacompanhados dos pais ou responsável, infringe a norma do art. 149, I, *d*, c/c o art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), sendo de se lhe impor a aplicação de multa arbritada pelo Juízo *a quo*. - Ilegitimidade passiva - Auto de infração - Estatuto da Criança e do Adolescente **103**

ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - Proposta ação anulatória de débito fiscal por contribuinte do IVVC-Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis, fundada em divergência entre o valor recolhido pelo contribuinte e aquele lançado pelo Fisco no auto de infração, este baseado em documento de confiabilidade duvidosa, conforme demonstrado em perícia técnica, há que ser declarada a nulidade da cobrança.

- O lançamento fiscal, não obstante gozar de presunção de legitimidade, não dispensa a Fazenda Pública de demonstrar a forma pela qual lançou o imposto no auto de infração, pois é esse ato decorrente de norma abstrata contida na lei, e não da vontade manifestada pela Administração Pública. Ocorrendo erro em sua feitura, quer no conhecimento dos fatos, quer no conhecimento das normas aplicáveis, o lançamento pode e deve ser revisto.

- A fiscalização deve ser procedida sempre com seriedade e profundidade, para fins de constituição do crédito tributário imputado ao contribuinte, na medida em que não se admite a exigência de imposto sabidamente indevido, como forma de assoberbar ainda mais os pesados encargos que recaem sobre o contribuinte, ainda mais se se considerar que a presunção legal de veracidade do auto de infração não é absoluta, admitindo prova em contrário que a desconstitua. - IVVC-Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis. **241**

APELAÇÃO - V. **Ação civil pública** **249**

- Via de regra, as questões de fato, não propostas na instância inferior, não poderão ser suscitadas no juízo de apelação, uma vez que a apelação não é uma nova demanda. A matéria processual para a primeira instância também o é para a segunda. - Prazo recursal - Falência - Honorários de advogado **319**

- Tratando-se de apelação contra decisão proferida em procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, é essencial o preenchimento do requisito do inciso II do art. 514 do CPC, podendo o oferecimento das razões efetuar-se após a apresentação da petição interpositória do recurso, desde que dentro do prazo fixado em lei. - Justiça da Infância e da Juventude - Menor infrator - Internação **555**

APELAÇÃO CRIMINAL - V. **Denúncia** **431**

APOSTILAMENTO - Para efeito de apostilamento em cargo comissionado, além do implemento de tempo no mesmo, deve o servidor público provar, *salienter tantum*, o requisito básico, isto é, o de ser detentor da titularidade de cargo público efetivo. **114**

APREENSÃO DE VEÍCULO PELA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA - A apreensão de veículo pela administração fazendária só se justifica até a lavratura do auto de infração, procedimento pelo qual promove a identificação do ilícito tributário praticado pelo sujeito passivo, revelando-se arbitrária, a partir de então, a sua subsistência. - Auto de infração - Mandado de segurança **66**

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Se, apesar do patrimônio do réu, tem ele diversas despesas, inclusive obrigações alimentares, devidamente comprovadas nos autos, há de se confirmar a concessão dos benefícios da justiça gratuita, pelo que fica suspenso o pagamento dos encargos da sucumbência, inclusive de honorários advocatícios, que no exame do recurso são acrescentados ao dispositivo da sentença, nos termos da Lei nº 1.060/50. - Alimentos **358**

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO POR PADRASTO OU CONCUBINO - I. Se na denúncia houve a devida exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, com supedâneo nos elementos colhidos na fase inquisitorial, resultando na classificação do delito imputado ao paciente, é irrelevante a ausência de indicação da data da última ocorrência dos atos libidinosos, eis que não prejudica a defesa do paciente.

- II. Eventual inépcia da exordial acusatória só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP - o que não se vislumbra *in casu*.

- III. Evidenciando-se, nos autos, que o paciente vivia maritalmente com a mãe da vítima, não só pelo lapso temporal - 08 anos - mas, também, pelo fato de que ambos tiveram outro filho, aplica-se o disposto no inciso II do § 1º do art. 225 do Código Penal.

- IV. Sendo pública incondicionada a ação penal instaurada contra o paciente, a representação oferecida extemporaneamente pela genitora da menor ofendida torna-se irrelevante, não se podendo falar em decadência do direito de representação.

- V. Recurso desprovido. (STJ) **621**

ATO ADMINISTRATIVO - V. **Prefeito** **238**

- Os atos administrativos podem ser revistos pelo Poder Judiciário, porém com limitações. O exame judicial deve limitar-se ao exame da legalidade, da forma, da competência e da finalidade do ato, não lhe cabendo adentrar nas questões de mérito. - Policial civil - Cargo público **324**

AUTO DE INFRAÇÃO - V. **Apreensão de veículo pela administração fazendária** **66**

- Não há que se falar em nulidade do auto de infração lavrado por infringência ao art. 149, I, *d*, c/c o art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, se a autuação foi efetuada por comissário voluntário da Infância e da Juventude,

devidamente designado por portaria judicial e identificado, e se o referido auto foi subscrito por duas testemunhas visuais, sendo certo que a infração cometida foi devidamente capitulada. - Estatuto da Criança e do Adolescente - Alvará de autorização - Ilegitimidade passiva **103**

AUTORIDADE COATORA - Coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute a sua própria decisão, que rende ensejo à segurança, considerando-se, ainda, autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário. - Ilegitimidade passiva - Mandado de segurança **42**

- B -

BENEFÍCIO DE ORDEM - V. **Crédito tributário** **288**

- C -

CÂMARA MUNICIPAL - V. **Dotação orçamentária** **196**

CARÊNCIA DE AÇÃO - Concorrendo na espécie a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de partes e estando também presentes os pressupostos específicos do mandado de segurança, quais sejam, o ato de autoridade, ilegalidade do ato e lesão a direito líquido e certo, não há como julgar a impetrante carecedora da ação.

- Tendo a sentença, embora decretando a carência de ação, enfrentado o mérito, analisando e indeferindo o pedido, sendo equívoca a conclusão sentencial, possível se torna, afastada a prefacial pelo acórdão, de pronto examinar o mérito recursal. - Menor - Escola pública - Mandado de segurança **304**

CARGO PÚBLICO - V. **Policial civil** **324**

CARTA PRECATÓRIA - A teor do art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal, a expedição de carta precatória não suspende a tramitação do processo. - Inquirição de testemunha em outra comarca - Incidente de insanidade mental - Cerceamento de defesa - Nulidade processual - Absolvição sumária - Legítima defesa - Crime doloso - Homicídio - Desclassificação do crime - Relação de causalidade - Qualificadora - Surpresa **449**

CARTA TESTEMUNHÁVEL - Dada a natureza subsidiária da carta testemunhável, ela é sempre cabível quando não houver recurso adequado para a denegação.

- Estando a carta testemunhável suficientemente instruída, é permitido o imediato julgamento do recurso que lhe deu causa, conforme o disposto no art. 644 do CPP. - Incompetência do Juízo - Recurso criminal **530**

CASAMENTO - Com o advento da norma ínsita no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal/88, que define a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, não resta dúvida de que a proibição contida no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil, relativamente à mulher, se igualou, no mínimo, àquela definida para o homem, ou seja, somente após os sessenta anos de idade completos é que ficaria a nubente proibida de contrair matrimônio em regime de comunhão universal de bens. - Regime de bens **307**

CASO DA COMARCA DA CAPITAL, O - Memória do Judiciário Mineiro - Dr. Marcos Henrique Caldeira Brant **5**

CERCEAMENTO DE DEFESA - O juiz não está obrigado a deferir provas que entenda despiciendas, se os demais elementos de informação e prova dos autos são suficientes para a formação do juízo de convencimento, máxime em se tratando de matéria de direito. Mostrando-se desnecessária a oitiva de testemunha, o seu indeferimento não constitui cerceamento de defesa. - Separação de fato - Divórcio - Partilha de bens **365**

- Instaurado e efetivado o incidente de insanidade mental do acusado, por determinação da segunda instância, em autos apartados e apensados, de cujo laudo tiveram vistas as partes, fica superada a preliminar de nulidade do processo, por cerceamento de defesa, argüida pela defesa em face da negativa do sumariante de instauração daquele incidente.

- Não há que se falar em nulidade do processo, por cerceamento de defesa, pelo fato de a carta precatória para inquirição de testemunha em outra comarca não vir acompanhada de cópias das declarações prestadas na fase policial, uma vez que esse procedimento não é exigido pelo art. 222 do Código de Processo Penal. Por outro lado, se desejáveis ou necessárias, cumpre ao juiz deprecado pedi-las ao juízo deprecante, de ofício, ou a requerimento das partes. Se assim não proceder, é porque o juiz e as partes estão satisfeitos com os elementos de que dispõem para se orientarem na inquirição, e, desta forma, não há irregularidade ou prejuízo a considerar.

- Se a testemunha arrolada na denúncia presta declarações isoladamente e por último, dado ao fato de estar viajando na época própria, havendo, por isso, motivo justo para a inversão da ordem, e, se quando da sua inquirição, e também em outra audiência, o juiz se dispõe a ouvir as testemunhas presentes, inclusive as da defesa, dispondo-se, ainda a remarcar a data para a oitiva daquela testemunha de acusação, não havendo, quanto a isso, oposição nem protesto por parte da defesa, é de se concluir que a inversão havida não traz qualquer prejuízo para a defesa, não se constituindo em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, não gerando nulidade. - Incidente de insanidade mental - Inquirição de testemunha em outra comarca - Nulidade processual - Homicídio - Crime doloso - Desclassificação do crime - Qualificadora - Surpresa - Legítima defesa - Absolvição sumária - Relação de causalidade **449**

- Se o advogado do réu é intimado para todos os atos processuais, inclusive da fase do art. 395 do CPP, tendo ele apresentado defesa prévia, e se o réu é requisitado para comparecer à audiência, sendo o seu advogado intimado do referido ato, mas este nem o réu comparecem, tendo o juiz, então, lhe nomeado defensor *ad hoc*, improcede a alegação de que não foi apresentada defesa prévia, por ausência de intimação do defensor, devendo-se afastar a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa. - Nulidade processual - Denúncia - Aditamento da denúncia - Prescrição - Pena - Furto qualificado - Resistência **455**

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - Inexiste qualquer previsão legal que determine que a certidão da dívida ativa deva, necessariamente, estar com seus valores devidamente atualizados até a data da propositura da ação de execução fiscal. - ISSQN **379**

CITAÇÃO - V. **Estatuto da Criança e do Adolescente** **140**

CITAÇÃO POR EDITAL - Tendo o magistrado, quando da citação, por residir o réu em local ermo e de precário acesso, lançado mão da via que lhe pareceu mais cômoda, a editalícia, tal procedimento irregular fez com que o réu não tomasse conhecimento da data designada para seu interrogatório, acarretando sua ausência ao ato, não merecendo ter debitada contra si uma grave omissão, para a qual não concorreu. - Prisão preventiva - *Habeas corpus* **535**

CLÁUSULAS RESTRITIVAS - A teor do art. 1.676 do Código Civil, as cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade e inalienabilidade gravadas sobre imóvel dado em doação não poderão, em caso algum, ser invalidadas ou dispensadas por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade, não podendo o magistrado decidir contra texto expresso de lei, já que é vedado ao intérprete e aplicador da norma decidir, ao seu arrepio, de forma a desconsiderá-la. - Doação **135**

COBRANÇA - V. **Prestação de serviços** **330**

CÓDIGO CIVIL
- Art. 135 ..... **147**
- Art. 136, e seus incisos **147**
- Art. 166 ..... **215/413**
- Art. 177 ..... **144**
- Art. 178, § 6º, I **355**
- Art. 235, IV **167**
- Art. 242, IV **167**
- Art. 258, parágrafo único, II **307**
- Art. 406 ..... **394**
- Art. 677, parágrafo único **270**
- Art. 973, IV **298**
- Art. 1.295, § 1º **167**
- Art. 1.572 ..... **167/332**
- Art. 1.581 ..... **167**
- Art. 1.613 ..... **373**
- Art. 1.622 ..... **373**
- Art. 1.676 ..... **135**
- Art. 1.690, parágrafo único **332**
- Art. 1.725 ..... **332**

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
- Art. 20, § 4º **392**
- Art. 128 ..... **215**
- Art. 130 ..... **103**
- Art. 158, parágrafo único **392**
- Art. 214, § 1º **140**
- Art. 219 ..... **413**
- Art. 267, I **149**
- Art. 273 ..... **159**
- Art. 282 ..... **349**
- Art. 289 ..... **332**
- Art. 332 ..... **147**
- Art. 475, II **58/126**
- Art. 475, § 2º **413**
- Art. 496, VIII **632**
- Art. 514, II **555**
- Art. 535 ..... **638**
- Art. 546, I **632**
- Art. 604 ..... **62**
- Art. 618, I **149**
- Art. 730 ..... **68/296**
- Art. 737, I **278**

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
- Art. 43 ..... **621**
- Art. 222, § 1º **449**
- Art. 302 ..... **523**
- Art. 312 ..... **626**
- Art. 386, VI **546**
- Art. 395 ..... **455**
- Art. 408, § 2º **431**
- Art. 484, III **517**
- Art. 563 ..... **611**
- Art. 564, III, *k* **517**
- Art. 581, II **441**
- Art. 581, IV **579**
- Art. 593, III, *a* **477**
- Art. 593, § 3º, parte final **477**
- Art. 623 ..... **540**
- Art. 644 ..... **530**
- Art. 804 ..... **479**

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
- Art. 162, I **438**
- Art. 276 ..... **546**
- Art. 277 ..... **546**
- Art. 306 ..... **546**
- Art. 309 ..... **438**

CÓDIGO PENAL
- Art. 13 ..... **449**
- Art. 15 ..... **558**
- Art. 20, § 3º **521**
- Art. 44, III **479**
- Art. 44, § 4º **497**
- Art. 51 ..... **497**
- Art. 59 ..... **455/527/546**
- Art. 67 ..... **546**
- Art. 68 ..... **527**
- Art. 77, III **551**
- Art. 129, § 1º, I **540**
- Art. 129, § 8º **540**
- Art. 136 ..... **489**
- Art. 148, § 2º **558**
- Art. 159, § 1º **558**
- Art. 213 ..... **503**
- Art. 214 ..... **503/555**
- Art. 223, *caput* **503**
- Art. 223, parágrafo único **503**
- Art. 224 ..... **503**
- Art. 225, § 1º, II **621**
- Art. 250, § 1º, II, *a* **482**
- Art. 288 ..... **564**
- Art. 297, § 2º **492**
- Art. 304 ..... **492**
- Art. 312, *caput* **581**
- Art. 314 ..... **500**
- Art. 410, segunda parte **485**

CÓDIGO PENAL MILITAR
- Art. 9º, II **653**
- Art. 9º, III **653**

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
- Art. 81 ..... **175**
- Art. 82, I **175**
- Art. 82, II **175**
- Art. 82, III **175**
- Art. 124, parágrafo único **288**
- Art. 129 ..... **270**
- Art. 130 ..... **270**
- Art. 151, III **82**
- Art. 161, § 1º **199**
- Art. 174 ..... **288**
- Art. 202, V **149**

COLAÇÃO - V. **Decisão interlocutória** **293**

- V. **Doação** **293**

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - O processo político-administrativo, uma vez cumprida a finalidade a que se destina, pode prescindir das fórmulas rígidas, respeitadas apenas as formalidades imanentes à busca da certeza jurídica e da justiça.

- A Comissão Parlamentar de Inquérito-CPI possui função fiscalizadora de atos políticos. Portanto, não se configura *bis in idem* a apreciação dos mesmos fatos em ação civil pública pelo Poder Judiciário.

- Carentes os autos de sustentação para as alegadas infringências aos dispositivos procedimentais, especialmente os previstos na Carta Magna, não há como albergar a pretensão contida no apelo, consistente nas alegações de irregularidade da CPI, ocorrência de *bis in idem* nos propósitos contidos nesta e na ação civil pública, bem como suscitação de afronta ao § 3º do artigo 58 da Constituição Federal relativamente à fixação do prazo no requerimento subscrito por um terço dos membros da Câmara, além da ausência de precisão na determinação do fato a se apurar. - Processo político-administrativo **118**

COMPETÊNCIA - V. **Falência** **369**

- A alteração da competência, decorrente de circunstâncias ocorridas no curso da ação penal, não retira a validade dos

atos até então praticados. Se o ex-prefeito que vinha sendo processado pela Justiça de primeiro grau por crime de gestão retornou à prefeitura por reeleição, tal fato estabelece a competência especial do Tribunal de Justiça para julgá-lo, por prerrogativa de função do acusado. - Prefeito - Doação simples - Licitação **422**

- V. **Sentença criminal** **425**

- V. **Crime ambiental** **441**

- V. ***Habeas corpus*** **616**

- Compete à Justiça Comum - e não à Militar - o processo e julgamento por crime de homicídio culposo, imputado a civil (militar da reserva), ainda que ocorrido em local sob administração militar e com vítima militar da ativa.

- Interpretação do art. 9º, II e III, do Código Penal Militar.

- Precedentes do STF.

- *Habeas corpus* deferido para anulação do processo - crime militar, desde a denúncia, inclusive, e remessa dos autos à Justiça Comum do Estado de Pernambuco.

- Decisão unânime. (STF) **653**

CONCURSO MATERIAL - V. **Seqüestro e roubo** **527**

CONDENAÇÃO - Para a prolação de decreto condenatório, mister a produção de prova firme e robusta. Ausente esta, é de se aplicar o princípio *in dubio pro reo*. - Delito de trânsito - *In dubio pro reo* - Pena - Prisão domiciliar **546**

CÔNJUGE DE HERDEIRO - Herdeiro é quem, por relação de parentesco, sucede ao falecido. O cônjuge de herdeiro não é herdeiro, ainda que casado sob o regime de comunhão universal de bens. Por isso, é inexigível o seu concurso na partilha, não havendo necessidade da sua citação no processo de inventário e partilha, pelo que a ausência desta não causa nulidade processual. - Herdeiro casado - Herança - Renúncia à herança - Sentença - Partilha de bens **167**

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - Tendo o município outorgado procurações ao Banco do Brasil para que ele depositasse determinada parcela da verba do Fundo de Participação dos Municípios a favor de construtora, com que a municipalidade firmou contrato de prestação de serviços, se tais procurações forem revogadas, criando uma situação de perplexidade, em que o município e a construtora se dizem com direito aos depósitos, é correta a atitude do Banco que lança mão da ação consignatória para esclarecer a quem pagar, nos termos do art. 973, IV, do Código Civil. Neste caso, ao Banco do Brasil interessa apenas desincumbir-se do pagamento, pouco lhe interessando quem deva receber, pois, sendo ele o agente financeiro encarregado da distribuição das quotas do Fundo de Participação dos Municípios, se fizer o pagamento à pessoa errada, pode ser compelido a pagar de novo. **298**

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL
- Art. 31, I, parágrafo único **371**
- Art. 106, II, *a* **280**
- Art. 162 ..... **196**
- Art. 168 ..... **196**
- Art. 233 ..... **122**

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- Art. 5º, I **307**
- Art. 5º, XIII **186**

- Art. 5º, XXXVI **62/388**
- Art. 5º, LXVIII **593**
- Art. 7º, VII **388**
- Art. 7º, XII **62**
- Art. 13 ..... **62**
- Art. 29-A **196**
- Art. 37, § 6º **261/328**
- Art. 37, II **142**
- Art. 37, XIV **50**
- Art. 37, XXI **422**
- Art. 40, § 4º **213**
- Art. 40, § 5º **213**
- Art. 40, § 7º **213**
- Art. 40, § 8º **213**
- Art. 58, § 3º **118**
- Art. 100 ..... **62**
- Art. 129, III **396/632**
- Art. 150, VI, *c* **665**
- Art. 150, VI, *d* **207**
- Art. 152 ..... **122**
- Art. 153, § 5º **196**
- Art. 155, II **107**
- Art. 155, § 2º, II **154**
- Art. 155, § 2º, IV **122**
- Art. 155, § 2º, V **122**
- Art. 155, § 2º, VI **122**
- Art. 155, § 2º, X, *b* **669**
- Art. 158 ..... **196**
- Art. 159 ..... **196**
- Art. 168 ..... **193**
- Art. 179 ..... **122**
- Art. 192, § 3º **199**
- Art. 195, § 5º **235**
- Art. 195, II **309**
- Art. 196 ..... **396**
- Art. 197 ..... **396**
- Art. 201 ..... **309**
- Art. 225 ..... **396**
- Art. 226, § 3º **332**

ADCT - Art. 19 ..... **142**

CONTAS - O julgamento das contas do prefeito pela câmara municipal há de ser fundamentado e deve observar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

- V.v.: - A aprovação ou rejeição das contas municipais pelas câmaras de vereadores não está sujeita aos princípios regedores do processo administrativo ou judicial, visto que se trata de ato decorrente do poder de fiscalização, no qual não há elemento contencioso a justificar a aplicação das garantias da ampla defesa e do contraditório. - Prefeito **73**

CONTRATO DE FRANQUIA - O contrato de franquia é de natureza híbrida, formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço. Revela conteúdo econômico realizado em caráter negocial, sendo da sua essência formalizar-se por meio de contrato mercantil. - Prova - Falência - Indexação em dólares **130**

CONTRAVENÇÃO PENAL - V. **Falta de habilitação para dirigir** **438**

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - Obras realizadas pela municipalidade, visando à recuperação asfáltica de via pública, sem que resultem na efetiva valorização do imóvel do munícipe, não podem ser custeadas pela contribuição de melhoria, por se tratar de fato que não se subsume ao preceito do art. 81 do CTN.

- Deixando o município de efetivar a necessária publicação de edital contendo os elementos delineados nos incisos I, II e III do art. 82 do CTN, antes de exigir a taxa de contribuição de melhoria, convola-se em óbice intransponível à validade do tributo em apreço. **175**

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - A partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, é indevido o desconto, a título de contribuição previdenciária, sobre os proventos dos servi-

dores públicos inativos, nos termos do disposto no art. 195, II, da Constituição Federal, que se aplica ao regime de previdência dos servidores públicos. Mencionada alteração constitucional, todavia, não tem o condão de tornar indevidos os descontos de contribuição previdenciária realizados no período de vigência da Lei Estadual nº 12.278/96, que, até a Emenda Constitucional nº 20/98, não foi considerada inconstitucional pela egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

- V.v.: - A nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao inciso II do art. 195 da CF/88 exclui apenas e tão-somente da contribuição para com a seguridade social "*a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral da previdência de que trata o art. 201*". Os destinatários do disposto no inciso II do mencionado art. 195 da CF/88 são os aposentados e pensionistas do INSS, não se aplicando tal dispositivo aos aposentados e pensionistas dos regimes estaduais e municipais, pois o art. 201 da mesma Carta Magna refere-se apenas ao regime geral da previdência, estando excluídos da redação da norma os regimes estaduais. Assim, a redação dada ao inciso II do art. 195 da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 20 não atinge o Sistema Previdenciário Estadual. - Proventos **309**

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - É legalmente previsível a elisão do crédito tributário, mas não de ofício, sendo de se cassar a decisão que extingue o processo de execução fiscal com base nos arts. 618, I, e 267, I, do CPC, determinando-se o retorno dos autos à origem para seu prosseguimento normal. - Água potável - Serviço essencial - Prazo - Processo tributário administrativo - Preço público - Remuneração de serviços públicos - Taxa **149**

- O início da contagem do prazo prescricional dos créditos tributários se dá após os 30 dias da ocorrência do lançamento, dias esses oferecidos ao contribuinte para a devida impugnação ao crédito que lá foi constituído, ou, havendo defesa, contar-se-á o prazo a partir da decisão administrativa.

- Se o crédito tributário tiver sido inscrito em dívida ativa pouco depois do lançamento e bem antes de findos os 5 (cinco) anos da prescrição, não há que se aplicar, em favor da Fazenda Pública, a contagem dos 180 (cento e oitenta) dias da suspensão da prescrição, benesse disposta no § 3º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, porquanto este prazo extraordinário somente se revela necessário, quando a Fazenda Pública promover a inscrição em dívida ativa no último dia do prazo fatal do art. 174 do CTN, já que, neste caso, precisa diligenciar no sentido de localizar o devedor e seus bens.

- O benefício de ordem inexiste no direito tributário, por expressa proibição legal (art. 124, parágrafo único, do CTN), podendo incidir a execução, portanto, sobre qualquer um dos contribuintes, à conveniência do Fisco. - Prescrição - Benefício de ordem **288**

CRIME AMBIENTAL - O simples fato de a União ser proprietária do solo, subsolo ou do curso d'água que está sendo degradado não desloca para o foro federal a competência para o processo e julgamento do crime ambiental. O despejo de poluentes em rio federal por empresa particular, por si só, não é motivo suficiente para transpor a competência do julgamento para o Juízo Federal. Entendimento diverso retiraria a competência da Justiça comum estadual para julgar a maioria dos crimes de poluição hídrica, tendo em vista que a

poluição lançada na maioria dos rios brasileiros sempre afetaria um rio federal ou o mar territorial, que são considerados bens da União. Nesta mesma linha de raciocínio, também não caberia à Justiça estadual apreciar a maior parte dos casos envolvendo poluição atmosférica, já que bens da União, como parques nacionais e repartições públicas federais, sofreriam também as conseqüências da chuva ácida provocadas pelo agente poluidor.

- Na definição da competência constitucional da Justiça Federal para os crimes ambientais, não basta que a União seja proprietária do bem que está sofrendo a degradação. Não havendo litígio sobre o bem degradado e não tendo o agente poluidor relação com a União, a competência para julgar o delito ambiental será da Justiça comum estadual, que, ademais, é o juízo natural para crimes desta natureza.

- Sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça comum estadual.

- No caso de crime ambiental, o interesse da população local sobrepuja a qualquer outro interesse, já que é ela a principal prejudicada. Em matéria processual penal, é correto afirmar que, quando o sujeito passivo de um crime é a coletividade, a competência para o processo e julgamento é da Justiça estadual. Só se verifica a competência da Justiça Federal em ocorrendo, além desse prejuízo genérico para a coletividade, concomitantemente uma lesão que venha atingir diretamente a Administração federal, seus bens, serviços ou outro interesse específico seu ou de suas entidades. - Competência - Recurso em sentido estrito **441**

CRIME CONEXO - V. **Absolvição sumária** **485**

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - Provadas a autoria e a materialidade do crime contra a ordem tributária, havendo farta documentação na qual se comprova o conhecido "calçamento" de notas fiscais, prática esta consistente em lançar o valor real da operação na nota destinada ao cliente e registrar, nas vias que ficam no bloco, destinadas à fiscalização, um valor bem abaixo, não expedindo, assim, notas fiscais devidas e fazendo lançamentos de dados inexatos em livros e notas fiscais, omitindo informações, tudo em prejuízo do erário estadual, pois resultou em sonegação do ICMS, não merece acolhida o pedido de absolvição do réu. - Pena - *Sursis* **551**

CRIME DE RESPONSABILIDADE - V. **Prefeito** **422**

- Em tese, constitui crime de responsabilidade a antecipação ou a inversão de ordem de pagamento a credores do município. 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. **471**

CRIME DOLOSO - Quem se prepara para ferir e se dispõe a usar arma perigosa contra alguém não age com culpa, age com vontade livre e consciente e, no mínimo, assume o risco de produzir

o resultado, máxime quando o *modus operandi* do agente e os antecedentes dos fatos não são típicos de quem age com culpa, com imprudência, mas sim com dolo. Dessa forma, a pretensão de desclassificação do crime de homicídio para lesões corporais culposas seguidas de morte é de todo inviável, nesta fase processual. Por outro lado, impõe-se deixar a decisão para o Tribunal do Júri, mesmo porque é próprio do crime preterintencional a reunião de dolo no antecedente e culpa no conseqüente. - Homicídio - Surpresa - Qualificadora - Desclassificação do crime - Nulidade processual - Cerceamento de defesa - Inquirição de testemunha em outra comarca - Incidente de insanidade mental - Legítima defesa - Absolvição sumária - Relação de causalidade **449**

CRIME FALIMENTAR - A falta de apresentação do Livro-Caixa obrigatório é suficiente para caracterizar o delito do art. 186, VI, do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências) e, por se tratar de crime próprio, não há necessidade da intenção de fraudar, sendo irrelevante a alegação de ser outrem responsável pela contabilidade da firma, pois tal fato não elide a responsabilidade do devedor pela guarda dos livros e papéis da empresa falida.

- A movimentação da conta corrente da massa falida constitui desvio de bens, ficando caracterizado o crime falimentar previsto no art. 189, I, da Lei de Falências. **537**

CUSTAS DO PROCESSO CRIMINAL - Consoante enunciado da Súmula nº 58 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, "*o juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 do CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecido no art. 12 da Lei nº 1.060/50*". - Tóxico - Pena pecuniária **479**

CUSTÓDIA CAUTELAR - V. **Homicídio qualificado** (STJ) **626**

- D -

DANO AO ERÁRIO PÚBLICO - 1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público a promover ação civil pública, objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos. A legislação ordinária de regência filiou-se a essa ordem constitucional.

- 2. Precedentes jurisprudenciais.

- 3. Embargos acolhidos. (STJ) **632**

DANO MORAL - Tratando-se de dano causado pelo Poder Público, não há que se cogitar de responsabilidade subjetiva, perquirindo acerca de comportamento doloso ou culposo, exigindo-se, apenas, a existência de conduta, o nexo causal e o dano, pois a responsabilidade do Estado é objetiva, independentemente dos elementos subjetivos da conduta. Saliente-se, ainda, que, tratando-se de conduta estatal comissiva, pode ela ser legal ou ilegal, bastando que cause um dano ao particular, uma lesão ao seu direito, para haver a responsabilidade estatal. Mas, mesmo com toda esta amplitude, o Poder Público apenas está obrigado a indenizar se causar lesão a direito do particular. Se a conduta estatal não violar a esfera jurídica protegida do particular, não há que cogitar de responsabilidade, nem de reparação.

- O procedimento administrativo de apuração de responsabilidade é uma conduta da Administração inteiramente lícita, somente surgindo dano indenizável caso seja anormal, especial e haja excesso. Não há direito do funcionário de não figurar em processo administrativo que visa à apuração de responsabilidade, não configurando lesão à sua esfera juridicamente protegida a abertura de regular procedimento administrativo para apuração de responsabilidade por extravio de bem, mormente se consentânea com as normas pertinentes, não podendo ser tida como comportamento administrativo capaz de causar danos morais ao funcionário.

- Não se pode condenar o ente público sem que tenha ele concorrido culposamente para a ocorrência do evento, exegese que se tira da leitura do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, com o que o simples fato da abertura de um procedimento administrativo para a apuração do extravio de um bem não está a acarretar dano moral àquele servidor que tinha responsabilidade pela informação de seu destino.

- A proteção do patrimônio público é um dever das entidades e dos agentes públicos, não podendo estes descurar desta proteção nem deixar de adotar os atos necessários, sob pena de estarem descumprindo tal dever. - Processo administrativo **261**

DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS - V. **Revisão criminal** **464**

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - O ato judicial que determina a colação de bens em inventário, atendendo-se pedido de um dos herdeiros, em face do silêncio do beneficiário, tem natureza de decisão interlocutória, passível de ser atacado por agravo de instrumento. - Doação - Colação - Adiantamento de legítima **293**

DECRETO DO MUNICÍPIO DE ITAOBIM
- Nº 92, de 2000 ..... **388**

DECRETO ESTADUAL
- Nº 36.110, de 1994 ..... **184**
- Nº 39.447, de 1998 ..... **82**
- Nº 40.987, de 2000 - art. 6º **122**
- Nº 40.987, de 2000 - art. 12 ..... **122**

DECRETO FEDERAL
- Nº 20.910, de 1932 - art. 1º **144**
- Nº 20.910, de 1932 - art. 4º **220**
- Nº 20.910, de 1932 - art. 6º **220**
- Nº 4.597, de 1942 ..... **220**

DECRETO-LEI FEDERAL
- Nº 3.688, de 1941 - art. 19 (Lei das Contravenções Penais) **584**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 1º, § 3º (Lei de Falências) **349**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 7º **369**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 11 ..... **349**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 23 ..... **382**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 25 ..... **382**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 27 ..... **382**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 76 ..... **91**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 186, VI **537**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 189, I **537**
- Nº 201, de 1967 - art. 1º, X **422**
- Nº 201, de 1967 - art. 1º, XII **471**
- Nº 201, de 1967 - art. 8º, § 1º, III **189**
- Nº 406, de 1968 ..... **173/207**
- Nº 406, de 1968 - Item 69 ..... **255**
- Nº 406, de 1968 - Item 75 ..... **379**
- Nº 406, de 1968 - Item 79 ..... **255**
- Nº 406, de 1968 - Item 85 ..... **255**

DELAÇÃO - A delação de co-réu, aliada à confissão durante o inquérito e depoimentos testemunhais em juízo que reforcem a versão dos fatos narrada

pela acusação, constituem-se em seguros elementos probatórios, que, para serem debelados, exigem robusta prova produzida pela defesa em sentido contrário. - Retratação - Quadrilha - Porte de arma **564**

DELITO DE TRÂNSITO - V. **Falta de habilitação para dirigir** **438**

- O delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) exige, para a sua configuração, a condução de veículo automotor na via pública sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos e o risco efetivo de expor a dano potencial a incolumidade de outrem, devendo a comprovação de que o condutor se encontra sob efeito de álcool ser feita na forma dos arts. 276 e 277 da referida lei. Inexistindo nos autos a prova de que o agente estava sob o efeito de álcool e de que submeteu a risco a incolumidade de terceiros, fica desconfigurado o delito, devendo-se absolver o réu, nos termos do art. 386, inciso VI, do CPP. - Condenação - *In dubio pro reo* - Pena - Prisão domiciliar - Pena **546**

DENÚNCIA - O recurso cabível contra a parte da decisão que rejeita a denúncia é o de apelação, porque ferido o mérito da causa.

- Recebida a denúncia, é defeso ao juiz reconsiderar a decisão para rejeitá-la, sob pena de nulidade. - Apelação criminal - Pronúncia - Prisão provisória **431**

- V. **Aditamento da denúncia** **455**

- V. **Atentado violento ao pudor praticado por padrasto ou concubino** (STJ) **621**

DEPÓSITO BANCÁRIO - V. **Falência** **91**

DESAPOSSAMENTO ILÍCITO - Se o ente público, mesmo sendo proprietário do bem imóvel, promove de maneira ilícita o desapossamento do possuidor, sem a ação reivindicatória necessária, é devida indenização pelo valor econômico da posse e pelas benfeitorias..... **409**

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - Mesmo se admitindo que o adquirente de um terreno se sub-roga nos direitos do vendedor, inclusive naqueles relativos a indenização por expropriação indireta, é necessário que a sub-rogação conste do próprio contrato de compra e venda, ou resulte evidente das circunstâncias do negócio, não representando, porém, uma carta em branco para ser usada se e quando aprouver ao comprador.

- Constando do título do adquirente que o limite do seu terreno é a cerca divisória da faixa de domínio da estrada, carece ele de legitimidade para pleitear indenização por expropriação indireta tolerada por seu antecessor. **209**

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - V. **Crime doloso** **449**

DESISTÊNCIA DA AÇÃO - A preliminar invocada pela parte, afirmando que uma sentença que homologa a desistência da ação tem caráter de "despacho", é incompatível com o Código de Processo Civil e agride os conhecimentos mais elementares de direito processual civil, pois, de acordo com o art. 158, parágrafo único, do CPC, a desistência da ação somente produzirá efeitos depois de homologada por sentença. - Execução fiscal - Honorários de advogado **392**

- O pedido de desistência da ação merece ser indeferido uma vez que o advogado constituído pelo ora paciente não está amparado por poderes especiais para desistir da ação mandamental aviada junto ao Tribunal de Justiça. - Trancamento da ação penal - *Habeas corpus* **608**

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - Não há como se reconhecer a desistência voluntária se o acusado só não atingiu o seu intento homicida devido à aproximação de populares, circunstância esta alheia à sua vontade. - Motivo torpe **474**

- Se o agente não prossegue voluntariamente na ação criminosa, pode-se dizer que ocorre a desistência voluntária, prevista no art. 15 do Estatuto Penal, respondendo, apenas, pelos atos praticados. - Extorsão mediante seqüestro **558**

DESPEJO - V. **Locação** **385**

DESPESAS DE TRANSPORTE - V. **Oficial de justiça** **171**

DESVIO DE FUNÇÃO - V. **Servidor público estadual** **344**

DIFAMAÇÃO - V. **Injúria** **469**

DIVÓRCIO - V. **Partilha de bens** **365**

DOAÇÃO - V. **Cláusulas restritivas** **135**

- A não-comprovação, de plano, do caráter remuneratório da doação, bem como a inexistência de expressa dispensa do seu objeto à colação em documento público hábil, impõe seja o mesmo colacionado no inventário, principalmente por se tratar de adiantamento de legítima. - Decisão interlocutória - Colação - Adiantamento de legítima **293**

DOAÇÃO MODAL - Se houve reunião convocada pelo presidente da entidade doadora, a fim de se discutir e votar a doação do imóvel; se nessa reunião ficou decidido, por unanimidade, que o referido imóvel seria doado; se foi lavrada escritura pública, formalizando-se a doação modal, cujos termos se fizeram claros quanto à destinação do imóvel, bem como quanto ao prazo para conclusão das obras que nele deveriam ser realizadas; se há cláusula prevendo que, se não fosse realizada a construção dentro daquele prazo, o imóvel reverteria automaticamente à sociedade doadora, é de se concluir que, havendo descumprimento do encargo, o pedido de revogação é conseqüência da própria reunião que ensejou a doação, não se cuidando de deliberação nova. Destarte, é o presidente da entidade parte legítima para propor a referida revogação da doação modal, estando ele cumprindo apenas o que já restava decidido naquela reunião, ao buscar a reversão do terreno, principalmente se o estatuto da entidade prevê que ao presidente compete gerir os negócios da sociedade e representá-la judicialmente, ativa e passivamente.

- A doação com encargo feita ao ente público é um contrato civil, e não administrativo, regendo-se pelas normas constantes do Código Civil, não havendo que falar em impossibilidade jurídica do pedido de sua revogação, ao argumento de que os bens públicos se regem por normas de direito público.

- Consoante jurisprudência do STJ, seguida por vários tribunais pátrios, "*a ação de revogação da doação por descumprimento de encargos prescreve em vinte anos, não se aplicando a prescrição ânua definida no art. 178, § 6º, I, do Código Civil, que concerne à revogação por ingratidão do donatário*". **355**

DOAÇÃO SIMPLES - V. **Licitação** **422**

DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA - O repasse mensal e regular dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias é garantia constitucional assegurada pelo art. 168 da Constituição Federal e haverá de ser respeitada pelo Poder Executivo, em nome do princípio da independência e harmonia que deve reinar entre os Poderes da República. Não é dado ao Executivo estabelecer a seu talante datas e valores a serem liberados, havendo de atender à previsão orçamentária e ao preceito constitucional cogente. **193**

- Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, incluídos os créditos suplementares e especiais, destinados ao Poder Legislativo municipal deverão ser entregues, em duodécimos, até o dia 20 de cada mês, consoante dispõem os arts. 168 da CF e 162 da CEMGE.

- O total da despesa do Legislativo municipal, incluídos os subsídios dos vereadores, não poderá ultrapassar o percentual cabível, entre 8 e 5% (oito e cinco por cento) do somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior, nos termos do art. 29-A da CF, acrescido pela Emenda Constitucional nº 25/2000, em vigor a partir de 1º.1.2001, ou no percentual existente entre a dotação orçamentária consignada à câmara municipal e a previsão orçamentária efetivamente realizada, para os exercícios dos anos anteriores.

- Considera-se realizada, efetivamente, para os fins do valor dos repasses, a receita orçamentária prevista, se diversamente não demonstrada pelo Poder Executivo questionado. **196**

DOUTRINA - Medida socioeducativa de internação: excepcionalidade - Dra. Flávia Birchal de Moura **9**

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - V. **Execução fiscal** **126/530**

- Conforme disposição expressa contida no § 2º do art. 475 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, em vigor desde 27 de março de 2002, não está mais sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que, embora proferida contra a União, o Estado, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, contenha condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos. - Prescrição **413**

- E -

ELEIÇÕES - V. **Servidor contratado** **205**

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - I. Não cabe conhecer do recurso especial, na parte referente à alegação de maltrato a dispositivos legais não debatidos no contexto do acórdão recorrido, nem no que diz respeito ao necessário reexame de matéria probatória.

- II. A partir do advento da Lei 9.250, de 1995, passou a ser legítima a aplicação da Taxa Selic no campo tributário. Precedentes jurisprudenciais.

- III. Opostos embargos de declaração, se o Tribunal *a quo* presta os devidos esclarecimentos sobre os principais pontos da questão posta em discussão, não há como divisar violação ao art. 535 do CPC. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido. (STJ) **638**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - V. **Embargos à execução fiscal** (STJ) **638**

EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL
- Nº 20, de 1998 ..... **62/309**
- Nº 25, de 2000 ..... **196**
- Nº 35, de 2001 (Dá nova redação ao art. 53 da CF) **675**

EMPENHO - V. **Prestação de serviço** **330**

ENERGIA ELÉTRICA - Encontrando-se a Cemig-Companhia Energética de Minas Gerais no rol das entidades da Administração indireta e tendo em vista o art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, é do Tribunal de Justiça, e não do Tribunal de Alçada, a competência para julgar recurso interposto contra decisão proferida na ação cível em que aquela companhia energética figura como ré.

- Aquele que sofreu corte de energia elétrica, no mesmo dia da quitação da conta e na mesma data em que estava havendo reunião de aniversário em sua residência, mesmo após comunicação telefônica e solicitação de baixa, tem interesse legítimo para postular ação de indenização por danos morais, em face da Cemig-Companhia Energética de Minas Gerais. Em tais casos, descabe ao juiz indeferir a inicial, ao entendimento de que o pagamento se fez com atraso e que por isso o corte da energia é direito da concessionária, decidindo de plano e inclusive adentrando no mérito, sem que sequer tenha sido instaurada a lide. Se existe um contrato de fornecimento de energia elétrica, qualquer um dos contratantes tem interesse processual em questionar qualquer cláusula ou prejuízo que esteja ocorrendo. Assim, deve-se cassar a sentença, para que o feito tenha andamento salutar. **280**

ESCOLA PÚBLICA - O art. 53, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente garante o acesso a escola pública e gratuita próxima da residência, não podendo a Comissão de Cadastro Escolar se descuidar de tal regra, não se podendo falar em correição do critério de seleção de alunos naquela escola pela idade, tendo em vista a única exigência da lei ser em relação à proximidade entre a escola e a residência do aluno. Assim sendo, não é razoável admitir que, havendo escola pública próxima à residência da adolescente, seja ela obrigada a percorrer longas distâncias para freqüentar outro educandário existente na cidade, sob pena de tornar letra morta o art. 53, V, do ECA. - Menor - Mandado de segurança - Carência da ação .. **304**

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - À exegese dos artigos 196 e 197 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicáveis em procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração das normas de proteção à criança e ao adolescente, depreende-se que o julgador, sopesando os elementos acostados aos autos, decidirá, a seu talante, acerca da necessidade da designação de data para realização de audiência de instrução e julgamento, ou proferirá, de plano, a sentença. E, estabelecendo o art. 130 do Código de Processo Civil, o qual se aplica supletivamente nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, que ao juiz caberá, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, tem-se que, se o magistrado entender inócua a designação de data para a realização da audiência de instrução e julgamento, por considerar não haver necessidade de produção de prova oral, sua decisão deve ser prestigiada pelo Tribunal. Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa,

se a oitiva de testemunhas pretendida pela autuada seria desnecessária ao deslinde da questão. - Alvará de autorização - Ilegitimidade passiva - Auto de infração **103**

- Em procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente, o prazo para apresentar defesa é de 10 (dez) dias, contados a partir da intimação, que será feita pelo autuante, no próprio auto de infração.

- Se a parte autuada por infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente comparece para alegar a nulidade da citação e contesta a autuação, é de se aplicar o art. 214, § 1º, do CPC, o qual prevê que "*o comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta da citação*". Assim, contestada a causa, não há que se invocar nulidade de citação. - Citação **140**

ESTUPRO - Restando nos autos contra o réu apenas a palavra isolada da vítima, inteiramente inconfiável, pela evidente debilidade mental de que esta era portadora, inexistindo qualquer outro elemento que pudesse confirmar a veracidade dessas declarações e tendo o exame de DNA juntado aos autos concluído no sentido de não ser o réu, ora requerente, pai da criança gerada pela vítima, julga-se procedente o pedido revisional para absolver o requerente. - Decisão contrária à evidência dos autos - Revisão criminal **464**

- Incide na sanção do art. 213 do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação.

- A dúvida ou incerteza do réu quanto à idade da vítima não pode favorecê-lo, pois, na hipótese, subsiste o dolo eventual, apto a configurar a violência ficta.

- Presta-se o estupro à figura do crime continuado se o crime é praticado contra a mesma vítima. Sendo duas ou mais as ofendidas, a hipótese é de concurso material de delitos.

- O atentado violento ao pudor e o estupro só podem ser classificados como crimes hediondos, nos termos da Lei nº 8.072/90, se do fato resultar lesão corporal de natureza grave ou morte (arts. 213 e 214, c/c o art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP).

- V.v.: - Não se caracteriza, *in thesi*, o crime de estupro com presunção de violência, quando a menor de quatorze anos, espontaneamente, já tiver mantido relação sexual por diversas vezes com o acusado. Ante a não-configuração de qualquer violação a bem juridicamente protegido e também considerando tratar-se a norma do art. 224 do CP de presunção relativa, obstada está a possibilidade de condenar-se o apelante pelo ato sexual praticado com a menor. **503**

- O crime de estupro, a teor do disposto no artigo 1º, V, da Lei nº 8.072/90, é hediondo, ainda que dele não resulte lesão grave ou morte. Foi intenção do legislador utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva "e", para considerar como hediondo o delito de estupro. **588**

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - O fato de a executada não ter oposto embargos e feito petição nos autos da execução não impede o conhecimento da nulidade do título executado, principalmente quando se trata de cobrança de crédito suspenso, em decorrência do depósito judicial. Se o título executivo não se reveste de seus atributos para ser tido como exeqüível, em razão da ausência de seus pressupostos formais (certeza, liquidez e exigibilidade), é possível a argüição de sua nulidade por meio de petição nos próprios autos da execução, ou por meio de exceção de pré-executividade, sem qualquer subversão do sistema processual. - Execução fiscal - Suspensão de exigibilidade tributária - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Duplo grau de jurisdição **58**

- A jurisprudência pátria tem admitido a exceção de pré-executividade, a qual só pode ser deslindada conjuntamente com o mérito.

- Cuidando-se de vício processual ou questão de mérito, que demande a produção de prova em juízo, não se admite a exceção de pré-executividade sem o oferecimento de bens à penhora, visto que esse pré-requisito processual é indispensável ao pronto exercício do contraditório, sendo exigido expressamente tanto pelo Código de Processo Civil, art. 737, I, aplicável subsidiariamente à Lei nº 6.830/80, que faz essa exigência no seu art. 16, § 1º. Se a discussão envolve matéria de mérito, impõe-se a observância de garantia do juízo previamente, sob pena de se substituírem os embargos de devedor pela exceção de pré-executividade, máxime quando se sabe que, na realidade, substancialmente, o objetivo de todos os embargos é, na prática, o ataque frontal ao título executivo apresentado pelo Fisco, sendo, portanto, indispensável o oferecimento de bens para essa discussão. **278**

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - Considera-se exceção de suspeição a "*alegação de suspeita de parcialidade que possa ser feita contra juiz, contra o órgão do Ministério Público, contra o escrivão ou serventuário da Justiça ou contra perito nomeado para funcionar na causa. E, desde que argüida e* provada *(grifo nosso), justifica e impõe o afastamento da autoridade judicial e a substituição da pessoa tida e julgada como suspeita*". - Tutela antecipada - Residência funcional **159**

- Advogado que pretende afastar o juiz do processo por supostos "problemas" pessoais entre ambos. Questões que não justificam o afastamento do magistrado por possuir a parte os recursos próprios cabíveis previstos em lei para corrigir os eventuais enganos. **591**

EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - Se a Fazenda Pública executa o débito principal relativo ao tributo que entende devido e ainda ônus da sucumbência relativos às ações em que foi vencedora, não pode o juiz julgar procedentes os embargos do devedor, para extinguir a execução por ilegitimidade ativa *ad causam* da Fazenda Pública, ao fundamento de que, em se tratando de execução de título judicial, somente as verbas de sucumbência poderiam ser cobradas, não se podendo discutir o débito principal na referida execução. É, que, evidenciado-se nela algum excesso, o caso é de procedência parcial dos embargos e redução da mesma ao *quantum* realmente devido, o que é matéria a ser objeto do exame de mérito, não havendo que se falar em extinção da execução por ilegitimidade ativa da Fazenda Pública.

- Reiteradamente, a jurisprudência vem afirmando que eventuais excessos cobrados em execução não têm o condão de tornar nulo o processo e, eventualmente, se evidenciados, através dos embargos, devem ser objeto de decote/

redução pelo sentenciante, ao quanto efetivamente devido. - Fazenda Pública - Honorários de advogado **403**

EXECUÇÃO FISCAL - A sentença que, em execução fiscal, promovida pela Fazenda Pública, julga extinto o processo, sem apreciação do mérito, não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, por a espécie não se enquadrar na hipótese prevista no art. 475, II, do CPC. - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Duplo grau de jurisdição - Exceção de pré-executividade - Suspensão da exigibilidade tributária **58**

- A sentença que, em execução fiscal, extingue o processo sem julgamento do mérito não está sujeita ao duplo grau de jurisdição, por não ser hipótese de improcedência do pedido de execução, conforme previsto no art. 475, inciso II, do CPC.

- Na hipótese de não-pagamento do tributo ou da tarifa do preço público, nos casos de lançamento direto ordinário, é desnecessário prévio processo tributário administrativo (PTA) para a inscrição do débito em dívida ativa, cuja certidão constitui título executivo hábil e bastante para instruir a petição inicial da execução fiscal, uma vez que possui presunção de liquidez e certeza, não se obrigando a exeqüente a fazer qualquer nova prova, cabendo ao sujeito passivo da obrigação tributária desfazer essa presunção.

- Conforme dispõe o art. 41 da Lei nº 6.830/80, é facultativa a juntada do PTA no curso da instrução, por requerimento das partes ou de ofício, por ordem judicial, de acordo com as circunstâncias da causa. - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Duplo grau de jurisdição - Processo tributário administrativo **126**

- V. **Oficial de justiça** **171**

- O STJ já pacificou o entendimento de que, na execução fiscal para cobrança de ICMS declarado e não pago, a realização da perícia condiciona-se à inequívoca demonstração do erro ou do engano. Não havendo essa demonstração, o indeferimento da prova pericial não constitui cerceamento de defesa.

- Se os embargos à execução fiscal enfatizam eventual excesso de execução, impugnando a utilização da taxa Selic, a matéria posta em debate é de direito, e não de fato, devendo ser resolvida quando do exame do *meritum causae*.

- Inexiste ilegalidade ou inconstitucionalidade na aplicação dos juros de mora, com base na taxa Selic, aos créditos tributários recolhidos extemporaneamente. A sua incidência encontra amparo na exceção contida no § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, a afastar eventual violação do § 3º do art. 192 da Constituição da República, que não é auto-aplicável. A utilização da taxa Selic, nestes casos, está prevista também na Lei Estadual nº 6.763/75, a qual permite sejam os juros de mora fixados em consonância com os critérios utilizados nos tributos federais. Por outro lado, estando os débitos fiscais federais regulados pela Lei nº 9.065/95, cujo art. 13 os condiciona à taxa Selic, caracterizada fica a viabilidade de sua utilização nos juros de mora sobre os já referidos créditos tributários. - Perícia - Taxa Selic **199**

- Em execução fiscal, o juiz não pode, de ofício, decretar a prescrição de direitos patrimoniais, só lhe cabendo decidir sobre esta matéria, se alegada pela parte a quem aproveita, nos precisos termos do art. 166 do Código Civil e do art. 128 do Código de Processo Civil, consoante jurisprudência mansa e pacífica do STJ. - Prescrição **215**

- A teor do art. 129 do CTN, a responsabilidade do sucessor "*aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos*". Tem-se, assim, que, para efeito de caracterização da responsabilidade do sucessor, pode-se prescindir de quaisquer indagações relacionadas com a data da efetivação do lançamento, porque o sucessor responde pelos tributos apurados ou passíveis de apuração (lançados ou não) à data da intercorrência do fenômeno sucessório, pois os créditos tributários referentes a impostos sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, na forma do art. 130 do CTN. Por estas mesmas razões, a execução fiscal pode ser proposta ou prosseguir, independentemente de emenda ou substituição da certidão de dívida ativa, contra os sucessores, porque nesses casos não há necessidade de realização de acertamento algum para permitir a execução fiscal. Perante o Fisco o adquirente do imóvel gerador dos tributos, sucessor do alienante, ocupa a mesma posição jurídica do devedor primitivo, independentemente da apuração de qualquer fato estranho ao acertamento até então promovido. Cuida-se de situação líquida e certa, objetivamente criada pela própria lei (art. 130 do CTN e art. 677, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro). - IPTU **270**

- Se o processo de execução terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu, nos termos do art. 26 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal).

- Em sede de execução fiscal, os honorários advocatícios serão fixados consoante o art. 20, § 4º, do CPC. - Honorários de advogado - Desistência da ação .. **392**

EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - V. **Execução fiscal** **126/530**

EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO - Indicado pelo próprio autor o lugar onde a vítima se encontrava e tendo sido preso em flagrante em companhia daquela quando, na verdade, poderia ter-se evadido, descaracterizado restou o crime do art. 159 do Código Penal, caracterizando-se apenas a figura penal prevista no art. 148, § 2º, do CP, ou seja, o crime de seqüestro e cárcere privado, em sua forma qualificada, pelo padecimento físico imposto ao menor, que, diabético, ficou por longas horas sem alimento e sem remédios.

- V.v.: - Ocorrido o seqüestro, o crime do art. 159, § 1º, do CP se materializou, independentemente de haver sido frustrada a obtenção de vantagem econômica pretendida. - Desistência voluntária .. **558**

- F -

FALÊNCIA - No contrato de depósito bancário, o banco não tem plena disponibilidade sobre o dinheiro dos seus depositantes, pois obriga-se a devolvê-lo, tão logo lhe seja solicitado pelo depositante, o que torna possível a sua restituição na falência, conforme expressa o art. 76 do Decreto-lei nº 7.661/45.

- Conceitos jurídicos mal interpretados não podem justificar uma violência à

intenção da parte que, ao fazer um depósito bancário, tem a certeza de que aquele bem é somente seu e pode reavê-lo a qualquer momento, uma vez que não o transferiu ao banco.

- VV.vv.: - O depósito bancário é considerado irregular, na medida em que a instituição bancária, ao receber determinada quantia em depósito, assume o compromisso de atender às ordens de pagamento emitidas pelo depositante. Assim sendo, a doutrina é quase unânime em reconhecer que esse depósito opera transferência da propriedade do dinheiro para o depositário. Todavia, o ato de depositar e transferir ao banco a disponibilidade do dinheiro depositado só tem efeito de viabilizar a eventual utilização pelo depositante do saldo da conta corrente de que é titular. De sorte que, se o banco assume o compromisso de devolver o dinheiro do depositante, nas condições pactuadas, o que este adquire, pelo depósito, é apenas um crédito junto ao depositário, crédito esse que não se equipara a simples mercadoria arrecadada e passível de restituição no caso de falência da instituição bancária, nos termos do art. 76 do Decreto-lei nº 7.661/45. Trata-se de crédito de natureza quirografária e, como tal, sujeito à habilitação no processo falimentar. - Depósito bancário **91**

- Diz-se possível juridicamente o pedido quando há previsão legal, abstratamente considerada, para a tutela jurisdicional que se requer em juízo. 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 por meio da ação. Esse requisito 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. Nada tem a ver com a procedência ou improcedência do pedido.

- A teor do art. 14 da Lei nº 9.492/97, a intimação do protesto será expedida ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida, quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção ou documento equivalente, tendo a referida lei, neste particular, derrogado a parte da Lei de Falências que trata de protesto de títulos de créditos. Assim, se a empresa devedora não deixou de receber o protesto, nem ficou impedida de conhecer o seu conteúdo, o fato de o mesmo não ter sido realizado na pessoa do seu representante legal é irrelevante, sendo de se rejeitar a preliminar de nulidade da decisão à alegação de inexistência de intimação pessoal do referido protesto.

- Se os títulos de crédito que embasam o pedido de falência possuem força executiva hábil à sua proposição, não há que se falar em inépcia da inicial, ao argumento de que há incompatibilidade entre o pedido e a causa de pedir.

- Não há que se falar que o objeto da sociedade é civil, se os autos revelam que o objetivo da mesma, além da prestação de serviços, envolve "*mercado manual de câmbio de taxas flutuantes, agenciamento e transporte de cargas*", o que permite a conclusão de que o seu objeto é comercial. - Contrato de franquia - Indexação em dólares - Prova **130**

- Na falência, o crédito resultante de honorários advocatícios, em razão de sua natureza alimentar, é classificado como privilegiado especial. - Honorários de advogado - Apelação - Prazo recursal **319**

- V. **Petição inicial** **349**

- O ônus da prova da qualidade de credor, em pedido de falência, compete ao devedor.

- Não procede a alegação de impossibilidade jurídica do pedido por falta de protesto específico para fins falimentares, quando restar provado nos autos que foi tirado o protesto especial, providência supérflua, porque bastaria o protesto cambial.

- A Lei Falimentar (Dec.-lei nº 7.661/45), em seu art. 1º, § 3º, c/c o art. 15 da Lei nº 5.474/68, permite que o credor ingresse com a ação de falência, mesmo que a duplicata não contenha aceite, desde que esteja devidamente protestada e acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria. Duplicatas não aceitas, mas protestadas e devidamente acompanhadas de romaneio do transportador, bem como de confissão de recebimento da mercadoria pelo devedor ensejam título executivo extrajudicial e, em conseqüência, legitimam o pedido de falência. - Petição inicial - Protesto - Impossibilidade jurídica do pedido **349**

- É competente para declarar e processar a falência o foro do estabelecimento do devedor, a teor do art. 7º do Decreto-lei nº 7.661/45. - Competência **369**

- Não há incidência de multa na cobrança de crédito fiscal contra a massa, bem como são inexigíveis juros moratórios a partir da decretação da falência. Inteligência dos arts. 23, 25 e 27 da Lei de Falências e das Súmulas 565 e 192 do STF, recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. - Multa fiscal **382**

FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR - Contravenção penal de falta de habilitação para dirigir veículo. Revogação pelo art. 309 do CTB (que exige, para caracterização do crime, a comprovação de perigo de dano concreto à incolumidade pública). Inexistência de dano concreto. Configuração de mera infração administrativa (art. 162, I, do CTB), não abrangida pelo ECA (art. 103) como ato infracional. **438**

FARMÁCIA - A teor do art. 15 da Lei nº 5.991/73, a farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento, admitindo-se a responsabilidade por "*prático de farmácia*" apenas no caso excepcional previsto no § 3º daquele mesmo preceito legal. O não-atendimento dessas normas legais impede a emissão do alvará sanitário, impondo-se, conseqüentemente, a aplicação de multa àqueles estabelecimentos que estão funcionando sem a devida licença. **137**

FAZENDA PÚBLICA - V. **Monitória** .. **68**

- V. **Execução de título judicial** **403**

FLAGRANTE - V. ***Habeas corpus*** .. **523**

FLÁVIA BIRCHAL DE MOURA, Dra. - Doutrina - Medida socioeducativa de internação: excepcionalidade **9**

FURTO QUALIFICADO - Havendo prova robusta da autoria dos crimes de furto qualificado e resistência, deve-se manter a condenação. - Resistência - Denúncia - Aditamento da denúncia -

Prescrição - Nulidade processual - Cerceamento de defesa - Pena **455**

- **H** -

HABEAS CORPUS - A superveniência de sentença condenatória elide eventual constrangimento ilegal derivado de excesso de prazo na formação da culpa. Se antes o paciente estava preso em razão de flagrância, agora sua prisão deriva da força da sentença de condenação.

- O *habeas corpus* não é via hábil para analisar existência de nulidades, especialmente se já existe sentença condenatória e a nulidade argüida depende de análise de prova. **515**

- É ilegal a prisão dos pacientes se os mesmos não estavam cometendo infração, não haviam acabado de cometer, não foram perseguidos logo após e não foram encontrados, logo em seguida, com instrumentos ou quaisquer objetos que fizessem presumir serem eles os autores do crime, inexistindo, assim, quaisquer das hipóteses do flagrante delito previstas em lei.

- V.v.: - Deve ser mantida a prisão em flagrante dos pacientes que se encontravam no local dos fatos, apresentando as lesões supostamente provocadas pela vítima, mencionadas no informe da autoridade coatora. - Flagrante **523**

- V. **Citação por edital** **535**

- É possível o manejo de *habeas corpus* em processos que envolvam matéria de natureza cível, desde que restem caracterizados os requisitos constantes no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal. - Alimentos - Prisão civil **593**

- V. **Trancamento da ação penal** **608**

- Entende-se por nulidade manifesta, tão-somente, a que se vislumbra *prima facie*. Não sendo este o caso dos autos, inocorre a coação ilegal, devendo-se denegar a ordem de *habeas corpus*.

- A possibilidade de a pretensão do paciente ser postulada via ação revisional não torna inviável a utilização do remédio heróico do *habeas corpus*, instrumento dotado de dignidade constitucional, de efeito mais rápido e eficaz na defesa do *status libertatis* do cidadão. - Nulidade manifesta - Produção antecipada de prova testemunhal - Nulidade processual **611**

- Conforme atual entendimento do STJ, a competência para apreciar *habeas corpus* impetrado contra decisão dos Juizados Especiais Criminais é das Turmas Recursais destes Juizados, e não dos Tribunais de Justiça. - Juizado Especial Criminal - Competência **616**

- V. **Homicídio qualificado** (STJ) **626**

HERANÇA - V. **Renúncia à herança** **167**

HERDEIRO CASADO - V. **Renúncia à herança** **167**

HOMICÍDIO - V. **Crime doloso** **449**

HOMICÍDIO QUALIFICADO - 1. Consignando o magistrado, na sentença de pronúncia, a subsistência dos motivos que ensejaram a custódia cautelar, basta a reportação aos termos do decreto de prisão preventiva, sendo prescindível a apresentação de nova fundamentação.

- 2. Devidamente justificada a cautela, nos termos do CPP, art. 312, a mera alegação de primariedade e residência fixa não é capaz de elidir a medida.

- 3. Apesar de o Tribunal não ter se manifestado sobre o reclamado excesso de prazo, apresenta-se manifesto constrangimento ilegal, já que os acusados, após a pronúncia, encontram-se sob custódia há mais de dois anos, aguardando a realização do julgamento.

- 4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido.

- 5. Concedo ordem de *habeas corpus ex officio*, para determinar a imediata soltura dos pacientes, a fim de que aguardem o julgamento em liberdade. (STJ) **626**

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - V. **Falência** **319**

- V. **Execução fiscal** **392**

- O art. 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto dos Advogados), embora confira ao advogado direito autônomo de executar a sentença condenatória referentemente aos seus honorários advocatícios, não exclui o cliente, parte da ação judicial que assim constituiu o título, como legitimado para também executar a sentença quanto aos honorários do seu patrono, mormente em se tratando de ente estatal, pelo que é a Fazenda Pública parte legítima para requerer execução de honorários da sucumbência. - Execução de título judicial - Fazenda Pública **403**

- **I** -

ICMS - O fato gerador do ICMS sobre serviços de comunicação compreende suas prestações (deles, serviços) onerosas, feitas por todo e qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza, a teor dos artigos 2º, III, e 12, VII, da Lei Complementar nº 87/96. Esta acha-se em plena consonância com a Lei Fundamental da República, em seu art. 155, inciso II. Ainda a propósito, a Lei Federal nº 8.977/95, que dispõe sobre o serviço de TV a cabo, estabelece que ele (serviço) obedecerá aos preceitos da legislação de telecomunicações em vigor, bem como aos regulamentos baixados pelo Poder Executivo. Daí ter supedâneo legal a incidência do referido tributo também sobre os serviços de TV a cabo. - TV a cabo **107**

- A sistemática de reclassificação estabelecida no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.437/99, não viola o princípio da isonomia, pois o "*tratamento tributário diferenciado*" concedido a microempresa e empresa de pequeno porte localizadas no Estado de Minas Gerais encontra suporte no art. 179 da Constituição Federal de 1988 e no art. 233 da Constituição do Estado de Minas Gerais, de tal sorte que os contribuintes mineiros que espontaneamente optaram pelo regime do Microgerais têm o mesmo tratamento, nos termos da legislação de regência.

- O art. 11 da Lei nº 13.437/99 não é inconstitucional, pois limitou-se a dar cumprimento ao disposto no art. 179 da Constituição Federal, não havendo que se falar em afronta ao disposto no art. 152 da mesma Carta Magna, já que a composição das alíquotas de ICMS diferenciadas para operações internas e intra-estaduais deriva da própria Constituição Federal, no seu citado art. 155, § 2º e seus incisos IV, V e VI. Outrossim, a legislação do Microgerais não divisa qualquer inconstitucionalidade, porquanto preserva o princípio da justiça tributária, eis que a cobrança da diferença porventura existente entre as

alíquotas aplicáveis para tais tipos de operação propicia uma elevação natural da carga tributária, situação que ocorre também com os contribuintes não enquadrados no regime Microgerais. Ademais, sendo a cobrança da mencionada diferença existente entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações de compra e venda de mercadorias, procedimento resultante da aplicação do princípio da não-cumulatividade, não procede a alegação de inconstitucionalidade do art. 11 da referida Lei nº 13.437/99.

- Os arts. 6º e 12, ambos do Decreto nº 40.987/00, bem como o art. 11 da Lei nº 13.437/99 não ofendem nenhum preceito constitucional, pois destes preceitos se infere a licitude da diferença de alíquotas, fixadas não pelo Estado, mas pelo Senado Federal.

- A Lei nº 13.437/99 e o Decreto nº 40.987/00 não são inconstitucionais, pois estão em perfeita harmonia com o art. 179 da Constituição Federal.

- Nas operações referentes à aquisição de mercadorias ou prestação de serviços em outro Estado (barreira tributária), a alíquota do imposto (ICMS) será sempre maior, independentemente de a empresa se enquadrar ou não no Microgerais. - Microempresa **122**

- No sistema especial de tributação, em que existem duas reduções na base de cálculo e a dispensa de tributo complementar, não é possível o mecanismo do creditamento. Nos termos do inciso II do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores. A falta da opção expressa do contribuinte não configura deslize que modifica o sistema, uma vez que a adoção da redução é a mais eloqüente demonstração de vontade, que requer continuidade ao sistema adotado, em vez da adoção de dois sistemas diferenciados, apenas nas partes em que o contribuinte obtém vantagem. - Substituição tributária **154**

- Para aproveitar os créditos de ICMS embutidos no valor das mercadorias que entram no seu estabelecimento, o comprador não depende da prova de que o vendedor pagou o tributo. Exige-se dele apenas a comprovação de que a nota fiscal corresponde a um negócio efetivamente realizado e de que o vendedor estava regularmente inscrito na repartição fazendária como contribuinte do tributo.

- Somente depois de publicada é que a inidoneidade da inscrição do vendedor gera efeitos contra terceiros. Se à época das operações mercantis o comprador não tinha conhecimento da inidoneidade da inscrição do vendedor, eis que declarada após a efetivação das mesmas, as notas fiscais representativas das negociações de compra e venda autorizam o aproveitamento dos créditos correspondentes.

- Na ausência publicitária da punição fiscal, até pelo espelhar da teoria da aparência, não se pode apenar o comerciante que age de boa-fé, amparando-se em documentação insuspeita de irregularidade formal. Ademais a inidoneidade não se presume. Uma vez alegada, esse ônus cabe a quem o proclama.

- Só a isenção do tributo ou sua não-incidência é que podem provocar a anulação do crédito relativo às operações anteriores e não implicam crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes. O comerciante não responde pelo imposto devido na operação anterior. Aquele que lhe vendeu a mercadoria é que é o devedor do tributo. **315**

- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE nº 198.088, assim decidiu:

- "*Tributário - ICMS - Lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, derivados do petróleo - Operações interestaduais - Imunidade do art. 155, § 2º, X, b, da Constituição Federal.*

- *Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.*

- *Conseqüente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do Estado de São Paulo.*

- *Recurso conhecido, mas desprovido*".

- Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

- Recurso extraordinário não conhecido. (STF) **669**

ILEGITIMIDADE PASSIVA - V. **Autoridade coatora** **42**

- Tratando-se de autuação por infração administrativa às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe à autuada o ônus de provar a ilegitimidade passiva de seu preposto ou representante, juntando aos autos o contrato social. E, ainda que a autuação recaia em pessoa sem legitimidade para representar o estabelecimento autuado, a irregularidade fica suprida, se o mesmo comparecer em juízo em tempo hábil a ofertar sua defesa, pelo que há de ser afastada a preliminar de nulidade do auto de infração. - Estatuto da Criança e do Adolescente - Alvará de autorização **103**

- Caracterizada a ilegitimidade passiva de um dos recorridos, cumpre seja o mesmo excluído do pólo passivo do recurso. - Prefeito - Improbidade administrativa - Ação civil pública - Recurso **416**

ILUMINAÇÃO PÚBLICA - V. **Ação civil pública** **112**

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - V. **Falência** **349**

- O pedido é juridicamente impossível quando existe expressa vedação para seu exame no ordenamento jurídico. Eventual ausência de outros documentos que dariam notícia de convênios anteriores firmados pela Administração Pública municipal não tem o condão de invalidar o contrato de locação firmado, bem como a exigibilidade do cumprimento das obrigações inadimplidas; muito menos pode conduzir à impossibilidade jurídica do pedido, máxime quando não é negada a relação contratual havida entre as partes. - Despejo - Locação **385**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - V. **Prefeito** **416**

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, letra *d*, da Constituição Federal incide, objetivamente, sobre o produto acabado

relativo a livros, jornais e periódicos que sejam veículo de propaganda de idéias no interesse social da melhoria do nível intelectual, técnico, moral, político e humano da comunidade, não incidindo sobre a atividade de telejornal, de empresa que presta serviços a terceiros; e com isso se inclui na lista anexa do Decreto-lei nº 406/68, com a redação da Lei Complementar 56/87, não podendo esta atividade ser havida como jornalística, para acobertar-se com a imunidade tributária relativa ao ISSQN. - ISSQN **207**

- V. **IPTU** (STF) **665**

INCÊNDIO - Provado que o agente causou o incêndio que destruiu por completo a casa onde residia com sua amásia e uma irmã desta, colocando em risco, efetivamente, a vida, a integridade física e o patrimônio de terceiros, ficando demonstrados o dolo de dano quanto à coisa incendiada e o de perigo em relação às demais, que poderiam vir a ser atingidas, resta configurado o crime de incêndio previsto no art. 250 do CP, sendo irrelevante o fato de o agente achar-se alcoolizado, uma vez que a embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade penal.

- Demonstrado que o incêndio atingiu casa habitada, sendo certo que pelo menos um de seus moradores, além do próprio agente, se encontrava no seu interior, fica configurada a majorante prevista no art. 250, § 1º, II, *a*, do CP, não podendo ser excluída da condenação. **482**

INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL - V. **Cerceamento de defesa** .. **449**

INCOMPETÊNCIA DO JUIZ - V. **Sentença criminal** **425**

INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO - V. **Recurso criminal** **530**

INDENIZAÇÃO - Havendo processo penal pendente de julgamento, não corre prazo prescricional relativamente à ação de indenização por irregularidades do auto de prisão em flagrante ou do próprio processo.

- A absolvição do réu, em processo penal, por insuficiência de provas, não significa juízo no sentido de sua inocência, não podendo ser invocada para lastrear o pretendido reconhecimento da responsabilidade indenizatória do Estado pelos efeitos supostamente lesivos de sua prisão. - Prescrição - Absolvição do réu **227**

INDENIZAÇÃO - V. **Patrimônio cultural** **338**

INDEXAÇÃO EM DÓLARES - O contrato de prestação de serviços indexado em dólares não pode ser considerado nulo em face de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que reputa legítimo o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. - Falência - Contrato de franquia - Prova **130**

IN DUBIO PRO REO - V. **Condenação** **546**

INJÚRIA - Se os fatos constantes do processo não demonstram, sequer em tese, a ocorrência de difamação, nem isso consta, implícita ou explicitamente, da queixa oferecida, recebe-se esta apenas parcialmente, com relação ao delito de injúria, evitando-se, destarte, desperdício de prestação jurisdicional e excesso do poder de queixa.

- Se os fatos relativos ao delito de injúria não foram elididos definitivamente quando da defesa preliminar, melhor se receba a queixa, outorgando-se às partes oportunidade de trazer aos autos prova capaz de confirmar suas alegações. - Difamação **469**

INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA EM OUTRA COMARCA - V. **Cerceamento de defesa** **449**

INTERNAÇÃO - Se o menor comete ato infracional análogo ao crime de atentado violento ao pudor, ficando caracterizado o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, causando sérias conseqüências para a vítima e sua família, necessária se faz sua internação, com o devido acompanhamento psicológico, para que possa reingressar no convívio social.

- A teor do art. 185, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inexistindo na comarca estabelecimento apropriado para o internamento do menor, este deverá ficar aguardando sua transferência, pelo prazo máximo de cinco dias, na cadeia pública local, desde que em seção isolada dos adultos. - Menor infrator - Justiça da Infância e da Juventude - Apelação **555**

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Os alimentos fixados na investigação de paternidade retroagem à data da citação do investigado, consoante orientação jurisprudencial unificada pelo STJ.

- Declarada a paternidade, na ação investigatória, declara-se também óbvia, racional e implicitamente que os pais do investigado são avós do investigante, devendo-se, assim, averbar no registro civil de nascimento deste o nome do pai e dos avós paternos. - Alimentos - Registro civil **231**

IPTU - V. **Execução fiscal** **270**

- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE nº 237.718, firmou o entendimento de que a imunidade tributária do patrimônio das instituições de assistência social (art. 150, VI, *c*, da Constituição) se aplica para afastar a incidência do IPTU sobre imóveis de propriedade dessas instituições, ainda quando alugados a terceiros, desde que a renda dos aluguéis seja aplicada em suas finalidades institucionais.

- Por outro lado, com base nesse precedente do Plenário, esta Primeira Turma, ao julgar o RE nº 217.233, entendeu que a referida imunidade também alcança as instituições de educação nas mesmas circunstâncias.

- Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

- Recurso extraordinário não conhecido (STF) **665**

ISSQN - V. **Serviços postais** **173**

- V. **Imunidade tributária** **207**

- Para fins de fixação de alíquota do ISS, o que vale é a essência da atividade exercida, e não a sua denominação, visto que os serviços tributados são os efetivamente prestados, em razão de sua própria natureza. Assim, não pode a apelante pretender pagar ISSQN sobre construção civil, se a renda por ela auferida foi decorrente de locação de mão-de-obra e corretagem de imóveis. **247**

- Não se pode fugir à lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, ainda que tal método de orientação para a cobrança do ISSQN seja imperfeito e passível de interpretação dúbia. Somente aqueles serviços cobrados pela municipalidade que se fazem presentes na referida

listagem é que podem motivar a cobrança do ISSQN.

- Os serviços de secretaria e expediente da Telemig, sendo serviços de âmbito interno da empresa, voltados para o auxílio da consecução de seu objetivo final, que é o fornecimento de serviços de comunicação telefônica, não podem ser tributados pelo ISSQN, haja vista que não são serviços prestados a terceiros com intenção de auferir lucro.

- O serviço de publicidade se encontra expressamente incluído no item 85 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, pelo que, ao receber o pagamento pela inclusão do anunciante nos espaços publicitários da lista telefônica, a Telemig já se obrigou pelo pagamento do ISSQN, não se podendo admitir que o mesmo imposto incida mais uma vez na transferência da parte do valor que cabe à editora da lista. Não há que tributar com o ISSQN o repasse das quantias devidas à editora das listas, uma vez que o fato gerador é a venda de publicidade, e não a intermediação a terceiros.

- Sendo as linhas telefônicas bens móveis, a locação das mesmas se enquadra na lista de serviços tributáveis pelo ISSQN, uma vez que o item 79 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68 inclui claramente os serviços de "*locação de bens móveis*" entre aqueles aptos a ensejar a cobrança do imposto sobre serviços.

- Os serviços internos de manutenção e reparos efetuados pela Telemig nos seus próprios equipamentos e em suas máquinas não são aptos a ensejar a cobrança de ISSQN, por possuírem caráter de auto-serviço, o qual não gera a obrigação de pagar o referido imposto, uma vez que não é prestado a terceiros mediante pagamento.

- Os serviços de instalação, manutenção e reparo de aparelhos, bem como instalações telefônicas prestados pela Telemig aos seus clientes, que pagam por estes serviços, preenchem os requisitos para a caracterização do fato gerador da obrigação de pagar o ISSQN, pois tais serviços constam da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, no item 69. .... **255**

- Não se verifica a hipótese de incidência do tributo ISS-Imposto sobre Serviços contida na lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, quando a obra realizada enquadrar-se no ramo de construção mecânica, e não no de construção civil. O só fato de as obras de construção mecânica terem sido desenvolvidas no sentido de aderirem ao solo não lhes atribui o *status* de construção civil. Obras de construção mecânica podem ser, perfeitamente, afixadas ao solo ou não, e, quando o são, não se tornam, necessariamente, de construção civil.

- De acordo com o item 75 do Decreto-lei nº 406/68, que lista os serviços sobre os quais incide o ISS-Imposto sobre Serviços, este será devido quando a obra se constituir de "*montagem industrial, prestada ao usuário final do serviço, exclusivamente com material por ele fornecido*". Se não foi o usuário final do serviço quem forneceu o material empregado na obra, não se verifica a hipótese de incidência relativa ao referido tributo. - Certidão de dívida ativa **379**

ITBI - O Imposto de Transmissão de Imóveis *Inter Vivos*-ITBI, de competência do município, tem como fato gerador a transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis, configurando-se, assim, imposto real, porquanto se limita a descrevê-lo, sem levar em consideração certas qualidades dos possíveis

sujeitos passivos. O contribuinte é o adquirente do bem imóvel ou do direito. A sua base de cálculo é o valor do bem ou do direito transmitido. No entanto, pode o Fisco arbitrar o valor das operações, desde que ele observe o processo regular e respeite o princípio da ampla defesa e do contraditório.

- A Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas do Imposto de Transmissão de Imóveis *Inter Vivos*-ITBI, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda.

- A alegação de que a progressividade de alíquotas se trataria de isenção, com o fito de "*dar tratamento desigual aos desiguais, razão pela qual os mais aquinhoados*, a priori, *sujeitam-se a tratamento tributário mais severo que os detentores de capacidade econômica inferior*" constitui falsa premissa, uma vez que, na isenção (que só decorre de lei), há a dispensa do pagamento, em face da exclusão do crédito tributário, e não a progressividade de alíquotas, para cobrar mais de quem tem mais (*v.g.*, imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza). **217**

IVVC-IMPOSTO SOBRE VENDAS A VAREJO DE COMBUSTÍVEIS - V. **Anulatória de débito fiscal** **241**

- J -

JOSÉ ALTIVO BRANDÃO TEIXEIRA, Des. - Memória do Judiciário Mineiro - Desembargador Márcio Sollero - Nota biográfica **3**

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - V. ***Habeas corpus*** **616**

JÚRI - "*Em tema de julgamento do Júri, não se admite segunda apelação pelo mérito, seja de que parte for, conforme expresso no art. 593, § 3º, parte final, do CPP*".

- A tese sobre o erro derivado de culpa, expressamente defendida em plenário, deve ser quesitada aos jurados, uma vez acolhido o quesito principal da legítima defesa putativa e negados os subseqüentes. Restando afirmado pelo Júri que o agente atuou por erro justificado pelas circunstâncias, supondo uma situação de fato inexistente, obrigatoriamente deve ser indagado se o erro derivou ou não de culpa. **477**

- Em sede de julgamento pelo Tribunal do Júri, é vedado ao juiz posicionar-se diante da tese defensiva, fazendo valer sua opinião sobre a questão, indeferindo quesito acerca da aludida tese, mormente no caso de legítima defesa da honra, visto que a legítima defesa é causa de exclusão de antijuridicidade legalmente prevista.

- Sustentando a defesa, em plenário, causa de exclusão de ilicitude devidamente prevista no CP, a formulação do respectivo quesito é de rigor, nos termos do art. 484, inciso III, do CPP.

- Nos termos do art. 564, inciso III, letra *k*, do Código de Processo Penal, a falta de quesito ocasiona nulidade nos processos de competência do Tribunal do Júri. Entendimento diverso contraria frontalmente o princípio da ampla defesa, consagrado na Constituição Federal de 1988. ..... **517**

- Réu que, divorciado dos demais elementos de convicção, afirma haver matado a vítima imaginando tratar-se de seu desafeto. Irrelevância, contudo, se tal fato é verdadeiro ou não. *Error in persona* que não afasta o dolo (art. 20, § 3º,

do CP). Decisão popular entendendo haver ocorrido homicídio culposo (por imprudência do réu ao identificar a vítima). Impossibilidade. Frontal colidência com o conjunto probatório. **521**

- Se o réu é pronunciado por tentativa de homicídio e na pronúncia é feito juízo provisório da vontade de matar (*animus necandi*), própria dos crimes dolosos contra a vida, sem que se desça a minúcias capazes de induzir os jurados a qualquer julgamento, não há que se falar em nulidade, ao argumento de que o juiz usou expressões que constituem prejulgamento. - Pronúncia - Qualificadora - Porte de arma. **571**

- V. **Prazo recursal** **574**

- Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, de tal sorte que o reconhecimento de que o réu agiu impelido por motivo de relevante valor social ou moral não exclui a possibilidade de que tenha agido utilizando-se de meio que impossibilitou a defesa da vítima.

- Anula-se o julgamento em que o quesito referente à qualificadora objetiva foi dado por prejudicado em razão de ter o Conselho de Sentença reconhecido que o réu agiu impulsionado por motivo de relevante valor moral ou social. .. **576**

- A alegação acerca da inexistência de prova suficiente da participação do paciente nos eventos criminosos apresenta-se inviável nos limites estreitos do *writ*, por demandar o reexame do conjunto probatório dos autos.

- Ausência de nulidade na quesitação, já que o quesito impugnado, se não recebeu redação exemplar, pelo menos guardou consonância com a pronúncia e com o libelo, não deixando dúvida de que se destinou a co-autor, e não a partícipe de menor importância nos homicídios.

- *Habeas corpus* indeferido. (STF) **643**

JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - V. **Apelação** **555**

- L -

LEGÍTIMA DEFESA - Não age em legítima defesa quem aceita desafio e se arma para enfrentar seu antagonista. Quem é provocado ou ameaçado e, ainda assim, vai ao encontro de seu adversário, afrontando-o, não pode alegar necessidade de defesa. - Absolvição sumária - Homicídio - Crime doloso - Qualificadora - Surpresa - Desclassificação do crime - Nulidade processual - Incidente de insanidade mental - Inquirição de testemunha em outra comarca - Cerceamento de defesa - Relação de causalidade **449**

LEGITIMIDADE ATIVA - V. **Ação civil pública** **408**

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL
- Nº 34, de 1994 - art. 274 ..... **159**
- Nº 59, de 2001 - art. 8º, I e II, §§ 2º e 3º **23**
- Nº 59, de 2001 - art. 312 ..... **159**
- Nº 61, de 2001 ..... **159**

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL
- Nº 56, de 1987 ..... **173/207**
- Nº 87, de 1996 - art. 2º, III **107**
- Nº 87, de 1996 - art. 12, VII **107**

LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA (LC Nº 59/2001) - Na interpretação do art. 8º, incisos I, II, §§ 2º e 3º, e anexos da Lei Complementar nº 59/2001, que contém a Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais, a interpretação justa e racional leva inequivocamente à conclusão de que se incluem na classificação de comarcas de entrância especial aquelas que tenham acima de duzentos e cinqüenta mil habitantes, mesmo que não expressamente nomeadas. Embora o projeto original não adotasse o critério genérico populacional, foi este adotado pela lei, e, na interpretação da lei, deve-se buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis*, e não a *mens legislatoris*. Assim sendo, deve ser provida a reclamação que busca reconhecer direitos fundados na interpretação de referidos preceitos, para reconhecer como de entrância especial aquelas comarcas que tenham acima de duzentos e cinqüenta mil habitantes.

- VV.vv.: - O critério genérico da Lei Complementar nº 59/2001 não permite classificar as comarcas por exclusão, ou seja, classificar determinadas comarcas numa entrância superior. Por isto, a simples interpretação da egrégia Corte Superior, para dizer que, por exclusão, elas são de entrância especial é difícil, senão incontornável, porque não é isto que está na lei. A solução do impasse deve ser pela elaboração de uma mensagem a ser aprovada e encaminhada de imediato ao Poder Legislativo para correção do problema. **23**

LEI DELEGADA ESTADUAL
- Nº 38, de 1997 ..... **202**
- Nº 43, de 2000 ..... **163**

LEI DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
- Nº 5.447, de 1988 - art. 26 ..... **50**

LEI ESTADUAL
- Nº 5.960, de 1972 - art. 207 ..... **184**
- Nº 6.763, de 1975 ..... **199**
- Nº 7.163, de 1977 ..... **184**
- Nº 7.737, de 1980 - art. 13 ..... **178**
- Nº 9.381, de 1986 - art. 47 ..... **178**
- Nº 12.278, de 1996 ..... **309**
- Nº 13.437, de 1999 - art. 2º, §§ 1º e 2º **122**
- Nº 13.437, de 1999 - art. 11 ..... **122**

LEI FEDERAL
- Nº 1.060, de 1950 ..... **358**
- Nº 1.060, de 1950 - art. 12 ..... **479**
- Nº 5.474, de 1968 - art. 15 (Lei de Duplicatas) **349**
- Nº 5.991, de 1973 - art. 15 ..... **137**
- Nº 6.015, de 1973 - art. 199 (Lei de Registros Públicos) **181**
- Nº 6.015, de 1973 - art. 202 ..... **181**
- Nº 6.015, de 1973 - art. 213 ..... **195**
- Nº 6.368, de 1976 - art. 16 ..... **584**
- Nº 6.368, de 1976 - art. 18, III **479**
- Nº 6.766, de 1979 - art. 50, I **460**
- Nº 6.830, de 1980 - art. 3º, parágrafo único (Lei de Execução Fiscal) **149**
- Nº 6.830, de 1980 - art. 2º, § 3º **288**
- Nº 6.830, de 1980 - art. 16, § 1º **278**
- Nº 6.830, de 1980 - art. 26 ..... **392**
- Nº 6.830, de 1980 - art. 39 ..... **171**
- Nº 6.830, de 1980 - art. 41 ..... **126**
- Nº 7.347, de 1985 ..... **408/632**
- Nº 8.069, de 1990 - art. 53, V (Estatuto da Criança e do Adolescente) **304**
- Nº 8.069, de 1990 - art. 103 ..... **438**
- Nº 8.069, de 1990 - art. 149, I, *d* **103**
- Nº 8.069, de 1990 - art. 185, § 2º **555**
- Nº 8.069, de 1990 - art. 195, I **140**
- Nº 8.069, de 1990 - art. 258 ..... **103**
- Nº 8.072, de 1990 ..... **503/568**
- Nº 8.072, de 1990 - art. 1º, V **588**
- Nº 8.078, de 1990 - art. 1º **632**
- Nº 8.137, de 1990 ..... **551**
- Nº 8.137, de 1990 - art. 1º, IV **492**
- Nº 8.429, de 1992 - art. 20, parágrafo único **416**
- Nº 8.666, de 1993 - arts. 1º, 2º e 3º .. **422**
- Nº 8.666, de 1993 - art. 24, X **238**
- Nº 8.971, de 1994 - art. 2º, II **332**

Nº 8.906, de 1994 - art. 23 (Estatuto dos Advogados) 403
Nº 8.977, de 1995 107
Nº 9.065, de 1995 - art. 13 199
Nº 9.099, de 1995 - art. 89 492
Nº 9.250, de 1995 638
Nº 9.278, de 1996 - art. 5º 285
Nº 9.437, de 1997 - art. 10 571
Nº 9.492, de 1997 - art. 14 130
Nº 9.503, de 1997 - art. 276 (Código de Trânsito Brasileiro) 546
Nº 9.503, de 1997 - art. 277 546
Nº 9.503, de 1997 - art. 306 546
Nº 9.504, de 1997 - art. 73, V 205
Nº 10.352, de 2001 413
Nº 10.358, de 2001 (Altera dispositivos do CPC) 677
Nº 10.409, de 2002 679

LESÃO CORPORAL QUALIFICADA - V. **Perdão judicial** 540

LIBERDADE PROVISÓRIA - Se o réu foragiu após o cometimento do delito, permanecendo assim por quatorze anos, dificultando sobremaneira o curso da ação penal, não se deve conceder-lhe a liberdade provisória, quando for capturado pela Polícia. O fato de o acusado ser primário, de ter bons antecedentes e de o homicídio ser simples não impedem a manutenção da prisão preventiva anteriormente decretada. 544

LICITAÇÃO - V. **Prefeito** 238

- Tratando-se de doação simples, sem qualquer contraprestação, não comportando, portanto, pesquisa de melhor oferta, é totalmente dispensável o procedimento licitatório previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei Federal nº 8.666/93, com apoio no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. - Prefeito - Crime de responsabilidade - Doação simples - Competência 422

LITISPENDÊNCIA - Somente se verifica a ocorrência da litispendência quando há identidade de ações, consistente no fato de elas possuírem as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Se as partes são diferentes, resta descaracterizada a litispendência. 128

- V. **Alimentos** 301

LIVRAMENTO CONDICIONAL - Praticada nova infração no curso do livramento condicional, a prorrogação do prazo do benefício é automática, verificando-se independentemente de declaração expressa neste sentido por parte do juiz, mostrando-se descabido o reconhecimento da extinção da pena privativa de liberdade do liberado antes do trânsito em julgado da decisão no novo processo-crime instaurado. 599

LOCAÇÃO - O locador não precisa, necessariamente, ter título de domínio do bem locado. Descumprida qualquer das cláusulas estipuladas no contrato de locação, tem ele direito de buscar a tutela jurisdicional na defesa de seus interesses.

- Se o município firmou contrato de locação na qualidade de locatário, comprometendo-se a honrar os compromissos assumidos, é ele parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de despejo por falta de pagamento.

- Constatado o descumprimento de contrato de locação de imóvel por parte da municipalidade, que deixou de pagar os alugueres, há que ser rescindido o pacto firmado, com o conseqüente decreto de despejo e condenação ao pagamento dos valores devidos. - Despejo - Impossibilidade jurídica do pedido 385

LOTEAMENTO IRREGULAR - Quem subdivide área rural para fins urbanos, efetuando loteamento sem aprovação da prefeitura municipal e competente registro imobiliário e sem solicitar ao Poder Público municipal a definição das diretrizes para uso do solo, em afronta às disposições legais que regem a matéria, comete o crime previsto no art. 50, inciso I, da Lei nº 6.766/79.

- Incide na qualificadora, constante do inciso I do parágrafo único do art. 50 da Lei nº 6.766/79, quem, além de participar da realização do loteamento irregular, faz sua promoção, vendendo os lotes para pessoas certas e determinadas.

- Para a configuração do delito previsto no art. 50, inciso I, da Lei nº 6.766/79, há de se considerar a finalidade urbana do loteamento, sendo irrelevante o fato de estar ele localizado na zona rural ou no perímetro urbano. 460

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA - V. **Autoridade coatora** 42

- V. **Apreensão de veículo pela administração fazendária** 66

- O mandado de segurança não é a via processual adequada para impugnar ato que se procura anular por vício de consentimento, uma vez que a prova de tal vício não se faz de plano, documentalmente, havendo necessidade de instrução processual, o que é incompatível com o rito da ação mandamental, cuja prova há de ser pré-constituída. - Vício de consentimento 253

- V. **Carência da ação** 304

MÁRCIO SOLLERO, Des. - Nota biográfica - Memória do Judiciário Mineiro - Des. José Altivo Brandão Teixeira 3

MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT, Dr. - Memória do Judiciário Mineiro - O caso da Comarca da Capital 5

MAUS-TRATOS - Os pais que privam seu filho de 6 meses de idade da alimentação adequada e dos cuidados mínimos necessários à preservação de sua vida e saúde, causando-lhe comprometimento físico grave, que o leva à morte, praticam o crime de maus-tratos previsto no art. 136 do CP, em sua forma omissiva, agindo com dolo de perigo, denotado, ainda, o requisito da permanência exigido para a tipificação do delito. Em tais casos a condenação é de rigor. 489

- O crime de maus-tratos, em qualquer de suas modalidades, é crime de perigo: necessário e suficiente para a sua existência é o perigo de dano à incolumidade da vítima. O elemento subjetivo ou dolo específico do crime em questão é a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou saúde. 605

MEDIDA LIMINAR - É cabível medida liminar em ação civil pública para interditar a freqüência às águas de cachoeira contaminadas, conforme constatação feita em laudos técnicos acostados pelo Ministério Público, por ter sido detectada a presença, em grau elevado, de moluscos transmissores de esquistossomose. A medida se impõe, por estarem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* se patenteia pelo fato de que os freqüentadores da região podem ser vítimas de esquistossomose; o *fumus boni iuris*, em virtude de ter o cidadão direito a um meio ambiente saudável e à saúde física, direito este garantido pelo texto constitucional (arts. 196, 197 e 225). - Meio ambiente - Ação civil pública 396

MEDIDA PROVISÓRIA
- Nº 28, de 04.02.2002 ..... **690**

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: EXCEPCIONALIDADE - Dra. Flávia Birchal de Moura - Doutrina **9**

MEIO AMBIENTE - A teor do art. 225 da Constituição Federal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. - Ação civil pública - Medida liminar **396**

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO - Nota biográfica - Desembargador Márcio Sollero - Des. José Altivo Brandão Teixeira **3**

- O caso da Comarca da Capital - Dr. Marcos Henrique Caldeira Brant **5**

MENOR - V. **Escola pública** **304**

- V. **Falta de habilitação para dirigir** .. **438**

MENOR INFRATOR - V. **Internação** **555**

MICROEMPRESA - V. **ICMS** **122**

MINISTÉRIO PÚBLICO - Se o Ministério Público foi intimado para se manifestar nos autos, opinando em primeiro e segundo graus, por seus representantes, pela desnecessidade de sua intervenção, não há que se falar em nulidade do feito por ausência de manifestação do Ministério Público, mormente quando o interesse público se encontra tutelado pela presença, no processo, da Procuradoria do Estado. - Pedido administrativo - Regente de ensino - Prescrição **178**

- Atualmente, não mais se confunde interesse público com interesse patrimonial do Estado, pelo que é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais, bem como nas ações de cobrança ajuizadas por servidor público contra a municipalidade, por se tratar de interesses meramente patrimoniais, e não públicos. - Servidor **388**

MONITÓRIA - Incabível o procedimento monitório contra a Fazenda Pública, seja federal, estadual ou municipal, em face do disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil, que estabelece regra especial para a execução por quantia certa movida contra a Fazenda Pública, não sendo possível a expedição de ordem de pagamento contra a mesma, nem a penhora de seus bens, devendo haver processo de conhecimento puro como sentença em duplo grau de jurisdição para pagamento por meio de ofício requisitório e por meio de dotação orçamentária.

- V.v.: - Não se deve confundir ação monitória com execução. Esta leva rito especial, no caso da Fazenda Pública. Mas a ação monitória não é incompatível com esse rito especial. Outrossim, expedido o mandado para pagamento da Fazenda Pública, da falta de pagamento segue a execução no procedimento específico. Não existe também incompatibilidade entre o duplo grau de jurisdição e a expedição do mandado, bastando que se aguarde o duplo grau. - Fazenda Pública **68**

MORATÓRIA - O requerimento de moratória nos termos do Decreto nº 39.447/98 formulado pelo contribuinte, uma vez indeferido pelo Fisco estadual, não pode tornar prejudicada a apreciação da impugnação, anteriormente apresentada junto ao Conselho de Contribuintes, a qual suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, do CTN. Indeferida a moratória, deve-se retornar à discussão do crédito tributário pendente de julgamento na esfera administrativa, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

- V.v.: - O reconhecimento da dívida, para efeito de moratória, implica, necessariamente, que, se não cumprida a prorrogação ou a renovação do prazo, se execute a dívida do Estado, que não depende de apuração. A inadimplência, ato ilícito, não pode ter como conseqüência uma vantagem para o contribuinte: a reabertura do processo tributário administrativo. Nem há necessidade deste, com ampla defesa e contraditório, quando o contribuinte já confessou a dívida e superou qualquer conflito de interesses. **82**

MOTIVO TORPE - Configurada está a qualificadora de motivo torpe se o crime foi praticado por vingança, devido a uma ocorrência policial feita pela vítima, em razão de estar sendo ameaçada de morte pelo acusado. - Desistência voluntária **474**

MULTA FISCAL - V. **Falência** **382**

- N -

NOTA BIOGRÁFICA - Desembargador Márcio Sollero - Memória do Judiciário Mineiro - Des. José Altivo Brandão Teixeira **3**

NOTA FISCAL - V. **Uso de documento falso** **492**

NULIDADE ABSOLUTA - V. **Sentença criminal** **425**

NULIDADE DA SENTENÇA - V. **Sentença criminal** **425/527**

NULIDADE MANIFESTA - V. ***Habeas corpus*** **611**

NULIDADE PROCESSUAL - V. **Cerceamento de defesa** **449**

- Não há que se falar em nulidade processual, argüida ao fundamento de que o réu não compareceu ao interrogatório, se na elaboração da ata de audiência há erro material, porquanto, apesar de no termo constar que o réu não estava presente, ao final da assentada vê-se a sua assinatura.

- No processo penal não se declara qualquer nulidade, se do ato não resulta prejuízo para a defesa ou se ele não influi na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, e, sendo nulidade relativa, cabe à defesa, na primeira oportunidade, indicar objetivamente o prejuízo causado pelo defeito do ato. - Cerceamento de defesa - Denúncia - Aditamento da denúncia - Prescrição - Furto qualificado - Resistência **455**

- V. **Cerceamento de defesa** **455**

- Se dos equívocos constatados na condução do processo não decorreram prejuízos às partes, não há de se decretar a nulidade do mesmo, impondo-se, por conseguinte, a aplicação do princípio gaulês do *pas de nullité sans grief*, recepcionado pela nossa legislação processual (art. 563 do CPP). - Produção antecipada de prova testemunhal - *Habeas corpus* - Nulidade manifesta **611**

- O -

OFICIAL DE JUSTIÇA - É de intransponível teor a regra materializada na Súmula 190, de edição do Superior Tribunal de

Justiça, visto que o adiantamento das despesas de transporte para o oficial de justiça traduz custeio mínimo à possibilitação dos trabalhos do meirinho, que evidentemente não pode arcar com tais despesas, retiradas de seus vencimentos.

No mais hodierno enfoque da regra aportada no art. 39 da Lei nº 6.830/80 (LEF) pelos tribunais pátrios, tem-se: custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos decorrentes do caminhamento processual, não estando o oficial de justiça obrigado a arcar, em favor da Fazenda Pública, com despesas necessárias para a execução de atos judiciais. - Execução fiscal - Despesas de transporte **171**

FÍCIO-CIRCULAR DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Nº 118/GACOR, de 2001 ..... **691**
Nº 119/GACOR, de 2001 ..... **697**

- P -

ARTILHA DE BENS - V. **Sentença** .. **167**

Se o regime de bens adotado à época do casamento foi o da comunhão universal, os bens adquiridos após a separação de fato, mesmo que ocorrida vários anos antes da ação de divórcio, são comunicáveis, estando sujeitos à partilha. A sociedade conjugal não se extingue com a simples separação de fato, a qual não cria, por si, incomunicabilidade de bens ou patrimônio separado. Enquanto existir a sociedade conjugal, perdurará a comunhão, independentemente da separação de fato do casal. - Separação de fato - Divórcio - Cerceamento de defesa **365**

ATRIMÔNIO CULTURAL - A inclusão de imóveis no conjunto urbano da Praça da Liberdade e Avenida João Pinheiro pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte está amparada por lei municipal, não constituindo tombamento. Trata-se de limitação administrativa impessoal e genérica, incapaz de gerar indenização ao argumento de que houve esvaziamento de potencial de uso e ocupação do solo com impedimento de construção e de comercialização, pois, sendo ato legal do Município, visando ao resguardo da identidade cultural da Capital, especialmente o patrimônio arquitetônico, não pode causar a obrigação de indenizar.

- A Constituição Federal reserva ao município competência residual ou concorrente para deliberar e dispor acerca dos assuntos do seu peculiar e personalíssimo interesse, notadamente nas searas da preservação da ordem ambiental e da política de preservação do seu patrimônio cultural. - Indenização **338**

PÁTRIO PODER - Com a adoção extingue-se o pátrio poder dos pais biológicos sobre o filho, de forma que a morte do adotante não o restaura em favor daqueles, devendo o adotado ser colocado sob tutela, nos termos do art. 406 do Código Civil. - Adoção **394**

PECULATO - Configura-se o crime de peculato capitulado no art. 312, *caput*, do CP, quando o agente se apropria de numerário pertencente a órgão estatal, no exercício de função pública, não se podendo falar que a sua conduta é atípica, sob a alegação de que o seu proceder constituía praxe admitida dentro da repartição pública, uma vez que referida praxe não contém o atributo da legalidade, mas, pelo contrário, amolda-se perfeitamente ao tipo penal encartado no art. 312, *caput*, do CP. Outrossim, em nada lhe aproveita o argumento de que possuía o propósito de devolver o dinheiro, eis que em tema de peculato o dolo exigível é o genérico, satisfazendo à configuração do tipo a vontade consciente dirigida à apropriação do dinheiro, de que o agente tem posse.

- Tratando-se de pena imposta pela prática de crime de peculato, não merece guarida o pleito que busca a revisão da pena pecuniária arbitrada no patamar de 03 (três) salários mínimos, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, haja vista ter sido fixada em valor condizente com a gravidade da infração praticada, bem como levando-se em consideração o dano suportado pela Administração Pública. - Pena **581**

PEDIDO ADMINISTRATIVO - O direito de ação nasce no momento da violação do direito material, sendo certo que as ações contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos. O expresso pedido administrativo, quando ainda não consumada a prescrição, interrompe o prazo prescricional. - Ministério Público - Regente de ensino - Prescrição **178**

PENA - Se as penas aplicadas ao réu reincidente foram corretamente dosadas, com observância dos ditames do art. 59 do Código Penal, não merecem reparos. - Furto qualificado - Resistência - Denúncia - Aditamento da denúncia - Prescrição - Cerceamento de defesa - Nulidade processual **455**

- Não há como confundir a natureza jurídica da prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, que, por essência, é de natureza penal, com a multa estatal, que se transforma em dívida de valor, conforme comando do art. 51 do Código Penal. A primeira é uma das modalidades de pena restritiva de direitos aptas a substituir as privativas de liberdade. A segunda, diferentemente, é pena acessória, considerada dívida de valor, após o trânsito em julgado da sentença, cujo não-pagamento sujeita o condenado a uma ação de execução, promovida pelo representante ministerial, nos moldes do art. 51 do Código Penal. Entretanto, se o sentenciado descumprir a restrição, a pena restritiva de direitos referente à prestação pecuniária que lhe foi imposta poderá ser revertida em pena privativa de liberdade, a teor do art. 44, § 4º, do Código Penal. **497**

- Não há que se falar em nulidade da sentença por falta de individualização das penas aplicadas a cada um dos acusados, se a decisão, quanto a este aspecto, foi fundamentada, tendo o juiz, antes de aplicar a pena-base, analisado pormenorizadamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passando, em seguida, para as demais etapas, até chegar ao *quantum* definitivo, de acordo com o que preceitua o art. 68 do referido diploma legal. O fato de o juiz ter entendido que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP eram idênticas para todos os réus e ter efetuado a dosimetria de suas penas em conjunto não tem o condão de anular o decisório.

- Ainda que se admita que a pena tenha sido fixada em desacordo com a regra trifásica do art. 68 do Código Penal, a invocada nulidade há de ser repelida, pois possível equívoco pode ser reparado pela segunda instância. - Sentença - Nulidade da sentença - Seqüestro e roubo - Concurso material **527**

- Desfavoráveis ao sentenciado as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, com imposição do regime semi-aberto, quando cabível.

- No concurso de agravantes e atenuantes, o *quantum* do acréscimo ou diminuição fica ao prudente critério do juiz, que deve dar ênfase às circunstâncias preponderantes, de acordo com o comando do art. 67 do Código Penal, excepcionando-se apenas a menoridade, que, à luz de todo o Código, sobrepuja as demais.

- Ao réu que não reúne os requisitos subjetivos, em face de análise desfavorável de parte das circunstâncias judiciais, bem como de sua reincidência, não é socialmente recomendável a concessão da substituição da pena. Pelos mesmos motivos, também não faz jus ao *sursis*. - Delito de trânsito - Condenação - *In dubio pro reo* - Prisão domiciliar **546**

- A par da controvérsia que permeia a substituição de pena privativa de liberdade de tipo penal, que prevê a cominação de reprimenda corporal e multa, por duas restritivas de direitos, sendo uma delas a de prestação pecuniária, é possível e, às vezes, até recomendável a aplicação de ambas, especialmente nos delitos contra a ordem tributária, nos quais os infratores freqüentemente ostentam condição econômica. - *Sursis* - Crime contra a ordem tributária **551**

V. **Peculato** **581**

PENA PECUNIÁRIA A pena pecuniária, aplicada no mínimo legal, não pode ser reduzida ainda mais, mostrando-se inviável, outrossim, a isenção das custas, cuja condenação decorre de imposição legal (art. 804 do CPP). - Tóxico - Custas do processo criminal **479**

PENHORA - Não havendo licitantes, o credor pode requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados, pois a adjudicação é forma indireta de satisfação do crédito. **251**

PENSÃO ESPECIAL - Inviável que mero ato da Câmara Municipal institua, a cargo dos cofres públicos, benefício de cunho previdenciário, como a aposentadoria especial para vereadores, criada por resolução da edilidade e confirmada pela Lei Orgânica do Município, sem que haja a correspondente fonte de custeio total, ou o ingresso de valores para fazer frente ao gasto, não podendo os edis fazer jus ao recebimento da referida pensão especial, por estar baseada em legislação que afronta o disposto no § 5° do art. 195 da Constituição Federal, bem como a Constituição do Estado de Minas Gerais. **235**

PERDÃO DO OFENDIDO - A figura do perdão do ofendido restringe-se exclusivamente à seara das ações privadas, não sendo aplicável à hipótese de crime de ação pública incondicionada. - Lesão corporal qualificada - Perdão judicial - Revisão criminal - Regime prisional - Reincidência **540**

PERDÃO JUDICIAL - O crime de lesões corporais qualificadas, capitulado no art. 129, § 1°, I, do CP, por inserir-se na categoria das infrações dolosas, é insuscetível de perdão judicial, permitido somente no caso de lesões corporais culposas, na hipótese prevista no § 8° do mesmo dispositivo legal. - Revisão criminal - Lesão corporal qualificada - Perdão do ofendido - Reincidência - Regime prisional **540**

PERÍCIA - V. **Execução fiscal** **199**

- V. **Uso de documento falso** **492**

PETIÇÃO INICIAL - Se da petição inicial referente ao pedido de falência se extrai que o autor requereu a citação do devedor a fim de apresentar defesa, sob pena de quebra, sendo que na escolha pelo procedimento falimentar o pretendido é a própria quebra da empresa, contém ela pedido e causa de pedir, não podendo ser indeferida, ao argumento de estar em desconformidade com o art. 282 do CPC.

- Em pedido de falência, não se pode indeferir a petição inicial, sob a alegação de que não há certidão da Jucemg provando a condição de comerciante do devedor, pois o que o art. 11 do Dec.-lei n° 7.661/45 exige é a prova da qualidade de credor por parte do requerente, e não a qualidade de comerciante do devedor. - Falência - Protesto - Impossibilidade jurídica do pedido **349**

POLÍCIA MILITAR - Em tema de regime remuneratório do funcionalismo público, descabe a invocação dos princípios constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade dos vencimentos quando, a despeito da redução do percentual numérico de gratificação, os novos critérios impostos acarretam efetivo acréscimo remuneratório.

- Com a Lei Delegada n° 43/2000 foi reestruturada toda a forma de pagamento dos vencimentos dos servidores da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, inexistindo, todavia, qualquer lesão a direito líquido e certo dos mesmos, ou mesmo a prática de ato ilegal ou exercido de forma abusiva, o que desautoriza, por si só, a própria impetração do mandado de segurança. - Vencimentos **163**

- Se o impetrante obteve direito de inscrever-se no curso de habilitação de oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais, por força de antecipação de tutela concedida em processo judicial, esta ordem judicial se estende não só à freqüência às aulas, como também à conseqüente formatura. Enquanto durarem os efeitos da antecipação de tutela que lhe permitiu a participação no referido curso, deve ele ser tratado em igualdade de condições com os demais, usufruindo de todos os benefícios que a habilitação lhe confere. **326**

POLICIAL CIVIL - Comprovada a transgressão disciplinar praticada pelos civis, em processo administrativo, onde foi respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa, não sendo detectado, no ato administrativo da exclusão, nenhum vício capaz de invalidá-lo, correta está a sentença que julgou improcedente o pedido de reintegração de cargo, pois esta só poderia ser autorizada diante da nulidade do ato demissório. - Cargo público - Processo administrativo - Ato administrativo **324**

PORTARIA CONJUNTA DA PRESIDÊNCIA DO TJMG E DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- N° 25, de 2001 ..... **707**

PORTARIA DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- N° 022/GACOR, de 2002 ..... **697**

PORTE DE ARMA - Não pode prosperar a alegação de que o porte de arma não se comunicaria a todos os integrantes da quadrilha, por somente um deles estar armado, uma vez que o parágrafo único do art. 288 do Código Penal não exige que, para a incidência desta causa de aumento, estejam todos os componentes do bando armados, bastando que um deles esteja, para a configuração do delito de quadrilha armada. - Quadrilha - Delação - Retratação **564**

- Se o delito de porte ilegal de arma (art. 10 da Lei n° 9.437/97) está dentro da mesma linha de ação do crime de tentativa

de homicídio visado pelo agente, este (crime maior) absorve o primeiro (crime-meio), em razão do princípio da consunção, não havendo espaço para o reconhecimento do concurso material. Júri - Pronúncia - Qualificadora .. **571**

onfigura infração do art. 19 do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) o porte de instrumento perfurocortante em desacordo com a legislação vigente. - Tóxico **584**

AZO - Se a legislação municipal concede aos contribuintes-usuários o prazo de 30 dias, após o vencimento da conta, para reclamações, *in albis* o prazo, entende-se que o sujeito passivo aceitou os valores. Silenciando, o débito concretiza-se. - Água - Serviço essencial - Preço público - Crédito tributário - Processo tributário administrativo - Taxa **149**

AZO RECURSAL - Havendo perdas e sucumbência para todas as partes, o prazo para recurso é comum. Restabelecido o prazo em face de retirada indevida do processo, a não-observância do prazo complementar implica a intempestividade da apelação. - Apelação - Falência - Honorários de advogado **319**

: a sentença foi publicada na sessão do Júri, tendo as partes, a partir de então, sido cientificadas do *decisum*, o prazo recursal, tanto para a defesa quanto para a acusação, conta-se a partir da data da sessão do julgamento pelo Júri, não havendo que se falar que o início do prazo para o Ministério Público é a partir da data em que após o seu "ciente" na decisão.

.v.: - Tratando-se de julgamento do Tribunal do Júri, o prazo recursal começa a contar da publicação da sentença na própria sessão de julgamento. Todavia, há entendimento jurisprudencial, quanto ao Ministério Público, de que o prazo somente começa a fluir de seu "ciente" da decisão. Assim, diante da dúvida quanto à tempestividade do recurso, deve ser ele conhecido. - Júri **574**

PRECATÓRIO COMPLEMENTAR - Se houver retardamento no pagamento de ofício requisitório, devem os cálculos ser atualizados, ainda que por mais de uma vez, sem que isso signifique a incidência de correção monetária sobre correção monetária, porque se tem, em tal caso, mera atualização desta, sendo lícita a atualização complementar do cálculo da condenação, quando há demora no pagamento devido.

- O requerimento de atualização do valor da condenação deve ser solucionado no bojo dos próprios autos, não se fazendo necessário novo procedimento de execução, com a expedição, sendo o caso, do respectivo requisitório complementar. **296**

PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* - V. **Pronúncia** **614**

PREÇO PÚBLICO - Preço público e taxa não se confundem. A taxa pertence ao gênero tributo e é contraprestacional; o preço público constitui exação da competência do Poder Público para custear atividades que não sejam peculiares. A taxa é a contribuição compulsória, e o preço é facultativo. - Processo tributário administrativo - Prazo - Serviço essencial - Remuneração de serviços públicos - Elisão do crédito tributário - Taxa **149**

PREFEITO - V. **Contas** **73**

- A teor do art. 24, X, da Lei nº 8.666/93, é dispensável a licitação para locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

- Inviável a condenação do Prefeito à devolução de quantias desembolsadas pelo pagamento das despesas realizadas, ainda que sem prévio procedimento licitatório, se não provada a existência de ato ilegal e lesivo ao erário praticado com má-fé, dolo ou culpa pelo agente político, não bastando mera presunção.

- O controle jurisdicional limita-se ao exame da legalidade ou ilegalidade do ato administrativo; no entanto, entende-se por legalidade ou ilegalidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo. - Licitação - Ato administrativo **238**

- A medida de afastamento do prefeito municipal, prevista no parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa -, revela-se como medida extrema, que somente deverá ser concedida mediante provas suficientes de que a autoridade está, efetivamente, obstando a regular instrução do processo. - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Recurso - Ilegitimidade passiva **416**

- Os crimes regidos pelo art. 1º do Decreto-lei nº 201/67 não são de mera conduta, mas de natureza formal, com expectativa de dano ou perigo, cuja punição requer a presença de dolo, ainda que eventual.

- Não há o dolo necessário à tipificação do crime previsto no art. 1º, inciso X, do Decreto-lei nº 201/67, na conduta do prefeito que faz doação, em desacordo com lei municipal, de diminuta área de baixo valor comercial, mas que se amolda às necessidades rudimentares de abrigo do paupérrimo casal donatário, podendo-se inserir a omissão em nível de mera irregularidade, a qual ensejou ação popular julgada procedente, retornando o imóvel a seu *statu quo ante*, ressaltando-se, daí, que nenhum prejuízo sofreu o patrimônio público. Nesta hipótese, deve o prefeito beneficiar-se do princípio da insignificância, princípio que torna irrelevante o não-atendimento da referida lei municipal. - Crime de responsabilidade - Doação simples - Licitação - Competência **422**

PREPARO - Todas as medidas desnecessárias e prejudiciais à celeridade da prestação jurisdicional devem ser evitadas, devendo ser admitidas somente quando faltam condições mínimas para o prosseguimento da ação. Assim sendo, a falta de preparo pelo agravante, que leva à extinção do processo, pode ser relevada, com a determinação de que as custas sejam pagas por ele a final. - Recurso - Alimentos **346**

PRESCRIÇÃO - A teor do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, o direito de ação contra a Fazenda Pública federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos, não se aplicando ao caso o art. 177 do Código Civil Brasileiro, por se tratar de norma genérica que, apesar de ser mais atual que a do referido decreto, não o revogou, eis que, no sistema pátrio, lei específica afasta a incidência de alguma disposição genérica. **144**

- V. **Pedido administrativo** **178**

- V. **Execução fiscal** **215**

- Se o processo foi extinto em virtude de prescrição, não tendo sido julgadas, em

primeiro grau, as demais questões de mérito, apenas a questão de prescrição pode ser julgada em sede recursal, para não haver supressão de instância, vedada em nosso ordenamento jurídico.

- Não se tratando de dívida ilíquida e havendo reclamação administrativa, tem-se como suspensa a prescrição contra a empresa pública, em razão do art. 4º do Decreto nº 20.910/32.

- Não há previsão legal específica acerca das formalidades a serem observadas no caso de apresentação de reclamação administrativa, sendo de se interpretar o conceito de forma ampla, considerando-se como reclamação administrativa apta a suspender a prescrição contra o ente público toda forma de comunicação do cidadão em face da Administração que deixe inequívoca a sua discordância da conduta administrativa.

- Segundo o art. 6º do Decreto nº 20.910/32, a reclamação administrativa, quando não previsto outro prazo, deve ser feita no prazo de um ano, sendo que, se for tempestiva, tem o condão de suspender a prescrição.

- Não cabe em favor da Administração a afirmação de que decorreu grande lapso temporal até que o interessado fizesse outra reclamação administrativa e ajuizasse a ação, pois, havendo a primeira reclamação, pendente de resposta por parte do ente público, mantém-se suspensa a prescrição, eis que o seu silêncio não tem o condão de fazer com que volte a fluir o prazo prescricional. Não havendo resposta da primeira reclamação administrativa aviada a tempo, esta continua pendente, com o que a prescrição continua suspensa. Enquanto o pedido estiver pendente de resposta, fica suspensa a fluência do prazo prescricional, em razão do silêncio administrativo. **220**

- V. **Indenização** **227**

- V. **Crédito tributário** **288**

- Se o executado ainda não tinha sido citado por edital, não havendo o reconhecimento de sua ausência, antecipada e irregular é a nomeação de curador à lide e, por conseqüência, insubsistentes tanto o requerimento da prescrição formulado por representante irregular quanto o seu deferimento, não se podendo reconhecê-la.

- A prescrição não pode ser declarada de ofício, em se tratando de direitos patrimoniais, a teor do art. 166 do Código Civil e § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil. - Duplo grau de jurisdição **413**

- V. **Aditamento da denúncia** **455**

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Instruída a inicial com a documentação comprobatória da dívida contraída pelo município, bem como demonstrada a execução dos serviços, não se pode alegar falta de prévio empenho para se furtar ao seu pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito do município. - Empenho - Cobrança **330**

PRISÃO CIVIL - V. **Alimentos** **301**

- A teor da Súmula 60 do Grupo de Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal, "*em se tratando de prisão civil por débito alimentar, o âmbito de cognoscibilidade do* habeas corpus *se restringe ao aspecto da legalidade, isto é, se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e foi prolatada por juízo competente*".

- Não se mostra arbitrária a prisão do devedor de pensão alimentícia quando, proferido o decreto após o devido processo legal e assegurada a ampla defesa, queda-se inerte o executado, não comprovando o pagamento das três últimas parcelas vencidas. - *Habeas corpus* - Alimentos **593**

PRISÃO DOMICILIAR - Sendo o réu portador do vírus HIV, é recomendável e prudente manter a prisão domiciliar, quando esta já lhe tiver sido deferida no curso do processo. - Delito de trânsito - Condenação - *In dubio pro reo* - Pena **546**

PRISÃO PREVENTIVA - V. **Citação por edital** **535**

- Se o Ministério Público não se manifestou sobre a custódia cautelar pedida no relatório da autoridade policial, tendo requerido a volta dos autos à delegacia de polícia para melhor apuração do fato, deixando de oferecer a denúncia em virtude da inexistência de elementos suficientes para o início da ação penal, o decreto de prisão preventiva constitui constrangimento ilegal, eis que ausentes as razões e as hipóteses legais que a autorizam, ensejando a concessão do *habeas corpus*. **602**

PRISÃO PROVISÓRIA - À míngua de informações acerca dos antecedentes do réu, pode o julgador deixar de decretar-lhe a prisão provisória, atento ao prescrito no § 2º do art. 408 do CPP, ensejando-lhe aguardar o julgamento em liberdade. - Pronúncia - Denúncia - Apelação criminal **431**

PROCESSO ADMINISTRATIVO - V. **Dano moral** **261**

- V. **Policial civil** **324**

PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO - V. **Comissão parlamentar de inquérito** **118**

PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO (PTA) - V. **Execução fiscal** **126**

- A prévia apresentação de cópia do processo administrativo junto à certidão da dívida ativa (CDA) que instrui a execução fiscal é desnecessária, uma vez que a legislação não o exige, mas somente a indicação do seu número, não havendo previsão de nulidade em virtude da ausência de tal cópia, não podendo, pois, ser decretada de ofício. Outrossim, a certidão de dívida ativa é título formal com presunção de certeza, liquidez e exigibilidade que admite presunção *juris tantum*, podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 1980 - Lei de Execução Fiscal).

- Nem sempre é necessário prévio processo administrativo para apuração do crédito, como ocorre nas cobranças do imposto declarado, desde que não ocorra alteração de valor, por isso o número do PTA, como ressalva o inciso V do art. 202 do CTN, não é obrigatório. Não derivando o crédito de infração, desnecessário o PTA, ao qual se exigiria o fornecimento do direito de defesa. - Prazo - Serviço essencial - Remuneração de serviços públicos - Crédito tributário - Taxa **149**

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL - É válida a produção antecipada das provas testemunhais, após o que, observadas as demais formalidades legais, ultimado foi o feito, sendo o paciente condenado em sentença parcialmente confirmada em

grau de recurso, ainda que, por equívoco, após aquela oitiva, tenha o magistrado decretado a suspensão do processo, mas, apercebendo-se da falha, sanou-a posteriormente, determinando o prosseguimento do feito, embora, em novo equívoco, tenha anulado a instrução criminal já realizada, reabrindo-a indevidamente. - Nulidade processual - *Habeas corpus* **611**

RONÚNCIA - A pronúncia tem natureza eminentemente processual, encerrando mero juízo de admissibilidade.

Para a pronúncia, bastam indícios, não se exigindo prova plena e absoluta, uma vez que não se trata de sentença definitiva. Presentes o convencimento da existência do crime e indícios da participação do co-denunciado, impõe-se a sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri, já que, nessa fase, observa-se o princípio *in dubio pro societate*. - Denúncia - Apelação criminal - Prisão provisória **431**

As qualificadoras constantes da denúncia só podem ser afastadas, na sentença de pronúncia, quando houver prova plena de sua inexistência, ou quando manifestamente improcedentes e descabidas. Havendo dúvidas sobre a incidência da qualificadora, ela deve ser incluída na pronúncia e submetida à apreciação do Tribunal do Júri. - Júri - Qualificadora - Porte de arma **571**

Uma vez pronunciado o agente e decorrido o prazo para interposição de seu recurso, operou-se a preclusão processual referente à pronúncia como juízo de admissibilidade da acusação. Tal preclusão, denominada *pro judicato*, torna imutável a admissibilidade acusatória, obrigando o encaminhamento do caso a julgamento perante o Tribunal do Júri, ocasião em que os jurados serão indagados a respeito da incapacidade mental do paciente ao tempo do crime. - Preclusão *pro judicato* **614**

PROTESTO - V. **Falência** **349**

PROVA - O juiz é o destinatário das provas. Somente a ele cabe valorá-las, segundo o seu racional convencimento motivado, devendo indeferir o requerimento de provas meramente protelatórias ou manifestamente inúteis, o que não caracteriza cerceamento de defesa.

- A prova em torno de negócios jurídicos é por excelência a documental, sendo a prova testemunhal, geralmente, muito pouco esclarecedora. - Falência - Indexação em dólares - Contrato de franquia **130**

PROVAS SUPLETIVAS - O parágrafo único do art. 135 do Código Civil admite a interveniência de provas supletivas de caráter legal quanto ao objeto do instrumento particular, entre as quais, naturalmente, aquelas a que se referem os arts. 136 e seus incisos daquele mesmo Código Civil e 332 do Código de Processo Civil. - Veículo **147**

PROVENTOS - V. **Contribuição previdenciária** **309**

PROVIMENTO CONJUNTO DA PRESIDÊNCIA DO TJMG E DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA - Nº 001, de 2002 ..... **709**

PROVIMENTO DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA - Nº 64, de 2002 ..... **708**

- Q -

QUADRILHA - Para reconhecimento do crime de formação de quadrilha, basta que se prove a associação estável de mais de três pessoas, com o propósito de praticarem delitos diversos, da mesma natureza ou não, pouco importando que algum membro do bando não tenha sido identificado, desde que suficiente a demonstração de *concursus delinquentium* entre todos eles. - Delação - Retratação - Quadrilha - Porte de arma **564**

QUALIFICADORA - Havendo dúvida quanto à improcedência da qualificadora, deve o sumariante transferir seu exame e decisão para o Tribunal do Júri. - Surpresa - Homicídio - Crime doloso - Desclassificação do crime - Legítima defesa - Absolvição sumária - Nulidade processual - Incidente de insanidade mental - Inquirição de testemunha em outra comarca - Cerceamento de defesa - Relação de causalidade **449**

- V. **Pronúncia** **571**

- R -

RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA - V. **Prescrição** **220**

RECLAMATÓRIA TRABALHISTA - Não sendo o apelante beneficiado pelo disposto nos arts. 37, II, da CR/88 e 19 do ADCT, é facultado à Administração Pública, segundo sua própria conveniência, exonerá-lo sem prévio procedimento administrativo ou comprovação prática de falta grave. - Servidor .. **142**

RECURSO - V. **Preparo** **346**

- V. **Ilegitimidade passiva** **416**

RECURSO CRIMINAL - Na sistemática recursal do CPP, não existe previsão de recurso contra decisão que afaste a pecha de incompetência do juízo, devendo a questão ser levantada em grau de *habeas corpus* ou por ocasião da apelação contra a sentença a ser proferida na causa principal. - Incompetência do juízo - Carta testemunhável **530**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - A decisão do juiz da vara criminal que declina de sua competência para uma das varas da Justiça Federal tem natureza interlocutória, e, portanto, o recurso contra ela cabível é o recurso em sentido estrito, a teor do art. 581, inciso II, do CPP. - Crime ambiental - Competência **441**

- O recurso em sentido estrito interposto com base no item IV do art. 581 do CPP, que não ataca o conteúdo da pronúncia, a incursão do réu em dispositivo penal, que o sujeita a julgamento pelo Júri, mas o ato do juiz que analisou incidente relacionado com a pretensão do Ministério Público de se extrair peça processual - depoimento de testemunha - para intentar ação penal contra a mesma, a qual teria cometido perjúrio, não pode ser conhecido, por versar sobre matéria estranha ao conteúdo da pronúncia e relacionada com terceiro que não é parte no processo, não se enquadrando, por isso, na hipótese do referido dispositivo. **579**

REGENTE DE ENSINO - O ocupante do cargo de regente de ensino, para ter direito à classificação como professor, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.737/80 e do art. 47 da Lei nº 9.381/86, deve possuir habilitação específica relacionada com a atividade que exerce. - Pedido administrativo - Ministério Público - Prescrição **178**

REGIME DE BENS - V. **Casamento** .. **307**

REGIME PRISIONAL - Se o peticionário é reincidente, torna-se inviável a pretendida alteração do regime prisional fechado para o aberto. - Reincidência - Revisão criminal - Lesão corporal qualificada - Perdão do ofendido - Perdão judicial **540**

- Se o condenado atende ao requisito de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena e se na sentença condenatória transitada em julgado se estabeleceu que a pena deveria ser cumprida em "regime fechado", e não em regime integralmente fechado, não se pode negar-lhe a progressão do regime prisional, mesmo que se trate de crime hediondo. **568**

REGISTRO CIVIL - V. **Investigação de paternidade** **231**

REGISTRO DE IMÓVEIS - Segundo o disposto no art. 199 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a dúvida sobre o registro será julgada por sentença, contra a qual cabe o recurso de apelação, a teor do art. 202 da mesma lei.

- Embora, a princípio, não se deva levar a registro imóvel rural com área inferior ao módulo rural local, fixado pelo Incra, a existência de sentença, em ação de divisão, revestida do atributo da coisa julgada material, é o quanto basta para legitimar a pretensão do requerente. Entretanto, para que se proceda ao registro, é necessário apresentar o inteiro teor do auto de divisão e o da sentença homologatória, pois só assim poderá o oficial do registro atender ao princípio da continuidade dos registros. **181**

- A retificação de erro constante do registro não se confunde com o erro cometido na lavratura da escritura decorrente de negócio jurídico de que esta se originou. Se a retificação pretendida tem como objeto simples escritura de venda de imóvel, da qual não consta transcrição no cartório de registros de imóveis competente, impróprio é o procedimento retificatório previsto no art. 213 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), aplicável especificamente a erro constante do registro. **195**

REINCIDÊNCIA - V. **Regime prisional**

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE - Se a facada atingiu órgãos vitais da vítima: pulmão esquerdo, coração, fígado (com transfixação) e veia supra-hepática esquerda, acarretando hemotórax esquerdo e hemopericárdio, que foram a sua *causa mortis*, a negligência do hospital em seu atendimento e a indisponibilidade de estoque de sangue, no momento, para a transfusão não elimina, não afasta a correlação entre as lesões e a morte, pois o que importa, à luz do art. 13 do Código Penal, é o estabelecimento da facada desferida pelo agente como causa da hemorragia fatal. - Homicídio - Crime doloso - Desclassificação do crime - Nulidade processual - Inquirição de testemunha em outra comarca - Incidente de insanidade mental - Cerceamento de defesa - Qualificadora - Surpresa - Absolvição sumária - Legítima defesa **449**

REMUNERAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS - A remuneração pelos serviços de captação, tratamento e distribuição de água potável, coleta e tratamento de esgotos sanitários, exercidos por autarquia municipal legalmente criada para tal fim, é a taxa, e não o preço ou a tarifa, por se cuidar de atividade pública de caráter essencial, e não de atividade econômica. Trata-se de serviço público exercido de forma indireta, de natureza compulsória, visando atender a necessidade coletiva ou pública, devendo, por isso, ser cobrado do usuário como sendo taxa. - Água potável - Preço público - Crédito tributário - Processo tributário administrativo - Prazo - Serviço essencial **149**

RENÚNCIA À HERANÇA - Por força dos artigos 235, IV, e 242, IV, do Código Civil, a renúncia à herança por herdeiro casado sob o regime de comunhão universal de bens depende do consentimento do outro cônjuge, sob pena de nulidade, por se tratar de ato alienativo de bens que já integram o patrimônio comum do casal (art. 1.572 do Código Civil), a demandar a co-legitimação do cônjuge não herdeiro, sem cuja adesão não será eficaz.

- A renúncia de herança pode ser abdicativa ou translativa, podendo ambas as modalidades ser efetivadas no inventário, mediante termo judicial (art. 1.581 do Código Civil).

- Não há que se falar em nulidade da renúncia *in favorem* expressa pelos outros herdeiros, máxime quando a renúncia destes é manifestada por intermédio de procurador competente, nomeado mediante instrumento público de procuração com poderes específicos, nos termos do § 1º do art. 1.295 do Código Civil. - Herança - Herdeiro casado - Sentença - Cônjuge de herdeiro **167**

RESIDÊNCIA FUNCIONAL - O art. 274 da Lei Complementar nº 34/94, com a redação dada pela Lei Complementar estadual nº 61, de 12 de junho de 2001, e o art. 312 da Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, proíbem magistrado ou promotor de justiça de residirem em imóvel locado pelo Poder Executivo da comarca. - Tutela antecipada - Exceção de suspeição **159**

RESISTÊNCIA - V. **Furto qualificado** **455**

RESOLUÇÃO DO TJMG
- Nº 290, de 1995 ..... **693**
- Nº 386, de 2002 ..... **714**

RESPONSABILIDADE CIVIL - V. **Provas supletivas** **147**

- V. **Veículo** **147**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Estando o detento em estabelecimento prisional, com óbvia custódia e proteção direta do Poder Público, que é responsável pela sua integridade física, ocorrendo a sua morte, seja por suicídio ou não, responde o Estado integralmente, por culpa *in vigilando*, aplicando-se o disposto no § 6º do art. 37 da CF. **328**

RETRATAÇÃO - A mera retratação em juízo não tem o condão de invalidar a confissão realizada na fase inquisitiva, mormente quando aquela se mostrar em desarmonia com as demais provas constantes dos autos, que corroborem a veracidade das declarações prestadas perante a autoridade policial. - Delação - Quadrilha - Porte de arma **564**

REVISÃO CRIMINAL - Decisão contrária à evidência dos autos é a que faz equivocada apreciação das questões de fato retratadas no processo, sendo indispensável para a constatação desse equívoco o reexame da prova.

- Sendo a revisão criminal remédio processual destinado a reparar erro judiciário, tão relevante que se sobrepõe à própria força da coisa julgada, não teria cabimento que o Tribunal, diante da decisão contrariada evidentemente pelo contexto probatório, não pudesse fazer o reexame das provas apuradas. - Estupro - Decisão contrária à evidência dos autos **464**

- O princípio de que a *res judicata* seria intangível não é de todo absoluto, uma vez que é lícito ao condenado ou ao seu procurador legalmente habilitado, nos termos do art. 623 do CPP, promover a revisão criminal para o fim de se corrigir

uma condenação que, em tese, revelou-se injusta, restaurando-se, assim, com a rescisão do julgado, o *status dignitatis* do condenado.

Se a revisão criminal é para desconstituir acórdão que condenou o réu à pena de reclusão em regime fechado pela prática do crime previsto no art. 129, § 1º, I, do CP, sendo o pedido fundado na alegação de que seria aplicável à hipótese a causa extintiva da punibilidade relativa ao perdão judicial, bem como seria aplicável o perdão do ofendido, impõe-se o indeferimento do pedido, uma vez que o perdão judicial não tem incidência nas infrações dolosas. Por outro lado, a figura do perdão do ofendido não pode ser aplicável ao caso, uma vez que é afeto somente às ações privadas. - Lesão corporal qualificada - Perdão judicial - Perdão do ofendido - Reincidência - Regime prisional **540**

- S -

SALÁRIO-FAMÍLIA PERCENTUAL - Se o servidor público obteve salário-família percentual, conforme lei então vigente, tem ele o induvidoso direito adquirido de continuar a auferi-lo em sua forma percentual, não podendo ser suprimido, por motivo de aposentadoria, sendo irrelevante o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou os artigos 7º, inciso XII, e 13 da vigente Constituição Federal. E não pode, por ter-se tornado situação jurídica definitivamente constituída, pois concedido (o salário-família) de conformidade com a lei vigente à época, o que, por si só, impõe o seu restabelecimento. Ademais, as normas instituídas pela Emenda Constitucional nº 20/98 têm eficácia *ex nunc*, ou seja, produzem efeito a partir de sua vigência, o que, vale dizer, não atinge situações anteriores, para que seja preservado o princípio da segurança jurídica, sendo de lembrar-se que, segundo o art. 5º, inciso XXXVI, da Lei Fundamental da República, a lei não prejudicará, inclusive, o direito adquirido. - Servidor **62**

SENTENÇA - A sentença que homologa a partilha é apelável, podendo dela recorrer o terceiro prejudicado.

- Se a sentença não transitou em julgado em relação ao apelante, mesmo porque não fez ele parte do processo, é de afastar a preliminar de descabimento do recurso. - Partilha de bens - Herança - Renúncia à herança - Herdeiro casado - Cônjuge de herdeiro **167**

SENTENÇA CRIMINAL - Tratando-se de incompetência do juiz para a prolação da sentença, a nulidade é absoluta, podendo ser conhecida até mesmo *ex officio*, independentemente do interesse e manifestação das partes, mesmo diante do que dispõe a Súmula nº 160 do STF.

- A competência do prolator da sentença criminal é determinada a partir da data da sua entrega em cartório para a publicação, e não a partir da data da sua assinatura. A sentença só se convola em ato jurisdicional quando publicada em mão de escrivão. Entregue e publicada quando o juiz já não mais estava em exercício na comarca, a sentença, mais que nula, é inexistente, porque prolatada por juiz incompetente. - Incompetência do juiz - Nulidade absoluta - Competência **425**

- V. **Pena** **527**

SEPARAÇÃO DE FATO - V. **Partilha de bens** **365**

SEQÜESTRO E ROUBO - Se o delito de roubo já se havia exaurido, quando o agente privou a liberdade de locomoção da vítima, pratica ele o crime de seqüestro em concurso material, sendo impossível o acolhimento da tese de absorção. - Concurso material - Pena - Nulidade da sentença **527**

SERVIÇO ESSENCIAL - Tratando-se de serviço essencial, não pode a autarquia deixar de fornecer o serviço pela falta de pagamento, restando-lhe, pois, a propositura de ação própria. - Remuneração de serviços públicos - Água potável - Preço público - Crédito tributário - Processo tributário administrativo - Prazo - Taxa **149**

SERVIÇO FUNERÁRIO - O serviço funerário insere-se na competência do interesse do município, só podendo ser concedido ao particular mediante condições previstas em lei, dentre elas a concorrência pública. Inexiste direito líquido e certo de alguém para exercer prestação de serviço funerário, invocando o art. 5º, XIII, da CF, uma vez que a livre concorrência e a livre iniciativa, no caso, prestação de serviço por delegação, submetem-se às regras locais para seu exercício, desde que depende de concessão ou permissão do município. Não pode o particular, invocando direito ao trabalho, pretender, *per saltum*, assumir o serviço funerário, independentemente de se submeter ao processo de licitação previsto em lei municipal, porquanto o referido inciso XIII do art. 5º da mesma Carta Magna confere às pessoas tão-somente o direito de exercerem, livremente, a profissão, trabalho ou ofício que tenham por objeto as atividades ou os serviços cujo exercício ou prestação não constituam privilégio do Poder Público, ou que não foram reservados à sua competência exclusiva. **186**

SERVIÇOS POSTAIS - Se o serviço de postagem não se encontra incluído na lista anexa ao Dec.-lei nº 406/68 como atividade sujeita ao ISSQN, a intermediação dele, mediante franquia, também não o será, mesmo que a franquia esteja contemplada na aludida lista, uma vez que a intermediação decorrente só se sujeita à tributação, quando o serviço prestado está definido e listado. A taxatividade da lista e a recepção plena do Dec.-lei nº 406/68 pela Constituição Federal/88 impedem interpretação extensiva e a inclusão de serviços não contemplados. - ISSQN **173**

SERVIDOR - V. **Salário-família percentual** **62**

- V. **Reclamatória trabalhista** **142**

- A Lei Delegada nº 38/97 concedeu reajustes de vencimentos a categorias específicas de servidores (PMMG e Polícia Civil de Minas Gerais). Não teve ela o objetivo de reajustar os vencimentos de todo o funcionalismo.

- A Administração Pública pode conceder aumentos diferenciados de vencimentos a determinadas categorias de servidores, para corrigir distorções, compensar desigualdades e valorizar determinadas categorias profissionais, não havendo que se falar, nesse caso, em isonomia constitucional. A classe de funcionário que não foi atingida pelo referido reajuste deve aguardar a revisão geral de vencimentos do funcionalismo, pois eventuais distorções oriundas de tais reajustes devem ser corrigidas por lei, e não pelo Judiciário, que não tem função legislativa e não pode aumentar vencimento de servidores públicos sob fundamento de isonomia, a teor da Súmula nº 339 do STF. - Vencimentos **202**

- O STF pacificou a exegese do art. 40 e seus §§ 4° e 5° (hoje, §§ 7° e 8°) da CF, dispondo que, sempre que revistos ou majorados os vencimentos, automaticamente serão revistos ou majorados os proventos e pensões, sem necessidade de qualquer regulamentação específica, alijando-se o vezo administrativo de beneficiar os servidores da ativa através de mero decreto regulamentador de norma constitucional reconhecida pelo STF como auto-aplicável, de eficácia imediata, como visto *in RT*, 689/290, 696/102; *RTJ*, 152/939. - Vencimentos **213**

- Pagamento de direitos decorrentes de relação empregatícia é garantia constitucional prevista no art. 7°, VII, da CF. Sendo da Administração, e não do administrador, a dívida que já havia ingressado no patrimônio do servidor, o decreto municipal que visa resguardar os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal não tem o condão de invalidar os créditos do referido servidor, por se tratar de direito adquirido (art. 5°, inciso XXXVI, da CF/88).

- O decreto que anula empenhos, mas reconhece a existência dos débitos inscritos na rubrica "restos a pagar", determinando que eles sejam pagos de maneira distinta, é mera ordem administrativa ao serviço de contabilidade, não tendo o condão de criar nem extinguir obrigações decorrentes de lei ou contrato. A anulação de empenhos relativos a obrigações do ente estatal, incluindo pagar seus servidores, não provoca quaisquer efeitos na esfera jurídica dos administrados e dos servidores, caracterizando-se como mera providência protelatória. - Ministério Público **388**

SERVIDOR CONTRATADO - A teor do art. 73, inciso V, da Lei n° 9.504/97, é vedada a dispensa de servidor contratado, durante o período eleitoral, exceto nas hipóteses previstas nas alíneas *a* a *e* do mesmo inciso e artigo. - Eleições .. **205**

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - Não caracterizado o desvio de função, não tem o funcionário público direito ao recebimento da diferença de vencimentos entre o seu cargo e aquele que alegadamente ocuparia. - Desvio de função **344**

- Não pode haver supressão dos direitos de servidor público efetivo, quando exerce eventualmente cargo de Secretário de Estado, quanto aos pagamentos das parcelas alusivas àquele novel período, sobre os qüinqüênios, adicional trintenário e gratificação natalina. **371**

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - A interpretação do art. 37, XIV, da Constituição Federal deve ser no sentido da impossibilidade de se acumularem vantagens da mesma natureza sobre idêntica base de cálculo, pois a exclusão de qualquer vantagem acarretará a vedação de que a aposentadoria por tempo de serviço seja computada com o adicional por tempo de serviço, o que não faz o objetivo da Constituição.

- VV.vv.: - A vantagem funcional prevista no art. 26 da Lei n° 5.447/88, que outorga direito aos funcionários do Município de Belo Horizonte de obterem a cada 18 (dezoito) meses progressão horizontal de um grau em sua classe, é insusceptível de cumular-se com o adicional por tempo de serviço, visto não apenas possuírem ambos o mesmo suporte fático, ou seja, o tempo de serviço do servidor, mas também integrar a primeira base de cálculo da segunda, circunstância vedada no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal. - Vantagem funcional **50**

SOCIEDADE DE FATO - Nos termos da legislação processual civil vigente, cada parte tem o ônus da prova de suas assertivas, sendo, ainda, do autor a prova do fato constitutivo do alegado direito.

- A caracterização da sociedade de fato não fica na dependência da colaboração exclusivamente material da mulher. Admite-se, também, o reconhecimento da sociedade de fato e do conseqüente direito à partilha proporcional, quando constatada a contribuição indireta da ex-companheira para constituição do patrimônio amealhado durante a convivência *more uxorio*, consistente nas tarefas de gerenciamento da casa, incluindo-se aí a prestação de serviços domésticos, bem como a diminuição de despesas (economia).

- Simples convivência *more uxorio* não gera a sociedade de fato e conseqüente direito à partilha de bens, pela sua dissolução, sendo indispensável a comprovada participação, ainda que indireta, na formação do acervo patrimonial, pela conjugação de esforços e/ou recursos financeiros.

- Inexistentes bens móveis e imóveis adquiridos na constância da união estável a título oneroso a que faz menção o art. 5° da Lei n° 9.278/96, bem como não comprovado, no caso concreto, patrimônio adquirido pelo esforço comum a que alude a Súmula 380 do STF, insubsistente a pretensão posta em juízo, consistente no pedido do reconhecimento da sociedade de fato e do conseqüente direito à partilha de bens, pela sua dissolução. **285**

SONEGAÇÃO DE DOCUMENTO - Se a fundação não é considerada entidade paraestatal, empresa pública, sociedade de economia mista ou "*fundações instituídas pelo Poder Público e serviços autônomos*", nem é empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública, não tendo qualquer ligação com o Poder Público, o seu administrador ou gerente não se ajusta na categoria de funcionário público, ainda que por extensão, não podendo responder pelo crime do art. 314 do Código Penal. **500**

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - V. **ICMS** **154**

SUCESSÃO - V. **União estável** **332**

- Na linha colateral, há limites ao direito de representação, excepcionada, porém, a hipótese de sobrinhos concorrerem com irmãos do *de cujus*, na conformidade do que dispõe o art. 1.613, combinado com o 1.622, do Código Civil.

- V.v.: - Dentre os colaterais, irmão e sobrinhos do extinto estão na mesma classe, é óbvio. Todavia, estes não herdam por representação, porque esse direito é exclusivo do irmão, que é do dono da herança o parente próximo. É o que decorre imperativamente do art. 1.613 do Código Civil, que proclama: na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos. **373**

SÚMULAS DO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS DO TJMG

- N° 47 ..... **568**
- N° 58 ..... **479**
- N° 60 ..... **593**

SÚMULAS DO STF

- N° 160 ..... **425**
- N° 192 ..... **382**
- N° 339 ..... **202**
- N° 380 ..... **285**
- N° 565 ..... **382**

JMULA DO STJ
Nº 190 ..... **171**

JRPRESA - Inocorre a qualificadora da surpresa, se antes do crime houve provocações, discussões e briga generalizada, tendo o agente se armado e ostentado a arma publicamente antes de usá-la, e muitas testemunhas deram notícia da arma na cintura e na mão do mesmo. - Qualificadora - Homicídio - Crime doloso - Desclassificação do crime - Nulidade processual - Incidente de insanidade mental - Inquirição de testemunha em outra comarca - Cerceamento de defesa - Relação de causalidade - Legítima defesa - Absolvição sumária **449**

JRSIS - Na dicção do inciso III do art. 77 do Código Penal, a hipótese de *sursis* deve ser afastada, se cabível a substituição da pena privativa de liberdade. - Crime contra a ordem tributária - Pena **551**

JSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - V. **Uso de documento falso** **492**

JSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA - O depósito integral do crédito tributário procedido em ação ordinária de natureza declaratória negativa, com pedido de tutela antecipada, proposta anteriormente ao lançamento, suspende a exigibilidade do crédito tributário, tanto da obrigação principal (tributo), quanto da acessória (juros e multas). - Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Duplo grau de jurisdição **58**

- T -

XA - V. **Preço público** **149**

XA FLORESTAL - O fato gerador da taxa florestal consiste no poder de polícia florestal a cargo do IEF-Instituto Estadual de Florestas, sendo certo que o contribuinte é aquele que explora e consome produtos florestais, não havendo que se falar, portanto, em identidade da sua base de cálculo com a do ICMS.

- A jurisprudência do STF e a deste Tribunal de Justiça já consolidaram o entendimento de que a taxa florestal cobrada pelo Estado de Minas Gerais não é inconstitucional, estando amparada pelo art. 207 da Lei nº 5.960/72, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.163/77, regulamentada pelo Decreto nº 36.110/94. ..... **184**

TAXA SELIC - V. **Execução fiscal** .. **199**

- V. **Embargos à execução fiscal** (STJ) **638**

TÓXICO - A co-autoria ou a simples cooperação entre agentes, ainda que eventual, decorrente de reunião ocasional, caracteriza a majorante do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, embora ausentes os requisitos de associação estável que caracterizariam o crime autônomo do art. 14 da mesma lei.

- É de se manter a sentença de primeiro grau que deixou de conceder o benefício preconizado no art. 44 do Código Penal ao réu que praticou crime de tráfico ilícito de entorpecente, não por se tratar a espécie de crime equiparado a hediondo, mas por não o aconselharem, no caso, os requisitos de ordem subjetiva previstos no inciso III daquele dispositivo, notadamente a conduta social do agente e a sua personalidade. - Pena pecuniária - Custas do processo criminal **479**

- Portando um dos agentes a droga para uso próprio e dos demais, unidos num mesmo desígnio, aplica-se a todos a sanção

do art. 16 da Lei nº 6.368/76. - Porte de arma **584**

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - O trancamento da ação penal é medida extraordinária, só cabível se demonstrada, de plano, a inocência do réu, sem que seja necessário um exame aprofundado dos elementos probatórios, ou que o fato investigado evidentemente não constitua crime.

- Havendo indicação da ocorrência de crime em tese e, ainda, indícios de sua autoria, como na hipótese vertente, não há mesmo que se falar em ausência de justa causa para a ação penal. - *Habeas corpus* - Desistência da ação penal **608**

TUTELA ANTECIPADA - A concessão de tutela antecipada, por configurar-se decisão judicial perfeitamente adequada nos moldes da legislação processual (art. 273 do CPC), não é capaz de gerar suspeição do juiz por prejulgamento, porquanto é ínsito ao instituto da tutela antecipada o juiz pronunciar-se acerca do adiantamento da providência de mérito, configurando juízo de cognição sumária, provisória e revogável. - Residência funcional - Exceção de suspeição **159**

- A antecipação de tutela pressupõe ameaça de lesão irreversível, mediante a produção prévia de prova inequívoca do direito sustentado, não se submetendo à mera conveniência da parte requerente. Tendo a "*medida antecipada, qualitativamente, reflexos do mesmo conteúdo do que se pretende no pedido, através de julgamento definitivo*", para sua concessão não se admite "*a simples probabilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a se fazer*", mas a prova que, "*por sua própria estrutura, gere convicção plena dos fatos e juízo de certeza da definição jurídica respectiva*". **282**

- V. **Ação civil pública** **419**

TV A CABO - V. **ICMS** **107**

- U -

UNIÃO ESTÁVEL - Existem duas leis reguladoras da união estável no Brasil: a Lei 8.971/94, que dispõe a respeito dos direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão; e a Lei 9.278/96, que regulamenta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. A última não regulou toda a matéria tratada na primeira, principalmente aquela relativa ao direito de sucessão, presumindo-se que a lei mais antiga deve prevalecer para fins de direito sucessório, não se podendo dizer que houve ab-rogação.

- Considerando-se que o companheiro se enquadra na condição de herdeiro facultativo da união estável, assim como o cônjuge, pode ele ser afastado por testamento (art. 1.725 do Código Civil). Assim, no caso de o falecido ter realizado testamento público, perfeitamente válido, a pretensão de receber a totalidade dos bens deixados por morte do companheiro não pode ser acolhida.

- A teor do art. 2º, inciso II, da Lei 8.971/94, na união estável, falecendo um dos companheiros, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes, o companheiro sobrevivente, enquanto não contrair nova união, faz jus ao usufruto da metade dos bens deixados pelo falecido.

- Se na hipótese de concurso o companheiro sobrevivente tem direito por lei, como legatário legítimo, ao usufruto de um quarto ou de metade dos bens da herança, não se pode olvidar que também possui esse direito quando o falecido tenha, por testamento, distribuído seus bens conforme sua própria vontade.

- O companheiro não se investe na posse dos bens *ex autoritate* própria. O herdeiro conhece posição superior ao legatário, pois recebe o domínio e a posse com a abertura da sucessão (art. 1.572 do Código Civil), enquanto o companheiro sobrevivente, embora tenha adquirido o direito ao legado *ipso iure*, não tem a posse, não podendo entrar nela por autoridade própria (art. 1.690, parágrafo único, do Código Civil).

Reconhecido o pedido anterior referente ao direito do companheiro sobrevivente ao usufruto da metade dos bens deixados pelo *de cujus*, o posterior, relativo à metade dos bens adquiridos na constância da união, resultantes da atividade mútua, não pode ser conhecido, pois, tratando-se de pedidos sucessivos, aplica-se o princípio da prejudicialidade, nos termos do art. 289 do CPC. - Sucessão **332**

ISO DE DOCUMENTO FALSO - O acusado denunciado pela prática do delito de uso de documento público falso não faz jus ao benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, uma vez que o limite mínimo da pena prevista para este delito é de 2 (dois) anos.

A produção de prova pericial torna-se desnecessária, se há outros elementos nos autos capazes de comprovar, com segurança, a falsidade do documento.

Quando o agente se utiliza de nota fiscal falsa, o crime do art. 304 do CP fica absorvido pelo delito de sonegação fiscal previsto no art. 1º, IV, da Lei nº 8.137/90.

A nota fiscal é documento particular. A lei não a incluiu no rol dos documentos que, para os efeitos penais, equiparam-se a documento público (art. 297, § 2º, do CP).

- A condenação por uso de documento público falso em razão de ter o agente se utilizado de nota fiscal inidônea para liberação de mercadorias apreendidas, embora equivocada por se tratar a nota fiscal de documento particular, deve ser mantida, uma vez que o limite mínimo da pena prevista para o crime de sonegação fiscal, que foi efetivamente praticado pelo acusado, é o mesmo do delito de uso de documento público falsificado, pelo que se deu a condenação em primeira instância.

- V.v.: - Tratando-se de crime de uso de documento falso, delito que deixa vestígios, onde a prova indireta não satisfaz os requisitos concernentes ao tipo legal enfocado, há necessidade de uma prova pericial para que se possa saber, estreme de dúvida, sobre ter havido ou não a falsidade documental. **492**

- V -

VANTAGEM FUNCIONAL - V. **Servidor público municipal** **50**

VEÍCULO - O fato de não figurar nos assentamentos administrativos do órgão público o registro de veículo em nome do novo proprietário não autoriza a propositura de ação de responsabilidade civil contra o antigo proprietário por danos confessadamente causados pelo novo e atual proprietário, em acidente de trânsito, se, por via de prova testemunhal, vem a ser apurado ser de outrem a titularidade dominial sobre o veículo, hipótese em que pertence ao adquirente a legitimidade passiva na relação processual. - Responsabilidade civil - Provas supletivas **147**

VENCIMENTOS - V. **Polícia Militar** **163**

- V. **Servidor** **202/213**

VEREADOR - Prevista na Lei Orgânica do Município a perda do mandato eletivo do vereador, se ele deixar de comparecer à terça parte das reuniões ordinárias da Câmara, em cada sessão legislativa anual, sem demonstrar que as faltas se deram por motivo de doença comprovada, licença ou missão autorizada pela edilidade, e estabelecido, ainda, que, em tais casos, a competência para declarar a perda do mandato é do Presidente da Câmara, competência esta que se encontra em conformidade com o disposto no art. 8º, III e § 1º, do Decreto-lei nº 201/67, tem-se como legítimo o ato do Presidente da Câmara Municipal consubstanciado na resolução que extinguiu o mandato do vereador por ter ele faltado às reuniões da Câmara além do número permitido, sem apresentar as justificativas legais. Nesta hipótese não há que se falar em direito líquido e certo suscetível de concessão da segurança. **189**

VÍCIO DE CONSENTIMENTO - V. **Mandado de segurança** **253**

-:::-