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. 52	nº 156	abr. a jun. 2001

ENVIAMOS EM PERMUTA

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 nº 1 1950-2001
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
SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Primeiro Vice-Presidente: Desembargador
RUBENS XAVIER FERREIRA

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

Corregedor-Geral de Justiça: Desembargador
PAULO GERALDO DE OLIVEIRA MEDINA (até 26.06.2001)
PETRÔNIO JOSÉ GARCIA LEÃO (em exercício, a partir de 27.06.2001)

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Des. **Orlando** Adão de **Carvalho** - Presidente
Des. **Antônio Hélio Silva**
Des. Petrônio José **Garcia Leão**
Des. **Páris Peixoto Pena**
Des. **Francisco** José **Lopes de Albuquerque**

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Des. **Lúcio Urbano** Silva Martins - Presidente
Des. **Francisco** de Assis **Figueiredo**
Des. **Murilo** José **Pereira**
Des. Armando **Pinheiro Lago**
Des. Geraldo de **Abreu Leite**

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

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

QUARTA CÂMARA CÍVEL

Des. **Bady** Raimundo **Curi** - Presidente
Des. Mário Lúcio **Carreira Machado**
Des. José Tarcízio de **Almeida Melo**
Des. **Célio César Paduani**
Des. **Hyparco** de Vasconcellos **Immesi**

QUINTA CÂMARA CÍVEL

Des. **Hugo Bengtsson** Júnior - Presidente
Des. **Cláudio** Renato dos Santos **Costa**
Des. Amilar **Campos** de **Oliveira**
Des. **Aluízio** Alberto da Cruz **Quintão**
Des. **José Francisco Bueno**

GRUPOS DE CÂMARAS CÍVEIS

PRIMEIRO GRUPO

Des. **Lúcio Urbano** Silva Martins - Presidente
Des. **Francisco** de Assis **Figueiredo**
Des. **Murilo** José **Pereira**
Des. **Orlando** Adão de **Carvalho**
Des. **Antônio Hélio Silva**
Des. Petrônio José **Garcia Leão**
Des. Armando **Pinheiro Lago**
Des. Geraldo de **Abreu Leite**
Des. **Páris Peixoto Pena**
Des. **Francisco** José **Lopes de Albuquerque**

SEGUNDO GRUPO

Des. **Bady** Raimundo **Curi** - Presidente
Des. **Hugo Bengtsson** Júnior
Des. **Cláudio** Renato dos Santos **Costa**
Des. Amilar **Campos** de **Oliveira**
Des. **Isalino** Romualdo da Silva **Lisbôa**
Des. Nilo **Schalcher Ventura**
Des. **Aloysio** Pereira **Nogueira**
Des. **Aluízio** Alberto da Cruz **Quintão**
Des. Mário Lúcio **Carreira Machado**
Des. José Tarcízio de **Almeida Melo**
Des. **Lucas Sávio** de Vasconcellos **Gomes**
Des. **José Francisco Bueno**
Des. **Célio César Paduani**
Des. **Hyparco** de Vasconcellos **Immesi**
Des. **Kildare** Gonçalves **Carvalho**

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. **Gudesteu Biber** Sampaio
Des. **Edelberto** Léllis **Santiago**
Des. **Zulman** da Silva **Galdino** - Presidente
Des. **Luiz Carlos Biasutti**
Desª. **Márcia** Maria **Milanez** Carneiro

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. José **Guido de Andrade** - Presidente
Des. **Sérgio** Antônio de **Resende**
Des. **Reynaldo Ximenes Carneiro**
Des. Joaquim **Herculano Rodrigues**
Des. **José Antonino Baía Borges**

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS

)es. **Gudesteu Biber** Sampaio - Presidente
)es. **Edelberto** Léllis **Santiago**
)es. José **Guido de Andrade**
)es. **Odilon Ferreira** da Silva
)es. **Kelsen** do Prado **Carneiro**
)es. **Sérgio** Antônio de **Resende**
)es. **Roney Oliveira**
)es. **Zulman** da Silva **Galdino**
)es. Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
)es. Joaquim **Gomes Lima** Filho
)es. **Luiz Carlos Biasutti**
)es. **Reynaldo Ximenes Carneiro**
)es. Joaquim **Herculano Rodrigues**
)es. **José Antonino Baía Borges**
)esª. **Márcia** Maria **Milanez** Carneiro

CONSELHO DA MAGISTRATURA

)es. **Sérgio Lellis Santiago** - Presidente
)es. **Rubens Xavier Ferreira** - Primeiro Vice-Presidente
)es. Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Segundo Vice-Presidente
)es. Petrônio José **Garcia Leão** - Corregedor-Geral de Justiça em exercício
)es. **Reynaldo Ximenes Carneiro**
)es. **Páris Peixoto Pena**
)es. Joaquim **Herculano Rodrigues**
)es. Mário Lúcio **Carreira Machado**
)es. **José Antonino Baía Borges**
)es. Nilo **Schalcher Ventura**

CORTE SUPERIOR

)es. **Sérgio Lellis Santiago** - Presidente
)es. **Lúcio Urbano** Silva Martins
)es. **Francisco** de Assis **Figueiredo**
)es. **Gudesteu Biber** Sampaio
)es. **Bady** Raimundo **Curi**
)es. **Rubens Xavier Ferreira** - Primeiro Vice-Presidente
)es. José **Guido de Andrade**

Des. Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Segundo Vice-Presidente
Des. **Murilo** José **Pereira**
Des. **Hugo Bengtsson** Júnior - Presidente do TRE
Des. **Orlando** Adão de **Carvalho** - Vice-Presidente do TRE
Des. **Antônio Hélio Silva**
Des. **Cláudio** Renato dos Santos **Costa**
Des. **Odilon Ferreira** da Silva
Des. Petrônio José **Garcia Leão**
Des. Amilar **Campos** de **Oliveira**
Des. **Kelsen** do Prado **Carneiro**
Des. **Isalino** Romualdo da Silva **Lisbôa**
Des. **Sérgio** Antônio de **Resende**
Des. Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Des. **Luiz Carlos Biasutti**
Des. **Aluízio** Alberto da Cruz **Quintão**
Des. José Tarcízio de **Almeida Melo**
Des. Armando **Pinheiro Lago**
Des. **Roney Oliveira**

REUNIÕES DOS ÓRGÃOS

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

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

Revista Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Diretor
Des. RUBENS XAVIER FERREIRA
Primeiro Vice-Presidente do TJMG

Diretor-Geral do TJMG
Luiz Carlos G. Elói

Comissão de Divulgação e Jurisprudência

Des. Rubens Xavier Ferreira - Presidente
Des. Garcia Leão
Des. Abreu Leite
Des. Isalino Lisbôa
Des. Almeida Melo
Des. Aluízio Quintão
Des. Luiz Carlos Biasutti
Des. Sérgio Resende
Des. Mercêdo Moreira

Secretária 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

Maria Célia da Silveira - Coordenadora (até 07.05.2001)
Pedro Jorge Fonseca - Coordenador (a partir de 08.05.2001)
Eudes José da Silva Melo
Lucy Maria Brant Miranda
Maria Mônica Ribeiro Rocha
Tadeu Rodrigo Ribeiro

Divisão de Distribuição e Divulgação
Telefone: (31) 3237-6125
didis@tjmg.gov.br

Odin Americano Brandão - Coordenador
Maria de Fátima Almeida Machado

REDAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Rua Goiás, 229 - 9° andar
Telefone: (31) 3237-6127
Belo Horizonte - 30190-030 - MG - Brasil
ditex@tjmg.gov.br

Sumário

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Erotides Diniz - Des. Walter Veado **03**

Comarca de Além Paraíba - Des. Antônio Pedro Braga **07**

Preciosidades forenses - Dr. Carlos Weber Ad-Vincula Veado **11**

DOUTRINA

Anotações sobre o exame do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário - Des. José Tarcízio de Almeida Melo **13**

Direito indisponível à verdade histórica - Exame compulsório de DNA - Dr. José Rubens Costa **35**

A desclassificação ocorrida no julgamento pelo Tribunal do Júri para crime da competência do Juizado Especial - Dr. João Batista Lopes **45**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

1 CORTE SUPERIOR

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei orgânica do Município de Bom Repouso - Artigos 27, XVII; 28, VII, *b*, e XIII; 67, §§ 2° e 5°; 74, XII; e 87, XLII - Contas do Prefeito - Exigência mensal - Aprovação ou rejeição pelo decurso de prazo - Inadmissibilidade - Convênios e acordos celebrados pelo município - Aprovação pela Câmara Municipal - Violação aos princípios da harmonia e independência dos Poderes **57**

Dúvida de competência - Execução de honorários de advogado - Prosseguimento nos autos em que o Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais

figurou como parte - Agravo de instrumento contra decisão que inadmite nomeação de bens à penhora - Ausência de interesse da instituição oficial no recurso e na causa - Art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais - Inaplicabilidade **62**

Dúvida de competência - Anulatória de contrato de promessa de compra e venda de imóvel - Pedido cumulativo de cancelamento da averbação no Registro Público - Desconstituição de negócio jurídico - Pretensão principal - Recurso - Competência do Tribunal de Alçada - Art. 106, II, *d*, da Constituição Estadual - Inaplicabilidade **64**

Dúvida de competência - Demanda que envolve interesse de acionistas de empresa declarada falida - Encerramento do processo falimentar - Juízo universal da falência - Não-prevalecimento - Ação proposta perante vara cível - Recurso - Julgamento - Competência do Tribunal de Alçada - Art. 106, II, *e*, da Constituição do Estado de Minas Gerais **66**

Dúvida de competência - Execução de entrega de coisa certa - Título executivo judicial extraído de ação de prestação de contas - Substituição de penhora - Indeferimento - Agravo - Julgamento - Tribunal de Alçada - Não-enquadramento da matéria na previsão do art. 106, II, *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais **69**

Concurso público - Preenchimento das vagas - Administração Pública - Celebração de contrato temporário para exercício das funções inerentes ao cargo - Nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas - Obrigatoriedade **71**

2 GRUPOS DE CÂMARAS

2.1 PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

Ação rescisória - Violação a literal disposição de lei - Acórdão rescindendo - Desconsideração dos comandos normativos mencionados pela contestação e pelo recurso apelatório por omissão - Contratação temporária de servidor público - Legalidade - Informação do dever de indenizar o erário municipal - Inadmissibilidade **77**

2.2 SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

Ação rescisória - Fundamento no art. 485, VII, do CPC - Acórdão rescindendo - Dispositivo legal que amparava o direito da parte - Posterior declaração de

inconstitucionalidade - Documento novo - Inexistência - Supremacia da coisa julgada - Improcedência do pedido - Preliminar de extinção do processo por falta de interesse processual - Rejeição **83**

Ação rescisória - Documento novo - Inexistência - Inteligência do art. 485, VII, CPC - Improcedência - Alegações finais - Inovação da causa de pedir - Impossibilidade - Art. 264 do CPC **92**

Saúde - Síndrome da imunodeficiência adquirida - Tratamento - Sistema Único de Saúde - Medicamento - Fornecimento - Obrigatoriedade - Direito líquido e certo - Mandado de segurança - Concessão da ordem **95**

2.3 GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS

Revisão criminal - Tóxico - Tráfico - Prova indiciária - Indícios polivalentes - Condenação por presunção - Inadmissibilidade - Pedido revisional deferido **96**

Revisão criminal - Decisão contrária à evidência dos autos - Inocorrência - Prova nova - Alegação - Provas produzidas extrajudicialmente - Invalidade - Ausência do contraditório **105**

Revisão criminal - Conhecimento - Decisão condenatória - Trânsito em julgado em relação à defesa - Reincidência - Inexistência - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva - Ocorrência - Causa de aumento de pena - Reconhecimento - Concurso de pessoas - Art. 226, I, CP - Inteligência - *Bis in idem* - Inocorrência - Acusado - Ato direto de execução - Inexistência - Mero partícipe - Irrelevância - Exclusão da causa de aumento de pena - Efeito prático - Benefício ao réu - Não-ocorrência - Matéria objeto de decisão pelo STJ - Regime prisional - Modificação pelo tribunal *ad quem* - Impossibilidade - Indulto e comutação de pena - Concessão - Matéria afeta à execução penal **109**

Revisão criminal - Prova nova - Produção em juízo - Necessidade - Declaração extrajudicial da vítima - Imprestabilidade - Dúvida - *In dubio pro societate* - Absolvição - Novo julgamento - Inadmissibilidade - Tentativa de homicídio - Parágrafo único do art. 14 do CP - Aplicação - Pena - Redução ao mesmo patamar do co-réu - Regime prisional - Modificação para o mesmo regime imposto ao co-réu - Princípio constitucional da isonomia - Observância **113**

Revisão criminal - Decisão contrária à evidência dos autos - Rediscussão valorativa da prova colhida - Pedidos cujos fundamentos equivalem a segunda

apelação - Descabimento - Furto qualificado pelo concurso de pessoas - Cumulação com associação em quadrilha ou bando - Condenação na qualificadora - *Bis in idem* - Impossibilidade - Contrariedade à lei - Pena-base - Pedido de redução ao mínimo legal - Inteligência da Súmula nº 67 do TJMG - Inadmissibilidade **116**

Revisão criminal - Decisão condenatória - Diplomas legais posteriores ao crime - Pena mais severa - Retroação - Inocorrência - Princípio da irretroatividade - Observância - Indeferimento - Erro na dosimetria da pena - Correção de ofício - Possibilidade - Questões doutrinárias polêmicas - Análise no âmbito revisional - Inadmissibilidade - *Res judicata* - Intangibilidade - Caráter não absoluto - Corrente jurisprudencial - Não-contrariedade a texto expresso de lei **123**

3 CÂMARAS ISOLADAS

3.1 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Mandato eletivo - Suspensão - Inteligência do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92 - Ação civil pública - Tutela antecipada - Requisitos necessários - Presença - Concessão **127**

Responsabilidade civil do Estado - Veículo com documentação irregular - Licenciamento pela repartição de trânsito - Dano causado por terceiro - Nexo causal - Ausência da participação do Estado - Inexistência **129**

Arrolamento - Taxas judiciárias - Lançamento - Pagamento - Quitação - Tributos incidentes sobre transmissão da propriedade dos bens do espólio - Apreciação - Conhecimento - Impossibilidade - Inteligência do art. 1.034 do CPC - ITCD - Incidência sobre bens de terceiro - Questão de alta indagação - Discussão em procedimento próprio **131**

Alimentos provisórios - Fixação - Redução - Vendedor comissionado - Prova de impossibilidade não demonstrada - Recurso improvido **133**

Tutela antecipada - Pensão - Caráter alimentar - Receio de dano irreparável - Configuração - Artigo 1º da Lei nº 9.494/97 - Inaplicabilidade - Concessão **135**

Agravo de instrumento - Decisão que acolhe o laudo pericial - Despacho de mero expediente **137**

Transporte coletivo "alternativo" - Clandestinidade - Concessão ou permissão - Ausência - Ilegalidade - BHTrans - Órgão fiscalizador - Autuação e apreensão do veículo - Aplicação de multa - Legitimidade - Lei Municipal nº 7.907/99 - Constitucionalidade **138**

Direito de propriedade - Função social - Inteligência do art. 5º, XXIII, da CF - União estável - Entidade familiar - Imóvel - Condomínio - Companheira - Direito de habitação - Meação de terceiros - Irrelevância **144**

Execução fiscal - Sucessão - Responsabilidade **146**

Prefeito - Afastamento do cargo - Instrução processual - Prova inequívoca e verossímil - Apuração dos fatos - Necessidade - Ação civil pública - Liminar - Agravo - Efeito suspensivo - Requisitos - Ausência - Indeferimento **149**

Agravo de instrumento - Anulação de cláusula contratual - Cópia de contrato - Peça não obrigatória, porém necessária para o deslinde da questão - Juntada aos autos - Ausência - Não-conhecimento do recurso **150**

Perito - Nomeação - Atuação em procedimento que embasa a ação - Impedimento **152**

Concordata preventiva - Inclusão do nome do devedor nos serviços de proteção ao crédito - Intimação do comissário - Desnecessidade **155**

Crédito fiscal - Compensação - Liminar - Inadmissibilidade **157**

Mandado de segurança - Transferência de condenado para penitenciária distante de sua residência - Impetração - Pai de presidiário - Ilegitimidade ativa - Direito de visitação - Titularidade atribuída ao preso - Ação mandamental - Proteção de direitos, e não de interesses **160**

Defensor dativo - Honorários de advogado - Verba devida pelo Estado - Decisão *citra petita* e *ultra/extra petita* - Inocorrência - Fundamentação concisa - Nulidade - Ausência **163**

Casamento - Anulação - Varão - Relacionamento sexual entre homem e mulher - Anormalidade - "Falta de libido" do marido em relação à mulher - Quadro patológico - Dificuldade de solução clínica - Prova - Perícia médica - Depoimento pessoal - Fato desconhecido pela virago - Procedência do pedido **168**

Doação de órgãos e tecidos - Menor - Carteira de identidade - Expressa manifestação da vontade através de representação ou assistência - Exigência - Inadmissibilidade - Violação de direito indisponível dos menores - Inteligência do artigo 4º da Lei nº 9.434/97 ..... **169**

ICMS - Operações que destinem produtos industrializados ao exterior - Não-incidência **174**

Execução fiscal - Penhora - Formalização - Prova - Ausência - Inexistência de direito líquido e certo à certidão positiva de débito fiscal com efeito de negativa - Mandado de segurança - Fato previsto no art. 462 do CPC - Ocorrência - Revisão do julgamento de mérito - Inadmissibilidade - Débito tributário - Cobrança - *Modus procedendi* - Restrição à impressão de notas fiscais - Limitação ao exercício da atividade comercial - Impossibilidade **177**

Reivindicatória - Posse de má-fé - Possuidor - Indenização pelo uso ilegítimo do imóvel - Cabimento - Sentença - Decisão concisa - Nulidade - Ausência - Cerceamento de defesa - Inexistência - Juntada de documento - Não-insurreição no momento oportuno - Preclusão **180**

Função pública - Servidor não estável - Estatuto próprio e normas constitucionais específicas - Estabilidade sindical - Inexistência - Artigos 39, § 2º, e 8º, VIII, da Constituição Federal - Inteligência **186**

Ação civil pública - Agente político - Danos causados ao erário - Reparação - Ministério Público - Legitimidade ativa *ad causam* - Pessoa jurídica de direito público interno - Litisconsorte necessário - Citação - Ausência - Nulidade - Contas do Executivo - Aprovação pelo Legislativo - Órgão Ministerial - Exame - Possibilidade **188**

Responsabilidade objetiva do Estado - Mau uso da propriedade pelo município - Danos caudados pela entidade pública - Indenização - Inépcia da inicial - Audiência de tentativa de conciliação - Rejeição da argüição - Recurso - Inexistência - Preclusão **194**

Pensão - Morte de servidor - Totalidade dos vencimentos ou dos proventos - Inteligência do art. 40, § 5º, da Constituição Federal - Emenda Constitucional nº 20/98 - Nova estrutura do preceito - Direito adquirido - Cláusula pétrea **197**

Retificação de área - Pretensão de acréscimo de metragem vultosa à área originalmente registrada - Divergência na enumeração dos confrontantes inseridos

no levantamento planimétrico e aqueles constantes no registro primitivo - Impossibilidade - Artigos 1.136 do Código Civil e 213 da Lei de Registro Público - Inteligência - Observância de procedimento contencioso - Extinção do processo **201**

Pensão previdenciária - Viúva de ex-servidor - Equivalência **209**

Vereador - Mandato - Cassação - Comissão processante - Participação de membro integrante da CPI - Impossibilidade - Comprometimento da imparcialidade (ainda que político o julgamento) - Lesão a direito líquido e certo do processado - Ofensa ao *due process of law* - Processo cassatório - Nulidade **211**

Execução fiscal - Embargos do devedor - Certidão da dívida ativa - Presunção de certeza e liquidez - Afastamento - Ônus do executado - Inteligência do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80 - Denúncia espontânea - Não-configuração - Inteligência do art. 138 e seu parágrafo único do CTN - Multa de revalidação - Legalidade - Débito fiscal - Juros - Taxa Selic - Admissibilidade - Previsão legal - Resoluções nºs 2.816/96 e 2.825/96 - Lei Federal nº 9.065/95 - Lei Estadual nº 6.763/73 ..... **216**

Banco - Instalação de portas de segurança - Matéria exclusiva da União - Lei Municipal nº 4.343/98, de Divinópolis (MG) **219**

Separação judicial - Homologação - Reconciliação - Restabelecimento do regime de bens (comunhão universal) - Posterior divórcio - Bem adquirido pela varoa durante o período da separação e antes do advento da CF/88 - Partilha - Impossibilidade - Bem reservado - Inteligência do artigo 246, c/c o 263, XII, do Código Civil **224**

Falência - Pedido de restituição - Decreto-lei nº 7.661/45, art. 76 - Inteligência **228**

Registro de imóveis - Retificação de área - Desmembramento anterior - Terrenos com matrículas e registros próprios - Admissibilidade **231**

Pátrio poder - Destituição - Pedido cumulado com adoção - Abandono do filho pela mãe - Inteligência do art. 395, II, do Código Civil - Deferimento **233**

Registro civil - Retificação - Nome - Patronímico materno - Inclusão - Possibilidade **236**

Desapropriação indireta - Imóvel alienado - Adquirente - Sub-rogação nos direitos do alienante - Prescrição vintenária - Autor - Ônus da prova - Identificação do imóvel - Ausência - Indenização - Impossibilidade **238**

ICMS - Base de cálculo - IPI - Exclusão - Possibilidade - Inteligência do artigo 155, § 2º, inciso XI, da Constituição Federal **242**

ICMS - Mercadoria destinada à industrialização - Entrada - Apuração do VAF - Lei Complementar nº 63/90 - Resolução nº 2.901/98, da SEF **246**

Massa falida - Síndico - Realização de acordo - Possibilidade - Indisponibilidade dos bens - Ausência de impedimento para a transação **248**

Processo administrativo disciplinar - Servidor público estadual - Pena de demissão - Poder Judiciário - Avaliação dos aspectos da regularidade do processo - Conduta disciplinar do servidor - Análise - Competência do órgão administrativo - Sentença absolutória no âmbito criminal - Irrelevância - Independência das instâncias administrativa e penal **251**

Pensão - Morte de servidor - Totalidade dos vencimentos ou proventos - §§ 4º e 5º do art. 40 da CF - Auto-aplicabilidade - Inteligência da Lei nº 7.918/99, do Município de Belo Horizonte - Autarquia - Legitimidade passiva *ad causam* **253**

ICMS - Alíquota reduzida - Contribuinte - Crédito fiscal - Inadmissibilidade - Artigo 155, § 2º, I, da CF - Inteligência **256**

Investigação de paternidade - Cumulação com retificação de registro - Ação proposta por filho - Ilegitimidade ativa **260**

Autarquia estadual - Patrimônio próprio - Cumprimento de suas obrigações - Responsabilidade - Ilegitimidade passiva do Estado **265**

Consulta - Aplicação de legislação tributária - Ação fiscal - Inibição somente se protocolizada a consulta dentro do prazo legal para o pagamento do crédito - Transporte intermunicipal de passageiros - ICMS - Incidência **267**

Nulidade absoluta - Intimação do Ministério Público - Ausência - Cassação da sentença - Retorno dos autos para manifestação do Órgão Ministerial **275**

Servidor público estadual - Tempo de serviço - Averbação - Administração Pública - Exigências meramente formais - Ofensa a direito líquido e certo - **278**

Ação discriminatória - Terras devolutas - Inscrição no registro de imóveis - Ausência - Presunção de domínio público - Inexistência - Estado - Ônus da prova - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência **281**

Curatela - *Munus* - Art. 454 do Código Civil - Inteligência - Sobrinha - Interesse da curatelada - Não-caracterização - Arbítrio do juiz **286**

Saúde - Direito constitucionalmente consagrado a todos - Dever do Estado - Inteligência do art. 196 da CF - Cirurgia - Angioplastia com implantação de *stent* - Despesas custeadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) - Mandado de segurança - Concessão da ordem - Honorários de advogado - Inadmissibilidade - Súmula nº 105 do STJ **288**

ICMS - Transferência de ativo fixo - Tributação incabível **291**

Separação judicial - Convenção - Doação de imóvel à prole - Pacto cogente - Obrigação de fazer - Descumprimento - Execução à luz do art. 639 do CPC **293**

Servidão de passagem - Alteração - Inteligência do art. 703 do Código Civil - Reconvenção - Contestação - Ausência - Revelia - Seqüelas - Laudo pericial - Validade **298**

Alimentos - Filhos menores - Mãe que postula em nome próprio - Mera irregularidade - Crédito alimentar - Extinção da obrigação pela novação ou compensação - Impossibilidade - Acordo celebrado sobre a pensão - Alteração - Apreciação pelo Judiciário - Necessidade - Inteligência do parágrafo único do art. 740 do CPC - Petição inicial - Qualificação das partes - Equívoco - Prejuízo - Ausência - Carência da ação - Inocorrência **301**

"Habite-se" - Apresentação de notas fiscais referentes à aquisição de materiais de construção - Exigência - Inconstitucionalidade - Ilegalidade de convênio entre o município e o Estado **304**

Servidor público municipal - Pedido de licença sem vencimento para tratar de interesses particulares - Mérito administrativo - Ato discricionário - Conveniência e oportunidade - Exame pelo Judiciário - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Inexistência **305**

Menor - Suprimento de idade para casamento - Deferimento **308**

Transporte público municipal alternativo de passageiros - "Perueiros" - Veículo com licenciamento de placa de aluguel - Serviço aberto ao público - Concessão - Permissão - Ausência - Ilegalidade - Clandestinidade - Atos fiscalizatórios ordenados - Medida repressiva - Mandado de segurança - Direito líquido e certo - Inexistência - BHTrans - Detran/MG - Pólo passivo da ação mandamental - Possibilidade **310**

Depósito - Bem apreendido pela autoridade policial - Depositário - Nomeação **315**

Possibilidade jurídica do pedido - Procedência do pedido - Inconfundibilidade - Jurisprudência em torno da matéria - Adoção do entendimento da Corte - Súmula vinculante - Não-consolidação - Análise do pedido - Contas do prefeito - Impossibilidade de reexame pelo Judiciário - Fundamento da sentença - Exame do mérito - Petição inicial - Alegação de ofensa ao devido processo legal - Extinção do processo - Inadmissibilidade **316**

Ação civil pública - Meio ambiente - Defesa - Ibama - Ministério Público - Legitimação concorrente - Recuperação de área ambiental - Termo de ajustamento de conduta - Não-atendimento - Processamento da ação - Competência - Local do dano **319**

Penhora - Imóvel - Registro público - Inteligência do § 4° do art. 659 do CPC - Mais de uma penhora em imóvel de devedor comum - Efeitos do registro - Questão a ser dirimida em foro próprio - Prenotação - Pendência - Prazo legal - Decisão monocrática - Violação da Lei de Registros Públicos - Apelação - Devolução ao Tribunal de toda a matéria discutida **322**

Direito autoral - Música - Execução sem cobrança de ingressos **328**

Suprimento de consentimento para namoro - Menor púbere - Recusa paterna de aceitar o relacionamento - Art. 188 do Código Civil - Inaplicabilidade - Impossibilidade jurídica do pedido **330**

Taxa de limpeza pública - Base de cálculo - Correspondência com a do IPTU - Inexistência - Distinção - Constitucionalidade - Serviço específico e divisível - Poder de polícia do município - Legalidade **331**

Alimentos - Ex-companheiros - Relacionamento adulterino - Impossibilidade de conversão em casamento - Inviabilização da obrigação alimentar - Agravo retido - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo - Acolhimento - Artigo 226, § 3°, da CF/88, e Leis n^{os} 8.971, de 29.12.94, e 9.278, de 10.05.96 - Inteligência - Apelação - Inépcia - Inocorrência **334**

Competência recursal - Direito de preferência - Tribunal de Alçada - Inteligência dos artigos 106, II, *c*, e 108, II, da Constituição Estadual **338**

Guarda de menor - Pai biológico que nunca deteve a guarda do filho - Homologação de acordo para transferir a guarda ao pai existencial - Impossibilidade - Pátrio poder e guarda - Inconfundibilidade - Mãe solteira - Casamento posterior - Filho menor - Dependência econômica deste do marido da mãe **341**

Casa própria - Contrato de financiamento - Cláusula de reajustamento das prestações e da correção monetária do saldo devedor - Princípio do *pacta sunt servanda* - Art. 1.256 do Código Civil - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Seguro habitacional - Pactuação - Prova da ilegalidade ou do prejuízo às partes - Ausência - Transferência para seguradora de prestações mais baratas - Impossibilidade **344**

Licitação - Carta-convite - Desclassificação de licitante - Previsão orçamentária - Proposta que supera o limite disponível - Legalidade do ato administrativo - Mandado de segurança - Denegação da ordem **348**

ISSQN - Lançamento por homologação - Recolhimento - Omissão pelo contribuinte - Prazo decadencial - Início a partir da notificação da infração - Local da efetiva prestação dos serviços - Lançamento fiscal - Fato gerador **352**

Sociedade de fato - Entidade familiar - Requisitos **358**

Embargos de declaração - Efeito modificativo - Não-configuração - Liminar - Apreciação em juízo de cognição sumária e provisória - Questões relevantes para o julgamento - Exame - Ausência - *Periculum in mora* - Inexistência - Explicitação das razões - Omissão do julgador - Inocorrência **361**

Concurso público - Exame psicotécnico - Critérios subjetivos - Regras editalícias - Aceitação pelo candidato **364**

Sigilo bancário e fiscal - Quebra - Artigo 5°, X e XII, da CF/88 - Afronta - Inexistência - Ato judicial - Ilegalidade ou abuso de poder - Ausência - Modificação por recurso ou correição - Possibilidade - Mandado de segurança - Descabimento - Terceiro prejudicado - Inteligência do art. 499 do CPC **366**

Mandado de segurança - Decisão que desafia recurso previsto no ordenamento jurídico - Impossibilidade - Inteligência do art. 5°, II, da Lei n° 1.533/51 -

Despacho que determina sobrestamento de expedição de formal de partilha - Decisão interlocutória - Recurso cabível **370**

3.2 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Tóxico - Tráfico - Concurso de agentes - Associação temporária - Majorante do artigo 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 - Incidência - Réu primário e de bons antecedentes - Quantidade e natureza da droga - Pena - Fixação acima do mínimo legal - Possibilidade - Pena pecuniária - Valor unitário - Mínimo legal - Redução - Inadmissibilidade **372**

Sentença - Pena - Discriminação para cada delito praticado - Individualização em relação aos co-réus - Ausência - Vício insanável - Nulidade **374**

Júri - Oitiva de testemunha - Carta precatória - Expedição - Falta de intimação da defesa - Julgamento adiado - Motivo justo - Ausência de prejuízo ao acusado - Desnecessidade de convocação para nova sessão - Nulidade - Inocorrência - Protesto em ata - Inexistência - Preclusão - Delação premiada - Lei nº 9.807/99 - Inaplicabilidade - Decisão contrária à prova dos autos - Não-ocorrência - Retração da confissão - Confissão espontânea - Não-incidência - Atenuante da menoridade **378**

Sursis processual - Réu processado por outro crime - Concessão - Prorrogação do prazo até decisão definitiva do outro processo - Possibilidade - Art. 81, § 2º, do CP - Aplicação subsidiária - Revogação do benefício - Condenação do réu a cumprimento de pena privativa de liberdade - *Bis in idem* - Inocorrência **381**

Homicídio privilegiado-qualificado - Compatibilidade - Crime hediondo - Concurso formal, material e crime continuado **385**

Tóxico - Tráfico - Filho traficante - Ausência de delação pela mãe - Inexigibilidade de conduta diversa - Culpabilidade - Exclusão - Mandado de busca e apreensão - Expedição **392**

Crime de peculato e uso de documento falso - Nulidade da sentença - Preliminar - Inobservância do critério trifásico na aplicação da pena - Improcedência - Circunstância agravante do art. 61, II, *b* - Configuração - Princípio da consunção - Inadmissibilidade - Crimes autônomos - Concurso material de infração **396**

Legítima defesa - Cessamento da agressão - Utilização de meios desnecessários - Afastamento da excludente - Vítima afastada das ocupações habituais por

mais de trinta dias - Lesão corporal de natureza grave - Configuração - Desclassificação do crime para lesão simples - Inadmissibilidade **403**

Medida socioeducativa - Remissão - Cumulatividade - Aceitação pelo menor e seu representante legal - Necessidade - Aplicação da medida - Competência do juiz - Intimação da sentença - Certidão - Ministério Público - Ciente - Ausência - Recurso - Prazo **405**

Sentença *ultra petita* - Reconhecimento de qualificadora não articulada na denúncia - Inobservância do art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal **409**

Concurso formal - Roubo - Dois crimes - Conduta única - Aplicação - Pena pecuniária - Omissão na sentença - Não-abordagem da questão do recurso - Majoração - Impossibilidade - Quadrilha ou bando - *Societas in crimine* - Desconfiguração do delito **412**

Júri - Homicídio qualificado **414**

Furto qualificado - Prova - Reconhecimento dos réus em juízo pelas vítimas - Desnecessidade - Absolvição - Impossibilidade **420**

Resistência - Oposição ao cumprimento de mandado de penhora - Configuração do delito - Dolo - Caracterização - Qualificadora - Incidência - Porte ilegal de arma - Consumação - Prova emprestada - Pena - Fixação no mínimo **424**

Estupro seguido de morte - Prova - Autoria admitida em inquérito policial - Depoimento extrajudicial acompanhado por testemunhas que atestam a lisura do interrogatório e a espontaneidade das declarações - Retratação em juízo - Irrelevância - Art. 10 da Lei nº 9.034/95 - Inexistência de conflito com a Lei nº 8.072/90 - Crime hediondo - Regime prisional integralmente fechado **432**

Júri - Exibição de jornais ou revistas em plenário noticiando erros judiciários - Ausência de contradição nas respostas dos jurados - Nulidade - Inocorrência - Confissão extrajudicial - Retratação desvestida de prova - Absolvição com base na negativa da autoria - Decisão contrária à prova dos autos - Cassação **436**

Sonegação fiscal - Nota fiscal - Fornecimento em desacordo com a legislação - Art. 1º, V, da Lei nº 8.137/90 - Violação - Delito caracterizado - Materialidade

comprovada - Autoria induvidosa - Absolvição - Impossibilidade - Dosimetria da pena - Manutenção - Aplicação do art. 44, I, do Código Penal - Imposição de pena restritiva de direitos **439**

Menor - Ato infracional análogo ao crime previsto no art. 213, c/c o art. 224, *a*, do CPB **444**

Corrupção passiva - Oficial de justiça - Cobrança de diligências realizadas - Crime formal e funcional - Configuração - Condenado - Maus antecedentes - Concessão do *sursis* - Impossibilidade **446**

Concurso de infrações - Uso de documento falso e falta de habilitação para dirigir veículo **449**

Sursis processual - Homicídio qualificado - Desclassificação para homicídio culposo - Condenação - Fase decisória - Inoportunidade da proposta **453**

Falsificação de documento público - Inexistência de adulteração grosseira - Estelionato - Tentativa - Crime impossível - Não-ocorrência - Delito configurado - Pena restritiva de direitos - Prestação pecuniária - Redução do *quantum* imposto **456**

Falso testemunho - Absolvição mantida - Depoimentos - Meras contradições - Insuscetibilidade - Caracterização - Delito **458**

Júri - Apelação - Afastamento de uma das qualificadoras reconhecidas pelo corpo de jurados - Redução da pena sem cassação do veredicto popular - Possibilidade **461**

Competência criminal - Denúncia - Recebimento em comarca diversa da que condenou o réu - Remessa dos autos ao juízo competente - Ratificação dos atos probatórios - Incompetência do juízo - Inexistência **466**

Habeas corpus - Vício de citação - Incidência da *novatio legis in pejus* - Trânsito em julgado da sentença condenatória - Nulidade da decisão - Excesso na imposição da pena - Apreciação no âmbito do *habeas corpus* - Impossibilidade - Regime prisional semi-aberto - Imposição - Lei nº 8.072/90 - Inaplicabilidade - Paciente enfermo - Prisão domiciliar - Questões a serem dirimidas no juízo da execução - Denegação da ordem **468**

Habeas corpus - Inquérito policial - Trancamento - Inventário - Prestação de contas - Responsabilidade do inventariante - Omissão - Intimação do advogado

para prestar tais contas - Não-atendimento - Crime de desobediência - Inocorrência - Concessão da ordem **473**

Habeas corpus - Suspensão condicional do processo - Paciente que não cumpriu as condições impostas - Cassação do benefício - Trancamento da ação e reconhecimento da prescrição - Impossibilidade **475**

Habeas corpus - Mandado de prisão - Recurso extraordinário admitido - Comando da decisão condenatória - Ordem concedida **477**

Habeas corpus - Regime penitenciário - Progressão - Livramento condicional - Prisão domiciliar - Meio inidôneo - Precedentes - Ordem denegada **479**

Habeas corpus - Delitos previstos nos arts. 90 e 96 da Lei nº 8.666/93 - Procedimento próprio - Disposição expressa do art. 104 da citada lei especial - Não-aplicação do rito previsto nos arts. 513 e seguintes do Código de Processo Penal **482**

Habeas corpus - Trancamento de inquérito policial - Ausência de dolo ou de má-fé - Estelionato - Alegada falta de prejuízo - Fraude processual - Caso concreto - Ordem denegada **483**

Falso testemunho - Inquérito policial por crime de homicídio - Denúncia única englobando o paciente e o autor do fato principal - Ausência de conexão - Inadmissibilidade - Possibilidade de retratação do depoimento para extinção da punibilidade - Constrangimento ilegal configurado **487**

Habeas corpus - Excesso de prazo - Réu pronunciado - Súmula nº 21 do STJ - Súmula nº 4 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG - Vícios não provados na ação penal - Má conduta carcerária do paciente - Ordem denegada **489**

Habeas corpus - Falta de justa causa para a ação penal - Tipicidade do fato - Acusação - Verossimilhança - Provas - Impossibilidade de concessão da ordem - Crime cometido com violência contra pessoa - Fiança - Descabimento - Prisão preventiva - Requisitos - Presença - Periculosidade do agente - Clamor público - Decreto prisional mantido **491**

Regime prisional - Réu condenado em regime aberto - Permanência em delegacia em regime fechado - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* - Concessão parcial da ordem **495**

Habeas corpus - Constrangimento ilegal - Prisão preventiva - Decreto sem fundamentação suficiente - Negativa da autoria - Matéria fático-probatória - Apreciação na estreita via do *writ* - Impossibilidade - Ordem parcialmente concedida **497**

Pena pecuniária - Execução - Ministério Público - Legitimidade ativa - Juízo criminal - Competência - Indeferimento do pedido - Recurso cabível - Inteligência do artigo 197 da Lei de Execução Penal **501**

Estupro - Crime hediondo - Regime prisional integralmente fechado - Progressão para regime semi-aberto - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90 - Lei n° 9.455/97 - Aplicabilidade somente a crime de tortura **509**

Crime continuado - Circunstância temporal - Ausência - Unificação de penas - Impossibilidade - Habitualidade criminosa - Somatória das penas **511**

Comutação da pena - Indulto - Institutos diversos - Art. 2° do Decreto n° 3.226/99 - Aplicação - Crime hediondo - Possibilidade **513**

Execução penal - Custas processuais - Condenado juridicamente miserável - Isenção - Inadmissibilidade - Súmula n° 58 do TJMG - Assistência judiciária - Direito e forma de aquisição - Cautela - Presunção *juris tantum* - Inteligência dos artigos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12 e 13 da Lei n° 1.060/50 ..... **518**

Patrocínio simultâneo ou tergiversação - Advogado - Ação contra ex-cliente - Defesa da parte contrária - Conduta atípica - Art. 355, parágrafo único, do Código Penal - Não-incidência **522**

Pronúncia - Qualificadora - Surpresa - Exclusão - Impossibilidade - Competência do Tribunal do Júri **524**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo penal - Tráfico de entorpecentes - Fuga do réu - Recurso de apelação - Conhecimento condicionado ao recolhimento do réu **527**

Habeas corpus - Júri - Homicídio qualificado - Concurso de pessoas - Formulação de quesito relativo à forma genérica de participação - Nulidade - Inocorrência **530**

Penal - Crime hediondo - Regime integralmente fechado - Falta de especificação - Progressão - Impossibilidade **537**

Processual Civil - Administrativo - Manutenção e desenvolvimento do ensino - Percentual aplicável - Recurso especial - Natureza constitucional da fundamentação - Prequestionamento - Constituição Federal, artigo 212 - Lei n° 7.348/85 (art. 1°) - Súmula 211/STJ **541**

Processual Civil - Execução fiscal - Penhora - Intempestividade - Embargos - Inadmissibilidade do exame vincado no merecimento das questões jurídico-litigiosas - CPC, artigos 138, 245, 269, VI, § 3°, e 535, II, Lei 6.830/80 (art. 16) **544**

Processual Civil - ISS - Isenção - Execução de obras de construção civil - Contrato firmado entre a RFFSA e a TERCAM - Subempreitada - Violação ao art. 535 do CPC não configurada - Omissão inexistente - Correção monetária - Utilização da TR - Impossibilidade - ADIN 493-0-STF - Precedente **548**

Processual Civil e Tributário - ICMS - Transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte - Não-incidência - Súmula 166/STJ - Violação ao art. 3° do DL 406/68 não configurada - Prequestionamento ausente - Súmulas 282 e 356 do STF - Dissídio jurisprudencial quanto ao tema não comprovado **552**

Penal - Recurso especial - Peculato - Funcionário público por equiparação (art. 327, § 1°) - Sociedade de economia mista **556**

Execução penal - Comutação da pena - Contagem que incide sobre o total da pena **562**

Criminal - R*HC* - Prisão preventiva - Fundamentação válida da custódia - Decreto fundamentado - Necessidade da custódia demonstrada - Presença dos requisitos autorizadores - Recurso desprovido **565**

Administrativo - Recurso em mandado de segurança - Serventuário da Justiça - Comissário de menores - Contratação a título precário - Competência delegada da autoridade coatora para a prática do ato - Dispensa *ad nutum* - Legalidade **569**

Processo Civil - Recurso ordinário em mandado de segurança - Autarquia - Fhemig - Litisconsorte passiva necessária - Decreto do Sr. Governador do Estado - Ato coator concreto - Legitimidade passiva *ad causam* - Preliminar acolhida **573**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Direito Constitucional e Processual Civil - Decisão de Tribunal de Justiça que defere intervenção estadual em município - Impugnação mediante RE - Inadmissibilidade (art. 102, III, *a*) - Agravo **579**

Agravo regimental em recurso extraordinário - Administrativo - Reenquadramento de servidor - Norma de direito local - Reexame - Impossibilidade - Redução de vencimentos - Matéria controvertida **581**

Sentença de pronúncia - Fundamentação - Teor **583**

Penal - Processual Penal - *Habeas corpus* - Guarda dos filhos menores **598**

Habeas corpus - Ampla defesa **613**

Penal - Estupro - Vítima menor de quatorze anos - Violência presumida - Código Penal, artigos 213 e 224, *a* - Consentimento da vítima e experiência sexual desta - Irrelevância - Laudo pericial firmado por apenas um perito oficial - CPP, art. 159, redação da Lei 8.862, de 28.03.94 ..... **625**

Habeas corpus **637**

Licitações e contratos administrativos - Crimes dos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, idoneamente descritos e atribuídos ao paciente, salvo quanto a dois dos fatos incriminados **648**

Competência - Ação ordinária de reparação de danos - Prefeito **659**

Mandado de segurança - Aplicação de regime especial de controle e fiscalização em se tratando de ICM **663**

Taxa de Fiscalização e Funcionamento - Lei nº 5.641/89, do Município de Belo Horizonte - Elemento de cálculo - Metragem quadrada - Precedente **668**

ISS - Sociedades prestadoras de serviços profissionais **674**

LEGISLAÇÃO

DA UNIÃO

Decreto nº 3.834, de 5 de junho de 2001 ..... **681**

Lei nº 10.215, de 6 de abril de 2001 ..... **682**

Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001 ..... **682**

Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001 ..... **685**

Lei nº 10.222, de 9 de maio de 2001 ..... **686**

Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001 ..... **686**

Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001 ..... **687**

DO ESTADO

Decreto nº 41.646, de 02 de maio de 2001 ..... **690**

Decreto nº 41.688, de 30 de maio de 2001 ..... **691**

Do Tribunal de Justiça

Aviso Conjunto nº 001/2001, de 30 de março de 2001 ..... **692**

Portaria nº 071/GACOR/2001, de 23 de maio de 2001 (Corregedoria) **693**

Portaria Conjunta nº 011/2001, de 04 de junho de 2001 ..... **695**

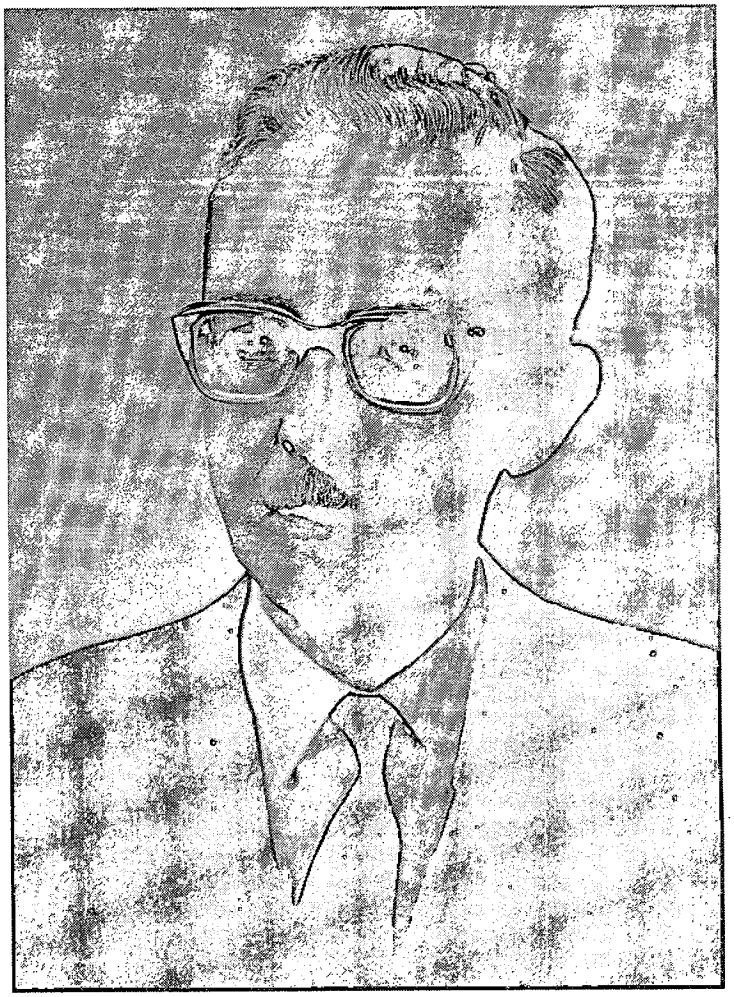
Provimento nº 54/2001, de 25 de maio de 2001 (Corregedoria) **699**

ÍNDICES

Índice numérico **703**

Índice alfabético e remissivo **711**

-:::-



Desembargador EROTIDES DINIZ

Memória do Judiciário Mineiro

NOTA BIOGRÁFICA

DESEMBARGADOR EROTIDES DINIZ

Des. Walter Veado (*)

O Desembargador Erotides Diniz, figura exponencial da Magistratura mineira, na qual se destacou por sua integridade, cultura e, traços marcantes de sua forte personalidade, independência, imparcialidade e altivez, nasceu em Varginha, MG, aos 11 de agosto de 1907. Era Promotor de Justiça em Santa Bárbara quando foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Jequitinhonha (30.01.1942), da qual se removeu, a pedido, para a de Bom Despacho, onde permaneceu durante oito anos (26.02.1942 - 24.04.1950).

Depois de receber elogios do Tribunal Regional Eleitoral do Estado por sua atuação como integrante da Comissão Apuradora das eleições realizadas em 1950, obteve remoção para a Comarca de Itapecerica, cujo exercício assumiu em 07.07.1952. Seguiram-se atividades disciplinares que lhe atribuiu a Corregedoria-Geral de Justiça nas Comarcas de Nova Lima, Mantena e Medina. Promovido para a Comarca de Ponte Nova, em 25.10.1954, veio para Belo Horizonte em 09.03.1959, quando assumiu a 4ª Vara Cível.

Em 03.08.1964, promovido por merecimento ao cargo de Juiz Substituto de 2ª Instância, passou a atuar no Tribunal de Justiça, nas atividades próprias da nova função, até ser promovido ao Tribunal de Alçada, que acabava de ser criado e do qual foi eleito o primeiro Presidente, a partir de 31 de maio de 1965, em solenidade dirigida pelo Desembargador Arnaldo de Alencar Araripe, Presidente do Tribunal de Justiça.

Em data de 18.04.1968, promovido por antigüidade ao cargo de Desembargador, ascendeu ao Tribunal de Justiça, como integrante da Câmara Criminal

---

(*) Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

e da Segunda Câmara Cível, participou de diversas Comissões especiais, até ser atingido pela idade-limite de permanência no serviço público, que deixou em 11 de agosto de 1977.

O Desembargador Erotides Diniz, a par de sua elevada cultura jurídica e apurado senso de julgador, jamais admitiu o menor agravo à sua independência funcional, a qual sempre fez respeitar, do que constitui eloqüente demonstração fato ocorrido quando judicava na Comarca de Bom Despacho, revelado pelo sempre lembrado membro do Ministério Público mineiro, Dr. Arnaldo de Senna.

Àquele tempo, ao Juiz de Direito da Comarca o Estado concedia o direito de ocupar casa residencial localizada na Vila Militar, quando um soldado que lá servia cometeu homicídio. O processo teve seu curso regular, e, designado dia para o julgamento pelo Tribunal do Júri, o Comandante da unidade local entendeu de assumir atitudes de intimidação do Juiz e dos jurados. Constou, então, que companheiros de farda do réu compareceriam fardados e armados ao Fórum no dia do julgamento, com o manifesto propósito de exercerem forte coação sobre os Julgadores, forçando-os a decidirem pela absolvição.

Ciente do que se passava, o Dr. Erotides Diniz comunicou ao Comandante da unidade que não permitiria a grave ofensa que se pretendia à isenção e à independência do Tribunal do Júri, e que, podendo comparecer ao julgamento, os companheiros do réu deveriam fazê-lo à paisana e desarmados. E assim aconteceu, para desagrado e frustração dos militares.

Dias depois, o Comandante do Batalhão comunicou ao Juiz de Direito que deveria ele desocupar, imediatamente, a casa da Vila Militar que lhe fora cedida, sendo prontamente atendido!

Em 1975, a Associação dos Magistrados Mineiros - AMAGIS passava por grave crise, que preocupava os magistrados, seus associados, temendo-se o surgimento de situações embaraçosas, envolvendo o próprio Tribunal de Justiça. Consultados os possíveis candidatos à Presidência da Associação, somente o Desembargador Erotides Diniz aceitou disputá-la. Eleito por larga margem de votos, dirigiu a AMAGIS de 05.04.1975 a 05.04.1977, administrando-a com eficiência e a ponderação que o delicado momento reclamava.

Devem-se a ele as primeiras medidas para a criação do Plano de Saúde, hoje, sem dúvida, a mais importante área em que atua a nossa Associação de classe em benefício de seus filiados.

Intransigente defensor da dignidade da Magistratura e da honra de seus integrantes, não admitia que acusações temerárias e levianas, até mesmo pelos

jornais, ficassem sem resposta, como acontecia até então, ao contrário da OAB/MG, que se punha em campo quando algum advogado era o alvo.

Presidente da AMAGIS, o Desembargador Erotides Diniz nomeou comissão especial, constituída dos Juízes Enéas Guimarães Mendonça e o autor destas linhas, para examinarem, com isenção, as invectivas de certo advogado contra um dos mais dignos magistrados da Capital. A comissão examinou detidamente o caso, em todos os seus aspectos, e, concluindo pela inteira improcedência das acusações, o Presidente Erotides publicou nos jornais enérgica nota de desagravo ao colega injustamente visado.

O Desembargador Erotides Diniz faleceu em 13 de agosto de 1991. Seu casamento com D. Rita Moreira Diniz, que lhe sobrevive, deu-lhe os filhos Maria Aparecida, Lúcia e José Carlos Moreira Diniz, este também magistrado, hoje no Tribunal de Alçada do Estado.

Seu amor pela Magistratura era tão intenso que deixou a recomendação, fielmente atendida, de ser sepultado com a beca que envergara com tanta dignidade, e com rosas vermelhas, a cor da instituição a que servira praticamente por toda a vida.

A modelar figura do Desembargador Erotides Diniz, como magistrado, cidadão e chefe de família, será sempre invocada, como padrão de conduta, por aqueles que tiveram o privilégio de conhecê-lo e de com ele conviver, e pelas gerações futuras, que nele se mirarão, como exemplo e inspiração para a própria existência.

-:::-

COMARCA DE ALÉM PARAÍBA

Des. Antônio Pedro Braga (*)

Na Seção de Eventos da "Memória do Judiciário Mineiro", registra-se fato pitoresco ocorrido em 1888 na Comarca de Além Paraíba. O fato, relacionado com a Proclamação da República, vem descrito pelo Desembargador Francisco Bernardo Figueira, como abaixo se vê:

"No cenário político nacional o ano de 1888 surgiu agitado. A campanha abolicionista empolgava todas as classes sociais. O Brasil, a Terra de Santa Cruz, era o único país civilizado a manter a escravidão.

O sentimento de ser a última nação de escravos humilhava a nossa altivez, a emulação de país novo, disse Joaquim Nabuco".

A Princesa Izabel regia os destinos do Brasil.

A queda de Cotegipe e a subida de João Alfredo, com seu ministério abolicionista, precipitaram os acontecimentos, e, a 13 de maio, a Regente assinou a Lei Áurea.

A Abolição foi, porém, o marco inicial da queda definitiva da Monarquia, no complexo de causas que determinaram o estabelecimento da República, o gesto da Magnânima se define como um dos mais decisivos.

Silva Jardim, ardente propagandista das idéias republicanas, foi convocado para proferir uma conferência em Angustura, que, atravessando uma fase áurea, com a opulência de suas lavouras de café, ansiava por ouvir a palavra candente do Tribuno.

Os "republicanos" se organizaram, subscreveram o capital necessário para as despesas, encomendaram um régio banquete à Casa Paschoal, do Rio de Janeiro, ornamentaram o lugarejo, erguendo arcos de triunfo por onde deveria passar a comitiva com o conferencista, trouxeram a banda de música do Barão de Guaracema e uma orquestra para o baile.

(*) Primeiro Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

Mas os "monarquistas", através da Guarda Negra, tentaram impedir a realização da conferência e do banquete. Reunidos na Praça da Matriz, armados de espingardas, foices e porretes, passaram a provocar, a insultar e a proferir ameaças. Tiros esparsos disparavam os elementos mais exaltados e alcoolizados.

Enquanto isso, no salão ricamente ornamentado, realizava-se o banquete.

Silva Jardim, indiferente às ameaças, proferiu sua esperada conferência e, afirmando que a monarquia estava esfacelada, morta, pintou, em cores vivas, o futuro próspero da Pátria sob a bandeira da República. Sua voz forte e sonora contrastava com seu porte menos que mediano e se sobrepunha ao alarido da negrada enraivecida.

Preparados para a reação, os "republicanos" assentaram suas carabinas e revólveres nos vãos das janelas. Elementos mais ponderados, o Dr. Theophilo Ribeiro entre outros, concitaram os negros a desistirem da agressão. Encorajados pelo álcool, estes, porém, não lhes deram ouvidos.

Uma comissão procurou o vigário, o Monsenhor Vitorino, tido como mentor da Guarda Negra, e conseguiu que este mandasse um emissário para dispersar os agressores. Raivosos, os negros esvaziaram a praça, disparando tiros e brandindo ameaçadoramente suas armas.

O silêncio da noite só não reinou no arraial porque as notas maviosas da orquestra bailavam no espaço, misturadas ao eco das palavras do eloqüente tribuno.

Na imaginação portentosa de Silva Jardim bailava também um sonho: ele via a República, filha de sua esperança, soberanamente dirigindo o destino do Brasil.

Teria passado pela sua mente, naquele momento, a visão da cratera horrenda do Vesúvio que apagou a sua estrela?

Nota: Eis o *menu* do banquete oferecido a Silva Jardim.

Menu du dîner

Conserves-olives-beurre frais-radis
Crème de vôlaille à la Silva Jardim
Petites bouchées de saumon à la Proclamation de la République
Croquettes à la démocratie triomphante
Poisson fin à la déchéance des Bragance-Orléans
Filet piqué à la liberté, egalité, fraternité
Chartreuse de perdrix à la Minas libération

Salade russe à la angusture républicaine
Punch à la république universelle
Dinde rotie à la prise de la Bastille
Jambon d'York à Tire-dentes
Asperges à la révolution de 42
Gelée aux fruits au triomphe républicain
Fromage glacé à la libération des peuples
Desserts variés
Café; liqueurs et cognac
Fruits de la saison - fromages divers
Fruits crystalisées - assiettes de gâteaux fins
Vins: Madère; Xèrés; Sauterne; Médoc; Bourgogne
Rhum; Champagne frappé; Porto vieux

(Fornecido pela Casa Paschoal - J. Leuzinger & Filhos)

-:::-

PRECIOSIDADES FORENSES

Carlos Weber Ad-Vincula Veado (*)

Das diversas Comarcas de Minas Gerais, desde as históricas Vila Rica, Rio das Mortes e a do Rio das Velhas, até as de hoje, emanam preciosidades que narram pérolas da história do Judiciário mineiro. Aos borbotões, saltam dos autos processuais findos, do silêncio sepulcral dos cartórios criminais que os têm depositados, mais por questão legal, do que propriamente por aquilo que contêm de histórico, como repositórios de um passado que não deve ser esquecido, antes sempre lembrado.

São raridades que narram a vida judiciária da comarca, as leis vigentes, o processo, o procedimento, as sentenças, os pareceres, as defesas, enfim, a história de um povo, de seu comportamento, de seus costumes, de sua cultura. Não poderiam ou deveriam estar ali, muitas vezes esquecidos, acondicionados como entulhos, como se devêssemos simplesmente "dimenticare" - esquecer - o passado e o que ele representa como História e cultura de uma época.

Nosso País é pródigo em sua falta de memória!

A história de ontem é relegada ao esquecimento pela idéia imediatista do nosso tempo, quando só impulsionam o homem o presente e o futuro, desprezando os ensinamentos que do passado se extraem.

Ora, um país, uma nação, se faz pela sua História, pelos seus idos, que devem permanecer vivos e atuantes, cristalizando-se como parâmetro de condução, de educação, de evolução de um povo.

Nos anos em que exerci honrosamente o cargo de Promotor de Justiça na Comarca de Formiga, cidade que respira um passado rico de história, tentando imbuir-me do espírito arqueológico, deparei, nos arquivos do Cartório do Crime, velhos processos criminais - ali, partes de um índice apenas - desprestigiados, borolentos, empacotados, postos em jazigo, e, ante a riqueza de seu conteúdo, como estudo criminal e até sociológico, pareciam pedir sua ressurreição, pois

---

(*) Procurador de Justiça em Minas Gerais.

assim poderiam levantar-se e contar a todos nós as jóias que contêm como espelhos de um passado precioso, de um fantástico espetáculo de comunicação social.

De posse daquele manancial, virei as páginas de um processo a remontar aos anos de 1700. Nessa busca emocionante, extraí um pequeno exemplo dessa soberba fonte. Trata-se de uma certidão do Escrivão do Crime, em execução de sentença criminal. Assim:

"Certifico e dou fé que executei esta sentença do Réo José dos Santos Lião que foi morto na forca com todas as solenidades religiozas e judiciais, assistindo a todo esse acto o Juiz Municipal Dr. Pedro Da Costa Fonsenca, commigo Escrivão das Execuções. Vila Nova de Formiga, 12 de fevereiro de 1845. O Escrivão, João José de Freitas".

Foram, por certo, peças desse quilate que levaram o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais a criar, pela Resolução nº 108/88, em boa e inspirada hora, a "Memória do Judiciário Mineiro", corporizada no Museu do Judiciário Mineiro. Sua destinação é preservar essa diversidade incontável de processos, livros, documentos, mobiliários, urnas das sessões de júris e densos fatos como esse, tudo constituindo um acervo de inestimável valor. E, assim, fomentar sua divulgação, posto às visitas, à pesquisa e às consultas daqueles que se interessam pela História, estudiosos, estudantes.

Os autos que temos aqui - e há milhares deles em Minas Gerais, em nossas comarcas assim valiosos - deveriam encontrar-se, não apenas conservados nos escaninhos de um arquivo morto, no Museu do Judiciário ou, dispostos, pelo menos, em um museu municipal, a exemplo do que já se fez na histórica Comarca de Pitangui, onde dedicados historiadores e pesquisadores incansáveis preservaram seus mais famosos autos, cíveis e criminais. De dois sei que trazem as assinaturas dos Inconfidentes Tomás Antônio Gonzaga e Cláudio Manoel da Costa. A história comunal de Pitangui, cidade de relevo das Minas Gerais, ali é preservada da natural destruição que o tempo provoca. São testemunhos de uma época, prontos para consultas ou estudos, ou simples manuseio curioso, mas sempre protegidos como unção pela história que revelam do arquivo emudecido e triste de um Cartório Criminal. Exemplo digno de ser seguido esse de Pitangui, comarca que também me acolheu por algum tempo no exercício de minhas funções no Ministério Público.

Primorosa história que hoje vem sendo resguardada por importantes medidas pela administração da Memória do Judiciário, fazendo com que as diversas comarcas do Estado mantenham, protegido e conservado, esse incalculável patrimônio, na defesa e no fortalecimento dessa inesgotável fonte histórica e cultural que ora se protege nesse sagrado setor, hoje denominado "Memória do Judiciário" de Minas Gerais.

-:::-

Doutrina

ANOTAÇÕES SOBRE O EXAME DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

Dr. José Tarcízio de Almeida Melo

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

SUMÁRIO: 1 Introdução. Substância da tese. 2 A nova fase da jurisdição em matéria de ato administrativo. 3 Separação de poderes. 4 Definição essencialmente constitucional da competência do Poder Judiciário. 5 Intensificação do controle na democracia social. 6 Atos e contratos administrativos. 7 Atos políticos. 8 Discrição, ética e liberdade. 9 Conceitos jurídicos abertos. 10 Liberdade e eficácia do administrador público. 11 Ato arbitrário não existe. 12 O ato discricionário é vinculado. 13 A intelecção da lei é método de administrar. 14 Delimitação incoerente de controle. 15 A legalidade interna e os direitos individuais. 16 A sentença evidencia a causa final do ato administrativo. 17 Mecanismos de controle pela interpretação dos textos. 18 Conclusões.

1 Introdução. Substância da tese

Ao argüir o Prof. Edimur Ferreira de Faria, no julgamento de sua tese de doutorado, que, com este mesmo título, constitui notável contribuição ao Direito brasileiro, apresentei questionamentos pertinentes ao interessante conteúdo construtivo e inédito, que me foram solicitados pelo Professor Paulo Neves de Carvalho.

Paulo Neves, como Professor, sempre foi entusiasmante. Didática preciosa. Mais uma vez para me entusiasmar, talvez, fez-me o pedido. Fui sensibilizado, mas saliento que ele está a nos dever as suas *Lições de direito administrativo*. Em sua homenagem e em apreço à obra do Dr. Edimur, cuidei de coligir estes apontamentos, que se destinam à comunidade jurídica pelo nobre veículo da "*Jurisprudência Mineira*". Agradeço a disponibilidade que me permitiu o em. Primeiro Vice-Presidente do eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargador Rubens Xavier Ferreira, que encerra, neste ano, sua longa carreira de magistrado,

na qual se caracterizou como juiz moderado e sensível ao interesse público e à justiça social.

Uma tese de doutoramento deve conter criatividade. Não é o depósito ou a cumulação de conhecimentos alheios, entrincheirados pela pesquisa, pela tesoura, pelos recortes. Será válida se contiver alguma contribuição crítica e será ótima quando romper com cautelas estratificadas pelo misoneísmo.

A tese do Prof. Edimur Ferreira de Faria não é uma promessa de rompimento institucional. É cautelosa e, quando já escrita, por coincidência histórica alvissareira, foi assimilada pela alta jurisdição do Brasil. Na tese, identifica-se a janela aberta pelo Prof. Sérgio Ferraz[1], ao admitir que o mérito do ato administrativo possa ser examinado pelo Judiciário, com a significação de servir de clareira que possibilita a incursão na conveniência e na oportunidade, sem a qual a omissão contribui para que proliferem atos danosos ao indivíduo, à sociedade e ao erário.

2 A nova fase da jurisdição em matéria de ato administrativo

A doutrina do Direito Administrativo tem classificado atos administrativos entre vinculados e discricionários. Estes seriam legítimos e não se confundem com atos arbitrários, nos quais existe excesso ou desvio da competência, da forma ou da finalidade.

O Poder Judiciário, em obséquio à separação de poderes, não deve penetrar o mérito do ato administrativo. Esta é uma preliminar que enclausura o ato administrativo, aflige os juízes e mata processos, às vezes por insegurança, outras, por escrúpulo e, ainda algumas, pela tendência subconsciente de aproveitar-se o permissivo para desacumular o excesso processual contínuo e insolúvel.

O Supremo Tribunal Federal[2], no memorável julgamento da ADIn (Medida Liminar) 2.348/9, do Amazonas, tendo por Relator o em. Min. Marco Aurélio, afirmou nova fase para o Direito brasileiro, ao admitir que é facultado ao Poder Judiciário analisar a urgência e a relevância das Medidas Provisórias, para o efeito de controlar a sua edição, nos termos do art. 62 da Constituição da República. Esse fato histórico, de 7 de dezembro de 2000, constitui o ingresso explícito da Justiça no exame do mérito do ato administrativo. Pois a urgência é a oportunidade, e a relevância é a conveniência do ato administrativo, o núcleo de seu mérito,

1 FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 90 e 154.
2 Supremo Tribunal Federal, Pleno, julgamento de 7 de dezembro de 2000, pendente de publicação oficial.

anteriormente sem acesso ao controle jurisdicional. Desde o julgamento da ADIn n. 162/1, de que foi Relator o Min. Moreira Alves, o Supremo Tribunal havia aceitado que, embora os conceitos de urgência e de relevância decorram, *em princípio*, do juízo discricionário do Presidente da República, admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar[3].

3 Separação de poderes

A separação de poderes, que não deve ser divisão, porque o poder do Estado é uno e indivisível[4], não é absoluta. Tem conteúdo político distribuidor de funções, mediante freios e contrapesos impregnados pela lei fundamental. Num segundo aspecto, é influenciada pela divisão do trabalho, visando à produtividade[5]. Ao revelar as diversas funções, estas sim distribuídas entre órgãos do Estado, fica delineado o conteúdo útil da separação. Por isso que Montesquieu[6] admitiu dois poderes executivos, um dos quais o Judiciário, com a diferença bem essencializada por Pedro Lessa[7]. O Judiciário executa as leis, quando houver contencioso, para dissipar os conflitos. Na aplicação normal das leis, funciona o Poder Executivo propriamente dito.

4 Definição essencialmente constitucional da competência do Poder Judiciário

Ao proibir o juízo ou tribunal de exceção, a Constituição da República (art. 5°, XXXVII) reserva-se a competência do Poder Judiciário e garante a todos o livre acesso a ele, quando houver ameaça ou lesão de direito (art. 5°, XXXV). São duas garantias constitucionais de primeira ordem, que traçam a esfera imaterial de atuação do Poder Judiciário, a qual é imperativa e inegociável, por dizer respeito ao Estado Democrático de Direito, no qual todos têm a mesma possibilidade de obter o desfrute dos bens da vida proporcionados por ele. A Justiça é o Bem da Vida, na sua acepção sintética e completa.

Tradicionalmente, o Poder Judiciário não alcança os fatos anormais, ou seja, fatos em conexão com o meio social de mais de um Estado, a que se referiu Amílcar de Castro[8]. Fatos do direito das gentes devem ter jurisdição internacional,

3 Supremo Tribunal Federal, Pleno, julgamento de 14 de dezembro de 1989. *DJU*, 19.09.97, p. 45.525. *Ementário*, v. 01883-0, p. 00001.
4 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 181.
5 LEROY-BEAULIEU, Paul. *L'état moderne et ses fonctions*. Paris: Ed. Guilhaumin, 1891, p. 44 e segs.
6 MONTESQUIEU, C. de. *O espírito das leis*. Livro XI, Capítulo VI. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 187.
7 LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 1.
8 CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*.1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 24 e segs.

quando os agentes forem Estados e o objeto, crimes contra a humanidade. O Poder Judiciário é expressão da soberania interna, e os tribunais de justiça não têm vocação para resolver questões políticas, como as das relações internacionais. O segundo limite é o do ato *interna corporis*, mas por outra razão, a de não configurar-se carga de lesão ou de ameaça a direito exterior ao corpo organizado, senão quando agredida é a Constituição, sabendo-se que os regimentos têm valor idêntico ao das leis, como ensinou Ruy Barbosa[9]. Esse segundo limite aponta no sentido da falta de interesse legítimo para a ação, pressuposto de qualquer processo. Esta é a autolimitação que se impôs a Suprema Corte dos Estados Unidos[10].

França, como outros Estados, na Europa, adota o sistema jurisdicional dúplice, dispondo do contencioso administrativo, razão plausível para que o Judiciário, simples ramo do Poder Executivo, não tenha de fazer o controle do mérito do ato administrativo. O tribunal administrativo fá-lo, e o controle sempre existe. Não há denegação de direito.

5 Intensificação do controle na democracia social

O Estado liberal substituiu a implacável vontade do príncipe, o poder pessoal, o voluntarismo individual, pelo poder legal, isto é, pela vontade geral transmitida pela lei. Na perspectiva da nova democracia, justifica-se a previsão de que, no século XXI, os atos administrativos decorrentes da imperatividade diminuirão à medida que se faculta maior participação democrática na gestão administrativa e se delegam às organizações sociais e às organizações de interesse público certas tarefas que antes somente podiam ser do Estado. Neste contexto, causou-me estranheza que tenha sido proposta a emancipação do Direito Administrativo, no berço do Direito Civil, com o julgamento do Caso Blanco, que fixou a responsabilidade civil objetiva do Estado pelo dano pessoal causado por vagonete pertencente a uma estatal manufatureira de tabaco. E que se proponha que, pela presença do interesse público, se minimize o *jus gestionis* do Estado, abolindo os atos privados do Estado, como a compra e venda, a locação de imóveis, porque tais negócios devem ser feitos dentro da economia de mercado, mediante livre concorrência. Considero anacrônicos os precedentes que afirmam não ter o servidor público direito ao regime jurídico, para concluírem pela negação de requerimentos, esquecendo que a alteração dos regimes jurídicos, inequivocamente ato unilateral, não é incompatível com a manutenção dos direitos adquiridos voluntariamente introduzidos pela Administração Pública, nos patrimônios privados (Constituição da República, art. 5°, XXXVI).

9 BARBOSA, Ruy. *Annaes do Senado Federal*. v. VI. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915, p. 300/309.
10 SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 194 e segs.

6 Atos e contratos administrativos

Restrinjo a aceitação de que todo ato administrativo é unilateral, para separá-lo do contrato, por natureza bi ou multilateral. Na teoria do Direito Privado, são aceitos os contratos unilaterais, quando as obrigações são de uma só das partes e correspondem a direitos da outra. Os convênios do Direito Público são bi ou multilaterais, nem por isso deixando de ser atos normativos, como é o clássico exemplo daqueles convênios tributários com valor de lei complementar.

Caio Mário da Silva Pereira[11] distingue, com precisão, que não é possível confundir-se a bilateralidade como elemento constitutivo (bilateralidade de manifestação de vontade) com a bilateralidade das conseqüências produzidas. Somente num dos sentidos e, não necessariamente, nas obrigações geradas, a unilateralidade é típica do ato administrativo, pois o convênio ou o contrato podem ser unilaterais.

O novo doutor reconheceu que o entendimento doutrinário segundo o qual os atos regulamentares ou normativos não são atos administrativos está fora da realidade brasileira. Parte da premissa certa de que, no Brasil, não há o regulamento autônomo, ou seja, o regulamento não pode inovar ou contrariar a lei, porque seria inconstitucional. Mas, metodiza insatisfatoriamente a distinção, ao afirmar que os destinatários do regulamento são conhecidos ou podem sê-lo. Os destinatários do regulamento são os mesmos da lei, indica-o a premissa maior da reserva legal. Certamente, o mandado de segurança preventivo somente terá sentido diante de atos administrativos que ofereçam perigo efetivo ou potencial: "*A repercussão de seus efeitos é sentida no momento em que a situação fática de alguém, pessoa física ou pessoa jurídica, configura hipótese contida no regulamento*". A rigor, não se trata de configurar hipótese, mas de a hipótese regulamentar configurada incidir na ameaça a direito individual. Também não é possível aceitar-se que, nos atos normativos de categoria genérica ou normativa, os princípios sejam menores, porque não afetam concretamente interesses individuais. Destinados a serem eficazes, ainda que mediata ou indiretamente, são todos orientados pelos mesmos princípios constitucionais.

7 Atos políticos

Os atos de governo, denominados atos políticos, de guerra e paz, de relações internacionais e de nomeação de agentes políticos, são subtraídos, pela doutrina, do controle jurisdicional. Menciona-se o estreitamento do campo de liberdade do Poder Executivo, para sua aplicação, afunilamento este que permite o controle

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 38.

jurisdicional, como é o caso da autorização do Congresso Nacional para a guerra e a aprovação do Senado Federal à nomeação dos diretores do Banco Central. Não é o afunilamento ditado pela participação do Congresso ou do Senado que amplia o controle jurisdicional, mas a simples necessidade da supremacia da Constituição, da lei e do interesse público, mediante o amplo acesso à Justiça, seu intérprete e baluarte.

8 Discrição, ética e liberdade

A Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, erige os princípios fundamentais da Administração Pública, em seu art. 37. A legalidade traça o perímetro do ato administrativo, que é emoldurado pela impessoalidade, pela publicidade, pela eficiência, pela moralidade, pela razoabilidade e pela proporcionalidade. A atenção a estes princípios deve ser vista pelo Judiciário brasileiro pelo simples fato de que a Administração Pública pode praticar atos ilegais. Não existindo outro órgão que o faça, ao juiz é obrigatório garantir a supremacia da Constituição.

Os autores costumam dizer que o ato administrativo pode ser discricionário. Em termos éticos (há o princípio constitucional da moralidade), discricionário é o reservado, o que sabe manter a distância. Na Matemática, aprende-se que o discreto é o descontínuo, o que não estabelece concorrência. No Direito, o discricionário não é absoluto, mas relativo a outros entes, que não podem ser contrariados. Esses são a lei e, quando ela não existe, os princípios gerais de direito, a eqüidade, afinal a construção jurisprudencial, porque o Judiciário é quem os dita. Está superada a doutrina de Laband, segundo a qual o dever do juiz é fazer valer o direito objetivo, sem liberdade ou autonomia de vontade; a Administração não encontra limites jurídicos, no exercício da discricionariedade, e, no máximo, existe limite político ou moral.

Distanciando-se de Laband, encontra-se a doutrina de Jellinek, desenvolvida por Otto Mayer, a doutrina do método jurídico. A lei pode conferir uma autorização ao administrador público, ou certa iniciativa de complementá-la, porém, mesmo aí, não há um poder discricionário inteiramente livre, pois estará vinculado aos fins da legislação, cuja execução é o verdadeiro papel da Administração[12].

Confunde-se o ato discricionário com o ato livre, e chega-se até a dizer que o livre ou o discricionário é o agente do poder e, não, o ato. Distinção sem importância, porque o ato é a criação de um ser dotado de vontade, uma projeção da

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 67.

personalidade deste, e aquele resultado é o objeto do controle, implicando repercussão sobre o agente, seu autor responsável.

Celso Antônio Bandeira de Mello[13] percebeu o fundo da questão, ao colocar que não existe ato propriamente discricionário, mas discricionariedade por ocasião da prática de certo ato, pela falta de objetividade absoluta da lei, que não descreve antecipadamente a situação, e o objetivo é dado mediante conceitos vagos, dotados de imprecisão, ou a norma confere liberdade decisória, que envolve exame de conveniência, de oportunidade, em vez de um dever de praticar um ato específico.

O poder discricionário destina-se a aferir a escolha da providência ótima a ser aplicada ao caso concreto, para o alcance perfeito do desiderato normativo, que é a base do Direito Público, diferentemente do Direito Privado, em que a sustentação da vontade é a liberdade do indivíduo.

9 Conceitos jurídicos abertos

Há uma interessante discussão sobre conceitos jurídicos ou legais indeterminados e sobre a máxima efetividade das normas constitucionais. Ambos os temas pertinem ao ato discricionário. Pelos conceitos indeterminados, os autores discutem sobre o que é indeterminado, o conceito ou os termos de seu enunciado. O que, a rigor, existe é o *conceito aberto* ou o *conceito mediato*, que a Lógica ensina ser aquele que se obtém mediante outros conceitos, e que deverá ser positivado pela inteligência interpretativa do administrador ou do juiz. Não existe indeterminação, pois não haveria conceito. Seria a contradição. Diferenciar o conceito de seu enunciado é torná-lo sem utilidade, é admitir que o rótulo possa ser distinto do substancial. Senão, a diferença é irrelevante.

Em termos de Direito Público, todo ato administrativo é, necessariamente, por sua essência, vinculado, no mínimo, à lei e ao interesse público. Logo, as normas autorizativas da lei significam que se delegou ao administrador distinguir e encontrar o *time* de sua aplicação. Nada mais. Não se pretende retornar ao *quod principi placuit*, à vontade do governante, em detrimento do poder legal.

O princípio da máxima efetividade da norma constitucional vem da pletora de normas programáticas e dos princípios constitucionais. Houve um tempo em que os constitucionalistas dividiam os textos constitucionais em auto-aplicáveis ou de eficácia diferida ou contida.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 306-12.

O impasse e a perplexidade que dominaram a Constituinte de 1987 favoreceram a elaboração de normas destinadas ao futuro, ao fôlego de uma discussão legislativa infraconstitucional.

Ainda a elaboração dessas leis não significa discricionariedade do legislador, o qual ficará em mora, quando reconhecido, pelo intérprete constitucional, que faltou ao comando da Constituição. É o que remanesce na utilidade do mandado de injunção, nascido com a Constituição de 1988, mas que o Supremo Tribunal não teve a coragem de implementar, limitando-o a simples "*aviso de mau comportamento*", como aquele que é dado pelo fiscal da disciplina de um colégio rigoroso.

Embora tenham existido tentativas válidas dos Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, para se dar ao mandado de injunção sua verdadeira função constitucional, é certo que o Supremo Tribunal recuou, e ele foi praticamente renegado pela jurisprudência, quando estabeleceu, ao lado da falta da devida regulamentação constitucional, a separação de poderes, como seu maior e melhor obstáculo[14].

J. J. Gomes Canotilho[15] proclama a obrigatoriedade de todas as normas constitucionais perante quaisquer órgãos do poder político, vinculando os tribunais. As normas programáticas (normas-fim ou normas-tarefa) devem ser tomadas em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição). Considera ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre "*norma jurídica actual*" e "*norma programática*":

"'*todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa, independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor' (Garcia de Enterria). Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de 'aplicação directa' e em que medida é exequível por si mesma*".

Propõe Canotilho que os juízes "*têm acesso à constituição*", com o conse-

14 Mandados de Injunção n. 107-DF, *RTJ*, v. 135, p. 4; 168-RS, *RTJ*, v. 131, p. 492; 232-RJ, *RTJ*, v. 137, p. 965; 235-RJ, *RTJ*, v. 144, p. 678; 283-DF, *RTJ*, v. 135, p. 882; 284-DF, *RTJ*, v. 139, p. 712; 369-DF, *RTJ*, v. 144, p. 393.
15 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, p. 1.051/1.053.

qüente dever de aplicar as normas programáticas, por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo, e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos processos submetidos a julgamento, dos atos normativos contrários às mesmas normas. Pressupõem, em larga medida, a clarificação conformadora efetuada pelas autoridades com poderes político-normativos.

Canotilho analisa a repercussão da norma programática sobre a norma anterior à Constituição. Pode não existir revogação, por não ser evidente o contraste, mas ocorre a figura da ilegitimidade constitucional superveniente, que significa a ilegitimidade da norma pela superveniência da norma constitucional. Porém, as normas programáticas servem de limite negativo às leis consagradoras de disciplina contrária.

Marcelo Weick Pogliese, do Centro Universitário de João Pessoa, cita-o e conclui que:

"*'Os juízes têm acesso à Constituição', com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de insconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento dos atos normativos contrários às mesmas normas.*

A cultura jurídica brasileira é um dos maiores empecilhos para a concretização destes ditames constitucionais, por encontrar-se intrinsecamente ligada aos Códigos e ao exagerado arcabouço legislativo.

Esta constatação é clara quando nos volvemos para o processo de subsunção do fato à norma, ou seja, da aplicação da norma ao caso concreto: é comum, como primeiro passo, irmos de encontro à legislação ordinária que se adeqüe à matéria; posteriormente é que nos voltamos à Constituição, num processo interpretativo de baixo para cima"[16].

Raul Machado Horta reconhece a plasticidade da Constituição de 1988, ao transferir para o legislador a incumbência de acompanhar as oscilações da opinião pública e da vontade do corpo eleitoral, em vez de se engessar na imobilidade. Pela lei ordinária, a Constituição procurou preservar-se para coincidir sempre com a realidade social e política[17].

Alega-se que as decisões constitucionais estão condicionadas à lei e que é

16 "A morte das normas constitucionais programáticas com eficácia limitada". *Jus navigandi*. Internet, p. 3.
17 HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 209.

difícil ao juiz conhecer os impactos da implementação ou ainda superar o obstáculo da reserva legal.

Luís Roberto Barroso[18], ao fundamento de que as normas programáticas não prescrevem uma conduta exigível, não contêm dever jurídico a que corresponda um direito subjetivo, mas, por seu efeito atípico, invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos, valendo um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigi-la.

A falta de lei não é preocupante, uma vez que existe a competência do juiz para a lacuna legal; é reconhecida desde a Lei de Introdução ao Código Civil.

A competência para o Mandado de Injunção não foi distribuída difusamente pela Constituição, mas concentrada na jurisdição originária dos altos tribunais, que têm plenas condições de obter informações abrangentes e avaliar os riscos que decorrerão de sua sentença (Constituição da República, arts. 102, I, *q*, e 104, I, *h*).

Quando se trata de norma de efeitos determináveis, cumpre ao juiz, difusamente, torná-la real, conciliando a Constituição nominal com a realidade política e social.

10 Liberdade e eficácia do administrador público

Existe uma tendência para a progressiva liberdade do administrador público, para o governo navegador, em vez de governo remador. O que importa são os resultados, e estes, sem prejuízo de meios lícitos, podem ser obtidos com liberdade. Mas, nem no exercício dessa liberdade, o agente ou o ato deixa de ser vinculado ou regrado.

O conceito ordinário e corrente de ato discricionário não é a antítese do ato vinculado ou regrado e não corresponde ao que procura expressar, na doutrina do Direito Administrativo. Nem é possível aceitar-se que exista incompatibilidade entre a discricionariedade, palavra que não está nos dicionários, e o direito subjetivo público. Não são institutos antinômicos, porque a discricionariedade é uma potência que pode ser reduzida a ato, não é onanista, é epifânica, e pode afetar a situação individual de alguém.

O ato discricionário somente estaria fora do âmbito do direito individual se

18 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro. São Paulo. 2000, p. 119.

infértil. Nem me parece possível a classificação que nega o direito subjetivo, para resumi-lo a um poder, e que seria poder unilateral, na relação de direito público. O poder é somente o elemento físico que permite tornar exigível e realizável o direito, que preexiste, mas não é elemento ontológico.

11 Ato arbitrário

Tem sido aplicada uma noção pejorativa do arbítrio, para revelar arbitrariedade. O arbítrio é decisão livre, pode até ser escolha, mas não se trata de um querer sem causa, do determinismo, porém revelação da capacidade axiológica de apreciar as coisas com responsabilidade, segundo os imperativos categóricos da formação do homem, constituídos por princípios jurídicos e éticos. É a apreciação, por comparação, do que possuímos e da perfeição específica da qual não temos posse atual, mas apenas virtual, a tímese parabólica, que origina e fundamenta a religião.

12 O ato discricionário é vinculado

A diferença do ato vinculado para o ato discricionário está apenas na amplitude e na evidência do vínculo ou da norma. Pode ser norma clara, completa, fechada, ou norma aberta, equívoca, polissêmica ou plurissignificativa. Neste segundo grupo, acha-se o que é indevidamente chamado de conceito jurídico indeterminado.

13 A intelecção da lei é método de administrar

A intelecção é o método para a obtenção do significado correto. O pensamento é uma unidade objetiva, que é formado pelas categorias, significações gerais que podem ser decompostas. As significações são unidades interdependentes que informam as categorias e o pensamento. O pensamento é axiológico, ou seja, diz o valor do ente, a partir dessa interdependência. Não se trata de escolha, que, na Ética, é ato de volição, de decisão entre uma e outra alternativa. Pela intelecção, obtém-se a conveniência, que é o ser que concorda, que entra em ajuste com a situação, bem como a oportunidade, que é a boa ocasião, a chance, o evento favorável, e verifica-se a condição, que é o necessário à ação.

A lei não contém todos os interesses sociais, e a dedução deles é trabalho intelectivo. Não compete ao administrador ou ao juiz escolher entre várias soluções ou alternativas, mas identificar a única permitida. Discordo da afirmação de que a discricionariedade começa onde acaba a interpretação. Pela interpretação do conceito abstrato sobre o campo concreto da aplicação do direito, o administrador, como o juiz, apura e transmite a vontade da lei e não emite qualquer ato voluntário.

O Ministro Marco Aurélio[19], ao se pronunciar sobre o Poder Judiciário, proclama que, ao interpretar a lei, ato de vontade, assume a cota de responsabilidade que lhe cabe na promoção da cidadania e da justiça social. Disse mais que "*a ninguém mais escapa que o Poder Judiciário não é um mero aplicador da lei, pois deve, acima de tudo, indicar e consagrar o que é justo*".

O juiz é o artífice da expressão do sentido justo da lei.

14 Delimitação incoerente de controle

A separação de poderes não serve para justificar a impossibilidade do controle pelo Poder Judiciário. Deveria ocorrer, por coerência, controle do Legislativo, pelo *ombudsman*, na Escandinávia, ou pelos tribunais de contas, que, além de elaborar a lei, lhe acompanhem a aplicação, para garantir-lhe o seu sentido útil. No Brasil, o controle judiciário é associado à competência da Justiça para a jurisdição constitucional, que abrange não somente os atos privados, mas os atos públicos, como as leis e os atos administrativos.

Embora Georges Vedel[20] tenha apreciado explicitar que o controle judicial do ato administrativo se verifica pelas quatro formas relativas à legalidade (incompetência, vício de forma, desvio de poder e violação da lei), é certo que, na compreensão do desvio de poder, admitiu que o juiz administrativo examine o objetivo que a lei impõe ao administrador, com a exclusão de qualquer outro, incorporando à legalidade certos princípios de moralidade. Estende o controle à legalidade interna, e esta faz com que o juiz conheça dos motivos exatos e dos objetivos legítimos, que cumpre à Administração provar, para serem avaliados, podendo ser relevados erros, desde que não tenham caráter manifesto e não comprometam o exercício dos direitos e liberdades.

15 A legalidade interna e os direitos individuais

A doutrina francesa também evoluiu, tendo Alibert acrescentado o quarto caso do recurso por excesso de poder: a violação da legalidade *ou* dos direitos individuais. Essa distinção serve para atribuir ao juiz do excesso de poder o exame das condições da legalidade interna, aproximando-o ao recurso contencioso de plena jurisdição. Alibert afirmara que "*la catégorie des actes discrétionnaires ou de pure administration paraît disparu de notre droit public*"[21].

19 MELLO, Marco Aurélio de. *Últimas notícias do Supremo Tribunal Federal*. Discurso de posse do Presidente do Supremo Tribunal Federal. 31 de maio de 2001.
20 VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 551, 610/611.
21 ALIBERT, Raphael. *Le controle jurisdictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*. Paris: Payot, 1926, p. 41-43 e 83.

Gaston Jèze[22] ressalvou a necessidade de se preservar a liberdade do administrador, quando a lei lhe outorga o poder de atuar ou de abster-se, principalmente em matéria de polícia, citando o famoso caso do emprego de força policial requisitada, em caso de invasão de fábrica. Entretanto, situa o excesso de poder, criatura do Conselho de Estado, como controle da competência da Administração, ou seja, se ela cumpre o interesse público, podendo, para isso, se valer de documentos, da prova do desvio do poder, ônus de quem o alega, não cabendo a investigação mediante enquete pública ou testemunhas.

No controle da finalidade do ato administrativo, Jèze admite que o julgador se aproxima da oportunidade e pode até desfazer ou refazer a classificação legal do ato administrativo. Como, no Brasil, a competência é exclusiva do Poder Judiciário, sem contencioso administrativo, cumpre-lhe efetivá-lo na plenitude.

A afirmação de que, quando o juiz concretiza a pena, dentro da margem legal, realiza ato de vontade, ato discricionário, é inconsistente. O mesmo se passa na realização de obras, na concessão do porte de arma ou na fiscalização da moral pública, atos administrativos postos como exemplos dos atos discricionários. Existe sempre um feixe de motivos, de circunstâncias e de fins que determinam, segundo a lei, a solução de melhor qualidade. Trata-se de encontrar-se a resultante de forças convergentes e concorrentes, o que ocasiona verdadeira retenção de cálculo intelectual.

Há elementos intrínsecos que, igualmente, estão condicionados por princípios e preceitos jurídicos. Tanto o administrador público como o juiz podem interferir na matéria técnica. Pelo fato de valerem-se de conhecimentos especializados, para se assessorarem, não se lhes tira a investigação e a decisão direta com base naqueles elementos periciais. É insustentável, como o fizera o Supremo Tribunal Federal, que as medidas de caráter discricionário só possam ser anuladas se incompetente for a autoridade ou preterida houver sido formalidade prescrita em lei[23], olvidando as provas, o motivo, a finalidade. A limitação jurisdicional significa negar relevância aos princípios e preceitos da Constituição.

Pela doutrina de Caio Tácito[24], o conceito de legalidade pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam *razoáveis* e o ob-

22 JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. dir. de la 3. ed. francesa por Júlio N. San Millán Almagro. Buenos Aires, 1948, p. XXXV/XL.
23 Embargos na apelação cível, Relator o Mín. Castro Nunes. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 3, p. 69, jan. 1946.
24 TÁCITO, Caio. Vinculação e discricionariedade administrativa. *Revista de direito administrativo*, v. 205, p. 127-130, jan./jul./set. 1996.

jeto do ato, proporcional à finalidade declarada ou implícita na regra de *competência*, citando os exemplos do direito anglo-saxão e da Europa continental, que consideram a regra da racionalidade (*rationality test)* ou o padrão de razoabilidade (*reasonability standard),* o excesso de poder *(ultra vires)* e o *due process of law*, tanto como regra processual como de direito material. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pesquisada por Caio Tácito, acolhe os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, repelindo a ilegalidade de atos nos quais a discrepância entre o motivo e o fim evidencia a falta de congruência ou adequação, tornando excessivo e desarrazoado o objeto da manifestação do legislador ou do administrador, em detrimento de direito ou liberdade. Reitera-se aí, com enorme autoridade, a doutrina de Vedel.

O mérito, ontologicamente, diz respeito à competência (ter direito a), porém é utilizado, pela doutrina, para qualificar o elemento objetivo, na sua oportunidade e conveniência. Alguém ousará afirmar que, no julgamento famoso de que foi Relator o Desembargador Seabra Fagundes[25], o Judiciário não tenha entrado em matéria de mérito? É evidente que, no ano de 1948, no Rio Grande do Norte, não seria possível a um juiz, ainda que com os atributos dele, ousar o controle do mérito, por isso que o denominou controle da legalidade. O Tribunal potiguar decidiu, entretanto, que, segundo o interesse público, devia o transporte ser feito nos horários de maior demanda, como foi impetrado. Prudente, para não o admitir, explicitamente, fez controle de mérito do ato administrativo.

No seu voto, Seabra Fagundes assinalou que, entre os limites intransponíveis pela autoridade administrativa, está o concernente à finalidade, muitas vezes confundida com o motivo: "*o ato que, encobrindo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre*". Em seu trabalho, Fagundes distinguiu a competência discricionária da competência vinculada, pela maior mobilidade que a lei enseja ao executor do ato discricionário no exercê-la, e, não, pela liberação à lei. Baseado em Guido Zanobini, distingue o poder discricionário da liberdade em sentido comum, pois, enquanto a liberdade comporta verdadeiro arbítrio, a discricionariedade é uma liberdade duplamente condicionada: de modo genérico, porquanto a Administração, no seu exercício, deve sempre agir da maneira que repute mais útil ao bem geral e, de modo específico, porque, vez por outra, há de praticar ato de interpretação para indagar as razões pelas quais a lei lhe haja conferido o poder, o fim particular para cuja consecução o exercício dele deve ser dirigido, agindo do mesmo modo correspondente a tal fim.

25 Apelação Cível n. 1.422, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, 1948. *Revista de direito administrativo*, v. 14, p. 52/82, out./dez. 1948.

Com facilidade, chega-se, pelas palavras de Seabra Fagundes, a que o dito discricionário é duplamente condicionado, ou seja, é vinculado. A única diferença do ato vinculado, propriamente dito, é que nesse a via da lei tem única mão, está com ótima visibilidade e é pavimentada. No ato discricionário, a esteira da lei merece ser estruturada para se encontrar, através dela, o bem público, atualmente no contexto da qualidade total.

O motivo do ato administrativo, na linguagem escolástica, a causa motiva, indica o que o move, ou, na Psicologia, o estado consciente que serve como fator para determinar a conduta. O motivo é a causa final na sua tendência impulsiva de ordem intelectual, é a idéia movente. A motivação do ato administrativo é, portanto, o registro do conjunto das razões que explicam o fator e a conduta por ele determinada.

16 A sentença evidencia a causa final do ato administrativo

Posta a controvérsia, o juiz enfoca a finalidade do ato administrativo, que, para as escolas de Platão e Aristóteles, é a causa final, a mais importante de todas as causas, e por cuja razão algo deve existir: as boas qualidades possuídas ou o bem de que é causa eficiente, e por cuja razão uma coisa foi produzida por um ser inteligente e é o desígnio, o fato mental, que produziu a coisa.

Platão sustentou o Estado na finalidade de tornar o indivíduo feliz, facilitando-lhe a prática das virtudes na idéia do Bem, luz e vida de todas as outras idéias. Era preciso escolher entre todos os guardiães aqueles homens que, durante a vida inteira, se tiverem mostrado mais inclinados a ocupar-se com o que julguem útil à cidade e deplorava os que se propõem a legislar sobre bagatelas, operando constantes retificações e imaginando sempre que vão encontrar um remédio para as fraudes, sem perceber que não fazem mais do que cortar as cabeças da Hidra[26].

Aristóteles identificou a causa final como o movimento exterior que produz a bondade apetecível. O fim último do homem é a felicidade, mediante o uso da inteligência, da razão, que é o atributo específico do homem. Deus é o fim supremo, como verdade mais alta e inteligível. O meio para alcançá-lo é a virtude, conquista da liberdade sobre os apetites irracionais, submissão da atividade aos ditames da razão, hábito de escolher o justo, evitando o extremo e o defeito, que são os vícios da qualidade. Aristóteles coloca a política como parte da moral e é atento à índole, às condições e às necessidades do povo.

26 PLATÃO. *A República*. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, p. 153 e 174.

A causa final é, geralmente, subseqüente e foi identificada por Descartes[27] como a razão, estando ligada diretamente à conseqüência, ao fundamento lógico ou à verdade que a justifica. A doutrina cartesiana propõe a instrução, tendo por base a experiência; a perseverança, ainda que na dúvida, por ser melhor do que a perplexidade, e o poder do pensamento como suficiente para modificar o mundo, tendo por única barreira o que é absolutamente impossível.

Na linguagem de Kant[28], o fim de nossa vida é a felicidade, que deve ser obtida segundo a lei moral, que constitui um sistema que proporciona ao que não se comportou de maneira a tornar-se indigno da felicidade que possa ter a esperança de participar nela.

No Direito Administrativo, a causa final é sempre considerada como o interesse público ou social, e, para obtê-lo, quando há litígio, o juiz tomba bens culturais, controla atos da polícia, desapropria por utilidade pública ou interesse social, constrói vias públicas ou impede abusos na edição de medidas provisórias.

17 Mecanismos de controle pela interpretação dos textos

A invalidação do ato administrativo não é o único mecanismo, como pensa a teoria conservadora, que, em nome da separação de poderes, não aceita a substituição do ato administrativo pelo ato judiciário. O acesso ao Judiciário não deixa de ser um recurso, uma apelação, dotada de conteúdo triádico e dialético; inclui a realidade (afirmação), a negação e a limitação, que é a síntese ou a reconciliação das anteriores. Corrige-se a arbitrariedade, e procura-se o *a priori* subjetivo que seja de cada grupo e de sua época (conforme a Sociologia Cultural), para se obter o mais alto grau de certeza e de necessidade.

A interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto apuram uma proposta interpretativa adequada. Gilmar Ferreira Mendes[29] explica que a constatação de que uma determinada lei é compatível com a Constituição não significa que apenas a interpretação que lhe deu o Tribunal Constitucional, para chegar àquela conclusão, é aceitável. Necessário é que o caso concreto seja examinado pelos juízes e tribunais ordinários, que poderão encontrar outra interpretação compatível com a Constituição.

27 DESCARTES, René. *Discurso sobre o método.* Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima, da Universidade de São Paulo. 9. ed. Curitiba: Hemus Livraria, Distribuidora e Editora S.A., 2000, p. 49-61.
28 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura.* Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 636, 644 e segs.
29 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 228.

Na aplicação da lei, primeiro, procura-se a Constituição; em seguida, as outras leis, para que seja orgânica e harmônica a hermenêutica, e também a jurisprudência, que revela os princípios, a eqüidade e a analogia. Perpetra-se a construção dos tribunais. A pesquisa não se faz pela automação ou mediante sedimentações empíricas. Sempre há lugar para a interpretação e para juízo de valor. Quando mais de uma solução é admissível e tem o mesmo valor, é possível identificar a única permitida pela lei.

Doutrinou o Ministro Celso de Mello:

"*O princípio da interpretação conforme à Constituição, que enseja a declaração de inconstitucionalidade* sem redução de texto, *pressupõe, como requisito essencial de sua aplicação, a existência de 'normas polissêmicas ou plurissignificativas'*" (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 235).

A incidência desse postulado permite que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado.

Em suma: o princípio da interpretação conforme a Constituição, ao reduzir a expressão semiológica do ato impugnado a um único sentido interpretativo, garante, a partir de sua concreta incidência, a integridade do ato do Poder Público no sistema de direito positivo[30].

A interpretação conforme a Constituição determina que o conceito deduzido pelo Tribunal seja o correto, quando se trata de representação interpretativa, mas nem aí tem o fôlego ou a pretensão de esgotar outros conceitos.

Aplicada ao controle de constitucionalidade, pode-se obter resultado compatível com a Constituição, mediante a extração interpretativa feita pelo Tribunal.

Mas, em nenhum caso, se pode dizer que as demais interpretações sejam inconstitucionais, o que, em última análise, seria declarar a inconstitucionalidade do residual, do desconhecido, ou, ao menos, do não conhecido pelo processo. Tratando-se a inconstitucionalidade de figura anormal, tanto que regra básica é a da presunção da constitucionalidade, o método de se obter a inconstitucionalidade das interpretações residuais, por critério de exclusão, não se me afigura correto.

30 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 581-DF (Tribunal Pleno), julgamento em 12 de agosto de 1992, *RTJ*, 144-153/154.

Nem me parece válido que normas plurissignificativas ou polissêmicas, por natureza, passem a ter sentido único, pela simples aferição que delas o Tribunal faça comparativamente com o texto constitucional, com o descarte, puro e simples, de todas suas demais interpretações, embora nem cheguem a ser vistas e discutidas.

Neste sentido, considero complicada a inteligência da sugestão do em. Min. Moreira Alves[31], no sentido de que o Supremo Tribunal passasse a utilizar a "*procedência, em parte*", da ação direta de inconstitucionalidade, quando fixar a interpretação conforme a Constituição, com o alcance de significar que, admitida a constitucionalidade de uma interpretação, as outras interpretações são inconstitucionais. Certo que, nessas hipóteses, pode suceder a inconstitucionalidade da interpretação pretendida e, por isso, a ação é procedente, em parte. Mas, além de uma, podem existir outras interpretações compatíveis. Logo, a procedência, em parte, da inconstitucionalidade, é para fixar que uma interpretação é inconstitucional, outra é constitucional, com o que se impede a procedência total da ação direta de inconstitucionalidade.

18 Conclusões

Mediante a Constituição, a população constrói seu Estado e estabelece a segurança jurídica e social.

A Constituição tem dois campos próprios de investigação e de tratamento: a estruturação do Estado e a declaração dos direitos, dotando-os de garantias.

Dentre as principais garantias, encontram-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Esta será obtida mediante o devido processo de direito, não é absoluta, é contida pelo mecanismo da ação rescisória, de pressupostos angustos.

As garantias constitucionais devem ser interpretadas como igualmente válidas e eficazes, mas as garantias-fins não prescindem dos instrumentos-meios, que constituem também garantias. Somente se obtém um direito na devida forma jurídica.

A supremacia da Constituição é o grau máximo do devido processo, em seus dois aspectos: substantivo, com que se descobre o sentido e o espírito da Constituição, e adjetivo, que é o atendimento à prescrição formulada por lei,

31 *Idem, ibidem*, p. 154.

modo mais divulgado de sua acepção no meio jurídico. Como criaturas da Constituição, suas garantias não funcionam sem a observância das demais partes constitucionais, mediante interpretação harmônica, orgânica e funcional. A interpretação terá em conta o contexto constitucional, considerado como um todo, e não apenas as partes indigitadas, pois que a jurisdição constitucional é objetiva, vela pelo texto íntegro da supremacia normativa e, não, pelo texto aplicado exclusivamente a interesse processual.

A lei infraconstitucional também não pode contrariar a Constituição, e, na sua interpretação, deve ser obtido o seu fim útil. Pode a lei conceder opções ou faculdades ao administrador público. Como o ato administrativo, por ser exercício de competência, é determinado pela lei (não se aceita confundi-lo com a idéia de que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), a discrição está na lei, oferecendo opção ao administrador, e, não, no ato administrativo, o qual deve deduzir, por processo intelectivo, a devida alternativa prevista em lei e que a situação concreta requer.

A interpretação conforme a Constituição, para não deixar de ser um mecanismo de controle de constitucionalidade, tornando-se lei interpretativa, deve limitar-se em declinar que a intelecção sugerida está, ou não, de acordo com a Constituição, mas não pode singularizar a interpretação que está de acordo com a Constituição, por se tratar de matéria para a representação interpretativa, abolida pela Constituição de 1988. Portanto, a afirmação da constitucionalidade de uma lei, quando improcedente, total ou parcialmente, a ação direta de inconstitucionalidade, deve ser limitada ao sentido com o qual é apresentada ao tribunal.

O exame constitucional, no caso concreto, tem de ser formado diante das peculiaridades específicas. Não se trata aqui da interpretação da tese, mas da aplicação ao caso particular, que envolve não somente aquela interpretação, mas a continência do caso pela norma e o seu estado compatível. Em primeiro lugar, o exame faz-se pelo administrador público, que poderá se valer de atos administrativos gerais, se forem homofilas as situações individuais. Quando a interpretação do administrador público é alegada como perigosa ou lesiva ao direito individual, pode o interessado recorrer à Justiça, e esta, sem ferir a separação de poderes, que não é um conceito ilimitado e absoluto, exerce sua competência constitucional, de dirimir as polêmicas, as contradições, as contendas.

A separação de poderes, como conceito absoluto, revela o falso pudor, sem qualquer causa válida, de se discriminar o processo, mediante uma preliminar que o torna inviável e inútil. Instrumento do processualismo puro, sem dever para com a efetividade do Direito e da Justiça. Despejo irresponsável do estoque imensurável de processos, que não se deve resolver, canhestramente, por artifício que,

em última análise, nega garantia fundamental da Constituição. É necessário reduzir-se o número dos recursos e expurgar-se o mau hábito de presumir o desacerto das decisões, que erige as garantias processuais acima do direito material.

Diz o Presidente Marco Aurélio:

"*Há de buscar-se a conciliação dos valores 'justiça' e 'segurança jurídica', sem prejuízo, é certo, para o exercício do direito de defesa*"[32].

A Constituição não é processo, não é rito bizantino. É principalmente a expressão do direito vivo e útil a uma sociedade, da qual somos partícipes. Para a compreensão dos valores sociais, necessária é a valorização do importante trabalho dos juízes e tribunais locais:

"*É inegável que a profusão de processos amesquinhou o papel do Supremo Tribunal Federal, que não pode ficar reduzido à simples condição de quarta instância deliberativa. Urge que a atribuição constitucional a si destinada desde os primórdios da República seja melhor aquilatada, em benefício do aprimoramento da prestação jurisdicional. A função da Suprema Corte não é julgar, caso a caso, milhares de demandas idênticas, repetidas, como que a prestigiar, com sua intervenção, o que foi decidido nas outras importantes instâncias judiciais. O juiz de primeiro grau e o órgão revisor competente hão de ter sua jurisdição valorizada e fortalecida. A atuação dos tribunais superiores deve ser reconhecida pela envergadura da causa, afastando-se a automaticidade na interposição do recurso*"[33].

Nessa linha de prioridade, deviam os relatores do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça exercer a faculdade que lhes permite o art. 557 do Código de Processo Civil, negando seguimento aos recursos protelatórios e dando provimento aos recursos procedentes, mediante autovinculação à sua própria jurisprudência, que enobrece o valor da coerência, sem a indignidade da "*ferramenta incompatível com a espontaneidade inerente ao ofício judicante, que, definitivamente, longe está de ser mera tarefa burocrática, como que reduzida à simples aposição mecânica de carimbos oficiais, nos quais se converterão, sem nenhuma dúvida, esses verbetes de nome pomposo*"[34] (da súmula vinculante). Já o fazem os componentes dos altos Tribunais, porém devem ser livrados do agravo

32 MELLO, Marco Aurélio de. *Idem, ibidem.*
33 MELLO, Marco Aurélio de. *Idem, ibidem.*
34 MELLO, Marco Aurélio de. *Idem, ibidem.*

regimental, que presume o desacerto de suas decisões e parte da errônea suposição da burocracia judiciária, de que o Tribunal, órgão colegiado, por natureza, somente pode enunciar sua vontade, definitivamente, mediante turmas julgadoras.

O Poder Judiciário integrará o Estado Democrático de Direito quando prestar contas ao povo. Não lhe cabe transformar seus juízes em políticos eletivos, porque a eletividade é prerrogativa de outros Poderes, de cujos membros não se exige imparcialidade e que, por isso, partidários até, podem e devem se empenhar em campanhas eleitorais. O Poder Judiciário democrático é o que fundamenta suas sentenças, como o exige a Constituição da República (art. 93, IX). Essa fundamentação não é retórica, acadêmica, mas o convencimento racional dos motivos de decidir, que não podem sofrer qualquer condicionamento, nem mesmo em nome da separação de poderes, a fim de que exista credibilidade e prestígio popular, as verdadeiras vigas de sustentação da Justiça, a qual não pode depender dos outros poderes, porque, no Brasil, interpreta a Constituição que os contém, mas está diretamente vinculada ao encontro da satisfação do povo.

Ao exercer o controle da legalidade, o Poder Judiciário não verifica somente a forma, pois o devido processo de direito envolve também o correto significado da lei para o caso particular (sentido substantivo do *due process of law*).

Preciosa é a contribuição de Gilmar Ferreira Mendes, na sua afirmação já citada, de que o caso concreto deve ser examinado pelos juízes e tribunais ordinários, que poderão encontrar outra interpretação compatível com a Constituição.

A atuação dos juízes não é adstrita aos conflitos entre indivíduos, entre pessoas privadas.

Como fala o Presidente Marco Aurélio:

"*Já muito distante está a época em que incumbia precipuamente ao Judiciário dirimir conflitos de interesses individuais, em relações típicas de direito civil. Num primeiro instante de transformações econômicas radicais, a sociedade brasileira, mormente a comunidade jurídica, reivindicou e conseguiu consolidar e efetivamente fazer valer os direitos sociais*"[35].

Por isso, ao investigar o ato administrativo de desfazer uma controvérsia, o juiz não está reduzindo a discricionariedade do administrador público, mas

35 MELLO, Marco Aurélio de. *Idem, ibidem.*

conferindo se o ato por lei praticado está de acordo com a lei e, indiretamente, com a Constituição. Somos todos "*artífices na tarefa de transformar a Constituição em corpo vivo*"[36].

A Constituição de 1988, na sua característica plástica, enseja a atuação revigorante e conciliadora da norma legal, evitando o engessamento e a imutabilidade. Entretanto, a omissão ou o desvio de conduta do legislador ou do administrador público devem ser evitados ou reparados pelo mecanismo judiciário, que, para esse fim, poderá determinar o real conteúdo da norma, em face dos motivos e dos fins a que se propõe. Em todas as contendas, por mais significativas sejam as partes do processo, a inteligência do juiz é a vontade da Constituição.

-:::-

36 MELLO, Marco Aurélio de. "Menos leis, mais compostura". *Folha de São Paulo*. São Paulo, 1° jun. 2001, A-3.

DIREITO INDISPONÍVEL À VERDADE HISTÓRICA EXAME COMPULSÓRIO DE DNA

Dr. José Rubens Costa (*)

SUMÁRIO: 1 Conflito entre a proteção do indivíduo e a submissão à prova pericial. 1.1 Exame compulsório de DNA em investigação de paternidade. 1.1.1 Direito indisponível à verdade histórica. 1.1.2 Garantias e princípios fundamentais de eficácia autônoma. 1.1.3 Descabida presunção de veracidade. 1.1.4 Reiteração da constitucionalidade do exame compulsório. 2 Recusa lícita ao exame compulsório. 3 Exame de alfabetização dos candidatos a mandato político. 4 Procedimento.

1 Conflito entre a proteção do indivíduo e a submissão à prova pericial

A Constituição considera direitos fundamentais e invioláveis a dignidade, a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas (art. 5°, X). Quando o objeto da prova pericial é o próprio ser humano, da parte ou de terceiro, perícia ou exame psicológico, higidez física e mental, de sangue, de violência, conduta sexual, formação escolar (= *teste de alfabetização*, comum nas decisões eleitorais), etc., pode estabelecer-se o confronto entre o direito à prova e o direito à resistência à prova.

O confronto não significa que a prova possa ser considerada, aprioristicamente, lícita ou ilícita, mas que o julgador deverá ponderar entre um e outro valor, para decidir - como em qualquer questão probatória - se necessária a prova dos fatos. Se, por outro prisma, a parte ou terceiro não se opõem ao exame, evidente que não há questão ou incidente processual, embora ainda se submeta a necessidade da prova ao juízo fundamentado do julgador (= *livre convencimento racional*).

1.1 Exame compulsório de DNA em investigação de paternidade

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, voto do Ministro Marco Aurélio (Pleno, *HC* 71.373-RS, Rel. designado Min. Marco Aurélio, v.u., *DJ* de 22.11.96, p. 45.686, *ESTF*, 1.851-02/397, ao que parece a primeira decisão sobre

(*) Professor e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Pós-doutorado em Direito Constitucional e Processual Civil, respectivamente, nas Universidades Livre e Técnica de Berlim, na qualidade de bolsista da Alexander von Humboldt - Stiftung.

o tema), concluiu pela impossibilidade da submissão da parte ou de terceiro ao exame sobre o próprio corpo, ou exame de DNA para verificar paternidade: "*Discrepa das garantias constitucionais - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer*". Concordantes os Ministros Celso de Mello, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Octavio Gallotti e Moreira Alves; vencidos, Ministros Francisco Rezek, Relator, Carlos Mário da Silva Velloso, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Criticável, sem dúvida, o entendimento da então maioria do Supremo Tribunal Federal, porque aos direitos fundamentais ali referidos podem opor-se outros direitos também fundamentais, como pontifica o entendimento da então minoria (= *diz-se então por causa da aposentadoria dos Ministros Francisco Rezek e Octavio Gallotti*). Uma Constituição, carta política, é, sem sombra de dúvida, texto sobre os mais díspares e conflitantes direitos, garantias ou deveres. Ao intérprete constitucional cabe decidir os naturais conflitos, antinomias ou contradições, jamais afirmar a preponderância, em tese e portanto absoluta, de um direito sobre o outro. No caso concreto, exame de DNA, por exemplo, totalmente sem sentido fundar-se a decisão na suposta *intangibilidade do corpo humano*, pois, como, de modo peculiar, afirmou o Ministro Francisco Rezek, "*o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante*". Imolar o direito à verdade biológica, à própria história como ser humano, por reles capricho da parte contrária ou de terceiro, "*ameaçado*", como crê o Ministro Marco Aurélio, por "*simples espetadela*", em expressão acentuada, com fina ironia, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ou intromissão na incolumidade física, como disse o Ministro Ilmar Galvão, "*em proporção ridícula*" (*HC* 76.060-SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., *DJ* de 15.05.98, *ESTF*, 1.910-01/130), mostra-se, sem dúvida, bizantino. Embora não credite à discussão ponderar valor à alegada integridade física (= *simples espetadela, puxão de um fio de cabelo, aspirar caspa do paletó ou localizar rastros nas roupas*), certa a assertiva do Ministro Francisco Rezek de que "*o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado*" cede espaço a "*interesse preponderante*". Preponderantes, por exemplo, na matéria são o direito à *dignidade do ser humano*, em ser reconhecido nos valores caros à sociedade, como o direito ao nome, à origem. Sem sentido proteger a dignidade de um ser humano que se recusa a singelo exame, em vez de proteger a dignidade de outro que tem a filiação contestada (TJSP, *RT*, 715, não unânime, não admitiu exame compulsório em terceiro, argumentando, todavia, possível com relação às partes; também negando exame em terceiro, TJMG, *RT*, 715/241).

1.1.1 Direito indisponível à verdade histórica

De ressaltar o equívoco dos Ministros Sydney Sanches (= "*não me parece que o direito ao reconhecimento da paternidade seja indisponível. ... pode haver desistência da ação*") e Moreira Alves (= "*o direito à investigação de paternidade é um direito disponível, tanto assim que se pode deixar de propor a ação*").

Ao que se percebe, confundiram os Ministros Sydney Sanches e Moreira Alves o *direito de acesso ao Judiciário, e de desistência do acesso, direito processual, regidos, entre outros, pelo princípio dispositivo (= propor ou desistir ou não uma ação) com o direito subjetivo, material, à verdade genética.* Propor ou não uma ação (= *direito de ação*) não se confunde com direito disponível ou indisponível, direitos passíveis de negociação, compra, venda, doação, transação, etc. Direitos de que se pode dispor. Se disponível o direito à paternidade, poderia ser comprada ou vendida uma filiação... Acresce que a desistência da ação não impede seja renovada, inconfundível com a renúncia ao direito material. O Ministro Octavio Gallotti trafega pelo mesmo erro, embora de forma ambígua, diz que o direito à paternidade "*não é meramente patrimonial*", mas que "*também não é um direito indisponível*", considerando este como correspondente do "*interesse coletivo*". Evidente o desacerto, interesse coletivo ou de uma coletividade tanto pode ser disponível (= *negociável)* como indisponível (= *não negociável*). Aliás, embora desnecessário, há, inclusive, previsão legal sobre a indisponibilidade do direito à filiação (art. 27, Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, voto do Ministro Francisco Rezek). Mesmo porque o direito à filiação ou à paternidade se liga ao direito ao nome, ao nome real, ao nome de família, de ascendência e descendência, ou seja, relacionado a direito da personalidade, pelo que indisponível, irrenunciável, imprescritível e instransmissível. E, como direito ao nome, encontra guarida constitucional (art. 5º, CF). Entenda-se, instransmissibilidade ou inalienabilidade do direito, o que não se confunde com o direito à sucessão processual.

A indisponibilidade do direito não se confunde com a desistência da ação (= *processo*), como, inclusive, afirmado pelo Supremo Tribunal Federal (ACO 279-RJ, Rel. Min. Carlos Madeira, v.u., *RTJ*, 126/124, "*indisponibilidade do estado e das ações de estado*"), com manifestação, então adequada, de voto do Min. Moreira Alves (= "*a desistência é da ação; conseqüentemente, o interessado não abre mão de direito algum, tanto que poderá, a qualquer tempo, propor ação de investigação de paternidade*"). Ainda de não confundir o direito indisponível com o efeito patrimonial que dele decorra, este prescritível (Súmula 149, STF, segunda dicção, "*não o é (imprescritível) a ação de petição de herança*"; RE 80.426, Min. Aliomar Baleeiro, *DJ* de 25.04.1975; RE 55.270; RE 71.088/71; ERE 74.100/73).

Tanto direito indisponível que imprescritível (Súmula 149, STF, primeira dicção, "*É imprescritível a ação de investigação de paternidade*"; *não recepcionados*

arts. 178, § 9º, VI, 362, CC; REsp 237.553-RO e REsp 127.541-RS, Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* de 28.08.00, p. 72, *DJ* de 18.12.00, p. 185; REsp 158.086-MS, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 28.08.00, p. 74; REsp 248.765-MG, Min. Pargendler, *DJ* de 23.10.00, p. 139; REsp 155.493-SP e REsp 83.685-MG, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 10.05.99, p. 181, e *DJ* de 22.04.97, p. 14.429; REsp 37.588-SP, Min. Nilson Naves, *DJ* de 13.11.95, p. 38.672; REsp 2.353-SP, Min. Antônio Torreão Braz, *DJ* de 21.11.94, p. 31.767; *em sentido contrário, afirmando a prescritibilidade do direito à paternidade*, REsp 38.856-RS, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 15.08.94, p. 20.339).

Merece, por fim, destaque a alteração do direito de família ou da proteção da família em confronto com a proteção do indivíduo. Há mais tempo, vedado o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos (art. 358, CC), bem como de alguns filhos ilegítimos (art. 362, remissão aos incs. I a VI do art. 183; Lei 883, de 21.10.49). Certo que o valor constitucional, então reconhecido e protegido, era o da família legitimamente formada. Singelo exame da Constituição de 1988 evidencia orientação diversa, pois *dever da família, não mais entendida como a estabelecida pelo casamento, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à dignidade* (art. 227, CF), alterada a equação, valor superior à dignidade do indivíduo (= *os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à sua filiação*, art. 227, § 6º, CF). Com restrição ou conformação constitucional é que se pode ler o Código Civil ao estabelecer que a legitimidade para a ação de investigação, *compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se morrer menor, ou incapaz* (art. 350, CC); na minha opinião, legitimidade dos herdeiros, independentemente da capacidade ou não ao tempo da morte do investigando. Neste particular, outro equívoco do Ministro Moreira Alves, pois afirmou *não ser possível propor a ação, "depois da morte do filho que poderia pretender essa investigação"*, assertiva oposta à textualidade, quase sempre linear, do Código Civil. Nem se afigura recepcionado, na inteireza, o impedimento dos herdeiros do investigando (art. 351, CC) de propor a ação de investigação, acaso iniciada e desistida por aquele, ou *com instância perempta (= extinção do processo sem julgamento de mérito)*. No mínimo, os filhos do investigando terão interesse na qualidade de netos, e assim em diante, do investigado. A verdade genética, biológica ou histórica não pode referir-se, como de *clareza solar ou diamantina*, exclusivamente à relação entre pai e filho. Por outro ângulo, renunciar ao direito material significa excluir da proteção do sistema jurídico um direito subjetivo, exclusivo, então, do renunciante. Ora, o direito à filiação é apenas verso ou reverso do direito à paternidade. Legitimados à ação, seja no pólo ativo, seja no passivo, pai e filho, e herdeiros (arts. 350, 351 e 363, CC). Ainda lícita a investigação ou negação (art. 356, CC) de maternidade.

1.1.2 Garantias e princípios fundamentais de eficácia autônoma

O Ministro Néri da Silveira ainda argumentou com a falta de lei específica sobre a compulsoriedade do exame, com o que não poderia ser determinado sem violação do princípio da reserva de lei (art. 5º, II, CF). Sem dúvida o erro; as leis ordinárias e as outras infraconstitucionais decorrem de interpretação legislativa da Constituição, se conformes são lícitas, se desconformes, ilícitas (= *inconstitucionais*), e, assim, podem (= *têm que*) ser declaradas pelo Poder Judiciário. O conteúdo material do princípio da legalidade ou de todo e qualquer princípio constitucionalmente abrigado não depende da vontade, muitas vezes impudente, imprudente ou preguiçosa do legislador, o que seria, como hoje vulgarmente se afirma, retirar a eficácia da Constituição pelo voluntarismo ou apatia do legislador, submeter a Constituição à legislação ordinária. Se verdadeiro fosse o argumento, certo que a exibição de documento ou coisa seria limitada a livros comerciais, porque apenas quanto a estes há previsão material (arts. 18 e 19, CC, Lei das Sociedades Anônimas). A prova pericial nem seria possível, eis que conceituada e disciplinada sem indicação, exaustiva ou enumerativa, das matérias que poderia alcançar. E, assim, *ad infinitum*, o princípio da legalidade seria freio e enterro do sistema jurídico. Direito à saúde não poderia existir, a menos que se detalhasse em lei que remédios, assistência médica (= *pediátrica, geriátrica, etc.*), odontológica, psicológica, etc. deveriam ser prestados. E nem se define o objeto da prova pericial caso a caso, individualizadamente, mas, sim, por regra geral (*"se bem a lei não autoriza exatamente o exame hematológico, como também nenhuma outra espécie pericial, individualizadamente - a lei é geral"*, TJSP, *RJTJSP*, 111/350).

Os direitos e garantias fundamentais não dependem de normação, embora possa ser conveniente; são de eficácia autônoma e imediata, inclusive, hoje, com previsão constitucional (art. 5º, § 1º), adensados pela dedução direta *do regime e dos princípios constitucionais, ou recepção das normas de tratados internacionais, de que participe o Brasil* (art. 5º, § 2º).

Aliás, somente quando houver colisão entre direitos fundamentais é que poderá ser compelido o ser humano a uma intervenção no próprio corpo, ou seja, limitar o direito fundamental à dignidade diante, por exemplo, do direito à própria vida e à de outrem (art. 5º, CF), inútil, no caso, procurar solução para antinomia entre regulações ordinárias. Possível o constrangimento do ser humano, em situação de confronto constitucional, não apenas a exame, mas a intervenção médica adequada a salvar-lhe a vida ou funções, ou aliviar-lhe o sofrimento, considerados, por exemplo, valores sobpostos os da intangibilidade do ser humano e crença religiosa.

Diante de direitos fundamentais, não se há de argüir com a possibilidade de regulação pelo ordenamento positivo e nem com a razoabilidade ou não da conduta, senão pelo confronto e ponderação do conflito com outro direito fundamental.

1.1.3 Descabida presunção de veracidade

Não se pretenda, outrossim, haver espaço para conferir "*à recusa do réu*" efeito processual "*no âmbito da prova*", como aponta o Ministro Marco Aurélio (*HC* 71.373-RS, também os demais votos vencedores, "*presunção, a decorrer de um comportamento*"). Ou que se pretenda confessado o fato, ou presumida a paternidade (voto do Ministro Marco Aurélio, embora sem muita convicção, quando cita voto vencido do Tribunal de Justiça gaúcho). A admitir-se a birra da parte, certo que razões múltiplas, mesmo religiosas, podem ter levado à recusa, não podendo esta ser considerada nem mesmo prova indiciária ou presunção relativa de paternidade, indiscutível ser o direito à origem indisponível.

A recusa à perícia não pode ser entendida como comportamento que leva à presunção de veracidade (em sentido contrário, STJ - 3ª Turma, REsp 165.373-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, v. u., *DJ* de 16.08.99, reconheceu paternidade com base na recusa ao exame, o que serviu de complemento à insuficiência da prova), e nem se há de argumentar ou decidir como se se tratasse de recusa de entrega de coisa (= sanção do art. 359; incorretas, assim, *RJTJSP*, 99/35, 99/158, 111/350, 112/368; *JTJ*, 168/804), exegese, absurda, que separaria o ser humano por peças, levando, se correta, à admissibilidade da mercancia do corpo e espírito. Nas proposições em que se possa pensar em perícia sobre o ser humano, o direito é indisponível, não se admite confissão (art. 351) e nem presunção de veracidade (art. 320, II). O comportamento pode, no máximo, representar indício a ser cotejado diante do conjunto probatório (neste sentido, citado voto do Desembargador Walter Moraes, TJSP, *RJTJSP*, 111/350). Não se esquecer, noutro tanto, do risco da prova indiciária ou por presunção; a parte pode recusar-se ao exame justamente por não ser o pai biológico, embora lhe interesse por tanto passar, hipótese de colusão entre autor e réu. Inúmeras decisões aceitam a prova indiciária (*RJTJSP*, 110/319, cita *RJTJSP*, 74/150, 90/217 e o ensinamento de Moacyr Amaral Santos e Arnoldo Medeiros da Fonseca, também citados em *RJTJSP*, 99/35).

1.1.4 Reiteração da constitucionalidade do exame compulsório

Na segunda decisão sobre a matéria, apesar de negar, diante das circunstâncias do caso concreto, a submissão ao exame, o Ministro Sepúlveda Pertence reafirmou, em seu voto, a *prevalência do "direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, à sua real (e não presumida) identidade*", na dicção colacionada do Min. Francisco Rezek (*HC* 71.373-RS). A seguir, fez

erudita explanação sobre a matéria, assinalando que "*nos ordenamentos europeus de maior trânsito entre nós - com a exceção de Alemanha - prevalece a tese*" (= *da impossibilidade da submissão forçada)*. A "*sujeição compulsória ao exame*" também ocorre no direito norte-americano (observação também de Arnoldo Medeiros da Fonseca, que adere ao entendimento, citado em *RJTJSP*, 99/36, que ainda aponta a divergência de Moacyr Amaral Santos, opondo-se ao exame compulsório) e dos países nórdicos.

A recusa, ensina, no direito inglês, não passível de coerção, "*conduz necessariamente à perda do processo*", isso porque a questão se apresenta no campo do direito disponível, *não à filiação*, mas nos processos de alimentos e sucessão. No direito francês, italiano, espanhol, suíço e austríaco, apenas apresenta "*conseqüência na apreciação das provas pelo juiz*", não, obviamente, minha observação, presunção de veracidade em se tratando de direito indisponível, como a filiação (= *direito à verdade biológica*). Aponta duas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, uma da década de 50, firmando não agredir o direito à integridade corporal a "*colheita de uma pequena quantidade de sangue*" (BVerG 5, 13), e a outra assentando o "*direito ao conhecimento da origem genética*" (BVerG 79.256).

2 Recusa lícita ao exame compulsório

Mas não existe o direito absoluto à prova incidente sobre o corpo humano, possível a recusa à submissão ao exame, tanto pela parte como por terceiro. Não acatar o direito à recusa pode levar a absurdos, violação de direitos fundamentais. O que interessa é a ponderação de valores, repete-se, direito de um à prova e direito do outro à recusa. Mesmo a prevalência do direito à prova pela submissão ao exame pode desaparecer se a intervenção, física ou intelectual, não se demonstrar adequada e segura ou consentânea com a realidade técnica ou puder causar prejuízo à saúde do examinando, caso em que se reinvertem os valores, predominando, então, a garantia da incolumidade do corpo e alma humanos.

O direito à prova cede, o que pode ser utilizado por analogia para estabelecer a recusa de submeter-se a exame, no depoimento pessoal (art. 347), responder *sobre fatos torpes, criminosos, sigilosos*, na exibição de documento ou coisa (art. 363), em resguardo da privacidade, para evitar violar dever de honra, se a publicidade redundar em desonra à parte ou a terceiro, na prova testemunhal (art. 406), não depor sobre fatos que acarretem dano à testemunha, cônjuge, etc.

Também o direito à recusa de depor, testemunhar, exibir não é absoluto; excepciona-se se houver necessidade da prova, como se prevê no caso do direito à recusa de prestar depoimento pessoal (parágrafo único, art. 347), exceção que

também incide, em minha opinião, *mutatis mutandis*, no caso da previsão da recusa de exibir, apesar da omissão do texto (art. 363) e de testemunhar (art. 406). Para saber, por exemplo, se deve prevalecer o interesse na produção da prova, em face do direito à recusa, ou direito à compulsoriedade da produção da prova sobre o corpo humano, pode ser utilizada regra semelhante à da audição de testemunhas impedidas (art. 405, § 2°, I), ou seja, não se admitira a recusa à prova, *se o exigir o interesse público (= preponderar no confronto o direito à prova), mormente nas ações relativas ao estado e capacidade das pessoas, ou se não se puder obter de outro modo a prova necessária ao julgamento do mérito*. Ou na linguagem do Ministro Francisco Rezek, quando for "*contundente a relação de pertinência entre a prova pretendida e o objeto da ação, onde se discute o tema da paternidade*" (Pleno, *HC* 71.373-RS, Rel. do *HC* Min. Francisco Rezek, Rel. designado Min. Marco Aurélio, v,u., *DJ* de 22.11.96, p. 45.686, *ESTF*, 1.851-02/397).

Neste sentido, inclusive, o Ministro Sepúlveda Pertence (STF-1ª Turma, *HC* 76.060/4-SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., *DJ* de 15.05.98, *ESTF*, 1.910-01, ao que parece, segunda de duas decisões sobre o assunto), desautorizando o exame compulsório de DNA, porque a prova, no caso, seria, como apelidou, simples reforço, ou seja, não imprescindível ou nem mesmo necessária à prova dos fatos. Cuidava-se de "*submeter o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento*". Certo que bastante, no caso, o exame de DNA do interessado na paternidade, pois se positivo o exame estaria comprovada sua pretensão, com o que desnecessário o exame de DNA do pai presumido, cujo resultado, então, somente poderia ser negativo. Se comprovada hipótese inversa quanto ao *interessado* na paternidade, ainda desnecessário o exame no pai presumido, porque positivo ou negativo não conferiria direito ao pai *interessado*.

Lícita a recusa se se sobrepuser outro direito fundamental. Exame algum será feito para eventual adoção de medidas de controle de natalidade, discriminação sexual, racial, etc. Neste sentido, apontada a norma alemã permissiva do exame compulsório como de origem nazista, porém mantida no sistema democrático sob a Lei Fundamental de Bonn (*HC* 76.060-SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., *DJ* de 15.05.98, *ESTF*, 1.910-01/130), mas, igualmente, originária de países democráticos, América do Norte e países nórdicos.

3 Exame de alfabetização dos candidatos a mandato político

Constitui, sem dúvida, agressão, talvez maior na privacidade ou no corpo do ser humano (= *intelecto*) a imposição de teste para demonstrar capacidade passiva eleitoral (= *ser votado*), mesmo porque nem se sabe qual seria o objeto em exame, limitado o conceito a saber ou não ler e escrever, com o que suficiente preencher os formulários ou fichas de alistamento (arts. 42 e segs., Código Eleitoral; entendimento contrário, REspE 12.577-GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.09.92).

Afirma, entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral, de modo iterativo, a constitucionalidade do exame, determinável, inclusive, de ofício (Ag. Reg. RE 17.140-SE, Rel. Min. Garcia Vieira, 27.09.00; REspE 17.132-SE, Rel. Min. Costa Porto, j. 14.09.00; REspE 16.910-ES, Rel. Min. Fernando Neves, 13.09.00; REspE 16.721-CE, Rel. Min. Costa Porto, j. 13.09.20; REspE 13.484-TO, Rel. Min. Costa Leite, *DJ* de 22.08.97, p. 38.865, *RJTSE*, 9(3) p. 88; REspE 13.277-TO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 23.09.96; REspE 13.093-MG, Rel. Min. Eduardo Alckmin, j. 23.09.96; REspE 13.185-TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.09.96; REspE 13.077-MG, Rel. Min. Eduardo Alckmin, j. 19.09.96; REspE 9.888, Ac. 12.510-MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RJTSE* 4(4) 242; REspE 13.379-TO, Rel. Min. Nilson Naves, j. 24.09.96; REspE 13.180-AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.09.96; REsp 10.235(CC)-GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; REsp 10.448(CC)-GO, Rel. Min. Eduardo Alckmin; REsp 10.511(CC)-SP, Rel. Min. José Cândido; REsp 10.673(CC)-RS, Rel. Min. Eduardo Alckmin; REspE 13.185C-TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.09.96; REspE 13.048-SE, Rel. Min. Nilson Naves, j. 18.09.96; REspE 13.069-SP, Rel. Min. Nilson Naves, *RJTSE* 8(2) 317; REspE 13.000-GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 12.09.96; ainda: Ac. 13.435, 13.458, 13.612, 13.960, 14.032, de 28.09.96; 14.274, de 04.10.96).

Descabido, todavia, confundir o teste com exame intelectual tipo tolices, quais as capitais brasileiras, os últimos cinco presidentes, etc. A perguntar-se quais os países africanos e os resultantes da cisão da União Soviética, certo que muitos professores universitários e ministros podem não saber responder...

4 Procedimento

O exame compulsório cabe a requerimento da parte ou de ofício. O procedimento obedece às regras gerais da prova pericial, encarecida apenas a necessidade de intimação pessoal, da parte ou terceiro, para que se submetam ou não voluntariamente, como, por aplicação analógica do § 1° do art. 267, se afirmou com referência a exame pericial no acidentado em trabalho (STJ-2ª Turma, REsp 1.783, Min. Ilmar Galvão, v.u., *RT*, 657/193; STJ-1ª Turma, REsp 10.908/0-RJ, Min. Luiz Pereira, v.v., *RSTJ*, 55/100, cita REsp 3.744-RJ, REsp 2.037-RJ, Min. Vicente Cernicchiaro, *DJ* de 10.09.90, p. 9.119, *DJ* de 02.04.90, p. 2.454; REsp 28.187/1-RJ, Min. Costa Lima, j. 01.03.93; REsp 1.490-RJ, Min. Geraldo Sobral, *DJ* de 20.03.91, REsp 2.884-RJ, Min. Garcia Vieira, *DJ* de 26.11.90). Da decisão, positiva ou negativa, cabe agravo. Em se tratando de determinação a terceiro, lícitos o mandado de segurança ou o *habeas corpus*. Quanto à parte, estas medidas não parecem possíveis. A adotar-se o cabimento, no mínimo deverá ser interposto recurso da decisão deferitória, a fim de evitar-se a preclusão.

-:::-

A DESCLASSIFICAÇÃO OCORRIDA NO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI PARA CRIME DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL

Dr. João Batista Lopes (*)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desclassificação ocorrida no julgamento pelo Tribunal do Júri. 3 Competência para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo. 4 Sentença a ser proferida pelo juiz-presidente após a desclassificação para infração de menor potencial ofensivo e procedimentos a serem adotados. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) introduziu no ordenamento jurídico brasileiro significativas mudanças, as quais revolucionaram o Processo Civil e o Processo Penal em relação às ações da sua competência, contendo procedimentos orientados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

A partir da entrada em vigor do citado diploma legal, a Justiça brasileira passou a viver uma nova era e resgatou, perante a sociedade, um pouco da credibilidade perdida.

Em que pese a ter ela sido aprovada e sancionada sem ampla discussão pela comunidade jurídica, não se pode deixar de reconhecer que se trata de uma lei progressista, que veio resolver velhos problemas do Poder Judiciário, notadamente o acúmulo de processos e a morosidade.

Na área criminal, os novos procedimentos processuais criados, sem dúvida, revolucionaram os trabalhos das Delegacias de Polícia e das varas criminais.

A sensação de impunidade que predominava antes da vigência da Lei dos

(*) Juiz de Direito da Comarca de Cambuquira-MG.

Juizados Especiais foi extirpada, e a sociedade sente-se mais segura, protegida, e passou a acreditar mais no Poder Judiciário, porque as infrações penais de menor potencial ofensivo passaram a ser punidas com mais rigor e num curto espaço de tempo, com procedimento simplificado, o qual afastou a possibilidade da consumação da prescrição da pretensão punitiva do Estado, a qual era responsável pela impunidade de mais de 90% (noventa por cento) de quem as praticava.

Podemos afirmar que, a partir do início do funcionamento do Juizado Especial Criminal, o índice de criminalidade de pequeno potencial ofensivo reduziu-se significativamente, principalmente na maioria das comarcas de entrâncias iniciais e intermediárias, onde os infratores são julgados em tempo recorde.

Por se tratar de uma lei nova, cujo projeto não foi amplamente debatido, apresenta algumas falhas e imperfeições, que estão sendo supridas pela doutrina e jurisprudência na medida do surgimento dos casos concretos.

Nosso objetivo, embasado na pesquisa feita e na nossa experiência de operador do direito, é o de demonstrar a visão prática da questão e tentar contribuir para a uniformização dos procedimentos a serem adotados, almejando a rápida e segura prestação jurisdicional. Entendemos, por bem, evitar transcrições doutrinárias, para não ser repetitivo, por se tratar de um trabalho de cunho prático.

2 Desclassificação ocorrida no julgamento pelo Tribunal do Júri

No direito pátrio, o Júri é um tribunal especial, pois só lhe cabe julgar os casos específicos que a lei determinar, sendo ainda de sua atribuição privativa indeclinável o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consoante estabelece o inciso XXXVIII do art. 5° da Constituição da República.

Pode resultar pelas respostas dos jurados a desclassificação do delito, como, por exemplo, de tentativa de homicídio para lesões corporais, de homicídio doloso para homicídio culposo, etc.

A doutrina distingue duas espécies de desclassificação. A desclassificação própria quando, afastada a figura penal imputada ao réu, não se decide, diante das respostas dos jurados, sobre a existência ou não de qualquer outra figura penal, assumindo o juiz-presidente a competência decisória sobre o fato sem estar condicionado pela manifestação do Conselho de Sentença. O Júri decidiu ser incompetente para apreciar o fato. É o caso, por exemplo, de negarem os jurados a ocorrência de fatos configuradores da tentativa de homicídio. Deve então o juiz proferir a sentença com todos os requisitos estabelecidos pelo art. 381 do Código de Processo Penal.

De outro lado, ocorrerá a desclassificação imprópria quando os jurados remetem ao juiz-presidente a competência para julgar como juiz singular, mas sempre condicionado à definição de um crime que foi fixado pelos jurados ao responderem aos quesitos. É o que ocorre, por exemplo, com a desclassificação de homicídio doloso para culposo, por quesito próprio de desclassificação ou por reconhecimento de excesso culposo. Em qualquer caso, o juiz passará a julgar o fato como crime de homicídio culposo.

A partir da vigência da Lei 9.099/95, a desclassificação para crime da competência do Juizado Especial Criminal instalou grande polêmica entre os operadores do direito, a qual ainda não foi pacificada e está sendo causa de adoção de procedimentos diversos e de anulação de várias decisões pelas instâncias superiores.

3 Competência para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo

Segundo estabelece o art. 62 da Lei 9.099/95, as infrações penais de menor potencial ofensivo, consideradas estas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, serão processadas e julgadas pelo Juizado Especial Criminal.

O processamento e o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo vêm sendo alvo de controvérsias quando, no julgamento pelo Tribunal do Júri, ocorre a desclassificação do crime capitulada na sentença de pronúncia para crime ou contravenção penal de menor potencial ofensivo.

O ponto controvertido que necessita ser pacificado é quanto ao cumprimento do que estabelece o § 2° do art. 492 do Código de Processo Penal, segundo o qual, "*se for desclassificada a infração para outra atribuida à competência do juiz singular, ao presidente do tribunal caberá proferir em seguida a sentença*".

O princípio insculpido no citado dispositivo legal é o de que, havendo a desclassificação pelo Júri Popular para infração da competência do juiz singular, o juiz-presidente do Tribunal do Júri passa a ser o competente para julgá-la, devendo proferir a sentença imediatamente à desclassificação.

Sendo o novo tipo penal definido pelos jurados da competência do Juizado Especial Criminal, frente ao que dispõe o dispositivo legal supracitado, diante da ausência de regulamentação pela Lei 9.099/95 do procedimento a ser adotado, instalou-se a dúvida, a qual tem gerado interpretações diversas.

Nas comarcas de entrância inicial e intermediária, inclusive nas interme-

diárias com duas varas, a solução, no nosso entendimento, cabe ao juiz e ao promotor de justiça, diante de cada caso concreto, porque eles acumulam as funções de juiz e promotor de justiça do Juizado Especial Criminal.

Já nas comarcas de entrância final e especial, a questão se prende à matéria de competência, pois os juízes e promotores de justiça que atuam nas varas criminais e nas varas específicas do Tribunal do Júri não são o mesmos que atuam nos Juizados Especiais Criminais.

Diante do que estabelece o § 2° do art. 492 do Código de Processo Penal e o art. 92 da Lei 9.099/95, entendemos que a interpretação das normas neles contidas deve ser feita em conjunto, ou seja, não havendo no segundo diploma legal dispositivo que contrarie o primeiro, este deve ser aplicado nos processos da competência daquele.

Se, por força do disposto no § 2° do art. 492 do Código de Processo Penal, o juiz-presidente do Tribunal do Júri passa a ser competente para julgar a nova infração penal definida pelos jurados, quando da desclassificação, ainda que ele atue somente como juiz sumariante ou da vara privativa do Tribunal do Júri, não há razão para que ele não possa também julgar os crimes da competência do Juizado Especial Criminal resultantes da desclassificação.

A regra geral contida na Lei Adjetiva Penal deve ser obedecida, posto que não foi revogada por lei nova.

Desclassificado o delito pelo Conselho de Sentença, o procedimento adotado deve ser o estabelecido pelo Código de Processo Penal (art. 492, § 2°), posto que procede a toda uma instrução processual que não se coaduna com o procedimento previsto na Lei 9.099/95, sob pena de ferirem-se os princípios da soberania do Tribunal do Júri, da celeridade processual e da hierarquia das leis.

Entendemos, *data venia*, que não há razão para que o juiz-presidente do Tribunal do Júri, se não for o competente para julgar os processos do Juizado Especial Criminal, tenha que remeter o processo para a vara deste. Tal procedimento, se adotado, fere os princípios citados no parágrafo anterior.

A propósito do assunto, trazemos à colação os seguintes julgados:

"*Homicídio - Tentativa - Desclassificação, pelo Júri, para lesões corporais - Decisão condenatória da nova tipicidade proferida pelo Juiz Presidente e conversão da pena privativa de liberdade em prestação de serviços à comunidade - Admissibilidade - Inexistência de ofensa ao procedimento da Lei 9.099/95 - Inteligência do art. 492, § 2°, do CPP.*

Ementa oficial: É admissível ao Conselho de Sentença, sopesando o conjunto probatório, acolher a tese desclassificatória do delito de tentativa de homicídio para o de lesões corporais. Operada a cogitada desclassificação, compete ao Juiz Presidente do Colegiado Popular, em ato contínuo, proferir decisão da nova tipicidade, bem assim converter a pena privativa de liberdade em prestação de serviços à comunidade nos limites da lei, sem que incida em ofensa ao procedimento editado pela Lei 9.099/95, cujo diploma não há de extrapolar sua aplicação originária, como também não se sobrepõe às regras impostas pela Lei Adjetiva Penal. Inteligência do art. 492, § 2°, do CPP" (*HC* 98.000644-9 - Câmara de Férias - j. 24.07.1998 - Rel. Des. Eliezer Scherrer (*RT*, 759, p. 651/652).

"Habeas corpus. *Desclassificação do delito de tentativa de homicídio para lesões corporais leves. Competência do Juiz Presidente para a sentença*" (CCrim - Ac. 893 - Rel. Des. Francisco Praça).

"*Se a acusação é por um crime e o júri desclassifica para outro que não cabe em sua competência, sobre este decidirá o Presidente do Tribunal Popular...*" (STF, *RTJ*, 67/828).

"*Desclassificada, pelo Tribunal do Júri, a tentativa de homicídio para lesões corporais, a competência para o julgamento, tanto desse crime remanescente quanto do contexto de cárcere privado, se desloca para o Juiz Presidente daquele colégio*" (*DJU* de 19.03.1982, p. 2.233; *RTJ*, 101/997 e 102/599).

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 7.601-AC, decidiu o seguinte:

"*Tendo o tribunal do Júri desclassificado o crime de tentativa de homicídio para lesões corporais leves, não pode o Juiz-Presidente, com base no art. 492, § 2°, do CPP, prolatar sentença de plano, pois a desclassificação para o delito de menor potencial ofensivo implica modificação de competência, atraindo os Juizados Especiais Criminais, como dispõem os arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95*" (j. 03.09.1998 - Rel. Min. José Dantas - *DJU* de 1°.02.1999).

Permissa venia, não concordamos com tal decisão no que diz respeito à remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal, porque a competência do juiz-presidente do Tribunal do Júri já estava definida no § 2° do art. 492 do CPP, cuja definição antecedeu a Lei 9.099/95 e deve ser mantida em obediência aos princípios da soberania do Tribunal do Júri e da hierarquia das leis.

A polêmica criada em torno do assunto é em função de que vários juízes-presidentes do Tribunal do Júri, preocupados em cumprir a norma contida no § 2°

do art. 492 do Código de Processo Penal, harmonizando-a com os dispositivos da Lei 9.099/95, estão deixando de cumprir as formalidades processuais previstas neste diploma legal, as quais são imprescindíveis para a eficácia da decisão prolatada, uma vez que, com ele, foram implantadas, no ordenamento jurídico, novas regras procedimentais a serem observadas após a desclassificação, porém a competência já havia sido definida no supracitado artigo do Código de Processo Penal.

Se o juiz-presidente do Tribunal do Júri, nas comarcas que possuem varas privativas deste, não puder julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, por questão de competência, também não poderá julgar os crimes que são da competência do juiz singular. Há que prevalecer, neste caso, o princípio segundo o qual, onde é a mesma a razão da lei, a mesma disposição desta deve ser empregada (*Ubi eadem est ratio legis, ibi eadem debet esse legis dispositio*). É a aplicação do princípio da analogia por interpretação extensiva previsto no art. 4° do Código Civil.

A norma prevista no art. 410 do Código de Processo Penal somente se aplica na fase da sentença de pronúncia, o que vale dizer que, após a decisão desclassificatória dos jurados, o juiz-presidente não poderá remeter o processo para outra vara para ser julgado, porque os jurados lhe transferiram o encargo de julgar o acusado.

Ademais, o julgamento pelo Tribunal do Júri é unitário, não comporta solução de continuidade, devendo iniciar e terminar numa única sessão, encerrando-se com a sentença a que não falte o dispositivo condenatório, ou absolutório, de acordo com a opção dos jurados, embora este princípio tenha sido mitigado pela Lei 9.099/95, no que diz respeito ao procedimento previsto para as infrações penais que dependam de representação da vítima como condição de procedibilidade.

4 Sentença a ser proferida pelo juiz-presidente após a desclassificação para infração de menor potencial ofensivo e procedimentos a serem adotados

Resultando das respostas dos jurados a desclassificação do delito, ao juiz-presidente caberá proferir, em seguida, a sentença, em cumprimento ao disposto no § 2° do art. 492 do Código de Processo Penal.

Com a Lei dos Juizados Especiais, surgiram novos procedimentos a serem adotados na fase processual, que sucede a desclassificação, notadamente se o novo delito for classificado entre os de menor potencial ofensivo, definidos no art. 61 da Lei 9.099/95.

Operada a desclassificação para delito de menor potencial ofensivo, entendemos que o juiz-presidente do Tribunal do Júri deverá adotar os seguintes procedimentos: 1 - Proferirá a sentença, acolhendo a decisão desclassificatória do Conselho de Sentença, e aguardará o seu trânsito em julgado, pois o Ministério Público poderá ter interesse em recorrer da decisão do Júri. Transitada em julgado, sem recurso, ou mantida a decisão, em caso de recurso, designará audiência preliminar e cumprirá o rito processual do Juizado Especial Criminal. 2 - Se o delito não se enquadrar na hipótese prevista no art. 91 da Lei 9.099/95, ou seja, não exigir representação da vítima, e o Ministério Público manifestar que não tem interesse de recorrer da decisão desclassificatória, proferirá a sentença, após feita a transação penal, e o Ministério Público se manifestará sobre a suspensão condicional do processo. 3 - Se o delito depender de representação da vítima, esta não estiver presente e o Ministério Público manifestar que não tem interesse de recorrer da decisão desclassificatória, proferirá a sentença, acolhendo a decisão dos jurados, e designará data para realização da audiência preliminar, determinando a sua intimação para manifestar se deseja representar ou não contra o autor do fato e possibilitar a composição dos danos na esfera cível, se for o caso. 4 - Se a vítima estiver presente e o Ministério Público manifestar que não deseja recorrer da decisão desclassificatória, realizará, em seguida, a audiência preliminar e proferirá decisão, acolhendo a desclassificação e decidindo o que resultar da audiência.

Não resta dúvida de que, nas comarcas de entrâncias inicial e intermediária, a aplicação dos procedimentos descritos no parágrafo anterior se torna mais fácil, desde que haja uma perfeita sintonia de trabalho entre o(a) juiz(a) e o(a) promotor(a) de justiça e eles não fiquem presos aos rigorismos das leis.

Na terceira hipótese, ou seja, quando a infração penal exigir representação da vítima, o juiz-presidente não poderá proferir sentença, condenando o réu antes da manifestação da vítima.

Existem alguns julgados, entendendo ser dispensável a representação da vítima após a desclassificação em razão de ela ter comparecido perante a autoridade policial, noticiada a ocorrência do delito e requeridas as providências cabíveis.

Não comungamos com este entendimento, porque, em se tratando de tentativa de homicídio, o desejo da vítima é o de que o acusado seja condenado pela prática deste crime, e não pelo de lesões corporais. Até então não se cogitava de simples crime de lesões corporais. Se o acusado foi pronunciado e submetido ao julgamento popular, existem no processo prova da autoria e indícios da materialidade; caso contrário, teria sido impronunciado.

Operada a desclassificação pelo Júri, é imprescindível a manifestação da vítima, pois a representação é condição de prosseguibilidade. Descumprida tal

formalidade legal, deve a sentença ser cassada para que outra seja prolatada com observância do procedimento.

Objetivando pôr fim ao processo, na data do julgamento pelo Tribunal do Júri, quando se tratar de crime de tentativa de homicídio com lesões corporais leves, o juiz-presidente deverá sempre determinar que a vítima aguarde a votação dos quesitos para que, havendo a desclassificação para lesões corporais, possa manifestar se deseja representar ou não contra o acusado e, em caso positivo, tentar a composição dos danos, caso o Ministério Público não tenha interesse em recorrer da decisão desclassificatória.

Como se sabe, com raríssimas exceções, nos julgamentos de crimes de tentativa de homicídio, os jurados condenam o acusado pela tentativa, fato este que possibilita ao juiz-presidente, de acordo com as provas existentes nos autos, fazer uma previsão a respeito do resultado do julgamento para que possa determinar que a vítima permaneça aguardando a votação dos quesitos.

Questão tormentosa também é a de que o julgamento pelo Tribunal do Júri é unitário e não comporta solução de continuidade. A propósito do assunto, trazemos à colação os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

"Júri - Homicídio - Desclassificação - Sentença incompleta - Ausência de pena - Aplicação da Lei n.º 9.099/95 - Inadmissibilidade - Nulidade decretada ex officio.

- O julgamento pelo Tribunal do Júri é unitário, não comporta solução de continuidade, devendo iniciar e terminar numa única sessão, encerrando-se com a sentença a que não falte o dispositivo condenatório, ou absolutório, de acordo com a opção dos jurados.

- Ao admitir-se a suspensão condicional do processo, quando a imputação for desclassificada para outra menos grave, há de se exigir o assentimento do MP à nova classificação, mediante recurso ministerial, pleiteando a capitulação inicial do delito.

- A ausência de imposição da pena impõe a nulidade da sentença, a partir da sessão do Tribunal do Júri" (Apelação Criminal nº 162.116/8, Comarca de Mariana, Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti, *Minas Gerais - Diário do Judiciário* de 04/03/00).

"Júri - Homicídio - Desclassificação para crime culposo - Sentença incompleta - Não-estipulação da pena aplicável - Vista ao MP para os fins do art. 89 da Lei nº 9.099/95 - Nulidade - Suspensão do processo - Requisito para aplicação.

- Inadmissível o encerramento do julgamento pelo Tribunal do Júri, sem estipular a pena aplicável, determinando-se que os autos sejam passados ao Ministério Público para os fins do art. 89 da Lei nº 9.099/95, uma vez que não se pode deixar de aplicar ao réu a pena devida. Se assim agir o juiz-presidente, fica incompleto o julgamento, ensejando a sua nulidade, por se mostrar incompleta a sentença.

- O julgamento pelo Tribunal do Júri é unitário, não comporta solução de continuidade, devendo iniciar e terminar numa única sessão, encerrando-se com a sentença a que não falte o dispositivo condenatório, ou absolutório, de acordo com a opção dos jurados.

- O favor legal contido no art. 89 da Lei nº 9.099/95 pode ser aplicado ao homicídio culposo resultante de desclassificação operada pelo Tribunal do Júri, mas só depois de encerrado o julgamento com imposição de pena, enquanto não transitado em julgado" (Ap. Criminal n.º 84.527/1, Comarca de Manhuaçu, Rel. Des. Gomes Lima, *"Revista Jurisprudência Mineira"*, p. 141).

A Lei 9.099/95, indiscutivelmente, alterou tal princípio, uma vez que nem sempre será possível ao juiz-presidente do Tribunal de Júri proferir sentença condenatória ou absolutória após a desclassificação do crime imputado ao acusado na sentença de pronúncia para infração de menor potencial ofensivo, porque o procedimento nela previsto tem que ser cumprido, sob pena de nulidade da decisão, principalmente nos casos em que é indispensável a manifestação da vítima sobre o exercício ou não do direito de representação.

Outrossim, se o acusado fizer jus ao benefício da suspensão condicional do processo, o juiz não poderá deixar de concedê-lo, e a sua concessão não equivale à condenação.

Sendo assim, entendemos que o princípio da unitariedade da sessão do julgamento pelo Tribunal do Júri defendido nos julgados acima citados não pode ser tido e havido como regra geral, porque esta somente prevaleceu até o início de vigência da Lei dos Juizados Especiais.

5 Conclusão

Com a Lei 9.099/95, o legislador introduziu no nosso ordenamento jurídico soluções processuais inovadoras, rompendo com os procedimentos clássicos do Direito Processual Civil e Penal.

No que concerne especificamente ao Direito Penal e Processual Penal, o sucesso da nova sistemática processual em vigor depende, no nosso entendimento, única e exclusivamente dos operadores do direito.

É preciso que todos estejam imbuídos do mesmo espírito contido no diploma legal em tela para que a sua total eficácia seja atingida.

Podemos afirmar que as inúmeras controvérsias surgidas com o advento desta nova lei se devem ao fato da não-adaptação de alguns operadores do direito à nova realidade processual.

Segundo ELIEZER ROSA (*A voz da toga*):

"*O que importa não é a lei, mas o direito que vive e vibra a consciência do povo. Fazer justiça não é, em muitos casos, obedecer à lei e, sim, obedecer ao direito que é a sua fonte*" (p. 49).

Pensamos que a agilização do andamento dos processos, a rápida e correta solução dos litígios, muitas das vezes, não depende apenas da legislação da qual dispomos, e sim da visão e da boa-vontade dos operadores do direito. Daí termos afirmado, acima, que a solução de cada caso concreto depende, principalmente, do juiz e do promotor de justiça que atuam na causa, desde que tenham em mente a solução justa, pois a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos pode levar à injustiça, ou seja, devemos servir-nos da lei e não a ela.

Bibliografia

1 BATISTA, Weber Martins e FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

2 BOAS, Alberto Vilas. *Código de Processo Penal anotado e interpretado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

3 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

5 JESUS, Damásio E. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

6 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. III. Campinas: Editora e Distribuidora Bookseller, 1997.

7 MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1999.

8 _____. *Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997.

9 PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

10 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

11 REVISTA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. v. 141. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 1997.

12 MINAS GERAIS - DIÁRIO DE JUDICIÁRIO. Belo Horizonte: Estado de Minas Gerais, 04.03.2000.

-:::-

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

1 CORTE SUPERIOR

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BOM REPOUSO - ARTIGOS 27, XVII; 28, VII, *B*, E XIII; 67, §§ 2° E 5°; 74, XII; E 87, XLII - CONTAS DO PREFEITO - EXIGÊNCIA MENSAL - APROVAÇÃO OU REJEIÇÃO PELO DECURSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - CONVÊNIOS E ACORDOS CELEBRADOS PELO MUNICÍPIO - APROVAÇÃO PELA CÂMARA MUNICIPAL - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES

- São inconstitucionais os artigos 27, XVII; 28, VII, *b*, e XIII; 67, §§ 2° e 5°; 74, XII; e 87, XLII, todos da Lei Orgânica do Município de Bom Repouso, por violarem os artigos 6°, 74, 76, 165, § 1°, 169, 170, parágrafo único, 172, 173, *caput*, e 180, *caput*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que o legislador municipal, ao estabelecer tais dispositivos, ultrapassou os limites de sua competência, quer ditando regras para prática de atos típicos da Administração Municipal, quer criando procedimentos incompatíveis com os preceitos constitucionais citados.

- A fiscalização da Câmara Municipal sobre contas do prefeito é exercida após parecer prévio do Tribunal de Contas, consoante prescrição inserta no art. 180 da Constituição Estadual. São inconstitucionais as disposições contidas em Lei Orgânica do Município que exigem contas mensais do prefeito, bem como as que permitem a aprovação ou rejeição destas contas por mero decurso de prazo, de acordo com a conclusão do parecer do Tribunal de Contas do Estado, haja vista que as contas, por força de preceito da Lei Maior, a tempo e modo, devem ser efetivamente julgadas pela Câmara Municipal.

- É inconstitucional o dispositivo de Lei Orgânica do Município que atribui à Câmara Municipal competência para aprovar convênios, acordo, ou qualquer outro instrumento celebrado pelo Município, pois invade competência privativa do Poder Executivo, que possui autonomia para determinar a conveniência, a forma e a oportunidade de realização de suas atividades afins. A Lei Orgânica Municipal deve observar os princípios norteadores estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, sendo que os Poderes devem manter-se independentes e harmônicos entre si (arts. 172 e 173 da Constituição do Estado de Minas Gerais).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 172.670-2/00 - Comarca de Cambuí - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Inconstitucionalidade - Ação direta - Lei Orgânica Municipal - Convênios - Aprovação de contas pelo decurso do prazo - Balancetes mensais - Violação aos princípios da harmonia e independência dos Poderes - Procedência do pedido.

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 ACOLHER A REPRESENTAÇÃO.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2001. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Sr. Prefeito Municipal de Bom Repouso, referentemente ao inciso XVII do art. 27; inciso VII, alínea *b*, e inciso XIII do art. 28; §§ 2º e 5º do art. 67; inciso XII do art. 74; e inciso XLII do art. 87 da Lei Orgânica de Bom Repouso, sob o fundamento central de que todos eles violam os arts. 6º, 74, 76, 165, § 1º, 169, 170, parágrafo único, 172, 173, *caput*, e 180, *caput*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, como consta do relatório.

Assim dispõem os textos tidos como inconstitucionais, em destaque:

"*Art. 27. Cabe à Câmara, com a sanção do Prefeito, legislar sobre todas as matérias de competência do Município, especialmente sobre:*

(...)

XVII - convênios com entidades públicas ou particulares e consórcios com outros municípios".

"Art. 28. Compete privativamente à Câmara:

(...)

VII - tomar e julgar as contas do Prefeito, deliberando sobre o parecer do Tribunal de Contas do Estado no prazo máximo de sessenta dias de seu recebimento, observados os seguintes preceitos: (...)

b) decorrido o prazo de sessenta dias, sem deliberação pela Câmara, as contas serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com a conclusão do parecer do Tribunal de Contas do Estado;

(...)

XIII - aprovar convênio, acordo ou qualquer outro instrumento celebrado pelo Município".

"*Art. 67. A fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial do Município e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receita, será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do executivo, instituídos em lei.*

§ 2º. As contas do Prefeito e da Câmara Municipal, prestadas anualmente, serão julgadas pela Câmara dentro de sessenta dias, após o recebimento do parecer prévio do Tribunal de Contas ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência, considerando-se julgadas nos termos das conclusões esse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo.

§ 5º. O prefeito encaminhará, obrigatoriamente, à Câmara até o último dia útil do mês subseqüente, os balancetes contábeis e orçamentários, juntamente com as cópias dos respectivos documentos que deram origem às escrituradas no mês imediatamente anterior, bem como os documentos correspondentes às licitações feitas naquele período".

"*Art. 74. São infrações político-administrativas do Prefeito, sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:*

(...)

XII - deixar de enviar o balancete mensal e respectivos documentos no prazo previsto no § 5º do art. 67 desta Lei".

"Art. *87. Ao Prefeito compete privativamente:*

(...)

XLII - encaminhar à Câmara, até o último dia do mês subseqüente, o balancete e respectivos documentos relativos ao mês anterior".

Em suas informações, a Câmara representada apenas resiste ao pedido de inconstitucionalidade com relação à alínea *b* do inciso VII do art. 28 e aos §§ 2º e 5º do art. 67 da Lei Orgânica Municipal.

Na verdade, no que diz respeito a convênio, quando do julgamento da ADIn nº 117, de Belo Horizonte, Relator o em. Des. Bady Curi, decidiu esta Corte, sem voto discrepante:

"*São inconstitucionais o inciso XVI e o § 2º do art. 84 da Lei Orgânica*

do Município de Belo Horizonte, que atribuem à Câmara Municipal competência para autorizar celebração de convênio pelo Governo do Município, ou para anulá-lo, uma vez que ferem o princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes, preceituados no art. 2° da Constituição Federal e art. 173 da Constituição deste Estado" (*"Jurisprudência Mineira"*, 121/67- 69).

Do corpo do v. acórdão consta preciosa lição de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Municipal Brasileiro*, 5ª ed., p. 445), do seguinte teor:

"*em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é a sua função específica bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já o dissemos e convém se repita que o Legislativo provê* in genere, *o Executivo* in specie; *a Câmara edita normas gerais, o Prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, e tais são todas as que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da administração, e tudo mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental. Atuando através das leis que elaborar e atos legislativos que editar, a Câmara ditará ao Prefeito as normas gerais da administração, sem chegar à prática administrativa. A propósito, têm decidido o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Estaduais que é inconstitucional a deslocação do Poder administrativo e regulamentar do Executivo para o Legislativo*".

No mesmo sentido, quando do julgamento da ADIn 48.241/4, de Ibirité, decidiu esta mesma colenda Corte Superior:

"*Com relação à* indevida autorização legislativa em convênios e consórcios, *elencadas no art. 9°, inciso I, alínea* b, *art. 32, incisos VII, XXIII e XXIV, o que se constata é a desconformidade da Lei com a Carta Estadual, criando mecanismos anômalos de controle de um Poder pelo outro, o que constitui violação do princípio de independência entre os Poderes (art. 2° da CF e art. 6° da CE). Razão, pois, assiste ao requerente. Condicionar a celebração de convênios pelo Executivo a sua aprovação e autorização pela Câmara Municipal significa invadir a competência privativa do Executivo, que possui autonomia para determinar a conveniência, a forma e a oportunidade de realização de suas atividades afins*".

Aliás, preleciona JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"*A* independência dos poderes *significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do Governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais*" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, p. 97).

Por outro lado, não resta dúvida de que, pelo que dispõem os arts. 172 e 173 da Carta Mineira, a Lei Orgânica Municipal deverá observar os princípios norteadores contidos nas Constituições Federal e Estadual, sendo que os Poderes se manterão independentes e harmônicos entre si.

Já por imposição das determinações contidas no seu art. 176:

"*Compete, privativamente, à Câmara Municipal, no que couber, o exercício das atribuições enumeradas no art. 62*".

Assim é que:

"*Art. 62. Compete privativamente à Assembléia Legislativa:*

XIX - proceder à tomada de contas do Governador do Estado não apresentadas dentro de sessenta dias da abertura da sessão legislativa;

XX - julgar, anualmente, as contas prestadas pelo Governador do Estado, e apreciar os relatórios sobre a execução de planos de governo".

É o controle externo, de competência da Câmara Municipal, e será exercido, como cediço, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado (art. 31, § 1° da CR).

Sem dúvida, como lembra JOSÉ NILO DE CASTRO (*Direito Municipal Positivo*, 3ª ed., Del Rey, 1996, p. 304):

"*Conforme se viu, detém o Poder Legislativo Municipal a função fundamental de fiscalização contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial do Município. Assim reza o art. 31 da Constituição da República: a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de* controle interno *do Poder Executivo Municipal, na forma da lei, isto é, na forma da Lei Federal n° 4.320, de 17/4/64, cujos artigos 76 a 80 disciplinam, à saciedade, o controle interno da Administração Municipal*".

"*Indiscutivelmente, quanto* ao tempo, as prestações de contas ou tomadas de contas *serão: a) anuais, as que se realizam por ocasião do encerramento do exercício financeiro; b) no fim de gestão, na transmissão de cargos do Prefeito; c) em outras épocas, desde que se julgue necessário, ocorrendo a tomada de contas, independentemente da prestação de contas, isto é, sem prejuízo dessas*" (autor e obra citados, p. 306).

Assim, a fiscalização da Câmara Municipal sobre as contas do Prefeito é

exercida após parecer prévio do Tribunal de Contas, nos termos do art. 180 da Constituição Estadual.

Deste modo, também não podem subsistir as disposições legais que exigem contas mensais do Prefeito, muito menos aqueloutras que permitem sua aprovação ou rejeição por mero decurso de prazo, de acordo com a conclusão do parecer do Tribunal de Contas do Estado, haja vista que as contas, por força de preceito da Lei Maior, a tempo e modo, devem ser efetivamente julgadas pela Câmara Municipal.

Em conclusão, pelo que ressai dos autos, no caso, o legislador municipal, realmente, ultrapassou os limites de sua competência, quer ditando regras para a prática de atos típicos da Administração municipal, quer criando procedimentos incompatíveis com os preceitos constitucionais elencados na peça de ingresso.

Com estas razões de decidir, *julgo procedente* o pedido, para declarar a inconstitucionalidade de todos os textos transcritos e destacados, ao se acolher, em substância, o lúcido parecer da Procuradora de Justiça, Dra. Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Almeida Melo, Pinheiro Lago, Lúcio Urbano, Francisco Figueiredo, Gudesteu Biber, Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Orlando Carvalho e Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM A REPRESENTAÇÃO.

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO - PROSSEGUIMENTO NOS AUTOS EM QUE O BANCO DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE MINAS GERAIS FIGUROU COMO PARTE - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INADMITE NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA - AUSÊNCIA DE INTERESSE DA INSTITUIÇÃO OFICIAL NO RECURSO E NA CAUSA - ART. 106, II, *A*, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INAPLICABILIDADE

- Se o Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais - BDMG, entidade oficial, não mais figura como parte interessada no recurso e tampouco na causa, uma vez que houve execução de honorários advocatícios prosseguida nos autos do processo principal, através da qual o advogado está cobrando da outra parte os honorários advocatícios, em caráter particular, como simples pessoa física, a competência para julgar o agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmite nomeação de bens à penhora é do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, por não se tratar de circunstância que importa em aplicação do disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 222.535-7/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Dúvida de competência - Execução de honorários de advogado, que tem prosseguimento nos autos de ação ordinária em que figurou como parte o Banco de Desenvolvimento do Estado - Agravo interposto de decisão inadmitindo nomeação de bens à penhora - Declínio de competência por Câmara Cível do Tribunal de Alçada - Dúvida suscitada por Câmara Cível do Tribunal de Justiça a que foi distribuído o recurso - Procedência, dando-se pela competência da suscitada - Caso em que a cobrança dos honorários está sendo promovida pelo próprio advogado, não mais figurando na causa a instituição oficial - Inaplicabilidade do art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 14 de março de 2001. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - A presente dúvida foi suscitada por ilustre Turma integrante da Quarta Câmara Cível deste Colegiado, não reconhecendo a sua competência para julgamento de agravo de instrumento que lhe foi distribuído, em virtude de declínio da egrégia Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada, ao entendimento de ser parte interessada no recurso o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais - BDMG, circunstância que implicaria a aplicação do disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado.

O fundamento da recusa é o de que aquela instituição financeira efetivamente não figura como parte na causa principal, que envolve simples execução de honorários de advogado, como pessoa física, promovida pelo agravado à agravante.

É de se acolher, com efeito, a dúvida suscitada, uma vez que os elementos dos autos realmente não evidenciam ser o Banco de Desenvolvimento do Estado parte interessada no recurso e tampouco na causa, que versa

sobre execução por crédito de honorários de advogado, promovida, pelo agravado, perante a 5ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, de cujos autos fora extraída carta precatória em cumprimento perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas, para penhora de bens da agravante, como executada.

A causa principal, em que tem prosseguimento a execução de honorários advocatícios, é de ação ordinária proposta pela agravante e outros contra o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. - BDMG.

A execução prossegue nos autos do processo principal, perante a 5ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, mas, na realidade, não consta que o Banco, como instituição oficial, nela figure como parte interessada.

A cobrança dos honorários, pelo que se nota, está sendo feita em caráter particular pelo advogado, no caso o agravado, como simples pessoa física.

Sendo assim, não há que se deslocar a competência para julgamento do recurso, que efetivamente cabe à egrégia Câmara suscitada.

Julgo, portanto, procedente a dúvida.

Os Srs. Desembargadores Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Lúcio Urbano, Francisco Figueiredo, Gudesteu Biber, Bady Curi, Guido de Andrade e Lauro Bracarense - De acordo.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE A DÚVIDA, DANDO PELA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - ANULATÓRIA DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - PEDIDO CUMULATIVO DE CANCELAMENTO DA AVERBAÇÃO NO REGISTRO PÚBLICO - DESCONSTITUIÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO - PRETENSÃO PRINCIPAL - RECURSO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA - ART. 106, II, *D*, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INAPLICABILIDADE

- É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência para julgar recurso interposto contra sentença extintiva de processo, em ação anulatória de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, com pedido cumulativo de cancelamento da respectiva averbação no Registro Público,

eis que o objetivo principal da ação é a desconstituição de negócio jurídico, colocando-se o cancelamento da averbação do contrato no Registro Público apenas como possível resultado do sucesso da causa. Não se trata, portanto, de hipótese da aplicabilidade da norma contida no art. 106, II, *d*, da Constituição Estadual.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 223.844-2/00 - Comarca de Mesquita - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Ação anulatória de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, com pedido cumulativo de cancelamento da respectiva averbação no Registro Público - Sentença extintiva do processo - Apelação endereçada ao Tribunal de Alçada - Declínio de competência, por sua Terceira Câmara Cível, fundado no art. 106, II, *d*, da Constituição Estadual - Dúvida suscitada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça que se julga procedente, reconhecendo a competência da suscitada - Caso em que a nulidade do negócio jurídico constitui objetivo principal da ação.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 28 de março de 2001. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - A egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada, em Turma, sendo-lhe distribuída apelação interposta por Aristeu Francisco da Silveira e s.m. de sentença do MM. Juiz de Direito da Comarca de Mesquita, extintiva do processo, nos termos do art. 295, I, do CPC, em ação promovida a José Calixto do Nascimento e outro em busca da anulação de contrato de promessa de compra e venda e do cancelamento da respectiva averbação no Registro Público, não reconhecendo a sua competência para julgamento do recurso à vista do disposto no art. 106, II, *d*, da Constituição do Estado, dela declinou para este Tribunal de Justiça.

Aqui, sendo o recurso distribuído à egrégia Quarta Câmara Cível, esta, também em Turma, inaceitando aquela competência, suscitou dúvida ao fundamento de versar a matéria, em primeiro plano, sobre desconstituição de negócio jurídico consubstanciado em contrato de promessa de compra e venda de imóvel rural, que poderá ter ou não como resultado o cancelamento da respectiva averbação no Registro Público, circunstância esta que não importará no estabelecimento da regra prevista no dispositivo constitucional citado.

Atencioso exame dos autos permite o reconhecimento do acerto da recusa da suscitante em neles jurisdicionar, para julgar recurso que, a rigor, não lhe compete.

Com efeito, a postulação inicial da causa é que encerra equívoco, intitulando a ação como sendo de "cancelamento de averbação contenciosa", quando, na realidade, a sua substância é a de desconstituição de negócio jurídico consistente em contrato de promessa de compra e venda de imóvel rural, com a possível conseqüência de cancelamento da averbação efetuada no Registro de Títulos e Documentos.

Assim, os autores e apelantes é que, por inversão de conteúdo dos pedidos, rotularam defeituosamente a ação, como se esta visasse prioritariamente ao cancelamento do registro e, só em segundo plano, à nulidade do negócio contido no título que lhe constituiu objeto, gerando o equívoco em que, *data venia*, incorreu a suscitada.

Como bem salienta a suscitante, o cancelamento da averbação do contrato no Registro Público não se coloca como pretensão principal dos demandantes, mas apenas como possível resultado de seu sucesso na causa.

Com este entendimento, julgo procedente a dúvida, reconhecendo a competência da suscitada.

Os Srs Desembargadores Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Almeida Melo, Lúcio Urbano, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Guido de Andrade, Zulman Galdino, Gomes Lima e Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - DEMANDA QUE ENVOLVE INTERESSE DE ACIONISTAS DE EMPRESA DECLARADA FALIDA - ENCERRAMENTO DO PROCESSO FALIMENTAR - JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA - NÃO-PREVALECIMENTO - AÇÃO PROPOSTA PERANTE VARA CÍVEL - RECURSO - JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA - ART. 106, II, *E*, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência para julgar recurso interposto em ação que teve tramitação e desfecho em vara cível, envolvendo interesse de acionistas de empresa comercial, cujo processo falimentar foi declarado encerrado. Se a demanda não encerra discussão sobre matéria falimentar, mas simples controvérsia sobre direitos de propriedade dos acionistas da ex-falida, inaplicável é a regra do art. 106, II, *e*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, que prevê a competência do Tribunal de Justiça para julgar, em grau de recurso, "*causa relativa a falência e concordata*".

- Encerrado o processo de falência (art. 132 do Dec.-lei nº 7.661/45), não mais prevalece a regra da universalidade do juízo falimentar.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 225.936-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Ação envolvendo interesse de acionistas de empresa comercial, cujo processo falimentar foi declarado encerrado - Causa que teve tramitação e desfecho perante vara cível - Apelo remetido ao Tribunal de Alçada - Declínio de competência de uma de suas câmaras para o Tribunal de Justiça, com base no art. 106, II, *e*, da Constituição do Estado - Dúvida suscitada por câmara cível do Tribunal de Justiça julgada procedente - Caso que não encerra matéria falimentar, mas controvérsia sobre direito de propriedade dos acionistas da ex-falida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER A DÚVIDA E DAR PELA COMPETÊNCIA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2001. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - Esta dúvida foi suscitada por ilustre Turma da egrégia Quarta Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, recusando a competência de que declinou a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada, por uma de suas ilustres Turmas, para julgamento da apelação interposta por Manoel Garrido Silva Cabanellas de sentença favorecedora do autor em ação promovida por Leonídio Manoel Filho a acionistas de Pavimil - Pavimentação Mineira de Estradas S.A., em busca de reconhecimento de seu direito a ações, a título de saldo ativo remanescente da empresa, cuja falência fora declarada encerrada, ações aquelas correspondentes a 77,83% de seu capital integralizado.

O declínio da competência feito pela suscitada arrima-se no entendimento de que, constituindo as ações, cuja propriedade reivindica o demandante, saldo ativo remanescente da falida Pavimil - Pavimentação Mineira de Estradas S.A., esta teria legitimidade

ativa para impugnar o pedido, podendo, como tal, intervir na causa como assistente ou através de recurso, na forma prevista nos arts. 36 e 129 do Dec.-lei nº 7.661/45, circunstância que importaria na afirmação da competência deste Tribunal, de conformidade com o art. 106, II, *e*, da Constituição do Estado.

Contrariamente, afigura-se à suscitante que a competência, no caso, não comporta o deslocamento pretendido, uma vez que o intento do autor, na demanda, tem por objetivo apenas pronunciamento sobre a sua condição de proprietário de ações que compõem o capital integralizado da empresa.

Cuidadoso manuseio dos autos permite a verificação de que a falência da empresa, de que figuraram como acionistas autor e réus na causa, já foi declarada encerrada em janeiro de 1997, nos termos do art. 132 da Lei Falimentar (fls. 13-16).

A ação que lhes constitui objeto foi proposta por um contra os demais acionistas da empresa, constituindo-lhe um dos fundamentos, extraídos da sentença declaratória de encerramento da quebra, o de que "*todo o ativo arrecadado foi realizado, com cujo produto o síndico efetuou o pagamento do passivo, integralmente, tendo havido sobra de ativo a ser entregue aos diretores da falida, que demonstrem tal qualidade, tão logo a sentença se torne definitiva*".

Conforme ensinamento de J. C. SAMPAIO DE LACERDA: "*Não se confunda encerramento da falência com cessação da falência. Cessação ocorre quando se suspende o processo falimentar, em conseqüência de concessão de concordata suspensiva (art. 177). Com isso não estão os credores e o devedor desvinculados do juízo universal da falência. Continuam a ele subordinados até à sentença que julgar cumprida a concordata, quando então se considera encerrada a falência (art. 155, § 5º). Há, portanto, apenas a suspensão do processo, tanto que poderá vir a ser reaberto com rescisão da concordata (art. 151, § 3º)*" (*Manual de Direito Falimentar*, Freitas Bastos Editora, 10ª ed., tóp. 160).

De acordo com o mesmo autor, "*há casos em que a falência se encerra em virtude de situações especiais*", entre elas citando a do "*pagamento integral pelo devedor para todos os credores, julgadas extintas as suas obrigações (art. 137, § 3º)*" (ob. cit. tóp. 161).

Consoante julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça: "*O Juízo falimentar, salvo exceções legais, é universal e indivisível. Por conseguinte, ficam suspensas as ações ou execuções desde a declaração da quebra até o seu encerramento (arts. 7º, § 2º; 24 e 70, § 4º, do DL nº 7.661/45)*" (REsp 221.957-MA, *DJ* de 06.11.2000, Rel. Min. Waldemar Zveiter).

A ação, no caso dos autos, foi proposta e julgada não perante vara privativa de falências e concordatas, mas sim perante a Terceira Vara Cível da Capital.

Importa não confundir o encerramento do processo de falência (art. 132 do Dec.-lei nº 7.661/45) com a extinção das obrigações do falido (art. 135 e segs.).

Na espécie em exame, deu-se o encerramento do processo da quebra, pelo que se pode entender, por força do magistério supracitado, não mais prevalecer a regra da universalidade do juízo competente, tanto que a ação, como já afirmado, se processou e foi julgada perante vara cível.

O art. 106, II, *e*, da Constituição do Estado prevê a competência deste Tribunal para julgar, em grau de recurso, "*causa relativa a falência e concordata*".

Como se vê, a demanda objeto dos autos não se enquadra naquela previsão, por não encerrar discussão sobre matéria falimentar, mas simples controvérsia sobre direito próprio dos acionistas da falida.

Ainda que se admita a legitimidade desta para intervir na causa, a verdade é que nela não figura como parte ou recorrente, circunstância que não justifica, apenas com base no princípio da eventualidade, o deslocamento da competência.

À vista de tais considerações, julgo procedente a dúvida para reconhecer a competência da egrégia Câmara suscitada.

Os Srs. Desembargadores Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Almeida Melo, Lúcio Urbano, Francisco Figueiredo, Gudesteu Biber, Bady Curi, Guido de Andrade e Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM A DÚVIDA E DERAM PELA COMPETÊNCIA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS.

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO DE ENTREGA DE COISA CERTA - TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EXTRAÍDO DE AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA - INDEFERIMENTO - AGRAVO - JULGAMENTO - TRIBUNAL DE ALÇADA - NÃO-ENQUADRAMENTO DA MATÉRIA NA PREVISÃO DO ART. 106, II, *C*, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência para julgar agravo de instrumento interposto contra decisão indeferitória de

substituição de penhora em execução de entrega de coisa certa, por título executivo judicial extraído de ação de prestação de contas, por não se enquadrar a matéria na previsão do art. 106, II, *c*, da Constituição Estadual, uma vez que diz respeito tão-somente a prestação de contas, sem qualquer vínculo com o tema sucessório.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 230.101-8/00 - Comarca de Itabira - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Dúvida de competência - Agravo interposto de decisão indeferitória de substituição de penhora em execução de entrega de coisa certa, por título extraído de ação de prestação de contas - Declínio da competência feito por câmara cível do Tribunal de Alçada - Dúvida suscitada por câmara cível do Tribunal de Justiça - Procedência - Não-enquadramento da matéria na previsão do art. 106, II, *c*, da Constituição do Estado.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 23 de maio de 2001. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - O presente conflito foi suscitado pela egrégia Primeira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por uma de suas Turmas, à recusa do julgamento de agravo de instrumento interposto por Marcelina Nunes Martins de decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Itabira, indeferitória de seu pedido de substituição de penhora levada a efeito em execução que lhe promovem Getúlio Nunes e outros por título judicial extraído de ação de prestação de contas.

O fundamento da suscitação é o de que a matéria constitutiva do objeto do recurso não se enquadra na previsão do art. 106, II, *c*, da Constituição do Estado, por dizer respeito tão-somente a prestação de contas, sem qualquer vínculo com tema sucessório.

Aliás, os próprios agravados, na contraminuta ao recurso, alertaram quanto ao fato de, anteriormente, já se ter fixado a competência do Tribunal de Alçada para julgamento de outro de igual natureza, prestando tal esclarecimento com o fito de se obviar nulidade do julgamento (fls. 65 e segs.).

As peças de fls. 73 e segs. esclarecem, com efeito, que a execução promovida pelos agravados, na qual se deu o indeferimento da substituição da penhora pleiteada pela agravante, realmente não guarda qualquer relação com matéria sucessória, de modo a se justificar o reconhecimento da competência deste Colegiado para julgamento do recurso.

A própria agravante, no arrazoamento de seu recurso, fez considerações, de passagem e a título de esclarecimento, sobre precedente inventário, ao qual não se pode vincular o bem penhorado para efeito de ainda persistir a fixação da competência deste Tribunal para o respectivo julgamento.

Isto posto, julgo procedente a dúvida, dando pela competência da suscitada.

Os Srs. Desembargadores Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Almeida Melo, Lúcio Urbano, Francisco Figueiredo, Guido de Andrade, Roney Oliveira e Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - PREENCHIMENTO DAS VAGAS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CELEBRAÇÃO DE CONTRATO TEMPORÁRIO PARA EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INERENTES AO CARGO - NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS - OBRIGATORIEDADE

- A aprovação em concurso público não gera para o candidato direito adquirido à nomeação, mas tão-somente mera expectativa de direito, competindo à Administração Pública decidir acerca da conveniência e oportunidade em prover os cargos existentes para os quais foram aprovados, o que encontra guarida no âmbito do poder discricionário da Administração. Entretanto, se a Administração escolhe o momento oportuno para o preenchimento das vagas contidas no edital do concurso, o que pode ocorrer quando ela celebra contratos temporários para o exercício das funções inerentes a tais cargos, impõe-se, então, a nomeação dos candidatos habilitados e classificados dentro do limite de vagas, com rigorosa observância da ordem de classificação.

- V.v.: - Não há que se falar em preterição do direito dos impetrantes à nomeação ante o fato da contratação de servidores e dos próprios impetrantes para desempenhar as mesmas atividades relativas aos cargos levados a concurso público. A Administração Pública não está obrigada a efetuar nomeações de concursados, ainda que haja suficiente número de vagas, pois que valida-

mente pode optar pelo provimento dos cargos postos em certame público através de regulares contratações temporárias. *(Desembargadores Murilo Pereira, Aluízio Quintão e Lúcio Urbano)*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 133.943-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: O candidato aprovado em concurso público não tem direito adquirido à nomeação, mas mera expectativa de direito em relação a esta, cabendo à Administração Pública decidir acerca da oportunidade e conveniência em prover os cargos existentes. Todavia, uma vez escolhido pela Administração o momento oportuno para o preenchimento das vagas, o que se tem por ocorrido quando celebra esta contratos temporários para o exercício das funções inerentes a tais cargos, torna-se imperiosa a nomeação dos candidatos habilitados, com observância estrita à ordem de classificação.

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 CONCEDER A SEGURANÇA, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES MURILO PEREIRA, ALUÍZIO QUINTÃO E LÚCIO URBANO.

Belo Horizonte, 14 de março de 2001. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelos impetrantes, o Dr. André Luiz Lopes.

O Sr. Des. Bady Curi - Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por Marília da Conceição Alves Venâncio, Edna Silva Vieira, Filisberta Longina Luíza, Wellington Barbosa Gomes e Nelci Mariana Rosa contra ato omissivo do Exmo. Governador do Estado de Minas Gerais, o qual estaria caracterizado pela não-nomeação dos impetrantes para os cargos de auxiliar de enfermagem do quadro de pessoal da Fhemig - Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais, embora submetidos a concurso público e aprovados, classificando-se dentro do limite de vagas oferecidas pelo Estado, que, a despeito da existência dos concursados, contratou servidores temporários para a execução das funções inerentes a tais cargos.

Consideram os impetrantes que esta contratação indica a necessidade de provimento dos referidos cargos, bem como a existência das vagas, constituindo-se, portanto, numa lesão a direito líquido e certo garantido constitucionalmente ao concursado.

E, mais, informam que o total de vagas oferecidas no edital era de 759, sendo 584 para Belo Horizonte e 10 para Juiz de Fora, localidades pelas quais optaram os impetrantes, que obtiveram, ao final, as seguintes classificações: Marília da Conceição Alves Venâncio, 369º lugar (BH); Edna Silva Vieira, 371º lugar (BH); Filisberta Longina Luíza, 357º lugar (BH); Wellington Barbosa Gomes, 513º lugar (BH); e Nelci Mariana Rosa, 7º lugar (JF).

Pois bem. Uma vez superada a questão relativa às preliminares argüidas no feito, conforme decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, passa-se ao exame do mérito da demanda.

Retira-se dos autos que os impetrantes, Marília, Edna, Filisberta, Wellington e Nelci, embora aprovados em concurso público para o preenchimento das vagas de auxiliar de enfermagem junto à Fhemig, as quais totalizavam 759 conforme Edital nº 11/94 (fls. 52/53), sendo 584 para Belo Horizonte e 10 para Juiz de Fora, localidades pelas quais optaram, classificando-se, respectivamente, em 369º, 371º, 357º, 513º e 7º lugares, não foram nomeados para os respectivos cargos, tendo o Estado, ao invés disso, celebrado com os mesmos e com terceiros vários contratos de prestação de serviço temporário para o exercício das funções inerentes a tais cargos.

Com efeito, é sabido que o candidato aprovado em concurso público não tem direito adquirido à nomeação, mas mera expectativa de direito em relação a esta, posto que caberá à Administração Pública decidir acerca da oportunidade e conveniência em prover os cargos existentes.

Entretanto, uma vez escolhido pela Administração o momento oportuno para o preenchimento das vagas, não pode ela se furtar à ordem de classificação dos candidatos, devendo observá-la rigorosamente.

Nesse sentido a lição do ilustre professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *verbis*:

"*Os candidatos, entretanto, não adquirem direito à realização do concurso pelo mero fato da publicação do edital, mas, uma vez homologado, a seu término, os primeiros colocados, pela ordem, ocuparão os lugares vagos, para o preenchimento dos quais se realizou a seleção. Observe-se, entretanto, que a Constituição atual estabelece prioridade para a nomeação do concursado aprovado para o cargo vacante, em relação a novos concursados*" (*in Curso de Direito Administrativo*, Editora Forense, 10ª ed., 1992, RJ, p. 203).

Assinale-se ainda, sobre o tema, o magistério do mestre HELY LOPES MEIRELLES:

"... *a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou no emprego disputado*" (*in Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 18ª ed., 1993, p. 376).

E continua:

"*Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que a Administração se disponha a prover o cargo, mas a*

conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discrição do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato que não o vencedor do concurso, pois, nesse caso, haverá preterição do seu direito, salvo a exceção do art. 37, IV" (ob. cit., p. 376).

Portanto, verifica-se que o direito dos candidatos à sua nomeação está condicionado à decisão positiva do Poder Público, no sentido de prover os cargos para os quais foram aprovados, o que se encontra no âmbito do poder discricionário da Administração.

E é exatamente nesse aspecto que se encontra o ponto fulcral do caso em exame.

A meu ver, tendo a Administração Pública preenchido as vagas de auxiliar de enfermagem junto à Fhemig mediante a celebração de contratos temporários com os impetrantes e com terceiros, a despeito dos candidatos habilitados e classificados em concurso púbico, dentro do limite de vagas exposto no edital, conforme mencionado anteriormente, demonstrou a existência de vagas e confessou a necessidade em preenchê-las, exercendo, assim, o poder discricionário que lhe era inerente, pois, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decidiu sobre o momento certo para o provimento dos referidos cargos.

A partir de então, sua atividade não mais se encontrava no âmbito do poder discricionário, o qual se encerrou no momento em que optou o administrador pelo preenchimento de tais vagas, tornando-se imperiosa a nomeação dos impetrantes, posto que candidatos aprovados no limite das vagas existentes.

Já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 113.433/0-ES, Relator Ministro Francisco Rezek:

"*Embora inexista direito à nomeação por parte do candidato aprovado em concurso público, não subsiste dúvida de que este tem direito de ver respeitada a ordem de classificação, isto é, tem o direito de não ser preterido. Evidentemente, a preterição revela que o Poder Público considera necessário o preenchimento do cargo e, portanto, escolhido já o momento de preenchê-lo, fazendo surgir para o candidato aprovado, o direito à nomeação, decorrente não da preterição, mas da própria definição pelo Poder Público do momento oportuno para o provimento da vaga. É de acentuar-se que tanto a designação do interino, quanto a contratação temporária de servidores para desempenhar atividades correspondentes aos cargos ou empregos a serem preenchidos por concurso constituem elementos denotadores da existência de vaga, legitimando, dessa forma, eventual pretensão de candidato aprovado em concurso público*" (STF - ac. unân. da 2ª T., publ. no *DJ* de 1.7.88, *in ADCOAS* - BJA nº 1, 10 de janeiro de 1989 - 120.877).

Cumpre ainda observar que não há que se falar na hipótese em invasão do chamado "mérito" do ato, pois "*casos haverá em que, para além de dúvidas ou entredúvidas, qualquer sujeito em intelecção normal, razoável, poderá depreender (e assim também,* a fortiori, *o Judiciário) que, apesar de a lei haver contemplado discrição, em face de seus próprios termos e da finalidade que lhe presidiu a existência, a situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência ou, mesmo comportando mais de uma, certamente não era a que foi tomada. Em situações quejandas, a censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato*" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 6ª ed., 1995, p. 481).

Pelo exposto, concedo a segurança impetrada, assegurando aos impetrantes o direito ao provimento do cargo efetivo para o qual foram aprovados em concurso público.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Murilo Pereira - Dizem os impetrantes, Marília da Conceição Alves Venâncio e outros, que "*prestaram concurso público para provimento de cargos de classes do quadro de pessoal da FHEMIG - Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais, tendo concorrido ao cargo de auxiliar de enfermagem*", cf. fls. 03.

Homologado o concurso, a Fhemig convocou os impetrantes e outros para prestarem serviços temporários nas funções inerentes aos cargos elencados no edital do concurso, abstendo-se de nomeá-los, situação esta que denota a necessidade da ocupação do cargo.

A omissão das autoridades impetradas em nomeá-los, segundo sustentam os impetrantes, caracteriza lesão e prejuízo ao seu direito individual, como aprovados em certame público, embora saibam eles que a aprovação no concurso gera apenas expectativa de direito à investidura no cargo.

A liminar foi indeferida pelo em. Des. de plantão, Aluízio Quintão, pela r. decisão de fls. 137/138.

Em síntese, sendo estes os fatos relevantes da causa, não se divisa a presença do alegado direito líquido e certo dos impetrantes à imediata investidura nos cargos para os quais fizeram dito concurso, todos classificados.

É que somente a Administração Pública detém competência para aferir da conveniência, necessidade ou oportunidade da contratação ou nomeação, não cabendo aos impetrantes substituir o critério administrativo em questão pelo seu próprio, como sustentam na inicial da impetração.

Não cabe ao Judiciário adentrar nesta área de competência interna da Administração Pública, sob pena de substituir-se ao administrador público na avaliação da oportunidade ou conveniência de provimento efetivo dos cargos objeto do concurso.

Não há que se falar em preterição do direito dos impetrantes à

nomeação, pelo fato da contratação de servidores e os próprios impetrantes para desempenhar as mesmas atividades, relativas aos cargos levados a concurso público.

Por outro lado, não se caracterizam como ilegais os contratos temporários firmados pela Administração, em face do disposto no artigo 37, IX, da CR/88, que autoriza esta contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Não está a Administração Pública, a juízo próprio da autoridade administrativa, obrigada a efetuar nomeações de concursados, ainda que haja suficiente número de vagas, pois que validamente pode optar, como aqui se fez, pelo provimento de tais cargos através de regulares contratações temporárias.

Como assinalou a em. Procuradora de Justiça, Dra. Selma Maria Ribeiro, ao opinar pela denegação da ordem (fls. 156/159): "*A Administração Pública pode, eventualmente, deixar de prover os cargos respectivos, ainda que haja vagas, levando em conta critério de conveniência e oportunidade*" - fls. 158.

Outrossim, assinalou a referida e em. Procuradora de Justiça que "*cabe ao Judiciário apenas e somente corrigir os atos excessivos e abusivos, patrulhando a legalidade ou legitimidade do ato, não podendo compelir a Administração a praticar qualquer ato*" que contrarie o seu poder discricionário, que, na espécie, foi exercitado nos limites da legislação de regência, ao deixar de proceder às referidas nomeações.

Portanto, aplica-se ao caso a prestadia lição de HELY LOPES MEIRELLES ao frisar que: "*O direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais*". (*Mandado de Segurança, Ação Popular,... Habeas Data*, 18ª ed., Malheiros Editores, atualizada por Arnoldo Wald, p. 34/35).

Por tais motivos, *não se divisa a confluência na espécie dos requisitos ensejadores da concessão da segurança, pelo que, rogando vênia ao r. entendimento em contrário, denega-se a ordem impetrada.*

Custas, pela assistência judiciária.

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

Os Srs. Desembargadores Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Mercêdo Moreira e Luiz Carlos Biasutti - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Data venia, coerente com posição já reiteradamente adotada nesta Corte, acompanho o Primeiro Vogal e denego a ordem.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Denego a ordem.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Concedo a ordem, nos termos do voto do Relator.

Os Srs. Desembargadores Gudesteu Biber, Guido de Andrade e Lauro Bracarense - Com o Relator.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES MURILO PEREIRA, ALUÍZIO QUINTÃO E LÚCIO URBANO.

-:::-

2 GRUPOS DE CÂMARAS

2.1 PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - ACÓRDÃO RESCINDENDO - DESCONSIDERAÇÃO DOS COMANDOS NORMATIVOS MENCIONADOS PELA CONTESTAÇÃO E PELO RECURSO APELATÓRIO POR OMISSÃO - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDOR PÚBLICO - LEGALIDADE - INFORMAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR O ERÁRIO MUNICIPAL - INADMISSIBILIDADE

- A violação de literal disposição de lei resta caracterizada quando o acórdão rescindendo, podendo levar em consideração determinados comandos normativos mencionados na contestação e no recurso apelatório, não os considera por omissão e impõe o dever de indenizar a contratação temporária legal de servidor público. Constatada a legalidade das contratações, não deve subsistir o dever de indenizar o erário municipal.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 160.209-3/00 - Comarca de Conceição do Rio Verde - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Ação rescisória - Violação de literal disposição de lei - Ação popular - Contratação temporária de pessoal - Cabimento - Dispositivo constitucional e leis municipais não consideradas pelo acórdão rescindendo - Ausência do dever de indenizar - Legalidade das contratações. - A violação de literal disposição de lei resta caracterizada quando o acórdão rescindendo, podendo levar em consideração

determinados comandos normativos mencionados na contestação e no recurso apelatório, não os considera por omissão e impõe o dever de indenizar a contratação temporária legal de servidor público. Constatada a legalidade das contratações, não deve subsistir o dever de indenizar o erário municipal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 07 de março de 2001. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo autor, o Dr. Eber Carvalho de Melo, e assistiu ao julgamento o Dr. Marcelo N. Campos Lobato.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Consoante relatório, cuida-se de ação rescisória aforada por Francisco Bernardes Lage contra Ricardo Alves Carneiro e Município de Conceição do Rio Verde, buscando rescindir o acórdão anexado às fls. 54/61 dos autos, decorrente da decisão de mérito proferida nos autos da Apelação Cível nº 27.772/3, oriunda da Comarca de Conceição do Rio Verde-MG, em que o Vereador-fazendeiro Ricardo Alves Carneiro, em 20 de abril de 1993, ajuizou ação popular contra Francisco Bernardes Lage, então Prefeito Municipal, e servidores municipais contratados para atender a necessidades temporárias e prementes na área de ensino e creches, visando à nulidade de contratações, "*feitas sem concurso público*", e à "*devolução dos salários e encargos sociais pagos pelo Município de Conceição do Rio Verde*".

O autor da ação popular alegou imorais as contratações de familiares e correligionários políticos e nulas, por contrariarem as normas do art. 37, II, da CF. E, sendo nulas as contratações, ilícitos seriam os pagamentos efetuados, devendo por isso ser devolvidos ao erário municipal.

A r. sentença julgou procedente, em parte, o pedido, considerando nulos os contratos, mas lícitos os pagamentos feitos em contraprestação pelos serviços prestados.

Apelam as partes: o autor, buscando a condenação na devolução dos salários. O réu, pretendendo julgarem-se legais as contratações emergenciais feitas para atendimento às áreas de ensino e creches, afirmando ter agido por estrita necessidade administrativa, sem discriminação política, e não tendo contratado qualquer parente seu.

O r. acórdão proferido na Apelação Cível nº 27.772/3, j. 28.06.94, relatada pelo em. Des. Garcia Leão, deu provimento ao apelo do autor, para reformar a sentença e condenar o réu,

Francisco Bernardes Lage, a "*ressarcir os cofres do Município de Conceição do Rio Verde o que foi despendido com o pagamento de salários e vantagens...*", à razão de que:

"*Com o advento da vigente CF, nenhuma lei pode autorizar contratação de servidor sem concurso, tendo em vista o texto claro do seu art. 37, II, a não ser que se trate de cargo em comissão. Assim, a justificativa do Prefeito apelado não convence, porque a CF não previu a possibilidade de contratação temporária para atender casos de relevância, de urgência ou de emergência, procedendo às contratações, como Chefe do Poder Executivo Municipal, desatendeu ele, indubitavelmente, a proibição constitucional, não passando suas alegações de mera tentativa de justificar o injustificável, de uma desculpa sem força de isentá-lo das sanções da lei. Trata-se, portanto, de contratações mais do que ilegais, pois desatendem não a lei simplesmente, porque simuladamente existe, mas a própria Constituição. Lei inconstitucional não é verdadeiramente lei; é simulacro de lei*" (fls. 57/58).

Contra tais assertivas dogmáticas se rebelou o réu-apelante Francisco Bernardes Lage, com um recurso extraordinário. Inacolhido, por ausência de prequestionamento, agravou-se de instrumento. Denegado seu seguimento, adentrou-se com agravo regimental, julgado improcedente pelo Pretório Excelso (acórdão à fl. 68, publicado dia 18.08.97 - fls. 70), motivando a interposição da presente rescisória, embasada no inciso V do art. 485 do CPC: "*violar literal disposição de lei*".

Rogando vênia ao em. Relator do v. acórdão rescindendo, Des. Garcia Leão, real luminar da eg. Primeira Câmara Cível deste TJMG, procede o pedido.

Com efeito, a despeito do disposto no inciso II do art. 37 da CF/88, os atos administrativos vergastados têm firme amparo no inciso IX do mesmo art. 37:

"*IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*".

Ora, foi exatamente o que ocorreu, tendo o Município de Conceição do Rio Verde promulgado as Leis nºs 890/90 (cópia, às fls. 181/185) e 956/92 (cópia, às fls. 195/197), autorizando a "*contratação por tempo determinado, nos Termos do art. 37, inciso IX, da Constituição...*".

Como visto, tal atribuição é conferida à Câmara dos Vereadores também pelo art. 30 da CF. Daí a inevitável acolhida que se há de dar à presente rescisória, consoante, aliás, os vv. acórdãos proferidos nos recursos apelatórios interpostos em idênticas ações populares, envolvendo as mesmas partes, o mesmo objeto e *causa petendi*: Apel. Cível nº 121.059/0, relatada pelo em. Des. Francisco Figueiredo, j. 15.10.88, pela Quarta Câmara Cível (cópia, às fls. 148/152 destes autos); e Apel. Cível nº 126.762-5/00, relatada pelo preclaro Des. Abreu Leite,

na Segunda Câmara Cível, j. 10.08.99 (cópia, às fls. 275/278 destes autos), acórdãos estes que julgaram constitucional e legal a contratação temporária de pessoal, sem concurso público, "*para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*", no caso, em atendimento às necessidades do ensino e de creches.

De igual jaez é a postura dos doutos Procuradores de Justiça, atuantes nesses feitos mencionados, como se vê às fls. 268/274, da lavra do Dr. Nelson Rosenvald, e fls. 385/389, a cargo do Dr. Alberto Vilas Boas.

Neste sentido, já me tenho manifestado, como ocorreu nas Apelações Cíveis nºs 49.031/8 e 49.107/6, por mim relatadas, quando afirmei: "*Legal é a contratação administrativa de funcionário público, em caráter excepcional, para atender à necessidade temporária de relevante interesse público, qual a de manter o regular funcionamento da Administração Municipal, restada prejudicada pela anulação de concurso público e exoneração de funcionários efetivos nele aprovados, se a excepcionalidade estiver prevista no Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Município*" (TJMG - AD 39.031/8 e 49.107/6 - *DJMG*, 06.08.96).

E mais adiante: "*Ainda extravagante, até teratológica,* data venia, *foi a condenação imposta ao Sr. Prefeito Municipal, Sr. Natal Rodrigues Pereira, ao pagamento dos valores pagos aos beneficiários...*", tornando-se responsável pela retribuição dos serviços essenciais e indispensáveis prestados a outrem, ao Município, à coletividade. (Apel. 49.031/7 - Comarca de Lajinha, versando sobre a condenação do Prefeito à devolução de salários pagos a serventuários pelo Município, favorecido pelos trabalhos prestados.)

Anoto ser o réu da rescisória, Sr. Ricardo Alves Carneiro, fazendeiro e político, vereador, hoje suplente, opositor ao autor da rescisória, Sr. Francisco Bernardes Lage, professor aposentado, cujos proventos montam à parca quantia de R$513,00 (quinhentos e treze reais) mensais, efetivamente pobre no sentido legal, tendo sido eleito por dois mandatos para Prefeito Municipal de Conceição do Rio Verde por méritos próprios.

Vale relembrar o magistério do grande mestre HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra *Mandado de Segurança, Ação Popular...*, *verbis*:

"*Entretanto, a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindicta partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa proteger*" (fls. 87 da 12ª edição atualizada).

Mais adiante, doutrina o Mestre, *in ibidem*, p. 93:

"*Mas é de observar-se que a ação popular não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração refoge da competência da Justiça e é privativa da Administração. O pronunciamento do Judiciário, nessa ação, fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio do Judiciário, nessa ação, fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede a ação*" (STF - *RTJ*, 96/1.370, 96/1.379, 103/638; *RDP*, 19/186; TJMG - *RT*, 576/223).

Assim, julgo procedente a rescisória *sub examine*, para desconstituir o acórdão em apreço, reconhecer a validade dos contratos celebrados e lícitos os pagamentos dos salários e encargos feitos aos servidores contratados pelo autor, quando Prefeito de Conceição do Rio Verde, por tempo determinado, para atender às necessidades temporárias de excepcional interesse público, o que reconheço.

Inverto os ônus sucumbenciais impostos na sentença (fls. 147), reconhecendo má-fé do autor das três ações populares, ajuizadas com claro intuito de oposição e obtenção de dividendos políticos.

Condeno o réu da rescisória, Ricardo Alves Carneiro, ao pagamento das custas da ação rescisória e dos honorários do advogado do autor, que arbitro em R$2.000,00 (dois mil reais). Isento dos ônus sucumbenciais o Município de Conceição do Rio Verde, por reconhecer a procedência da rescisória, entendendo ser legal a contratação de servidores por tempo limitado, para suprir deficiências de pessoal.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Garcia Leão - Sr. Presidente. Eu gostava de sempre dizer para o já saudoso Des. José Brandão que pior do que mudar de idéia é não ter idéia para mudar. A relatoria do acórdão rescindendo é de minha autoria e, naquela ocasião, tive posicionamento diverso do agora adotado pelo eminente Relator desta rescisória. No entanto, vergo-me aos sólidos argumentos por ele apresentados e, modificando o meu posicionamento anterior, acompanho-o.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Com o Relator.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Sr. Presidente. Confesso que a uma primeira leitura descomprometida tecnicamente do voto do eminente Relator, Des. Orlando Carvalho, realmente cheguei a imaginar que S. Exa. em seu longo voto estaria a corrigir injustiça apenas que eventualmente pudesse ter sido cometida quando do julgamento da apelação. Entretanto, com outras leituras e tomando como ponto de referência os elementos de informação que nos são enviados para que através deles possamos balizar os nossos posicionamentos, verifico que, realmente,

S. Exa. proferiu um voto que, em sendo técnico, também haveria de abordar a matéria que diz respeito à justiça ou injustiça da decisão anterior, porque a rescisória foi requerida no seu duplo sentido para rescindir e para rejulgar, e teria, pois, S. Exa. que se manifestar nos termos em que o fez.

Do ponto de vista técnico, porque me parece ficou soberbamente explicitado no voto do em. Relator, não há dúvida, não apenas do cabimento, mas da procedência da rescisória, porque o que se observa é que o nosso real luminar da Primeira Câmara, quando proferiu o seu voto no julgamento da apelação, ele foi absolutamente incisivo ao dizer que: "*com o advento da vigente Constituição Federal, nenhuma lei pode autorizar contratação de servidor sem concurso, tendo em vista o texto claro do art. 37, II, a não ser que se trate de cargo em comissão*".

Ora, evidentemente, houve um equívoco de S. Exa. e afronta a dispositivo literal de lei que se encontra também no próprio item IX do art. 37 da Constituição Federal, a permitir que a lei estabelecerá casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

É verdade que, para que se tornasse possível o juízo rescisório, era necessário que fosse admissível o juízo *rescindens*.

Então, essa agressão, *data venia*, a literal disposição de lei constitucional veio propiciar a formulação do segundo juízo. Porque, apesar do consentimento que se encontra no item IV do art. 37 da Constituição Federal, pode ocorrer a procedência do pedido, sim, na hipótese em que a ação popular que ataca o uso indevido dessa permissibilidade constitucional, ela traga fóruns e provas demonstrando que o uso do dispositivo do item IX do art. 37 fora feito indevida e abusivamente, com criação de sinecuras. Tal não ocorre, e é por isso que, penitenciando-me pelo juízo inicial, eu acompanho inteiramente o voto do em. Relator.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo com o em. Relator.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO.

-:::-

2.2 SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

AÇÃO RESCISÓRIA - FUNDAMENTO NO ART. 485, VII, DO CPC - ACÓRDÃO RESCINDENDO - DISPOSITIVO LEGAL QUE AMPARAVA O DIREITO DA PARTE - POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - DOCUMENTO NOVO - INEXISTÊNCIA - SUPREMACIA DA COISA JULGADA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - REJEIÇÃO

- Rejeita-se a preliminar argüida de extinção do processo, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC, sob o fundamento de que o autor da ação rescisória, interposta com base no art. 485, VII, do CPC, não tem interesse processual e, portanto, carecedor da ação, porque o acórdão rescindendo se baseou em dispositivo inconstitucional, donde não teria fundamento jurídico, e que a rescisão do acórdão não teria qualquer efeito prático. Tal argumento não procede, sendo cabível a rescisória, uma vez que não incidente a Súmula nº 343 do STF, e a declaração de inconstitucionalidade ocorreu em ação direta, caso em que possível a mesma sob o intento de desconstituir o julgado que se guiou por norma legal posteriormente declarada inconstitucional, mesmo em parte, especialmente quando a declaração de inconstitucionalidade não fora bussolada pela via do controle difuso. Outrossim, os efeitos declaratórios de um *decisum* de inconstitucionalidade nada nulificam. Fosse o caso de sucessivas declarações de inconstitucionalidade, ter-se-ia como pensar em efeito *ex tunc* e sob eficácia *erga omnes*, porém, e na espécie, não se cuida de tal.

- A posterior declaração de inconstitucionalidade em parte do dispositivo legal que amparava o direito da parte, no acórdão rescindendo, não constitui documento novo, nos moldes do art. 485, VII, do CPC, a fundamentar a ação rescisória. Documento novo para tal fim é o que já existe ao tempo em que proferida a decisão, alvo de rescisão, e do qual a parte não se utilizou por motivo estranho à sua vontade e capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável. A novidade do documento não diz respeito à sua constituição, e sim à época de sua produção e como prova, em face do processo.

- Os predicamentos da coisa julgada são sempre os mesmos, uma vez que protegidos pela Constituição Federal, ainda porque, e por esta, elevados à categoria de direito fundamental. A coisa julgada e a conseqüente segurança da relação jurídica não são de natureza diversa, ante o fato de ter o julgamento se apoiado em lei que mais tarde veio a ser considerada inconstitucional em parte. A intangibilidade da *res judicata* é sempre a mesma e afasta, daí, a possibilidade de rediscussão do tema decidido, quer tenha o acórdão atingido ou não nível de discussão de matéria constitucional.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 156.288-3/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Ação rescisória - Acórdão do Tribunal que se guiou por lei mais tarde declarada inconstitucional, embora parcialmente - Rescisão do julgado - Pretensão baseada na norma do art. 485, VII, do CPC - Inviabilidade - Supremacia, a mais, da coisa julgada - Improcedência.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO. ABSTEVE-SE DE VOTAR O DES. ALUÍZIO QUINTÃO.

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2001. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Cuida-se de ação rescisória, lastreada na norma do artigo 485, por seu inciso VII, do Diploma Formal, produzida sob o propósito de desestruturação do venerando acórdão, oriundo da colenda Quarta Câmara Cível, deste egrégio Tribunal, cuja cópia vista é em fls. 09 *usque* 12.

Não cuidou o autor de provar, de pronto e como seria de seu talante, o trânsito em julgado do venerando acórdão que pretende por derrogado.

Inobstante, tal falta não acarreta desmerecimento, pois, conjugadas as datas da publicação do acórdão e de seu trânsito, fls. 98 e 99, com a do ajuizamento acontecido, fls. 02, de se concluir que o prazo legal não fora desobedecido, donde por inidentificável decadência operante.

O autor alcançado é pela dispensabilidade do depósito prévio.

O *punctum dolens* diz respeito a que, após venerando acórdão guerreado, outro comando judicial tomou corpo, e por este, ao noticiado em fls. 14 até 20, em seara de ação direta de inconstitucionalidade construída pelo Sr. Prefeito Municipal de Teófilo Otoni, o artigo 33 da Lei Complementar nº 01/93, fora decotado em sua parte final, visto inconstitucionalidade declarada, extirpando-se a expressão "*ou naquele que estiver exercendo*".

Tal lei instituíra o apostilamento dos servidores municipais, e à ré compostos eram os adicionais sob a parte final do artigo referido, justamente a que fora declarada inconstitucional.

Por assim, surgira "*um fato novo, prenunciado no artigo 485, VII, do Código de Processo Civil*", municiador, então, da ação sob enfoque e comprometedor do acórdão rescindendo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, via acreditado parecer firmado pela Dra. Selma Maria Ribeiro Araújo, veio de instalar uma preliminar, fls. 72/73, onde restou por assinalado que devia acontecer a extinção do processo, ao comando do artigo 267, VI, do Diploma Formal, "*uma vez que o autor não demonstrou interesse processual*", declarando-se, via de conseqüência, o mesmo como carecente do direito de ação.

Isso porque o acórdão visado se havia estruturado sob "*dispositivo inconstitucional*", donde que não teria "*fundamento jurídico, já que a lei impugnada inexiste para o direito e, em conseqüência, inexiste direito à percepção dos adicionais por parte da ré*".

Ainda que, conseqüentemente, "*a rescisão do acórdão não tem qualquer utilidade prática*", pois "*o debatido dispositivo legal foi considerado inconstitucional*", daí que sua validade e eficácia "*foram declarados inexistentes desde o surgimento da lei*".

Não encontro razão por ombreada com a ilustre representante do Ministério Público, *rogata venia*.

A par de sua manifestação mostrar-se, até certo ponto, como contraditória, *cum maxima venia*, ao seu teor, de ser dito que por cabível é a rescisória, posto não incidente a Súmula 343, do Pretório Máximo da República, e a declaração de inconstitucionalidade ocorreu em ação direta, caso em que possível a mesma sob o intento de desconstituir julgado que se guiou por norma legal posteriormente declarada inconstitucional, mesmo em parte.

De se destacar que não fora a declaração de inconstitucionalidade bussolada pela via do controle difuso.

Ademais, os efeitos declaratórios de um *decisum* de inconstitucionalidade nada nulificam.

Fosse caso de sucessivas declarações de inconstitucionalidade, ter-se-ia como se pensar em efeitos *ex tunc* e sob eficácia *erga omnes*, porém, e aqui, não se cuida de tal.

Portanto, a pretensão rescisória é de ser tida como comportável à discussão.

Rejeito, ao exposto, a preliminar.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E O REVISOR REJEITANDO PRELIMINARES.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (*Des. Bady Curi*) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 01.11.2000, a pedido do Segundo Vogal, após votarem o Relator e o Revisor rejeitando preliminares.

Com a palavra o Des. Carreira Machado.

O Sr. Des. Carreira Machado - Sr. Presidente. Pedi vista desses autos para examinar a questão de uma preliminar e, efetivamente, parece que me equivoquei, dada a simplicidade da questão, muito bem colocada pelo Des. Isalino Lisbôa, com quem me coloco inteiramente de acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - A preliminar deste caso foi suscitada pela douta Procuradoria de Justiça à fl. 72; entende ela que se a lei é inconstitucional não existe interesse processual. Portanto, o Ministério Público parte do pressuposto de que a rescisória irá ser julgada procedente, porque a matéria da rescisória é a incidência do direito, pelo fato de a Corte Superior deste egrégio Tribunal haver decidido ser parcialmente procedente o pedido da ADIn nº 101.627.

Ora, se este é o mérito da própria rescisória, não pode ser tomado por preliminar, e, por isso me ponho de inteiro acordo com o voto do Des. Relator.

Os Srs. Desembargadores Lucas Sávio Gomes, José Francisco Bueno e Hyparco Immesi - Acompanho o em. Relator.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Não vislumbro a ocorrência de ausência de interesse processual de uma rescisória cujo objeto é desconstituir venerando acórdão, ao fundamento de inconstitucionalidade superveniente da norma e que motivou o julgamento.

Rejeito a preliminar.

Os Srs. Desembargadores Bady Curi, Cláudio Costa e Campos Oliveira - Acompanho o em. Relator.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Por mais adentrando nos autos, conduzo-me à conclusão de que sem fomento de abrigo se mostra a rescisória sob mira, *venia rogata*.

O dispositivo legal, apontado como assoalhador da rescisória estatuída, não encontra respaldo, menos ponto de apoio.

Ressabido que documento novo, que possa fundamentar um pedido rescisório, é o que já existe ao tempo em que proferida a decisão, alvo de rescisão, e do qual a parte não se utilizou por motivo estranho à sua vontade e capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável.

A novidade do documento não diz respeito à sua constituição, sim à época de sua produção e como prova, em face do processo, como bem orientou *Humberto Theodoro Júnior, em Processo de Conhecimento*, v. II, p. 801.

Bom de ser assinalado que o documento há por defluir da causa, e não trazido à mesma.

Não prosperante, destarte, a alegação de que posterior pronunciamento sobre a matéria, condutor à declaração, parcial, de inconstitucionalidade, constitua documento novo, nos exatos termos do inciso VII do artigo 485 do CPC, em face da sua inexistência,

quando do julgamento do *mandamus* já referenciado.

Não há, *in vero*, embasamento para a rescisória ajuizada.

Por derradeiro, não me sinto sob censura em dizer que há por persistir o valor preservado pela coisa julgada.

Os predicamentos da coisa julgada são sempre os mesmos, vez que protegidos pela Constituição Federal, ainda porque, e por esta, elevados à categoria de direito fundamental.

A coisa julgada e a conseqüente segurança da relação jurídica não são de natureza diversa, ante o fato, que rotulo como simples, de ter o julgamento se apoiado em lei que mais tarde se veio a considerar inconstitucional, em parte.

A intangibilidade da *res judicata* é sempre a mesma e afasta, daí, a possibilidade de rediscussão do tema decidido, quer tenha o acórdão atingido ou não nível de discussão de matéria constitucional.

Por tudo e em tudo, improsperável é a rescisória, tal como composta.

Em face do expendido, voto no sentido de julgar improcedente o pedido que consubstanciou a ação aforada, condenando, ao ensejo, o autor ao pagamento das custas e de verba honorária *ex adversa*, à base de quinze por cento sobre o valor da causa.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Acompanho o em. Relator.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - O efeito *ex tunc*, incondicionado é, *data venia*, um atraso do direito brasileiro em relação ao europeu, mas guardado pelo Excelso Tribunal, dentro da sua jurisprudência conservadora contra a qual se levantou o argumento mais evoluído do em. Min. Leitão de Abreu (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, 97/1.372), tantas vezes citado, mas não imitado.

A premissa maior é o efeito *ex tunc* da decisão definitiva do STF em matéria constitucional, suspensa pelo Senado Federal.

Para admitir que a Súmula 343, do Supremo Tribunal, não se aplique à rescisória de julgados, diz a autora, nas suas Considerações Finais:

"b) em se tratando de declaração de inconstitucionalidade via controle difuso, até que o Senado Federal não suspenda a execução da lei, é perfeitamente admissível a mudança de orientação para os demais tribunais, incidindo, assim, a Súmula 343 do STF, de forma a impedir ação rescisória.

Ocorrendo a suspensão da lei pelo Senado Federal, não é mais permitida divergência jurisprudencial, e como a perda da eficácia da lei tem efeitos ex tunc (*ressalvada posição doutrinária defensora do efeito* ex nunc *neste caso*), *é cabível rescisória para desconstituir julgado que tenha*

aplicado a lei posteriormente declarada inconstitucional". (*Controle de Constitucionalidade - Coisa Julgada em Matéria Tributária*, FLÁVIA CALDEIRA BRANT RIBEIRO DE FIGUEIREDO, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 89.)

Com a ressalva de minha posição fiel à do Min. Leitão de Abreu, admito que, ainda na doutrina mais conservadora, é inadmissível a rescisória neste caso, por não se ter demonstrado que o Supremo Tribunal Federal decidiu definitivamente, aplicando-se, pois, sua Súmula 343.

É certo que o eg. Tribunal de Justiça, no controle de constitucionalidade estadual, proferiu decisão na ADIn nº 101.627/8, julgada em 16 de setembro de 1998, de que foi Relator o em. Des. Antônio Hélio. Os princípios seriam os mesmos, pois a decisão terá eficácia *erga omnes* e efeito *ex tunc*.

Vejo-me na contingência de negar a aplicação retroativa da decisão definitiva, abrindo a coisa julgada, pois esta é garantia magna da Constituição, valendo, sem condições, e não pode ser comprometida pela posterior e superveniente interpretação, ainda que do Tribunal Supremo, pois, se a lei inconstitucional é írrita, foi presumida constitucional e criou direitos que não podem ser desprezados sem prejuízo da segurança individual. Se a primazia da Constituição é importante, sua validade está no conteúdo que protege e, dentro dele, pelo resguardo dos direitos individuais e da segurança pública, que não pode ser modificada indefinidamente pela evolução da jurisprudência. *Tempus regit actum*. O tempo define o conteúdo válido da lei, sobretudo quando proveniente da interpretação do Tribunal.

Julgo improcedente a ação.

Os Srs. Desembargadores Lucas Sávio Gomes, José Francisco Bueno e Hyparco Immesi - Acompanho o em. Relator.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Peço vista.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. PEDIU VISTA O OITAVO VOGAL - DESEMBARGADOR KILDARE GONÇALVES CARVALHO -, APÓS VOTAREM OS DESEMBARGADORES ANTECEDENTES JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 01.11.2000, a pedido do Segundo Vogal, após votarem o Relator e o Revisor rejeitando preliminares.

No dia 06.12.2000, rejeitaram preliminar, e pediu vista o 8º Vogal, após votarem os Desembargadores antecedentes julgando improcedente o pedido.

Com a palavra o Desembargador Kildare Carvalho.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de ação rescisória contra o v. acórdão oriundo da Quarta Câmara Cível deste Tribunal que confirmou a sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por Adna Ana Lobo Silva, suspendendo os efeitos do Decreto Municipal nº 3.796/97, que suprimia os adicionais de apostilamento no cargo de secretária municipal por ela ocupado, auferidos em conformidade com o art. 33 da LC 01/93.

Baseia-se a presente demanda no fato de que o supracitado artigo, que amparava o direito da ré, fora declarado inconstitucional em parte, o que configuraria documento novo, nos moldes do art. 485, VII, do CPC, a ensejar, pois, a propositura da ação rescisória.

A meu ver, duas são as questões apresentadas nos autos: uma de cunho eminentemente processual, qual seja, a configuração de documento novo através da declaração superveniente de inconstitucionalidade; e a segunda, de ordem constitucional, consubstanciada nos efeitos desta declaração de inconstitucionalidade e sua eficácia perante a coisa julgada, ou seja, a possibilidade ou não de uma lei declarada inconstitucional através de ação direta ter os seus efeitos respeitados em prol da segurança jurídica, traduzida, em última análise, no instituto da *res judicata*.

Sabe-se que a ação rescisória, além dos pressupostos comuns às demais ações, deve contar também com a invocação de algum dos motivos de rescindibilidade dos julgados, previstos, de forma taxativa, no art. 485 do CPC.

No caso dos autos, embasa a pretensão do autor a existência de documento novo, isto é, a decisão que declarou inconstitucional a parte final do art. 33 da Lei Complementar nº 01/93, que, por sua vez, amparava o direito ao apostilamento da ré nos moldes pretendidos.

A propósito, preceitua o art. 485, VII, do CPC:

"*Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*

(...)

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável".

Resta, então, aferir se a decisão de mérito proferida na ação declaratória de inconstitucionalidade em voga poderia ser considerada documento novo, viabilizando a presente ação rescisória.

A questão não é pacífica. A maior parte da doutrina e da jurisprudência entende, porém, que documento novo, para fins de ação rescisória, é aquele já constituído anteriormente à sentença, cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso, no curso do processo de que resultou o julgado rescindendo. Além disso, explicita-se que a decisão de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade não

pode ser considerada documento novo no sentido técnico-processual civil, para servir de fundamento da ação rescisória.

Ocorre que, muito embora não esteja a decisão meritória proferida em sede de ADIn inserida na expressão "documento novo" constante do Diploma Processual Civil, enseja ela o manejo de ação rescisória, como já se posicionou o Pretório Excelso:

"*A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança para esse fim*" (*RT*, 55/744).

Nesse mesmo sentido, em decisão recente, manifestou-se o Segundo Grupo de Câmara Cíveis deste Tribunal:

"*É cabível ação rescisória quando sobrevém declaração de inconstitucionalidade de lei na qual se estribou a decisão rescindenda*" (*Revista "Jurisprudência Mineira"*, v. 141/83).

Assim, se os fatos estão expostos, como cumpria ao autor fazê-lo, e se tais fatos ensejam a propositura da ação rescisória, no entanto com outro fundamento, cabe ao julgador adequar a narrativa ao comando legal, dando o direito. Trata-se da aplicação do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

A respeito, vale transcrever:

"*Os brocardos jurídicos* jura novit curia *e* da mihi factum, dabo tibi ius *são aplicáveis às ações rescisórias. Ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal. Se o postulante, embora fazendo menção aos incisos III e VI do art. 485, CPC, deduz como* causae petendi *circunstâncias fáticas que encontram correspondência normativa na disciplina dos incisos V e IX, nada obsta que o julgador, atribuindo correta qualificação jurídica às razões expostas na inicial, acolha a pretensão rescisória. O que não se admite é o decreto de procedência estribado em fundamentos distintos dos alinhados na peça vestibular*" (*RSTJ*, 48/136).

Por tais razões, cabível a ação rescisória no caso em comento, já que o autor alinhou os fatos, trouxe elementos aos autos a fim de demonstrá-los, sendo possível enquadrá-los no inciso V do art. 485 do CPC.

Diante disso, cumpre, então, perquirir se a decisão de mérito proferida em sede de ADIn, posteriormente ao trânsito em julgado do acórdão rescindendo, estenderia os seus efeitos para o passado, alcançando a coisa julgada em detrimento da segurança jurídica.

Cuida-se, sem dúvida, de questão polêmica. Tem-se, de um lado, a supremacia constitucional, como viga mestra do nosso ordenamento jurídico, e, de outro, a necessidade de estabilidade das relações sociais, que se faz

através da *res judicata*, também prevista em sede constitucional.

O Pretório Excelso já se posicionou no sentido de que a decisão declaratória de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, sendo a lei inconstitucional nula desde o nascedouro e apenas declarada como tal. Isso significa dizer que são apagados, com a eiva da inconstitucionalidade, todos os efeitos que aquela lei produziria, enquanto vigente. Entende-se que uma lei inconstitucional não confere direitos, nem cria deveres, sendo impossível imprimir-lhe uma eficácia transitória.

Teoricamente, pois, não haveria obstáculos à aceitação dos efeitos *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade, uma vez que se amoldam ao sistema constitucional como um todo, garantindo-lhe a posição de supremacia e rigidez, características incontestáveis de nossa Carta Política.

No entanto, é preciso não se esquecer de que, quando se têm em mira tais efeitos, devem ser levadas em consideração as relações jurídicas consolidadas na vigência da norma inconstitucional, cujo desfazimento, pelos efeitos *ex tunc* da decisão judicial, poderia repercutir negativamente sobre a certeza dessas relações jurídicas e a paz social.

Sobre o tema, adverte REGINA MARIA MACEDO NEY FERRARI:

"*A retroatividade da declaração na via de ação direta deve ser feita com reservas, considerando que a norma inconstitucional pode ter tido conseqüência que não seria prudente ignorar, e que isto, principalmente em nosso sistema jurídico, não determina prazo para sua argüição, podendo a mesma ocorrer 10, 20, 30 anos após sua entrada em vigor*" (FERRARI, Regina Maria Macedo Ney. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 144-145).

No mesmo sentido já se manifestou o Ministro Leitão de Abreu quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 79.343-BA e 93.356-MT:

"*Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere ao* Corpus Juris Secundum, *de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela de boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente, quando, a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão que decreta a inconstitucionalidade pode atingir, prejudicado o agente que teve legítimo o ato e, fundado nele, estava procedendo sob o amparo do direito objetivo*".

Nesta ordem de idéia, tenho que razões de eqüidade, de certeza do Direito, bem como de segurança jurídica levam à aceitação da tese de que a decisão de mérito proferida em ADIn poderá gerar efeitos *ex nunc*, isto é, não retroage indefinidamente, pelo que

devem ser respeitadas as situações jurídicas constituídas sob sua égide. E esse entendimento encontra respaldo na recente Lei nº 9.868/99.

Assim, deve ser preservada, *in casu*, a coisa julgada, posto ser esta a solução que melhor se coaduna com a realidade posta nos autos, isto é, a existência de efeitos concretos produzidos pela lei somente declarada inconstitucional após o aperfeiçoamento da coisa julgada.

Pelo exposto, julgo improcedente a presente ação rescisória.

Os Srs. Desembargadores Bady Curi, Hugo Bengtsson, Cláudio Costa e Campos Oliveira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR; JULGARAM IMPROCEDENTE O PEDIDO. ABSTEVE-SE DE VOTAR O DES. ALUÍZIO QUINTÃO.

-:::-

AÇÃO RESCISÓRIA - DOCUMENTO NOVO - INEXISTÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 485, VII, CPC - IMPROCEDÊNCIA - ALEGAÇÕES FINAIS - INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR - IMPOSSIBILIDADE - ART. 264 DO CPC

- É de se julgar improcedente ação rescisória que visa desconstituir decisão proferida em ação de investigação de paternidade cujo fundamento é a existência de documento novo (art. 485, VII, CPC) consistente no resultado de exame de DNA realizado extrajudicialmente após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, porquanto documento novo é aquele existente à época do julgamento da causa, sendo certo que o adjetivo "novo" expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se.

- As alegações do autor suscitadas nas razões finais concernentes a dolo da parte vencedora, violação a literal disposição de lei, prova falsa e erro de fato constituem inovação na causa de pedir, o que é vedado expressamente consoante prescrição inserta no art. 264 do CPC.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 179.777-8/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Improcedente é a ação rescisória tendente a desconstituir decisão proferida em ação de investigação de paternidade cujo fundamento é a existência de documento novo (CPC, art. 485, VII) consistente no resultado de exame de DNA realizado extrajudicialmente após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, haja vista que documento novo é aquele existente à época do julgamento da causa.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 07 de março de 2001. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se de ação rescisória proposta por M.M.J., contra P.R.F. e outro, representados por sua mãe, tendente a desconstituir o acórdão trasladado às fls. 62/79-TJ, proferido pela egrégia Quinta Câmara Cível deste Tribunal, que confirmou a procedência da ação de investigação de paternidade movida pelos ora réus contra o ora autor.

Argúi o autor que há documento novo autorizativo da rescisão do referido acórdão, qual seja, o resultado de exame de DNA realizado extrajudicialmente após trânsito em julgado da decisão rescindenda, consistente na exclusão da sua paternidade sobre os réus.

Regularmente citados, os réus não apresentaram resposta (cf. certidão de fl. 108-TJ).

À fl. 112-TJ, aduziu o autor não ter mais provas a produzir.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 114/120-TJ) pela procedência da ação rescisória.

Razões finais pelo autor (fls. 122/131-TJ).

Processo em ordem; não há preliminares; instrução finda.

As alegações do autor suscitadas nas razões finais concernentes a dolo da parte vencedora, violação a literal disposição de lei, prova falsa e erro de fato constituem inovação na causa de pedir, o que é vedado, nos termos do art. 264, CPC.

Improcedente é a ação rescisória tendente a desconstituir decisão proferida em ação de investigação de paternidade cujo fundamento é a existência de documento novo (CPC, art. 485, VII) consistente no resultado de exame de DNA realizado extrajudicialmente após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, haja vista que documento novo é aquele existente à época do julgamento da causa.

O art. 485, VII, CPC, dispõe que:

"*Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*

(...)

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável".

"*Por documento novo não se deve entender aquele que só posteriormente à sentença veio a formar-se, mas o documento já constituído cuja*

existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo" (*RTJ*, 158/774). No mesmo sentido: STJ - *RT*, 652/159; *RTFR*, 146/7; *RT*, 675/151.

Ensina JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA que "*por* documento novo *não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo 'novo' expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento 'cuja existência' a parte ignorava é, obviamente, documento que existia; documento de que ela 'não pôde fazer uso'. É, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto existia*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 1981, p. 161).

Nesse sentido, a concepção de PONTES DE MIRANDA, para quem documento novo é aquele "*(...) que se obteve, sem que dele tivesse notícia ou não tivesse podido usar o autor da ação rescisória, que foi vencido na ação em que se proferiu a sentença rescindenda*" (*Tratado de Ação Rescisória*, 5ª ed., Forense, 1976, p. 326).

Especificamente em relação ao pedido de rescisão de decisão proferida em ação de investigação de paternidade com fundamento na existência de documento novo consistente no resultado de exame pericial de DNA, esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"*Ementa: Ação rescisória. Documento novo. - Não constitui documento novo, capaz de justificar a rescisão, aquele produzido após o julgamento da causa. Voto: O documento novo, em que se pretendeu buscar amparo, constitui-se de exame cuja realização, em caráter particular, foi obtida pelo ora recorrente após o julgamento que se intenta rescindir. Documento novo, entretanto, capaz de justificar pedido de rescisão, é o já existente, mas que não pôde ser utilizado. Nesse sentido tranqüilo entendimento doutrinário e jurisprudencial. A ser de modo diverso, pudessem novas provas ser produzidas e, com base nelas, rescindir sentenças, a coisa julgada não encontraria estabilidade*" (STJ - REsp nº 27.931-TO - 3ª Turma - Relator Ministro Eduardo Ribeiro - j. 08.10.96).

Ante o exposto, julgo improcedente a ação rescisória.

Custas e despesas processuais, pelo autor, inexistindo imposição de ônus sucumbenciais alusivos à verba honorária advocatícia, haja vista que revéis os réus.

Os Srs. Desembargadores Almeida Melo, Lucas Sávio Gomes, José Francisco Bueno, Célio César Paduani, Hyparco Immesi, Kildare Carvalho, Bady Curi, Hugo Bengtsson, Cláudio Costa, Campos Oliveira, Isalino Lisbôa, Aloysio Nogueira e Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - JULGARAM IMPROCEDENTE O PEDIDO.

-:::-

SAÚDE - SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA - TRATAMENTO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - MEDICAMENTO - FORNECIMENTO - OBRIGATORIEDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM

- É de se conceder a segurança, se dos autos exsurge direito líquido e certo do impetrante, devidamente estabelecido em lei, de receber gratuitamente medicamento específico do Sistema Único de Saúde e pelo tempo que necessitar para tratamento da síndrome da imonudeficiência (AIDS), cuja omissão pela autoridade pública constitui indiscutível abuso a dar guarida ao *mandamus* impetrado.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 207.281-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator - Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Ação mandamental - Síndrome da imunodeficiência adquirida - Medicamento - Fornecimento - Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais - Direito líquido e certo - Comprovação. - Exurgindo dos autos o direito líquido e certo do impetrante de fornecimento, pela Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais, de medicamento necessário e imperioso a tratamento a que vem sendo submetido pelo SUS, por ser portador de HIV (vírus da imunodeficiência humana), imperiosa se revela a concessão da segurança, a tanto. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 07 de março de 2001. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Trata-se de ação mandamental proposta por A. S.C., contra ato do Secretário da Saúde do Estado de Minas Gerais, visando garantir o fornecimento gratuito imediato, e pelo tempo que se fizer necessário, do medicamento Amprenavir, indicado para o tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida, do qual é portador, nos termos da receita médica juntada aos autos, aduzindo não possuir condições financeiras à aquisição do mesmo.

As informações da autoridade requerida e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foram objeto de sucinta reportagem no relatório de fls.

Analisando-se a questão posta nos autos, verifica- se, de pronto, a imperiosidade da concessão da ordem pleiteada.

Com efeito, rezando o artigo 196 da Constituição da República que

"*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*", encerra tal artigo de Lei, em si, aspectos de norma programática e de norma de eficácia plena.

Isto porque o direito subjetivo de todos de assistência à saúde depende, obviamente, das possibilidades, tanto financeiras, quanto tecnológicas do Estado, que se concretizam à medida que o Poder Público cria e oferece aos indivíduos determinado tipo de assistência.

Entretanto, no caso dos autos, pelo que decorre da análise do artigo 1º da Lei 9.313/96, que garante a gratuidade de determinados medicamentos, inclusive o de que necessita o impetrante, pois dispõe que "*os portadores de HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária ao tratamento*", está o impetrante sendo lesado no seu direito líquido e certo de obter, sem qualquer ônus, o medicamento específico de que necessita.

Ora, obviamente que não se poderia negar ao impetrante o que lhe é garantido por Lei, sob pena da prática de efetivo abuso por parte da autoridade apontada como coatora.

Saliente-se, por oportuno, ser imperioso o fornecimento ao impetrante do medicamento denominado Amprenavir, vez que somente este surte os devidos efeitos no organismo do requerente, como se constata da cópia do receituário colacionada à fl. 07-TJ.

Destarte, ante aos elementos colacionados aos autos, induvidoso se mostra o direito líquido e certo do impetrante a ser garantido via do presente *mandamus*, pelo que se concede a ordem pleiteada, confirmando-se a liminar.

Sem custas.

Os Srs. Desembargadores José Francisco Bueno, Célio César Paduani, Hyparco Immesi, Kildare Carvalho, Bady Curi, Hugo Bengtsson, Cláudio Costa, Campos Oliveira, Isalino Lisbôa, Aloysio Nogueira, Aluízio Quintão, Carreira Machado e Almeida Melo - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

-:::-

2.3 GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS

REVISÃO CRIMINAL - TÓXICO - TRÁFICO - PROVA INDICIÁRIA - INDÍCIOS POLIVALENTES - CONDENAÇÃO POR PRESUNÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO

- Os indícios são provas meramente relativas, que só autorizam o reconhecimento do fato principal quando mantenham com ele relação incontestável, de forma a estabelecer, por indução, a sua realidade material. Indícios polivalentes, com o condão de levar as possibilidades da autoria para direções diversas, sem força suficiente para afirmar, estreme de dúvida, que foi o acusado o autor do delito, não constituem elementos probatórios capazes de sedimentar o livre convencimento do juiz, não podendo servir de suporte para a condenação. Se o réu é condenado, com base somente nesses indícios, é de deferir o pedido revisional formulado com base no art. 621, I, parte final, do CPP, para, nos termos do art. 386, VI, do mesmo diploma penal, absolver o peticionário da imputação que lhe moveu a Justiça Pública.

- Notícias do envolvimento pretérito do peticionário com o nefário comércio de drogas e de que o local onde se procedeu à apreensão era por este freqüentado não constituem indícios suficientes para a condenação no delito do art. 12 da Lei nº 6.368/76, que exige, para a sua configuração, a vinculação entre o agente e a posse da substância apreendida.

REVISÃO CRIMINAL Nº 191.992-7/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

Ementa oficial: Processual penal - Revisão criminal - Tráfico ilícito de entorpecentes - Condenação por presunção - Inadmissibilidade. - Notícias do envolvimento pretérito do peticionário com o nefário comércio de drogas e de que o local onde se procedeu à apreensão era por este freqüentado não constituem indícios suficientes para a condenação no delito do art. 12 da Lei 6.368/76, que exige, para a sua configuração, a vinculação entre o agente e a posse da substância apreendida. Pedido revisional deferido.

RELATÓRIO

Cuida-se de revisão criminal requerida por Jair Pires Ferreira, condenado na Comarca de Uberaba às penas de nove anos e seis meses de reclusão e cem dias-multa, incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, c/c os arts. 61, I, e 69 do Código Penal.

Negando qualquer participação no crime de tráfico de entorpecentes, pretende o peticionário a sua absolvição, alegando haver a decisão contrariado as evidências dos autos. Segundo ele, teria sido condenado com base em simples indícios, apenas pelo fato de freqüentar a casa onde foi encontrada a droga e por haver se envolvido anteriormente com o tráfico, inexistindo nos autos, contudo, prova segura que o vincule à maconha apreendida.

Foram apensados os autos originais, manifestando-se a ilustrada Procuradoria de Justiça pelo indeferimento do pedido (fls. 21/23).

À douta revisão, remetendo-se, na oportunidade própria, aos eminentes Desembargadores Vogais, cópias deste relatório, do pedido, da sentença de fls. 164/177, do acórdão de fls. 321/324 e do parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2001. - *Guido de Andrade* - Relator.

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.

Belo Horizonte, 09 de abril de 2001. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Guido de Andrade - (Lê o relatório nos autos.)

Viu-se o peticionário condenado, na Comarca de Uberaba, em companhia de Francisco Pires Ferreira, Eurípedes Sebastião Pires Ferreira, Bento Pires Ferreira e Valter Gonçalves Mariano porque, na manhã de 30 de maio de 1986, agentes da Polícia Federal localizaram em uma casa, situada na rua B, nº 30, no bairro Abadia, daquela Cidade, diversos embrulhos de maconha.

Sabedores de que a casa pertencia aos irmãos Francisco Pires Ferreira, Eurípedes Sebastião Pires Ferreira, Bento Pires Ferreira e o peticionário, passaram os policiais a procurá-los, vindo a ser preso e autuado em flagrante o primeiro - Francisco Pires Ferreira -, que assumiu a propriedade do material entorpecente apreendido.

Foram, no entanto, todos eles denunciados como incursos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, já que, segundo esclarecimentos prestados por Maria do Carmo Alves Ferreira e Sebastiana Marques Rosa, a casa era freqüentemente visitada pelos demais irmãos de Francisco.

Com base nesses dois testemunhos e por serem, tanto o peticionário como seus irmãos, conhecidos como traficantes naquela cidade, concluiu o MM. Juiz sentenciante por condenar, não apenas Francisco Pires Ferreira (réu confesso), mas todos eles.

Conformou-se Francisco com a sua condenação e, tendo o acusado Valter Gonçalves Mariano falecido no curso da instrução, foi-lhe decretada extinta a punibilidade (fls. 118).

Apelaram, porém, da sentença, o peticionário, Bento Pires Ferreira, e Eurípedes Sebastião Pires Ferreira.

Os dois últimos, ao que se vê do v. acórdão de fls. 320/324, foram absolvidos.

Já a mesma sorte não teve o peticionário, cuja apelação foi julgada deserta (fls. 191).

É que este, tão logo intimado da sentença que o condenou (fls. 183-v.), empreendeu fuga do local onde cumpria pena (prisão domiciliar) decorrente de sua condenação em outro processo.

Daí pretender agora, através da presente revisional, a sua absolvição, com fulcro no art. 621, I, *fine*, do Código de Processo Penal.

Entende que a r. sentença, ao condená-lo, pautou-se contra a evidência dos autos.

E razão lhe assiste, quando se constata, antes de mais nada, que a sua situação, no processo em apreço, é a mesma de seus dois irmãos apelantes Bento Pires Ferreira e Eurípedes Sebastião Pires Ferreira e que não passou despercebida à acuidade dos doutos Prolatores do v. acórdão de fls. 320/324 - Desembargadores Sebastião Rosenburg, Joaquim Alves de Andrade e Salatiel Resende -, que proveram ambos os recursos para absolverem os apelantes.

De se repetir, também aqui, em relação ao peticionário, aquilo que foi dito, com referência aos apelantes, no voto do Relator: "*... a prova carreada para os autos, em qualquer momento, estabeleceu vinculação entre os apelantes e a posse da substância apreendida, cuidando, tão-só, de trazer notícias do envolvimento pretérito dos irmãos 'Grilo' com o nefário comércio, e que o local onde se procedeu à apreensão da droga freqüentado por eles*" (fls. 322).

Vê-se que as próprias testemunhas Maria do Carmo Alves Ferreira e Sebastiana Marques Rosa - em cujos depoimentos se louvou a sentença para a incriminação do peticionário - não fazem alusão à presença deste na citada casa, seja no dia da apreensão da droga, seja nos dias anteriores (até porque, como informado pela autoridade policial no seu relatório, encontrava-se o peticionário foragido, naquela ocasião, por ter contra ele prisão decretada, em outro processo - fls. 42).

Na realidade, o que relatou Maria do Carmo Alves Ferreira foi o seguinte:

"*Que na data dos fatos da denúncia, a depoente se achava em sua residência, localizada no Conj. Cartafina, acompanhada de sua madrasta Sebastiana Marques Rosa, quando ali chegaram alguns policiais federais; que naquela noite havia dormido em uma casa vizinha dali, de propriedade dos irmãos Pires Ferreira, Bento Pires Ferreira e Valter Gonçalves Mariano; que antes, na véspera, os dois haviam deixado uma moto estacionada defronte à casa da depoente, e assim sendo quando se levantaram foram pegar a referida moto; que os policiais já citados entraram por casa adentro da depoente, à procura de Jair Pires Ferreira, como também procurando por alguma droga, ou coisa parecida; que assim sendo acabou a depoente por informar que na realidade, ali não morava nenhum daqueles, indicando a casinha vizinha, como sendo da propriedade da referida família; que em seguida os policiais para ali se dirigiram,*

acompanhados da depoente e da sua madrasta; que antes de entrarem na casa em apreço os policiais não levavam nada em suas mãos, mas momentos depois saíram do interior da casa, salvo engano com uma sacola, contendo no interior da mesma uma substância, de cheiro muito forte, que chegava a provocar naúseas, dita pelos policiais como sendo maconha; que os policiais chegavam a dizer que a própria depoente deveria saber de que se tratava aquela substância, mas a depoente afirmava que nunca tinha visto aquilo e nem mesmo conhecia maconha; que salvo engano a porta da casa dos irmãos Pires Ferreira foi arrombada pelos policiais, mas no interior daquela não existia ninguém; que naquela data acabou sendo preso apenas Francisco Pires Ferreira; que na casinha onde foi apreendida a maconha, a depoente pode informar que freqüentavam ali praticamente toda a irmandade Pires Ferreira; que quem freqüentava ali quase diariamente eram Francisco e Bento Pires Ferreira, além de Valter Gonçalves Mariano, e de modo mais espaçado freqüentavam o local Eurípedes Sebastião, Jair Pires, Célio e Nilva, também irmãos de Francisco" (fls. 108 e v.).

No mesmo sentido, o depoimento de Sebastiana Marques Rosa (fls. 109/110).

Esta, a prova que serviu de base à sentença para a condenação do peticionário.

Aliás, a prevalecer o entendimento esposado pelo Promotor de Justiça e pelo Juiz sentenciante, deveriam ter sido também incluídos na denúncia, e condenados, os outros dois irmãos de Francisco - Célio e Nilva -, que, a exemplo do peticionário e de Eurides, freqüentavam "*de modo espaçado aquele local*" (no dizer das testemunhas Maria do Carmo Alves Ferreira...).

Como se nota, a situação do peticionário, no processo em exame, é a mesma dos acusados Bento e Eurípedes (absolvidos pelo acórdão de fls. 320/324); é a mesma de seus demais irmãos Célio e Nilva (sequer incluídos na denúncia); é a mesma do acusado Valter Gonçalves Mariano (excluído do processo em razão do seu falecimento).

Insuficientes, a toda evidência, para embasar a sua condenação as premissas estabelecidas na sentença, quais sejam, o fato de ser ele irmão de Francisco Pires Ferreira (que assumiu com exclusividade a posse da droga, exculpando os demais irmãos); o de freqüentar a casa do mesmo e o de ser ele conhecido como traficante de drogas e, na época, foragido da Justiça.

Tais premissas foram refutadas com eficiência pelo primoroso parecer da lavra do culto Procurador de Justiça Antônio Francisco Patente, emitido por ocasião do julgamento das apelações de Bento e de Eurípedes.

Referido parecer, acolhido e elogiado por aquele v. acórdão (fls. 322), tomo também emprestado, para com ele completar a fundamentação deste meu voto:

"*Na formalização do auto de prisão em flagrante do co-réu Francisco Pires Ferreira, esse chamou a si a responsabilidade pela prática delituosa, afiançando que a droga apreendida era de sua exclusiva propriedade, atestação que, em Juízo, cuidou de retificar, na tentativa de eximir-se, mantendo, todavia, íntegra a afirmativa de que a droga não pertencia, seguramente, aos apelantes.*

O apelante Eurípedes, ao ser interrogado, igualmente negou a autoria.

A prova testemunhal coligida, em qualquer momento estabeleceu vinculação objetiva entre os apelantes e a posse da substância apreendida, cuidando, tão-só, de trazer notícia de envolvimento pretérito dos irmãos 'Grilo' com o nefário comércio, e que o local onde se procedeu à apreensão da droga era freqüentado por eles.

A condenação dos apelantes decorreu da certeza da prática delituosa que se inferiu desses meros indícios.

Tais elementos indiciários, que estariam a apontar a autoria, se fixariam no fato de ter sido a droga encontrada no interior de uma casa freqüentada pelos apelantes, sem que houvesse outra razão para assim procederem; e, finalmente, no fato provado e inconteste de terem os apelantes, tempos atrás, se envolvido com o infame comércio de drogas.

Com base nessas premissas, cuidou de fundamentar o Magistrado, verbis:

'*... É que, no dizer das testemunhas Maria do Carmo Alves Ferreira e Sebastiana Marques Rosa, prima e tia dos irmãos Pires Ferreira, além de vizinhas da casinha de propriedade dos descendentes de José Alves Ferreira, falecido genitor dos primeiros, local em que se deu a apreensão efetiva da maconha atrás enumerada, induvidosamente, e citado endereço - rua B, nº 30, conjunto habitacional Cartafina -, de há muito vinha sendo visitado quase que diariamente pela totalidade dos acusados.*

Aliás, em reforço a tais informações, tanto Maria do Carmo, quanto Sebastiana Marques, foram claras ao afirmar que nas oportunidades em que os acusados se faziam presentes no citado endereço, ou mesmo ali pernoitando estes, com relativa assiduidade, antes, porém, os seus veículos - motocicletas e veículos automotores - eram deixados na própria residência daquelas, devido principalmente ao parentesco existente de bom relacionamento sempre mantido de ambas as partes (fls. 17/19 e 108/110).

Por outro lado, demonstram os demais depoimentos trazidos aos autos, mas, notadamente as certidões de fls., de seus antecedentes (fls. 126/128-v. e 162 e verso), que de há muito se acham os acusados na condição de pessoas envolvidas com o tráfico de entorpecentes em Uberaba, daí o porquê de sua indigitada 'associação' se identificar regionalmente como 'a família Grilo', seja pelos próprios usuários de drogas, seja pelos órgãos

públicos que se dedicam ao combate do comércio ilegal dos chamados entorpecentes.

Ora, tudo isso leva igualmente à conclusão de que, efetivamente - também por indução -, razão assiste ao Ministério Público no referente aos termos de sua acusação inicial.

Verdade é que, visto o Direito Penal não operar com conjecturas, para que se dê uma condenação deve ser a prova robusta e estreme de dúvida.

(...) (omissis) (...)

*Aliás, no sistema da livre convicção, que é o de nosso Código de Processo Penal, não há regras para a avaliação da prova indiciária. O juiz forma seu convencimento normalmente e segundo seu prudente arbítrio, é o ensinamento de HÉLIO TORNAGHI (*Instituições de Processo Penal, *v. 4º, p. 153).*

Daí a aplicação, in casu, *do princípio do livre convencimento, e de que ora lança mão este juiz' (fls. 169/170).*

Em razão dessas premissas o eminente Magistrado, buscando arrimo em pronunciamento jurisprudencial, houve por assentar o juízo condenatório, ao fundamento de que 'indícios constituem meio de prova adotado pela sistemática de nosso processo penal, como está expresso no art. 239 do Código, e que se harmoniza com o princípio do livre convencimento do Juiz', tratando-se, por tal, 'de prova tão válida como qualquer outra' (sic) *(fls. 201).*

Em suma, pois, decorreram as condenações em apreço das conclusões levantadas pelo julgador na prova indiciária que evidenciavam prejuízos aos apelantes, que não foram favorecidos, sequer, com o benefício da dúvida.

É verdade que vigora no sistema processual penal brasileiro o conhecido princípio que outorga ao juiz o direito da livre apreciação da prova, como forma de sedimentar seu livre convencimento sem interferências exógenas, capazes de, eventualmente, interferirem no processo decisório e, por conseguinte, impedirem a produção da boa justiça.

Contudo, não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico, de igual forma, não concede ao julgador a liberdade de decidir discricionariamente segundo as suas avaliações pessoais, desde que não calcadas nos elementos objetivos que decorram da prova levantada no curso do processo.

Os indícios são provas meramente relativas, que só autorizam o reconhecimento do fato principal quando mantenham com ele relação incontestável, de forma a estabelecer, por indução, a sua realidade material.

Há que existir, nesse passo, entre a circunstância primária e a secundária, que é o indício, uma relação inconteste, a jungir indelevelmente as duas circunstâncias, de modo que, admitida a segunda, não se há como negar a primeira. Assim, se alguém é encontrado com produto de furto e não sabe precisar a origem da coisa, forma-se o indício necessário a estabelecer a indução autorizada pela lei, e vincular a autoria do delito, posto que não se é lícito admitir a aquisição de bens sem conhecimento de sua origem.

Por outro lado, não se pode atribuir valoração probatória a um indício polivalente, capaz de levar a conclusão a variadas e ilimitadas possibilidades. Assim, se um objeto de furto é encontrado escondido no jardim da casa de um cidadão, não se lhe pode imputar a autoria do delito, vez que outra pessoa poderia ter acesso ao local e ali ocultar o objeto, até mesmo, para incriminá-lo.

Nesse sentido se assenta a melhor jurisprudência:

'A prova indiciária somente é bastante à incriminação do réu quando formadora de uma cadeia concordante de indícios sérios e graves, unidos por um liame de causa e efeito, excludentes de qualquer hipótese favorável ao acusado' (TACRSP - in CPP Interpretado, *MIRABETE, 3ª ed., p. 287).*

ANTÔNIO FELIPE DA SILVA NEVES, ao dissertar sobre o tema, afiança que os indícios só haverão de ser levados em consideração como arrimo de condenação quando forem monovalentes, citando Bettiol para definir:

*'(...) mas, além disso, para que o indício possa servir de prova válida, deve ser monovalente. Deve, noutros termos, levar à formulação de juízo que, mesmo não excluindo a possibilidade do contrário, tranqüilize quanto aos objetivos obtidos' (*Da Prova Indiciária no Processo Penal, *Liber Juris, 1986, p. 59).*

Tempos atrás o aguçado senso do genial CESARE BECCARIA já havia consignado:

'As provas de um delito podem ser diferenciadas em provas perfeitas e provas imperfeitas. As provas perfeitas são aquelas que demonstram, de maneira positiva, que é impossível ser o acusado inocente. As provas são imperfeitas quando a possibilidade de inocência do acusado não é excluída.

*Basta uma prova perfeita para autorizar a condenação; se se desejar, contudo, condenar baseado em provas imperfeitas, visto que cada prova dessas não estabelece a impossibilidade da inocência do réu, é necessário que se apresentem em número muito grande para valerem como uma prova perfeita, quer dizer, para provarem, todas juntas, que é impossível não ser o acusado culpado' (*Dos Delitos e das Penas, *Hemus, 1983, p. 23).*

Isto posto, volvendo à hipótese em julgamento, bem de se ver que o fato principal que se imputa aos apelantes tem consistência em alegada propriedade de relativa quantidade de maconha que foi encontrada pela Polícia no interior de uma casa residencial, cujo uso era partilhado com inúmeras outras pessoas.

Demonstra-se, todavia, que os apelantes não foram surpreendidos no

interior da casa residencial, que, diga-se, encontrava-se vazia no momento da operação policial.

Pouco importa, a meu modesto sentir, que não se possa chegar a um consenso sobre a efetiva propriedade da droga e à realidade objetiva do tráfico daquela substância, já que a obrigação de provar a propriedade não é, definitivamente, dos apelantes. Aliás, também é de se relevar que o fato de os seus antecedentes já serem maculados, por si, não pode ser inferido como elemento determinante da autoria.

Os indícios avaliados pela sentença recorrida, pois, são todos polivalentes, com o condão de levar as possibilidades da autoria para direções diversas, sem força suficiente para afirmar, estreme de qualquer dúvida, que foram os apelantes que esconderam naquele local a droga apreendida, ou, mesmo, que estivessem ligados por definido liame subjetivo com outras pessoas, no sentido de operacionalizar o comércio clandestino.

Não se tem, nesse passo, como afirmar que os apelantes eram, efetivamente, os proprietários da droga, ou, que a mando de outrem, dela estivessem dispondo para qualquer fim, de forma a ficar positivado ser impossível suas inocências.

O grande humanista ELIÉZER ROCHA, ao comentar a valorização dos indícios como meio de prova capaz de autorizar o cerceamento da liberdade, proclamou:

'No manejamento dos indícios, o Juiz Criminal tem de ter cuidados extremos, porque, de todas as provas, a mais desgraçada, a mais enganosa, a mais satânica é, sem dúvida, a prova indiciária. O indício, na eterna ironia das coisas, é prova predileta da vida contra os inocentes. Toda inocência, por isso mesmo que inocência, é a vítima de eleição da prova indiciária. Com indícios, se chega a qualquer conclusão; imprime-se ao raciocínio a direção que se quiser. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples, quando o julgador aposta com os indícios o destino do processo. Julgar só mediante indícios, e com eles condenar, é o adultério da razão com o acaso, nos jardins de Júpiter'(Dicionário de Processo Penal, *Editora Rio, 1975, p. 131).*

Admitida a possibilidade da inocência dos apelantes, ainda que não seja por prova perfeita, é de não se dar valor aos indícios esparsos, polivalentes, que se mostram imprestáveis para pacificar o discernimento e autorizar a condenação que se decretou.

Posto isto, por não vislumbrar substância probatória capaz de fortalecer a convicção que se exige para a subtração da liberdade, manifesto-me pelo provimento dos recursos".

Com estes fundamentos, defiro o pedido formulado para, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolver o peticionário da imputação que lhe moveu a Justiça Pública.

Expeça-se o competente alvará de soltura.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Sr. Presidente. Como Revisor deste pedido revisional feito por Jair Pires Ferreira, condenado a nove anos e seis meses de reclusão como incurso nas sanções dos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, combinados com os artigos 61, I, e 69, ambos do Código Penal, pude ler, atentamente, as provas colhidas e verifiquei que elas não demonstram com evidência a efetiva participação do requerente como traficante de drogas.

Ter-se-ia a impressão de que ele teria culpa porque apelou e, a seguir, fugiu da cadeia, razão pela qual foi julgada deserta a sua apelação.

Mas, o que me chamou mais a atenção nestes autos - e estou admitindo esta prova - é que, tendo os fatos acontecido em 30.05.1986, em uma casa em que foram apreendidos dois quilos e trezentos gramas de maconha, esta residência era visitada não só pelo requerente como, também, por seus irmãos, mas o irmão e co-réu Francisco Pires Ferreira chamou para si, logo depois que a droga foi apreendida, toda a responsabilidade pela prática delituosa, salientando que seus irmãos nada tinham a ver com o caso.

Com uma prova duvidosa e com indícios de que somente pelo fato dele ser considerado traficante não poderia ter havido qualquer tipo de condenação, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, estou a absolver o requerente, acompanhando o voto proferido pelo eminente Relator.

Os Srs Desembargadores Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, José Antonino Baía Borges, Gudesteu Biber e Edelberto Santiago - Com o Relator.

Súmula - DEFERIRAM O PEDIDO, À UNANIMIDADE.

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - PROVA NOVA - ALEGAÇÃO - PROVAS PRODUZIDAS EXTRAJUDICIALMENTE - INVALIDADE - AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO

- A finalidade da revisão é corrigir erros de fato ou de direito ocorridos em processos findos, quando se encontrem provas da inocência ou de circunstância que devesse ter influído no andamento da reprimenda, sendo inadmissível o reexame da prova como se fora uma nova oportunidade de apelação. Verificando-se que a condenação se baseia em elementos probatórios coligidos durante a fase persecutória, exaustivamente analisados pelo Conselho de Sentença, tendo sido confirmada quanto à conclusão da culpabilidade, não se tem como cassar a decisão trânsita, com base no inciso I do art. 621 do CPP.

- Para a revisão é necessário que a prova nova seja produzida judicialmente, com obediência aos princípios constitucionais pertinentes e na forma dos arts. 861 a 866 do CPC.

- Se as provas novas apresentadas não foram produzidas em juízo, obedecendo ao princípio do contraditório, não se prestam à rescisão do decreto condenatório.

REVISÃO CRIMINAL Nº 197.619-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Revisão criminal - Decisão contrária à evidência dos autos - Inocorrência - Condenação baseada em elementos probatórios coligidos durante a fase persecutória - Alegação de prova nova - Declarações e anexos fotográficos - Provas produzidas extrajudicialmente - Ausência do contraditório - Pedido indeferido. - Se as provas novas apresentadas não foram produzidas em juízo, obedecendo ao princípio do contraditório, não se prestam à rescisão do decreto condenatório.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM INDEFERIR O PEDIDO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2001. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo peticionário, o Dr. Antônio da Costa Rolim.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Cuida-se de revisão criminal, com pedido de liminar, requerida por procurador devidamente constituído, em favor de Marconi Eduardo Alves Scarpelli, já qualificado, buscando a rescisão da decisão trânsita que o condenou à pena de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, como incurso no art. 121, § 2º, I e V, do Código Penal.

A pretensão invoca o art. 621, I e III, do Código de Processo Penal, enfatizando que inexiste prova da participação do peticionário no homicídio pelo qual se viu condenado, circunstância demonstrativa de que a decisão colegiada contrariou a evidência dos autos e, no mais, as declarações ora apresentadas com os anexos fotográficos constituem prova nova, inocentando-o de qualquer participação no fato, fundamentos que propiciam o deferimento do pedido com a outorga de liminar e a sua imediata liberdade.

A inicial veio acompanhada de cópias do processado.

Em virtude de plantão, a liminar foi indeferida pelo Des. Kelsen Carneiro - fls. 511 - 2º volume.

Com a normal distribuição, o Des. Edelberto Santiago ratificou, em pedido de retratação, o indeferimento da liminar e determinou o apensamento dos autos principais.

Em virtude do processamento de recurso do co-réu, os autos principais foram copiados reprograficamente e estão encartados a partir de fls. 546, 2º volume, até às fls. 1.428, 5º volume.

O anterior Des. Relator firmou seu impedimento pelos fundamentos de fls. 1.430 e, com a redistribuição dos autos, solicitei o pronunciamento da douta Procuradoria de Justiça, que opinou conclusivamente pelo indeferimento do pedido - fls. 1.434/1.438.

No principal, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes de admissibilidade, conheço do pedido revisional.

Exsurge dos autos que o peticionário foi pronunciado e condenado incurso nas penas do art. 121, § 2º, I e V, do Código Penal, por haver participado, em companhia de duas outras pessoas, do homicídio perpetrado contra Renato Guilherme Vieira, através de disparos de arma de fogo, fato ocorrido nesta Capital, no dia 09 de maio de 1997.

Conforme denúncia, em razão de anteriores desavenças, o peticionário e os co-pronunciados, em frente ao Hospital Sara Kubistchek, tiraram a vítima de dentro de um táxi, usando de força física, e, em seguida, anunciando que eram policiais, colocaram-na dentro de um carro Opala, saindo em disparada para, instantes depois, desfecharem vários tiros contra a mesma, abandonando o seu corpo às margens da rodovia que liga a BR-040 à Cidade de Itabirito.

A negativa de autoria, por parte do peticionário, foi afirmada desde a fase inquisitiva, tendo o mesmo se insurgido contra a sentença de pronúncia, e, na oportunidade, a egrégia Primeira Câmara Criminal, em acórdão conduzido pelo eminente Des. Gudesteu Biber, afirmou que os autos revelaram bem mais que indícios para suportar a pronúncia - fls. 192/193.

Com a condenação, bisada a tese da negativa de autoria, o recurso apelatório procurou a cassação do *veredicto*, sustentando que a decisão havia agredido a prova coligida, e, uma vez mais, esta Corte, através da colenda Primeira Câmara Criminal, sustentando que a decisão do Júri estava ancorada em prova fluente dos autos, confirmou a decisão condenatória e a pena aplicada.

Neste balizamento não se tem como rescindir o julgado, com base na simples invocação de que a decisão trânsita contrariou a evidência dos autos, mesmo porque a inicial sequer demonstra esta ocorrência.

A finalidade da revisão é corrigir erros de fato ou de direito ocorridos em processos findos, quando se encontrem provas da inocência ou de circunstância que devesse ter influído

no andamento da reprimenda, sendo inadmissível o reexame da prova, como se fora uma nova oportunidade de apelação.

Atento a essa premissa, e verificando que a condenação se baseia em elementos probatórios coligidos durante a fase persecutória, exaustivamente analisados pelo Conselho de Sentença, tendo sido confirmada quanto à conclusão da culpabilidade, não se tem como cassar a decisão trânsita, com base no inciso I do art. 621 do CPP.

Examino a alegação de que as declarações e anexo fotográfico apresentados constituem provas da inocência do condenado a permitirem o deferimento do pedido.

A pretensão é temerária.

Para a revisão, como se sabe, é necessário que a prova nova seja produzida judicialmente, com obediência aos princípios constitucionais pertinentes e na forma dos artigos 861 a 866 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a jurisprudência:

"*As provas novas, para justificar a revisão, devem ser feitas em juízo, obedecido o princípio do contraditório. Sem isso nada valem*" (TJSC - *RT*, 615/323).

"*Assiste ao réu o direito de se utilizar da justificação. É procedimento previsto no art. 423 do CPP. Pode ser feita em qualquer procedimento criminal, expressamente aceita para instruir pedido revisional, devendo correr no juízo da condenação e não mediante distribuição*" (TACRSP - *RT*, 719/457).

"*As novas provas devem ser positivas, isto é, devem demonstrar a evidência do que elas se pretende provas; não têm, pois, esse efeito as declarações produzidas sem contraditório ou que venham apenas suscitar dúvidas. A declaração particular, obtida sem a observância das regras estabelecidas às justificações judiciais previstas nos arts. 861 e 866 do Código de Processo Civil (CPP, art. 3º), é documento imprestável à instrução de pedido revisional, não podendo ser considerada como elemento idôneo a autorizar proclamação de inocência pela via invocada*" (*JCAT*, 76/692-3).

Destarte, como os documentos apresentados foram escoteiramente produzidos, não tendo nenhuma valia jurídica para arrimar o pedido, sequer merecem ser analisados para o devido confronto com a prova já produzida.

Do exposto, indefiro o pedido.

Custas, de lei.

Os Srs. Desembargadores José Antonino Baía Borges, Lauro Bracarense, Gudesteu Biber, Guido de Andrade, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti e Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO, À UNANIMIDADE.

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - CONHECIMENTO - DECISÃO CONDENATÓRIA - TRÂNSITO EM JULGADO EM RELAÇÃO À DEFESA - REINCIDÊNCIA - INEXISTÊNCIA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - OCORRÊNCIA - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - RECONHECIMENTO - CONCURSO DE PESSOAS - ART. 226, I, CP - INTELIGÊNCIA - *BIS IN IDEM* - INOCORRÊNCIA - ACUSADO - ATO DIRETO DE EXECUÇÃO - INEXISTÊNCIA - MERO PARTÍCIPE - IRRELEVÂNCIA - EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA - EFEITO PRÁTICO - BENEFÍCIO AO RÉU - NÃO-OCORRÊNCIA - MATÉRIA OBJETO DE DECISÃO PELO STJ - REGIME PRISIONAL - MODIFICAÇÃO PELO TRIBUNAL *AD QUEM* - IMPOSSIBILIDADE - INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA - CONCESSÃO - MATÉRIA AFETA À EXECUÇÃO PENAL

- É de se conhecer de pedido revisional, malgrado não existir certidão comprobatória do trânsito em julgado, mormente se, em relação à defesa, efetivamente houve o trânsito em julgado e, pendendo de julgamento apenas recurso especial apresentado pelo Ministério Público, este fora julgado e provido, restando prejudicado agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário manejado pela Procuradoria de Justiça e cujo objeto era exatamente o mesmo do especial, vale dizer, o restabelecimento do regime prisional fixado na sentença e modificado em grau recursal.

- Não há que se falar em reincidência se, embora a agravante tenha sido corretamente reconhecida na decisão condenatória em face do registro, à época, de condenação trânsita em julgado pela prática de crime de abuso de autoridade, teve o réu, em julgamento de revisão criminal, declarada extinta a sua punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, cujo fato novo apagou e extinguiu toda a carga jurídica daquela condenação, incluindo a reincidência. Tanto assim é que o acórdão, ao decretar a extinção da punibilidade, determinou a exclusão do nome do peticionário do rol dos culpados.

- O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 226, I, do Código Penal (cometimento do crime com o concurso de duas ou mais pessoas) não importa em *bis in idem*, vez que aludida causa de aumento não constitui elemento do tipo penal do crime preconizado no art. 214 do mesmo diploma.

- O fato de o acusado não haver praticado nenhum ato direto de execução, sendo apenas partícipe, é irrelevante ao reconhecimento do aumento de pena.

- A exclusão da causa de aumento de pena decorrente do concurso de pessoas não enseja qualquer efeito prático nem beneficia o réu, na medida em que subsiste aquela relativa à circunstância de exercer o agente autoridade sobre a vítima (art. 226, II, CP), cujo reconhecimento isolado, por si só, já implica o aumento da pena em 1/4.

- Se a matéria foi objeto de decisão por parte do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe, agora, decidir a questão, se novamente provocado, não tem o tribunal *ad quem* como modificar o regime prisional do paciente.

- A concessão de indulto e de comutação de pena é matéria afeta à execução penal, não comportando discussão na esfera revisional.

REVISÃO CRIMINAL Nº 200.730-0/00 - Comarca de Lima Duarte - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Revisão criminal - Conhecimento pelo trânsito em julgado da sentença condenatória em relação ao peticionário e perda do objeto de agravo regimental contra inadmissão de recurso extraordinário, em razão de julgamento pelo STJ de recurso especial apresentado pelo Ministério Público com o mesmo fim - Exclusão da qualificadora de reincidência pelo fato de haver sido julgada, em revisão criminal, extinta a punibilidade do réu, ora peticionário, com relação ao crime que fê-la incidir em decisão posterior e que agora se examina - Diminuição de pena pelo afastamento de causa especial (concurso de pessoas) - Impossibilidade - Modificação do regime prisional - Incompetência - Matéria já apreciada e decidida em instância superior, por meio de recurso próprio - Concessão de indulto ou comutação de pena - Matéria afeta à execução penal, e não à revisão criminal.

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 CONHECER DO PEDIDO REVISIONAL E O DEFERIR, EM PARTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 12 de março de 2001. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo peticionário, a Dra. Maria Ione Barbosa Cerqueira.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Em que pese ao fato de, realmente, não existir certidão comprobatória do trânsito em julgado, não há como não ter como findo o processo-crime respondido pelo peticionário. Isto porque, em relação à defesa, houve o trânsito e pendia de julgamento apenas o recurso especial apresentado pelo Ministério Público. Sendo este julgado e provido, conforme certidão e comunicação vistas em cópias às fls. 67/68, prejudicado ficou o agravo de instrumento interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário manejado pela douta Procuradoria de Justiça e cujo objeto era exatamente o mesmo do especial, isto é, o restabelecimento do regime prisional fixado na sentença e modificado neste Tribunal.

Assim, conheço do pedido revisional.

Procede o primeiro fundamento do pedido. De fato, o peticionário não mais pode ser considerado reincidente.

Embora a agravante tenha sido corretamente reconhecida na decisão condenatória, em face do registro, à época, de condenação trânsita em julgado (fls. 76 dos autos originais) pela prática de crime de abuso de autoridade, teve o réu, ora peticionário, em julgamento de revisão criminal proferido por este mesmo Grupo de Câmara Criminais, por esta infração, declarada extinta a sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (fls. 30).

Este fato novo apagou e extinguiu toda a carga jurídica daquela condenação, dentre eles a reincidência; e tanto isso é verdade que o acórdão, no decretar a extinção da punibilidade, determinou a exclusão do nome do peticionário do rol dos culpados.

Assim sendo, forçoso é excluir da condenação a agravante em discussão e o aumento de pena dela decorrente.

O segundo fundamento do pedido, no entanto, não se mostra procedente.

O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 226, I, do Código Penal (cometimento do crime com o concurso de duas ou mais pessoas) foi correto e não importou em *bis in idem*, pois, ao contrário do que estranhamente se alega, a referida causa de aumento não constitui elemento do tipo penal do crime previsto no art. 214 do mesmo diploma.

Por outro lado, o fato de o acusado não haver praticado nenhum ato direto de execução, sendo apenas partícipe, é irrelevante ao reconhecimento do aumento de pena em questão.

Segundo o magistério de DAMÁSIO E. DE JESUS, "*os sujeitos ativos podem ser co-autores ou participantes do crime. A participação pode dar-se em qualquer fase do crime e não somente na de execução do delito. Incide a causa de aumento de pena se o partícipe aconselha, instiga ou presta auxílio material secundário ao autor do delito*" (*Código Penal Anotado*, 7ª ed., 1989, p. 586).

No mesmo sentido é a orientação do sempre acatado JÚLIO FABRINNI MIRABETE, para quem "*não se exige a presença simultânea de dois agentes na execução, bastando, para a caracterização da qualificadora, que*

haja colaboração pela instigação, conselho, planejamento etc." (*Manual de Direito Penal*, 8ª ed., 1994, p. 464).

Além do mais, a exclusão da causa de aumento, decorrente do concurso de pessoas, não ensejaria qualquer efeito prático e nem beneficiaria o peticionário, na medida em que subsistiria aquela relativa à circunstância de exercer o agente autoridade sobre a vítima (art. 226, II, CP), cujo reconhecimento isolado, por si só, já implicaria o aumento da pena em 1/4.

Neste ponto, portanto, o peticionário não tem razão.

Quanto às demais questões ventiladas na presente revisão, não têm como ser examinadas.

No caso concreto, não tem este Tribunal como modificar o regime prisional do paciente, uma vez que a matéria foi objeto de decisão por parte do Superior Tribunal de Justiça (fls. 68), a quem cabe, agora, decidir a questão, se novamente provocado.

Por outro lado, a concessão de indulto e de comutação de pena é matéria afeta à execução penal, não comportando discussão nesta esfera processual.

Com estas considerações e fundamentos, defiro em parte o pedido, tão-somente para excluir da condenação a agravante da reincidência, reduzindo, via de conseqüência, a pena do peticionário, referente ao crime de atentado violento ao pudor, para 07 anos e 06 meses de reclusão, e a relativa ao delito de abuso de autoridade para 05 meses, esclarecendo que a sanção do delito previsto no art. 214, CP, concretizou-se no patamar acima do mínimo pela incidência, sobre a básica (06 anos), do aumento de 1/4, ou seja, 01 ano e 06 meses referentes às majorantes previstas no art. 226, incs. I e II, do Código Penal, corretamente reconhecidas na sentença.

Os Srs. Desembargadores Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, José Antonino Baia Borges, Lauro Bracarense, Edelberto Santiago, Guido de Andrade e Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONHECERAM DO PEDIDO REVISIONAL E O DEFERIRAM, EM PARTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - PROVA NOVA - PRODUÇÃO EM JUÍZO - NECESSIDADE - DECLARAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA VÍTIMA - IMPRESTABILIDADE - DÚVIDA - *IN DUBIO PRO SOCIETATE* - ABSOLVIÇÃO - NOVO JULGAMENTO - INADMISSIBILIDADE - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 14 DO CP - APLICAÇÃO - PENA - REDUÇÃO AO MESMO PATAMAR DO CO-RÉU - REGIME PRISIONAL - MODIFICAÇÃO PARA O MESMO REGIME IMPOSTO AO CO-RÉU - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA - OBSERVÂNCIA

- Para justificar a revisão, as provas novas devem ser produzidas em juízo, obedecendo-se ao princípio do contraditório. A declaração extrajudicial da vítima não se presta para embasar revisão criminal interposta com fundamento no art. 621, III, do CPP.

- Na revisão criminal, a dúvida não milita em favor do condenado, devendo, ao contrário, prevalecer o *in dubio pro societate*, no resguardo da *res judicata* e, conseqüentemente, da segurança e estabilidade da tranqüilidade social.

- Se a prova nova não foi feita em juízo, sendo capaz de trazer dúvida ao julgador, e se a revisão criminal inadmite reexame de provas, não merece acolhida a pretensão absolutória - inadmissível por se tratar de condenação interposta pelo Júri - ou a sujeição do peticionário a novo julgamento.

- Se as reduções das penas impostas ao peticionário e ao co-réu são decorrentes da aplicação do parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, em razão de tentativa de homicídio, impõe-se seja reduzida a pena do peticionário ao mesmo *quantum* fixado para o co-réu, a ser cumprida em mesmo regime prisional imposto a este, em obediência ao princípio constitucional da isonomia.

REVISÃO CRIMINAL Nº 206.432-7/00 - Comarca de Açucena - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Revisão criminal - Prova nova - Declaração extrajudicial da vítima de tentativa de homicídio - Imprestabilidade - Princípio constitucional da isonomia - Observância. - As provas novas, para justificar a revisão, devem ser feitas em juízo, obedecido o princípio do contraditório. - Pedido revisional parcialmente deferido.

RELATÓRIO

Gedeon Nogueira da Silva, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado, pronunciado e, a final, condenado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, ao cumprimento, em regime semi-aberto, da pena de seis

anos de reclusão, porque, no dia 16 de julho de 1994, cerca das 02h00m, na Av. JK, no Bairro Alex Müller, no Distrito de Perpétuo Socorro do Município de Belo Oriente, pertencente à Comarca de Açucena-MG, juntamente com Wellinton Lopes de Lima "*efetuaram disparo de arma de fogo e desferiram pauladas na vítima Jailton Luiz dos Reis, causando-lhe as lesões descritas no Auto de Corpo de Delito de fls. 13, só não provocando a morte da vítima por circunstâncias alheias às suas vontades*".

Transitada em julgado a sentença condenatória, por procurador legalmente habilitado, o aludido réu, com fundamento no art. 621, III, do Código de Processo Penal, intentou o presente pedido revisional, trazendo à colação "*termo de declaração*" prestada pela vítima Jailton Luiz dos Reis, em que esta afirma que Gedeon Nogueira da Silva "*se limitou apenas a envolvimento de vias de fato, a saber tapas e pontapés*" contra sua pessoa, "*momentos antes do disparo da arma de fogo*" efetuado por Wellinton Lopes de Lima (fls. 09/10).

Assim, com base nessa "*prova nova*", pretende-se "*a absolvição do requerente quanto à autoria dos disparos e do crime a que foi condenado, com a conseqüente redução de sua pena aos limites do ilícito de lesões corporais; caso, não seja assim procedido, que seja levado à consideração do Tribunal do Júri, para tal fim*" (fls. 03/07).

Requisitados e apensados os autos originais, pelo indeferimento do pedido revisional opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Antônio José Leal.

Em síntese, é o relatório.

À criteriosa revisão do eminente e culto Des. Guido de Andrade, remetendo-se, posteriormente, aos insignes Vogais cópias da denúncia, da pronúncia, das sentenças condenatórias relativas ao peticionário e ao co-réu Wellinton Lopes de Lima, do pedido revisional, do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e do presente relatório.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2000. - *Edelberto Santiago* - Relator.

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 PARCIALMENTE O PEDIDO REVISIONAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2000. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - (Lê o relatório nos autos.)

Preliminarmente, verificados os pressupostos do juízo de admissibilidade, conheço do presente pedido revisional.

De conformidade com o art. 621, III, do Código de Processo Penal, admite-se a revisão dos processos findos "*quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena*".

Segundo MIRABETE, "*para a revisão é inclusive necessário que seja a prova produzida judicialmente, no juízo de 1º grau, obedecendo-se o princípio do contraditório, como exigência, portanto, da participação do Ministério Público*" (in *Código de Processo Penal Interpretado*, Atlas, 2ª edição, 1994, p. 726).

Esse, também, é o entendimento jurisprudencial:

"*As provas novas, para justificar a revisão, devem ser feitas em juízo, obedecido o princípio do contraditório. Sem isso, nada valem*" (*RT*, 615/323).

In casu, a "*prova nova*" em que se louva o peticionário consiste em uma declaração extrajudicial da vítima, em que esta afirma que quem lhe desferiu o tiro foi Wellinton Lopes de Lima, e não Gedeon Nogueira da Silva (fls. 09/10).

A par da imprestabilidade de tal declaração para o fim colimado, tem-se que a mesma apenas é capaz de trazer dúvida ao julgador, pois não é crível que, passados seis anos, venha a vítima desdizer suas firmes e coerentes declarações anteriores. Assim é que, ouvido na fase inquisitorial, declarou que "*foi atingido pelo disparo de arma de fogo efetuado por Der*" (apelido do peticionário - fls. 17-v.), o que veio a ratificar, ainda na fase inquisitorial, em acareação com Gedeon Nogueira da Silva, ao afirmar que este "*efetuou um disparo a queima-roupa, que atingiu o peito do declarante*" (fls. 38), incriminação esta por ele reafirmada no contraditório, na presença do incriminado, ao asseverar "*que tem certeza que quem lhe deu os tiros foi o segundo acusado*", ou seja, Gedeon Nogueira da Silva (fls. 72).

Ora, cediço é que, na revisão criminal, a dúvida não milita em favor do condenado, devendo, ao contrário, prevalecer o *in dubio pro societate*, no resguardo da *res judicata* e, conseqüentemente, da segurança e estabilidade da tranqüilidade social.

A pretensão absolutória - inadmissível por se tratar de condenação imposta pelo Tribunal do Júri - ou a sujeição do peticionário a novo julgamento não merece acolhida, pelas razões já expostas e, ainda, pelo fato de a revisão criminal inadmitir reexame de provas.

Contudo, observo dos autos originais que existe uma circunstância que autoriza diminuição especial da pena imposta ao peticionário. É que, também condenado nas sanções do art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, teve o co-réu Wellinton Lopes de Lima sua pena reduzida de 2/3 (dois terços), restando concretizada

em quatro anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto (fls. 208), enquanto a do peticionário o foi de apenas metade, a ser cumprida em regime semi-aberto (fls. 142), ambas as reduções decorrentes da aplicação do parágrafo único do art. 14 do precitado *Codex*.

Destarte, em estrita obediência ao princípio constitucional da isonomia, impõe-se seja a pena do peticionário também reduzida de 2/3 (dois terços), e não de apenas metade, como o foi, modificando-se, por via de conseqüência, o regime prisional.

Mercê de tais considerações, pedindo vênia à douta Procuradoria-Geral de Justiça, defiro parcialmente o presente pedido revisonal, tão-somente para reduzir ao *quantum* de quatro anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, a pena imposta ao peticionário.

Custas, na forma da lei, sujeitando-se o seu pagamento à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei nº 1.060/50, visto ter o peticionário requerido a assistência judiciária - o que lhe concedo -, sob a alegação de "*que é pobre e não tem condições de arcar com as custas e honorários de advogado, sem prejuízo próprio e de sua família*" (fls. 07).

Os Srs. Desembargadores Guido de Andrade, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, José Antonino Baía Borges e Lauro Bracarense - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DEFERIRAM PARCIALMENTE O PEDIDO REVISIONAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS - REDISCUSSÃO VALORATIVA DA PROVA COLHIDA - PEDIDOS CUJOS FUNDAMENTOS EQUIVALEM A SEGUNDA APELAÇÃO - DESCABIMENTO - FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS - CUMULAÇÃO COM ASSOCIAÇÃO EM QUADRILHA OU BANDO - CONDENAÇÃO NA QUALIFICADORA - *BIS IN IDEM* - IMPOSSIBILIDADE - CONTRARIEDADE À LEI - PENA-BASE - PEDIDO DE REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 67 DO TJMG - INADMISSIBILIDADE

- A revisão criminal baseada na evidente contrariedade aos autos não se presta a fornecer ao condenado uma segunda apelação, com reapreciação de tudo quanto já foi apreciado e decidido anteriormente. Exige, para o seu deferimento, sejam trazidos ao processo elementos que tornem a decisão transitada em julgado flagrantemente divorciada de tudo quanto foi apurado, não encontrando respaldo no que quer que seja, sendo que, a teor da Súmula nº 67 deste egrégio Tribunal, "*na revisão criminal a dúvida não beneficia o peticionário*". Deverá haver nos autos, portanto, prova cabal da inocência do peticionário, mostrando-se a decisão que se pretende rever evidentemente absurda e injusta.

- Porque a circunstância qualificadora do furto praticado em concurso de pessoas integra o tipo penal do crime de associação em quadrilha ou bando, configura inadmissível *bis in idem* a condenação do peticionário também na qualificadora.

- Se a fixação da pena-base do peticionário não traduz erro técnico nem evidente injustiça, não há se falar em redução da mesma ao patamar mínimo.

REVISÃO CRIMINAL Nº 206.481-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LAURO BRACARENSE

Ementa oficial: Revisão criminal - Decisão contrária à evidência dos autos - Rediscussão valorativa da prova colhida - Pedido cujos fundamentos equivalem a uma segunda apelação - Inadmissibilidade - Crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas c/c associação em quadrilha ou bando - *Bis in idem* - Impossibilidade - Desclassificação - Contrariedade à lei - Pena-base - Pedido de redução ao mínimo legal - Inteligência da Súmula nº 67 do TJMG - Impossibilidade - Pedido parcialmente deferido. - A revisão criminal, baseada na evidente contrariedade aos autos, não se presta a fornecer ao condenado uma segunda apelação, com reapreciação de tudo quanto já foi apreciado e decidido anteriormente. Exige, para o seu deferimento, sejam trazidos ao processo elementos que tornem a decisão transitada em julgado flagrantemente divorciada de tudo quanto foi apurado, não encontrando respaldo no que quer que seja, sendo que, a teor da Súmula nº 67 deste egrégio Tribunal, "*na revisão criminal a dúvida não beneficia o peticionário*". - Deverá haver nos autos, portanto, prova cabal da inocência do peticionário, mostrando-se a decisão que se pretende rever evidentemente absurda e injusta. Porque a circunstância qualificadora do furto praticado em concurso de pessoas integra o tipo penal do crime de associação em quadrilha ou bando, configura inadmissível *bis in idem* a condenação do peticionário também na qualificadora. Se a fixação da pena-base do peticionário não traduz erro técnico nem evidente injustiça, não há se falar em redução da mesma ao patamar mínimo.

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 PARCIALMENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2001. - *Lauro Bracarense* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo peticionário, o Dr. Rogério Del-Corsi.

O Sr. Des. Lauro Bracarense - Cuida-se de revisão criminal interposta por Gabriel Bernardo, condenado a cumprir pena privativa de liberdade de 04 anos de reclusão e 60 dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 155, parágrafo único, inciso IV, do Código Penal, e 01 ano e 06 meses de reclusão, pela prática do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, totalizando 05 anos e 06 meses de reclusão e 60 dias-multa, sem que se especificasse o regime inicial de cumprimento da pena.

Pretende o peticionário a desconstituição do acórdão, ao fundamento de que este foi contrário a texto expresso de lei e à evidência dos autos.

Argumenta que, em sede de revisão criminal, a alegação de que a decisão é contrária à evidência dos autos torna imprescindível o exame da prova colacionada, ainda que perfunctório.

Sustenta que não abrigam os autos nenhuma prova de que tenha participado do furto e da comercialização do caminhão descrito na denúncia, nem do de qualquer outro veículo, sendo certo que a menção ao seu nome pelos demais condenados não passou de uma manobra visando a um possível benefício nas apurações promovidas pela Polícia Civil, corporação da qual foi membro por mais de 30 anos.

Salienta que sequer há nos autos originais, ou em qualquer outro processo ou mesmo inquérito, prova de que tenham efetivamente ocorrido os outros furtos ventilados.

Afirma que os outros denunciados, bem como as testemunhas, não apontaram fato concreto algum que tivesse ele porventura praticado, não ultrapassando as declarações daqueles o campo das hipóteses, tanto que o MM. Juiz de primeiro grau o absolveu.

Assevera que, segundo a denúncia, a sua participação no furto do caminhão se deu pelo "esquentamento" dos documentos do veículo e colaboração na comercialização do mesmo, sendo que nada foi apurado a respeito, tendo um dos autores do furto, inclusive, declarado que o veículo fora transportado com a sua documentação original, fato este confirmado pelo proprietário, que esclareceu terem os mesmos sido deixados no seu interior, o que significa que a decisão contrariou, de maneira evidente, a prova dos autos, impondo-se a sua absolvição.

Em caráter eventual, pede a desclassificação do delito de furto qualificado para o de furto simples, uma

vez que a sua cumulação com o crime de associação em quadrilha implicou *bis in idem*.

Ainda em utilização do princípio da eventualidade, diz que não se justifica a fixação das penas acima do mínimo legal, porquanto, contrariamente ao afirmado no acórdão, não tem maus antecedentes, e nem se apurou no processo nenhuma circunstância que o desabonasse.

Conheço do pedido revisional, uma vez presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Pede o peticionário, através da presente revisão, em primeiro lugar, a sua absolvição, ao fundamento de que o acórdão condenatório à evidência contrariou os autos.

O que busca, entretanto, a bem da verdade, é ver a prova dos autos novamente discutida e valorada de acordo com o seu interesse, o que não se admite, já que a revisão não se presta a fornecer ao condenado uma segunda apelação, com reapreciação de tudo quanto já foi apreciado e decidido anteriormente.

Muito pelo contrário, exige, para que se desconstitua a decisão transitada em julgado, sejam trazidos aos autos elementos que a tornem flagrantemente divorciada de tudo que foi apurado, não encontrando amparo no que quer que seja.

Tal não ocorre, obviamente, se a decisão apenas gera dúvida no espírito do julgador.

É imprescindível que a inocência do peticionário esteja cabalmente patenteada nos autos, sendo certo que, a teor da Súmula nº 67 deste egrégio Tribunal, "*na revisão criminal a dúvida não beneficia o peticionário*".

Nesse sentido, a lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, na obra *Processo Penal*, São Paulo, Atlas, 1993, 2ª ed., p. 650:

"*Há também cabimento da revisão, segundo o artigo 621, quando a sentença condenatória for contrária 'à evidência dos autos'. É contrária à evidência dos autos a sentença que não se apóia em nenhuma prova existente no processo, que se divorcia de todos os elementos probatórios, ou seja, que tenha sido proferida em aberta afronta a tais elementos do processo. A eventual precariedade da prova, que possa gerar dúvida no espírito do julgador na fase da revisão, depois de longa aferição dos elementos probatórios de, muitas vezes, duas instâncias, não autoriza a revisão em face de nosso sistema processual*".

Outro não era o posicionamento do saudoso MAGALHÃES NORONHA, que ensinava:

"*É contra a evidência dos autos a sentença que, ao arrepio da prova, contra a certeza da inocência do réu, demonstrada no processo, o condena*

Não assim a que não se apóie na versão predominante, o que está de acordo com o livre convencimento do julgador. É contra a evidência dos autos a sentença que se divorcie de todos os elementos probatórios" (*in Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 1999, 27ª ed.).

E a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça não discrepa, senão vejamos:

"*Penal. Revisão Criminal. Cabimento. Evidência dos fatos.- A cláusula sentença condenatória contrária à evidência dos autos que permite o cabimento da Revisão Criminal não compreende a absolvição por insuficiência de provas. Recurso Especial conhecido e provido*" (STJ - REsp nº 375-SP, Sexta Turma - Rel. Min. William Patterson, Dec. 11.9.90, *DJU* de 24.9.90).

Ainda:

"*Pena/Processual. Revisão Criminal. Decisão contrária à evidência dos autos. Dúvida quanto à prova. - Fundada em dados probatórios existentes no processo, a decisão condenatória, com trânsito em julgado, não pode ser desfeita, em sede de Revisão Criminal, com base em dúvida quanto à prova e suposição de haver sido colhida irregularmente, sob o argumento de ser contrária à evidência dos autos*" (STJ - REsp nº 4.955-SP, Sexta Turma, Rel. Min. Dias Trindade, Dec. 6.11.90, *DJU* de 3.12.90).

O eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, com a propriedade que lhe é peculiar, salientou, no julgamento do Recurso Especial nº 86.581-SP, julgado em 29.04.96, publ. *DJU* de 13.10.97, p. 51.652:

"*REsp - Processual penal - Revisão criminal. - O CPP (Art. 621, I) autoriza a revisão criminal quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos. Essa norma tem a seguinte extensão: o julgado condena o réu, ao arrepio das provas, contra a inocência caracterizada no conjunto probatório*" (STJ - REsp nº 86.581-SP, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Dec. 29.4.96, *DJU* de 13.10.97).

Aliás, este egrégio Tribunal de Justiça já sumulou:

"*Na revisão criminal é vedada a rediscussão de questões já analisadas no juízo da ação penal, salvo quando existir prova nova a respeito*" (Súmula nº 66).

Pois bem, na hipótese vertente, declararam os co-réus do peticionário, especialmente Lúcio Eduardo Barbosa, que este participava da quadrilha, intermediando a venda e conseguindo documentos "frios" para os veículos (depoimento de fls. 122 a 123 e 300-TJ).

Lúcio Eduardo Barbosa citou vários caminhões furtados pela quadrilha, jogando por terra a alegação do peticionário de que não havia provas de que outros veículos, além daquele descrito na denúncia, haviam sido subtraídos pelo bando, com a sua participação.

No mesmo sentido, o depoimento do denunciado José Gomes, que confessou o furto de aproximadamente 13 caminhões, tudo com a participação do peticionário (fls. 22-TJ).

Célio Ribeiro, por sua vez, confessou o furto do caminhão descrito na denúncia, entre outros, tudo também com a participação do peticionário, que era responsável pela aquisição da documentação falsa (fls. 48 a 52-TJ).

Sem respaldo a afirmação de que o caminhão mencionado na denúncia não teve a sua documentação falsificada quando do transporte, pois que, de um jeito ou de outro, conforme se pode ver às fls. 24 a 27-TJ, o veículo foi vendido com documentação ideologicamente falsa.

Assim sendo, não há se falar em decisão divorciada da prova dos autos.

É de se ver que o argumento do peticionário de que os seus co-réus teriam faltado com a verdade em nada o beneficia.

Primeiro, porque não se limitaram a delatar o peticionário, mas também confessaram o crime.

Segundo, porque a falsidade dos depoimentos, conforme dispõe o inciso II do artigo 621 do CPP, tem que ser demonstrada, o que não aconteceu.

Terceiro e último, porque a alegação de que os envolvidos pretendiam, com a incriminação do peticionário, se beneficiar de sua posição de policial civil não só não foi objeto de prova, como também não tem o menor cabimento.

Por conseguinte, sem razão o peticionário, quando invoca a revisão de decisão que à evidência teria contrariado os autos.

A ele, todavia, assiste razão quando afirma que o acórdão, ao condená-lo por furto qualificado pelo concurso de pessoas e associação em quadrilha, penalizou-o duplamente pelo mesmo fato, o que, conforme está pacificado, contraria a lei que rege a espécie.

A propósito:

"*O concurso de agentes no roubo praticado por integrantes do bando não pode ensejar a majorante do primeiro delito pois, neste caso, é inegável o* bis in idem" (REsp nº 184.370-SP, julg. em 18.02.99, Rel. Min. Felix Fischer).

E mais:

"*Revisão criminal - Competência - Decisão contrária à evidência dos autos - Improcedência - Pena - Dosimetria - Incompatibilidade entre o crime de bando e o de roubo qualificado por concurso de pessoas - Redução da reprimenda corporal. - 1. Mesmo que, por força de emenda constitucional, o tribunal perca a competência para julgar matéria determinada, certo é que a mantém residualmente para rever seus próprios julgados. - 2. Inaplicável a qualificadora do concurso de pessoas no roubo por incompatível com a condenação por formação de quadrilha, visto que, desenganadamen-*

te, constitui bis in idem, *uma vez que aquela circunstância qualificativa integra o tipo do crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288)*" (Rev. Crim. nº 3.159, Rel. Des. Nunes do Nascimento, TJPR).

É medida que se impõe, portanto, a desclassificação do delito de furto qualificado para furto simples, ficando o peticionário incurso nas sanções do artigo 155, *caput*, e artigo 288, ambos do Código Penal.

Antes de adentrar a nova dosagem da pena, impende ressaltar que a aplicação da pena-base, conforme o acórdão, acima do mínimo legal, não contrariou a lei ou a evidência dos autos, pois que não só já foi o peticionário condenado por outro crime, embora muitos anos se tenham passado desde então, como, também, reveste-se a sua conduta de altíssimo grau de culpabilidade, pois que, pela profissão que abraçara outrora, estava encarregado, justamente, de reprimir fatos como os que acabou por praticar, sendo oportuno não olvidar que:

"*Salvo casos de erro técnico ou evidente injustiça, em sede de revisão criminal, não se deve reduzir a reprimenda imposta ao condenado com obediência dos critérios legais*".

A pena imposta ao crime de associação em quadrilha ou bando, 01 ano e 06 meses de reclusão, então, permanece irretocável.

Quanto ao crime de furto, em razão dos antecedentes do peticionário e do alto grau de culpabilidade que a sua conduta revela, e também considerando que não há elementos para se avaliarem as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fica a sua pena-base fixada em 02 anos de reclusão e 30 dias-multa, concretizando-se neste patamar, ante a ausência de outras circunstâncias que pudessem atenuá-la ou agravá-la.

A somatória das penas, em conseqüência, passa para 03 anos e 06 meses de reclusão e 30 dias-multa, caso em que a sanção privativa de liberdade deverá ser cumprida, nos termos do art. 33, § 2º, letra *c*, do Código Penal, desde o início, em regime aberto.

Com esses fundamentos é que defiro, em parte, a revisão, para desclassificar o crime de furto qualificado a que foi condenado o peticionário para furto simples (artigo 155, *caput*, do CP), reduzindo a somatória das suas penas, por isso, para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, devendo a pena privativa de liberdade ser cumprida, desde o início, em regime aberto.

Custas, *ex lege*.

Os Srs Desembargadores Gudesteu Biber, Edelberto Santiago, Guido de Andrade, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro e Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - DEFERIRAM PARCIALMENTE O PEDIDO. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - DECISÃO CONDENATÓRIA - DIPLOMAS LEGAIS POSTERIORES AO CRIME - PENA MAIS SEVERA - RETROAÇÃO - INOCORRÊNCIA - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE - OBSERVÂNCIA - INDEFERIMENTO - ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA - CORREÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - QUESTÕES DOUTRINÁRIAS POLÊMICAS - ANÁLISE NO ÂMBITO REVISIONAL - INADMISSIBILIDADE - *RES JUDICATA* - INTANGIBILIDADE - CARÁTER NÃO ABSOLUTO - CORRENTE JURISPRUDENCIAL - NÃO-CONTRARIEDADE A TEXTO EXPRESSO DE LEI

- O princípio de que a *res judicata* seria intangível não é de todo absoluto, já que é lícito ao condenado ou seu procurador legalmente constituído, nos termos do art. 623 do CPP, promover a revisão criminal para o fim de se corrigir condenação que, em tese, revelou-se injusta, restaurando-se, assim, com a rescisão do julgado, o *status dignitatis* do condenado.

- É de se indeferir pedido revisional fulcrado na alegação de que a decisão condenatória teria imposto a retroação de diplomas legais posteriores com cominação de penas mais elevadas para os crimes praticados, de modo a prejudicar o réu, quando, ao contrário, se verifica que a decisão rescindenda tão-somente fixara a pena-base em patamar superior ao mínimo legal, à vista da análise das circunstâncias judiciais, sendo estabelecida de forma equilibrada, restando observado, rigorosamente, o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

- A adoção pelo magistrado de corrente jurisprudencial, ainda que minoritária, não revela contrariedade a texto expresso de lei que possa ensejar a procedência de pedido revisional. Se fosse possível a análise no âmbito revisional de questões que constituam objeto de polêmica doutrinária, a ação revisional transmudar-se-ia, inevitavelmente, em segunda apelação, não constituindo este, naturalmente, o objetivo do legislador penal.

- Defere-se revisão para o fim de se corrigir, de ofício, erro detectado na dosimetria da pena, consoante permissivo constante da parte final do inciso III do artigo 621 do CPP, vez que o juiz singular não considerara a ocorrência da atenuante da confissão espontânea, que, efetivamente, se vislumbra nos autos, tanto no depoimento prestado pelo peticionário no curso do inquérito, como por ocasião de seu interrogatório em juízo, a permitir, por isso, proceder a certa diminuição na reprimenda definitiva.

REVISÃO CRIMINAL Nº 207.159-5/00 - Comarca de Coração de Jesus - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Revisão criminal - Decisão condenatória - Princípio da irretroatividade da lei penal mais severa respeitado - Contrariedade a texto de lei não evidenciada - Diminuição da pena - Impossibilidade. - Impõe-se o indeferimento do pedido revisional fundado na alegação de que a decisão condenatória teria autorizado a retroação de diplomas legais posteriores, que cominem penas mais elevadas para os crimes praticados, de molde a prejudicar o réu, quando se verifica que a decisão rescindenda tão-somente fixou a pena-base em patamar superior ao mínimo legal, restando respeitado, conseqüentemente, o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa. - A adoção, pelo magistrado, de uma corrente jurisprudencial, ainda que minoritária, não traduz contrariedade a texto expresso de lei que possa ensejar a procedência de pedido revisional.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DEFERIR PARCIALMENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2001. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de revisão criminal ajuizada por José Carlos de Aguiar, objetivando a desconstituição da decisão que o condenou à pena total de 20 (vinte) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática dos crimes capitulados no art. 157, § 3º, e art. 211, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, de molde a que fosse diminuída a sanção aplicada; primeiro, em razão de que os crimes foram cometidos antes do advento das Leis nºs 8.072/90 e 7.209/84, que introduziram modificações no Código Penal, ao argumento de que o processo não poderia recepcioná-las; e, segundo, porque a pena fora fixada em patamar acima do mínimo, não tendo o MM. Juiz *a quo* levado em consideração o fato de ser o réu primário e sem antecedentes criminais, o que autorizaria a diminuição da reprimenda, com o conseqüente acolhimento do pedido revisional.

O peticionário trouxe aos autos os documentos de fls. 07/17-TJ.

A decisão condenatória transitou livremente em julgado em 16.05.90, conforme certidão de fls. 130 dos autos em apenso.

A d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se pelo deferimento parcial do pedido, com a aceitação da atenuante da confissão espontânea, de caráter obrigatório, com a redução da pena (fls. 26/29-TJ).

É o breve relatório. Passo a decidir.

Pretende o peticionário, com amparo no art. 621, I, do CPP, a revisão do processo-crime, em razão do qual fora condenado à pena total de 20 (vinte) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime de latrocínio em concurso com o crime de tentativa de destruição de cadáver, sob os fundamentos básicos de que o Juiz monocrático, por oportunidade do proferimento da sentença, teria considerado, de forma equivocada, a aplicabilidade de diplomas legais editados posteriormente ao cometimento das infrações, bem como não teria levado em conta circunstâncias que permitiriam a redução da sanção aplicada.

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. 130 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 dos fundamentos trazidos pelo peticionário, conclui-se que razão alguma está a socorrê-lo, à medida que, no primeiro caso, verifica-se que o Magistrado obedeceu rigorosamente ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, aplicando à espécie os diplomas penais vigentes à data do cometimento dos respectivos crimes a que fora o réu condenado, entretanto, infligindo-lhe pena acima do mínimo legal, diante da análise das circunstâncias judiciais.

Com efeito, tendo sido as infrações penais ora em exame cometidas no ano de 1982, vigia o anterior Código Penal, de 1940, o qual cominava para o crime de latrocínio pena de 15 a 30 anos de reclusão e multa; e, para o crime de subtração, ocultação ou destruição de cadáver, pena de 1 a 3 anos de reclusão e multa, que, neste último caso, não sofreu qualquer alteração com a promulgação das novas leis penais.

Assim, tendo sido o réu sancionado com a pena-base de 18 anos de reclusão para o crime de latrocínio e de 01 ano para o crime de tentativa de destruição de cadáver, não houve retroação de leis mais gravosas que pudessem ensejar o provimento do presente pedido revisional, inclusive no que concerne ao regime inicial de cumprimento de pena, fixado na forma inicial fechada para o primeiro dos crimes.

Do mesmo modo, quanto à pretendida redução da pena, diante de ter sido aplicada ao réu pena-base em patamar superior ao mínimo legal, de se ter que tal pretensão refoge ao âmbito da presente revisão, já que ainda que se

adira à tese de que, sendo o réu primário e sem antecedentes criminais devidamente comprovados, deva a pena básica aproximar-se do mínimo legal, entendo que tal fato, por si só, não permitirá a modificação da decisão rescindenda, pela simples razão de não se traduzir em entendimento contrário à evidência dos autos, à vista de se tratar de mera corrente jurisprudencial, não sendo, por conseguinte, teratológica a fixação da pena acima do mínimo legal, quando outras circunstâncias judiciais autorizem certo aumento, tal como se verifica na hipótese vertente.

É que, se fosse possível a análise no âmbito revisional de questões que constituam objeto de polêmica doutrinária, a ação revisional transmudar-se-ia, iniludivelmente, em uma segunda apelação, não sendo este, por óbvio, o objetivo do legislador penal.

No mesmo sentido, os julgados a seguir transcritos:

TJSP: "*Não cabe revisão de decisão que tenha adotado corrente jurisprudencial ainda que não predominante ou minoritária*" (*RT*, 692/254).

TACrSP: "*Em se tratando de Revisão Criminal, temas jurisprudenciais não servem de causa de pedir*" (*RJDTACrim*, 27/281).

Não fosse por isso, de se ter que, no caso dos autos, a despeito da primariedade e da ausência de comprovados antecedentes criminais do réu, em análise à sua personalidade indiscutivelmente voltada ao crime, ao elevado grau de sua culpa, aos motivos nada abonadores, às circunstâncias em que os delitos foram cometidos, vale dizer, mediante a utilização de violência indesculpável, e, principalmente às conseqüências do crime, causando a morte de um pai de família, a pena-base fora realmente fixada de forma equilibrada, em atenção a esses fatores, que, em conjunto, permitem a elevação havida na reprimenda, o que conduz à impossibilidade da procedência do presente pedido revisional.

Contudo, constata-se que a presente revisão há que ser julgada parcialmente procedente, a fim de que se corrija, de ofício, erro que se detecta na dosimetria da pena, conforme permissivo constante da parte final do inciso III do art. 621 do CPP, uma vez que o MM. Juiz singular não considerou a ocorrência da atenuante da confissão espontânea, que efetivamente se vislumbra nos autos, tanto no depoimento prestado pelo ora peticionário no curso do inquérito, como por ocasião de seu interrogatório em Juízo, permitindo-se, em razão disso, proceder a certa diminuição na reprimenda definitiva.

Em face de tais considerações, defiro parcialmente o pedido revisional, a fim de que sejam diminuídas as sanções respectivamente infligidas ao réu, ora peticionário: a primeira, fixada na sentença em *20 anos*, para o patamar de *18 anos de reclusão*; e a segunda, arbitrada em definitivo em *08 meses de reclusão*, para o patamar de *04 meses de reclusão*, explicitando, outrossim, que o regime de cumprimento da pena para o crime de tentativa de destruição de cadáver é o aberto, o qual deverá ser devidamente considerado por ocasião da execução da pena ora em curso.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores Herculano Rodrigues, Lauro Bracarense, Gudesteu Biber, Edelberto Santiago, Guido de Andrade, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Gomes Lima e Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DEFERIRAM PARCIALMENTE O PEDIDO. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

3 CÂMARAS ISOLADAS

3.1 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

MANDATO ELETIVO - SUSPENSÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.429/92 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS NECESSÁRIOS - PRESENÇA - CONCESSÃO

- A suspensão de mandato eletivo constitui medida extrema, configurando-se admissível na hipótese do parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92, quando "*se fizer necessária à instrução processual*", caso em que deve restar comprovado que a autoridade administrativa se encontra obstando a regular instrução do processo. Assim, presentes os requisitos necessários, é de se conceder a tutela antecipada, em ação civil pública, para o afastamento de prefeito municipal.

AGRAVO Nº 170.424-6/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: A suspensão de mandato eletivo constitui medida extrema, configurando-se admissível na hipótese do parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92, quando "*se fizer necessária à instrução processual*", caso em que deve restar comprovado que a autoridade administrativa se encontra obstando a regular instrução do processo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e

das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de dezembro de 2000. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais contra a decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas, que, em ação civil pública movida pelo agravante contra os agravados, denegou pedido de tutela antecipada.

Argúi o agravante que se encontram presentes todos os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, pelo que requer a reforma da decisão agravada.

Efeito suspensivo ativo indeferido, conforme decisão de fls. 240/241-TJ.

Os agravados não apresentaram resposta, conforme certidões de fls. 260 e 275-TJ.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo conhecimento e pelo improvimento do recurso.

Presentes os pressupostos e requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de ação civil pública cujo pedido de tutela antecipada fora denegado, decisão contra a qual o agravante interpôs o presente recurso, visando à reforma da decisão, para obter, em tutela antecipada, o afastamento do Chefe do Poder Executivo Municipal, do Superintendente de Manutenção do Sistema Viário Municipal, do Diretor de Obras Públicas, do Secretário Municipal de Obras e a suspensão temporária da Empresa Pavisete e de seus administradores de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Após o exame dos autos, conclui-se que presentes estão os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, ressalvando que, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 193.493/4, reposicionamo-nos para acompanhar o Relator, Desembargador Bady Curi, que negou provimento ao recurso interposto por Marcelo Cecé Vasconcelos de Oliveira - Prefeito Municipal de Sete Lagoas -, mantendo a decisão *a quo,* que determinou o seu afastamento do cargo.

A suspensão de mandato eletivo constitui medida extrema, configurando-se admissível na hipótese do parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92, quando "*se fizer necessária à instrução processual*", caso em que deve restar comprovado que a autoridade administrativa se encontra obstando a regular instrução do processo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para conceder a tutela antecipada requerida nas letras *a* a *d* de fls. 20-TJ.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Almeida Melo - Data venia, entendo cabível a tutela antecipada.

Os fatos descritos e documentados justificam fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao Município de Sete Lagoas.

A prova é inequívoca e compatível com os pedidos da inicial.

O contraditório é salutar, mas não é necessário em casos como este, em que os agravados nem se dispõem a usá-lo (fls. 275-TJ).

Dou provimento ao agravo e concedo a tutela antecipada requerida nas letras *a* a *d* de fls. 20-TJ.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - VEÍCULO COM DOCUMENTAÇÃO IRREGULAR - LICENCIAMENTO PELA REPARTIÇÃO DE TRÂNSITO - DANO CAUSADO POR TERCEIRO - NEXO CAUSAL - AUSÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO ESTADO - INEXISTÊNCIA

- O Detran, embora encarregado de efetuar a fiscalização dos veículos, expedindo documentação a eles relativa, não exerce função semelhante ao registro público, chancelando negócios de terceiros. O licenciamento é exigido apenas para possibilitar a circulação do veículo, e não como garantia de domínio. Pelo dano causado por terceiro, sem a participação do Estado, em seu nexo causal, não cabe imputação de responsabilidade objetiva.

AGRAVO Nº 182.511-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Ação ordinária de indenização - Veículo com documentação irregular - Responsabilidade do Estado inexistente. - O Detran, embora encarregado de efetuar a fiscalização dos veículos, expedindo documentação a eles relativa, não exerce função semelhante ao registro público, chancelando negócios de terceiros. O licenciamento é exigido apenas para possibilitar a circulação do veículo, e não como garantia de domínio. Pelo dano causado por terceiro, sem a participação do Estado, em seu nexo causal, não cabe imputação de responsabilidade objetiva.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2001. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Corrêa de Marins - O presente agravo de instrumento foi interposto contra decisão que, nos autos de ação ordinária de indenização, excluiu o Estado de Minas Gerais do pólo passivo da lide por ilegitimidade *ad causam*.

Na inicial o suplicante alega que adquiriu um automóvel que estava licenciado em nome de José Rodrigues dos Santos, tendo a transação sido efetuada por intermédio de Moacir Dias Barbosa, Lúcio Dias Barbosa e Antônio Coelho, mas, quando foi transferi-lo para o seu nome, o mesmo foi apreendido, por se tratar de veículo furtado em São Paulo, e que possuía chassis regravado. Entende por isso que a participação de agentes públicos, que efetivaram o registro do automóvel em nome de outra pessoa, implica responsabilidade objetiva do Estado, que, ao seu entendimento, deve, juntamente com os demais réus envolvidos na transação, indenizá-lo pelos prejuízos sofridos.

Sua pretensão, todavia, não tem credencial de sucesso.

Exaustivamente já tem sido decidido que o domínio da coisa móvel se opera pela simples tradição e que o licenciamento do veículo pela repartição de trânsito, porque não se assemelha ao registro público, não chancela transações de terceiro das quais não participou.

Assim, se existe alguma irregularidade no veículo, conforme se infere da inicial, não foi criada pela Administração Pública, visto que o registro é feito com os dados fornecidos pelos próprios interessados. O licenciamento é exigido apenas para possibilitar a circulação do veículo, e não como garantia do domínio, de sorte que, pelo dano causado por terceiro, sem a participação do Estado, em seu nexo causal, não cabe a imputação de responsabilidade objetiva.

Nego provimento ao agravo.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ARROLAMENTO - TAXAS JUDICIÁRIAS - LANÇAMENTO - PAGAMENTO - QUITAÇÃO - TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE DOS BENS DO ESPÓLIO - APRECIAÇÃO - CONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.034 DO CPC - ITCD - INCIDÊNCIA SOBRE BENS DE TERCEIRO - QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO - DISCUSSÃO EM PROCEDIMENTO PRÓPRIO

- A teor do art. 1.034 do CPC, no arrolamento não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. Assim sendo, não pode o juiz cuidar da questão referente à incidência ou não do ITCD sobre os bens nominados de terceiro, ainda mais por se tratar de questão de alta indagação, a ser resolvida em procedimento próprio.

- É vedada em sede de arrolamento a discussão acerca da incidência tributária sobre os bens a serem inventariados.

AGRAVO Nº 185.856-2/00 - Comarca de Andradas - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: A teor do disposto no art. 1.034 do CPC, no arrolamento não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

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 E CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2001. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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

Trata-se de agravo ajuizado pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra r. despacho proferido nos autos do inventário dos bens de Eunice de Oliveira Borges, determinando que se expurgasse da base de cálculo do ITCD bens considerados de terceiro.

Aduz a Fazenda Estadual que o inventariante, ao listar os bens do espólio, consignou uma série de imóveis como bens de terceiro, todos objeto de contratos de promessa de compra e

venda particular, não registrados, sendo alguns, inclusive, sem assinaturas dos contratantes, obtendo a expedição dos alvarás para que pudesse outorgar as escrituras públicas, com a efetiva transmissão da propriedade para os promitentes-contratantes.

Explicita, ainda, que o inconformismo do agravado, que culminou com o r. despacho recorrido, se deu após a avaliação dos bens do espólio e de terceiros e oferecimento do cálculo do imposto devido, inclusive com a dedução da parte relativa à meação do cônjuge sobrevivente.

Afirma sua legitimidade para recorrer como terceiro prejudicado, nos termos do art. 499 do CPC, pretendendo a reforma da decisão, por contrariar o disposto no art. 1.034 do CPC, alegando também faltar legitimidade ao inventariante para discutir a matéria, eis que o sujeito passivo do tributo é a única herdeira.

Entende que, *in casu*, se os imóveis objeto dos compromissos de compra e venda não foram registrados antes do falecimento da autora da herança, a transferência somente ocorreu com a abertura da sucessão, para os herdeiros da falecida, nos termos do art. 1.572 do CC, sendo imperioso, portanto, reconhecer a incidência do ITCD.

Por fim, ressalta que, mesmo que se entenda correto o expurgo da base de cálculo do ITCD de todos os bens ditos de terceiros, o valor a ser levado em conta não seria o total da avaliação, mas metade, uma vez que sobre a parte imputada à meação do cônjuge meeiro não incide o imposto.

Todavia, a r. decisão não merece prosperar.

Retira-se dos autos que Avelino Álvaro Borges propôs, em 24.4.97, pedido de arrolamento, com o fim de inventariar os bens pertencentes à sua falecida esposa, Eunice de Oliveira Borges, tendo como única herdeira Cibele de Oliveira Borges Caponi, maior e capaz.

Para tanto, listou os bens do espólio, consignando, ainda, alguns imóveis que qualificou como bens de terceiro, por serem objeto de contrato de promessa de compra e venda particular, requerendo que fossem expedidos os respectivos alvarás para a outorga das escrituras públicas, com a efetiva transmissão da propriedade para os promitentes-contratantes, o que foi deferido.

Ocorre que, ao ser apresentado o valor do imposto a ser pago, com a dedução da parte relativa à meação do cônjuge sobrevivente, manifestou-se o inventariante contrariamente à inclusão dos bens de terceiro no cálculo do imposto, requerendo a sua exclusão, o que foi deferido, causando o inconformismo que ora se discute.

Com razão o Fisco Estadual.

Dispõe o art. 1.034 do CPC, *verbis*:

"*Art. 1.034. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio*".

Sendo assim, em razão do dispositivo legal acima exposto, não poderia o ilustre Juiz *a quo* cuidar da questão referente à incidência ou não do ITCD sobre os bens nominados de terceiro, ainda mais por se tratar de questão de alta indagação, a ser resolvida em procedimento próprio.

Sobre o tema, a jurisprudência:

"*Imposto. Transmissão da propriedade dos bens do espólio. - Nos inventários processados sob a forma de arrolamento não cabem ser conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou aquisição de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio, remetendo-se a Fazenda, na forma do CPC, 1.034, § 2º, à via administrativa, para satisfação dos eventuais créditos*" (STJ - REsp nº 36.758/1-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJ* de 13.2.95).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para cassar a r. decisão proferida, eis que vedada em sede de arrolamento a discussão acerca da incidência tributária sobre os bens a serem inventariados, confirmando a liminar anteriormente concedida.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Ponho-me de acordo, pois entendo que o imposto *inter vivos* incide com a transmissão da propriedade, na forma da lei civil. Se esta não ocorreu ainda e, antes dela, vem a morte do transmitente, a incidência é do imposto *causa mortis*.

Há também o relevante aspecto processual pelo qual se veda ao juiz decidir matéria tributária em arrolamento.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

ALIMENTOS PROVISÓRIOS - FIXAÇÃO - REDUÇÃO - VENDEDOR COMISSIONADO - PROVA DE IMPOSSIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA - RECURSO IMPROVIDO

- Sendo o alimentante vendedor comissionado e não trazendo elementos suficientes à formação de um convencimento maior e mais exato quanto aos seus ganhos, os alimentos provisórios arbitrados não devem ser modificados.

AGRAVO Nº 190.246-9/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Alimentos provisórios - Fixação - Redução - Vendedor comissionado - Prova da impossibilidade não demonstrada - 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, 09 de novembro de 2000. - *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 R.A.P. contra interlocutória que fixou alimentos provisórios em quatro salários mínimos, na ação de alimentos promovida por L.S.P., como consta do relatório.

Insurge-se o agravante contra o montante arbitrado, pleiteando sua redução para 25% (vinte e cinco por cento) de seus rendimentos líquidos.

Aduz, ainda, que inexiste, nos autos, prova das necessidades do autor-agravado, possuindo sua mãe melhores condições de prover o sustento do filho do casal.

Afirma que se vê absolutamente impossibilitado de suportar os estabelecidos provisórios, em virtude de estar percebendo a quantia de R$190,00 (cento e noventa reais) mensais, insuficiente, inclusive, para sua própria subsistência.

Sem dúvida, mesmo na fixação provisória, há que se demonstrar não só a necessidade do alimentando como a possibilidade do alimentante.

No caso, restou evidenciado, através de declaração da empregadora do agravante (fls. 36/41) que se trata de vendedor comissionado, tendo percebido, de janeiro a maio de 2000, o salário básico da categoria, de R$190,00 (cento e noventa reais).

Ocorre que, conforme o próprio agravante informa, vem depositando a quantia de R$200,00 (duzentos reais), a título de alimentos, a favor do agravado, valor este superior ao declarado por sua empregadora.

Na verdade, a meu aviso, o agravante não trouxe prova robusta da real impossibilidade de arcar com os alimentos provisórios fixados, sem lhe desfalcar o sustento, uma vez que imprevisível o valor mensal de seus rendimentos, por auferir ganhos provenientes de comissão em vendas.

Vale lembrar que se trata, apenas, de alimentos provisórios. Poderão ser modificados após melhor e completa instrução do processo.

É de pacífica jurisprudência:

"*Civil - Agravo de instrumento - Alimentos provisórios - Fixação segundo o binômio necessidade/capacidade. - Os alimentos provisionais têm caráter provisório e emergencial, podendo ser substituídos por quantia inferior na oportunidade da sentença. Os alimentos são fixados, atendendo-se às necessidades do alimentando e às possibilidades da pessoa obrigada (art. 400, CC). Não há, pois, ser modificado o pensionamento até decisão final, quando não se fez prova cabal da impossibilidade de prestá-lo no valor fixado. Recurso desprovido*" (TJDF - Agravo de Instrumento 19990020007452AGIDF - Relator: Wellington Medeiros - 23.08.1999 - cf. JUIS, CD-ROM nº 21 - 3º trimestre/00).

Assim, sendo o alimentante vendedor comissionado e não carreando elementos suficientes à formação de um convencimento maior e mais exato quanto a seus ganhos, os arbitrados provisórios não devem ser modificados.

Com estas razões de decidir, nego provimento ao agravo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

TUTELA ANTECIPADA - PENSÃO - CARÁTER ALIMENTAR - RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL - CONFIGURAÇÃO - ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.494/97 - INAPLICABILIDADE - CONCESSÃO

- É possível a concessão da tutela antecipada em ações que versam sobre pedido de pensão, cujo caráter é induvidosamente alimentar, eis que configurado o receio de dano irreparável, ante a possível demora na solução do litígio, já que as necessidades vitais a que o benefício visa atender são imediatas e nem sempre possíveis de reparação futura.

- O ordenamento jurídico não veda a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, a não ser nos casos expressos no art. 1º da Lei nº 9.494/97, neles não estando incluídas demandas que versam sobre pensão. As hipóteses ali previstas dizem respeito apenas aos servidores públicos, classe à qual não pertence beneficiário da pensão por morte.

AGRAVO Nº 190.633-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Tutela antecipada - Pensão - Caráter alimentar - Caracterização do receio de dano irreparável - Inaplicabilidade ao caso do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, que se refere, apenas, aos servidores públicos, e não ao beneficiário da pensão por morte. - Afora as hipóteses previstas neste dispositivo legal, inexiste vedação no ordenamento jurídico pátrio à concessão de tutela antecipada contra o Poder Público. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 28 de dezembro de 2000. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte - Beprem, por inconformar-se com a respeitável decisão que, em sede da ação ordinária contra ela promovida por Nair Fortes Aloísio, concedeu a tutela antecipada, naquela oportunidade rogada.

Sustenta a agravante a inexistência do fundado receio de dano irreparável, *in casu*, nos moldes exigidos no artigo 273 do *Codex* Instrumental, para a concessão da tutela antecipada.

Improcede tal alegação, *venia data*, haja vista versar a espécie sobre o pensionamento, cujo caráter, induvidosamente, alimentar o é. Logo, evidentemente configurado está o receio de dano, ante a possível demora na solução do litígio, sendo certo que "*as necessidades vitais, que o benefício visa atender, são imediatas e nem sempre possíveis de reparação futura*", conforme bem assinalou a agravada, em sua contraminuta.

Lado outro, ao contrário do que afirma a agravante, não tem alcance ao caso em tela o preceito contido no artigo 1º da Lei 9.494/97, na medida em que as hipóteses, ali previstas, dizem respeito apenas aos servidores públicos, classe à qual não pertence o beneficiário da pensão por morte.

Ademais, conforme cediço, o ordenamento jurídico pátrio não veda a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, a não ser nos casos expressos no artigo 1º da Lei 9.494/97, neles não incluídas demandas versando sobre questões como a presente.

Neste sentido, pronunciou-se o eminente Ministro Celso de Mello, em sede da Reclamação nº 1.514 - *DJU* de 19.06.2000, consoante verificável às fls. 32/33.

Frente ao deduzido, nego provimento ao presente agravo de instrumento, confirmando, de conseqüente, o hostilizado decisório singelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE ACOLHE O LAUDO PERICIAL - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE

- O despacho do magistrado condutor do processo que acolhe o laudo pericial produzido é de mero expediente, não desafiando qualquer recurso.

AGRAVO Nº 190.709-6/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Decisão que acolhe o laudo pericial - Despacho de mero expediente. - O despacho do magistrado condutor do processo que acolhe o laudo pericial produzido é de mero expediente, não desfiando qualquer recurso. Agravo não conhecido.

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.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2000. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pelo agravado, os Drs. Gustavo Capanema de Almeida e Luiz Guaritá Neto.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Nos autos de ação popular que aforou contra, o MM. Juiz *a quo* considerou válida a prova pericial produzida, contrariando os interesses do recorrente.

Contra a r. decisão, por entender ter sido vulnerado o seu direito de defesa, insurge-se Anderson Adauto Pereira, via do presente recurso, pretendendo a sua reforma.

A meu sentir, nenhum reparo está a decisão judicial a merecer, tendo em vista que, na forma da lei adjetiva, a prova produzida destina-se à informação da autoridade judicante, não tendo sido ofertado nenhum incidente que pudesse abalar a isenção da prova.

Por outro lado, o despacho hostilizado é de mero expediente, não desafiando nenhum recurso.

Os atos do juiz, no processo, consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos (CPC, art. 162, *caput*), assim definidos: sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (CPC, art. 162, § 1º); decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (CPC, art. 162, § 2º); e despachos são todos os demais atos do juiz, praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma (CPC, art. 162, § 3º). Se da sentença judicial, com ou sem julgamento de mérito (CPC, arts. 269 e 267), cabe apelação (CPC, art. 513), das decisões interlocutórias, proferidas no curso do processo, cabe o recurso de agravo (CPC, art. 522, *caput*), que poderá manifestar-se, a requerimento da parte, sob a forma de instrumento ou retido nos autos (CPC, art. 522, §§ 1º e 2º), enquanto que, dos despachos de mero expediente, não cabe recurso algum de natureza processual (CPC, art. 504).

Nesta conformidade, por entender que o despacho do juiz que acolhe a prova pericial produzida é de mero expediente, impulsionando o processo, e como tal não desafia qualquer recurso, não conheço do presente agravo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM.

-:::-

TRANSPORTE COLETIVO "ALTERNATIVO" - CLANDESTINIDADE - CONCESSÃO OU PERMISSÃO - AUSÊNCIA - ILEGALIDADE - BHTRANS - ÓRGÃO FISCALIZADOR - AUTUAÇÃO E APREENSÃO DO VEÍCULO - APLICAÇÃO DE MULTA - LEGITIMIDADE - LEI MUNICIPAL Nº 7.907/99 - CONSTITUCIONALIDADE

- Não merece acolhida a alegada inconstitucionalidade da Lei nº 7.907/99, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 30, III e V, confere expressamente aos municípios competência para disciplinar o serviço de transporte público remunerado de passageiros, possuindo a referida Lei Municipal nº 7.907/99 conteúdo específico local, destinando-se à realização de transporte coletivo remunerado de passageiros no Município de Belo Horizonte, estabelecendo sanções para aqueles que infringirem suas disposições.

- Legítima é a atuação da BHTrans como órgão fiscalizador, integrante do Sistema Nacional de Trânsito, conforme dispõe o art. 7º, inc. III, do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/97), competência também definida no art. 24 do mesmo diploma legal.

- A modalidade de serviço prestado pelo impetrante, qual seja, a colocação de seu veículo à disposição do público, cobrando passagem, à semelhança do que fazem as linhas regulares de ônibus, constitui prestação de serviço público essencial e, como tal, deve ser regido pelas normas da Administração Pública, ou seja, submeter-se ao procedimento licitatório e obter concessão ou permissão.

- Lícitas são a apreensão de veículo utilizado no transporte público sem a devida concessão ou permissão pelo município, bem como a aplicação de multa pela transgressão das normas legais preexistentes.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 197.023-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Transporte coletivo clandestino - Ilegalidade - Autuação e apreensão de veículo pela fiscalização - Ação cautelar - Liminar liberatória - Agravo de instrumento que se acolhe. - Lícitas são a apreensão de veículo utilizado no transporte público sem a devida concessão ou permissão pelo Município, bem como a aplicação de multa pela transgressão às normas legais preexistentes.

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, 27 de março de 2001. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo agravado, a Dra. Leone de Vasconcelos Lins, e assistiu ao julgamento, pela agravante, o Dr. Geraldo Luís S. Guimarães.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela BHTrans, o Dr. Geraldo Luís Spagno.

O Sr. Presidente (Des. Orlando Carvalho) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 13.03.01, a

meu pedido, como Relator, após sustentação oral.

Meu voto é o seguinte:

Consoante relatório que integro a este voto, cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte - BHTrans, sociedade de economia mista, "gerenciadora do trânsito da Capital", contra despacho (fls. 31) deferitório da liminar requerida na ação cautelar que lhe move Hércules da Silva Chaves, buscando liberar seu veículo Kombi apreendido e custodiado nas dependências da BHTrans, em razão de estar transportando passageiros "*sem a devida autorização da BHTrans, nas exigências do art. 230, V, do Código de Trânsito Brasileiro, bem como dos arts. 15 e 16 da Lei Municipal nº 7.907/99*", lei esta, aliás, apontada pelo autor, ora agravado, como inconstitucional.

A recorrente sustenta que o agravado executa ilegalmente, nesta Capital, o transporte remunerado de passageiros, sem autorização da BHTrans, órgão executivo do trânsito do Município de Belo Horizonte, "*que jamais concedeu qualquer licença ao Recorrido para executar o transporte remunerado de passageiros*". Pede cassar-se a "*equivocada liminar deferida*".

Conheço do recurso, próprio e tempestivo.

A atual e momentosa *quaestio* requer um exame mais acurado, dada a sua complexidade e os abusos ocorridos de parte a parte pelas ora partes.

1. Nos termos do art. 804 do CPC, lícito é ao julgador conceder liminarmente medida cautelar, se divisar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, estando o direito reclamado embasado em garantias constitucionais e legais, "*desde que a demora de sua concessão possa importar em prejuízo, mesmo que parcial, para o promovente*" (*RSTJ*, 47/517). E, "*Somente se demonstrada a ilegalidade ou o equívoco do Juízo singular, caberia a suspensão da liminar pela Instância Superior*" (STJ - *RT*, 674/202).

2. Cabe, privativamente, à União legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, inciso XI). Daí a Lei nº 9.503/97 - Código de Trânsito Brasileiro - CTB, cujo cumprimento cabe ao Contran - Sistema Nacional de Trânsito; aos Conselhos Estaduais de Trânsito - Cetran, órgão do Detran - Departamento Estadual de Trânsito; e ao Conselho de Trânsito do Distrito Federal - Contrandife (art. 14 da Lei nº 9.503/97). Aos municípios, integrantes do Sistema Nacional de Trânsito (art. 5º do CTB), cabe organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os *serviços públicos de transporte coletivo local* (CF, art. 30, inciso V), de caráter essencial, respeitadas sempre as garantias constitucionais e legais dos cidadãos, como disposto na CF, art. 5º, inciso LIV, e no Código Civil, art. 524, bem como na Lei Federal nº 9.503/97 - CTB e em outras normas editadas pela União e

pelo Estado, de hierarquia maior, não podendo o município editar leis ou normas sobrepondo-se a tais normas superiores, mas restritas a complementá-las, disciplinando o trânsito municipal e o regime de concessão ou permissão dos serviços públicos de transporte coletivo local, através de normas contratuais sinalagmáticas.

3. Entretanto, a competência do município de prestar diretamente ou sob regime de concessão de transporte coletivo não pode vedar o transporte urbano através de carro particular ou de aluguel a cidadãos particulares, tipo táxi, Kombi, *van* etc., para tal fabricados, registrados e licenciados pelo Detran, tocando ao cidadão a liberdade de escolha do que mais lhe convém.

4. O direito à locomoção e *transporte particular* de tais veículos advém da própria aquisição autorizada por leis nacionais, após o registro e o licenciamento no Detran. E o uso das vias públicas é ressarcido através do IPVA, pago anualmente em favor do Estado e do município-sede da residência do proprietário.

Quanto ao registro e o licenciamento de circulação, tocam ao Detran, nos termos do CTB, *verbis*:

"*Art. 120. Todo veículo automotor (...) deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no Município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei*".

"*Art. 130. Todo veículo automotor (...), para transitar na via, deverá ser* licenciado *anualmente pelo órgão executivo de trânsito do Estado, ou do Distrito Federal, onde estiver registrado o veículo*".

"*Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo Contran*".

Igualmente, o art. 136 do CTB reserva ao Detran - "*Órgão ou entidade executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal*" - a competência para autorizar a circulação nas vias públicas dos veículos especialmente destinados à condução coletiva de escolares.

5. Entretanto, no caso *sub examine*, a BHTrans agiu dentro de sua competência, eis que o agravado foi autuado por praticar o transporte coletivo clandestino, angariando usuários dos transportes coletivos concessionários, nos pontos de embarque ou nas vias públicas, com infração das normas legais pertinentes, não se provando executar o autuado o transporte contratado prévia e particularmente, "ponto a ponto".

A propósito, colaciono excerto do lúcido voto do em. Des. José Francisco Bueno, integrante da eg. Quinta Câmara Cível deste TJMG, Relator da Apelação nº 192.956-1/00, voto condutor do acórdão unânime, ementado:

"*Mandado de segurança. Transporte coletivo alternativo. Fiscalização. Imposição de penalidades.*

Pretensão de anulação. Segurança denegada. Sentença confirmada".

Em seu voto, expôs o ilustre Relator:

"*O licenciamento (emplacamento) do veículo na categoria aluguel apenas possibilita a sua utilização na prestação de serviço remunerado, não significando delegação para exploração de serviço aberto ao público, que depende, como se viu, da concessão ou permissão da Administração*".

"*Isso significa que o proprietário de um ônibus ou microônibus, emplacado como veículo de aluguel, pode, por exemplo, contratar o transporte de escolares (se este serviço não estiver sujeito à regulamentação especial) para ida às aulas e sua volta, colocá-lo à disposição de uma empresa para o transporte de funcionários, ou, até mesmo contratar com grupos especiais o seu deslocamento.*

O que não se pode admitir é que este mesmo proprietário coloque seu veículo à disposição do público, cobrando passagem per capita *para seguir linha regular e habitual, porque para isso - para a prestação de serviço público - há necessidade de submeter-se ao procedimento licitatório e obter a concessão ou permissão.*

Registre-se que o transporte coletivo clandestino que, em várias cidades, se vem tentando impor forçadamente, constitui atividade ilegal, por burlar a regulamentação, organização, funcionamento e fiscalização sujeitas ao poder público, como serviço público essencial.

Não se lhe ampara a invocação de força maior, desde que eventual deficiência na prestação do serviço legalmente concedido não possui aquela característica.

Não há, assim, nos procedimentos de fiscalização e imposição de penalidades, qualquer ilegalidade e, muito menos, ofensa a direito líquido e certo do recorrente".

O que ocorreu na hipótese *sub examine* foi a retenção do veículo por tempo determinado, em face da prática pelo impetrante do chamado "transporte clandestino", em perfeita consonância com o que estabelece a Lei nº 7.907/99, tratando-se, portanto, de mero ato administrativo sancionador de atividade ilegal praticada pelo impetrante.

A retenção do veículo constitui medida administrativa aplicável em face de diversas infrações definidas no CTB, dentre elas "*transitar com veículo efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo caso de força maior ou com permissão da autoridade competente*", conduta essa tipificada no art. 231, inc. VIII, do citado diploma legal.

A autoridade administrativa somente estaria privando o impetrante de exercer seu direito à propriedade se

estivesse condicionando a liberação do veículo, decorridos os 45 (quarenta e cinco) dias previstos em lei, ao pagamento das multas, o que não é o caso, conforme se conclui da análise dos autos.

Ademais, a autoridade administrativa agiu, nesse caso, visando à garantia do interesse público, que, como é notório, sobrepõe-se ao interesse individual.

Saliente-se, *in casu*, que a medida administrativa supracitada está regularmente prevista no art. 16, I, da Lei Municipal nº 7.907/99.

A alegada inconstitucionalidade da referida lei não merece acolhida; assim reforço: a Constituição Federal, em seu art. 30, III e V, confere expressamente aos municípios competência para disciplinar o serviço de transporte público remunerado de passageiros, não havendo, portanto, que se falar em inconstitucionalidade da Lei Municipal 7.907/99.

Cabe ressaltar que a Lei 9.503/97 - Código de Trânsito Brasileiro - constitui norma de caráter geral, destinada à regulamentação do "*trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação*". Por sua vez, a Lei Municipal 7.907/99 possui conteúdo específico, local, e destina-se à realização de transporte coletivo remunerado de passageiros no Município de Belo Horizonte, estabelecendo sanções para aqueles que infringirem suas disposições.

Sabido que as normas de caráter especial prevalecem sobre as de caráter geral.

Desse modo, pode-se concluir que cabia mesmo à espécie a aplicação das sanções previstas no art.16, inc. I, da Lei 7.907, quais sejam, a aplicação de multa e a apreensão do veículo por 45 (quarenta e cinco) dias.

Percebe-se que a BHTrans agiu na qualidade de órgão fiscalizador, integrante do Sistema Nacional de Trânsito, conforme dispõe o art. 7º, inc. III, do Código de Trânsito Brasileiro. Essa competência está definida no art. 24 do mesmo diploma legal. Daí ser legítima a atuação da BHTrans.

Há que se atentar ainda para o fato de que a modalidade de serviço prestado pelo impetrante, qual seja, a de colocar seu veículo à disposição do público, cobrando passagem, à semelhança do que fazem as linhas regulares de ônibus, constitui prestação de serviço público essencial e, como tal, deve ser regida pelas normas da Administração Pública, ou seja, submeter-se a procedimento licitatório e obter concessão ou permissão. Cabe o relevo dado à matéria.

À vista disso, conclui-se que o impetrante praticou ato contrário à lei, merecendo censura, colocando, inclusive, em risco a vida dos diversos passageiros que, em busca de maior "conforto", utilizam-se do transporte "clandestino", mas que na maioria das vezes não têm consciência das reais condições desses veículos.

Por tais razões, dou provimento ao agravo em apreço, para, confirmada a liminar concedida, cassar a decisão hostilizada.

Custas, pelo recorrido.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

DIREITO DE PROPRIEDADE - FUNÇÃO SOCIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XXIII, DA CF - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - IMÓVEL - CONDOMÍNIO - COMPANHEIRA - DIREITO DE HABITAÇÃO - MEAÇÃO DE TERCEIROS - IRRELEVÂNCIA

- O direito de propriedade não é absoluto e exclusivo, cedendo ante a função social que se deva atribuir ao bem, nos termos do art. 5º, XXIII, da CF, cuja concepção não se deve restringir aos seus aspectos econômicos, mas alcançar todos os princípios adotados na Carta Magna; por isso, como a união estável é reconhecida como entidade familiar, aos fins de proteção do Estado, resulta concluir que a propriedade haverá de sujeitar-se às disposições estatais que normatizam a união estável. É reconhecido o direito de habitação à companheira, ainda que, eventualmente, o mesmo estenda-se à meação de terceiros.

AGRAVO Nº 200.123-8/00 - Comarca de Andradas - Relator: Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Agravo - Companheira - Imóvel - Condomínio - Direito real de habitação - Direito de propriedade - Função social. - O direito de propriedade não é absoluto e exclusivo, cedendo ante a função social que se deva atribuir ao bem, nos termos do art. 5º, XXIII, da CF, cuja concepção não se deve restringir aos seus aspectos econômicos, mas alcançar todos os princípios adotados na Carta Magna; por isso, como a união estável é reconhecida como entidade familiar, aos fins de proteção do Estado, resulta concluir que a propriedade haverá de sujeitar-se às disposições estatais que normatizam a união estável. É reconhecido o direito de habitação à companheira, ainda que, eventualmente, o mesmo estenda-se à meação de terceiros. 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2001. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Cuida-se de agravo de instrumento oposto por espólio de B.P.P. e outros contra decisão que concedeu direito real de habitação a M.H.R., companheira do falecido, incidente sobre o único imóvel inventariado.

As razões recursais das partes, a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça e as principais ocorrências havidas na formação do instrumento foram objeto de sucinta dissertação no relatório de fls.

Os agravantes asseveram que o seu falecido pai somente possuía 50% do imóvel inventariado, sendo que os seus filhos herdeiros são proprietários dos demais 50%; por isso, entendem que a instituição do direito real de habitação em favor da agravada, alcançando todo o referido bem, não encontra respaldo na legislação pertinente e atinge o seu direito de propriedade, a determinar a reforma do decisório recorrido. Neste sentido, afirmam haver impossibilidade jurídica em gravar-se imóvel em condomínio com terceiros, com direito real de habitação, já que tal situação não se ajusta à hipótese do art. 7º da Lei nº 9.278/96. Assim, consideram que o único direito da agravada será aquele previsto no art. 2º, I, da Lei nº 8.971/94, ou seja, o usufruto da quarta parte da herança do falecido, pois tal texto legal não foi derrogado pelo advento da referida Lei nº 9.278/96, circunstâncias que determinam o provimento do seu agravo por esta instância revisora.

Após profundo meditar sobre o tema posto em exame, vislumbro ser correto o deslinde dado à presente controvérsia pela decisão fustigada, uma vez que a propriedade dos agravantes sobre metade do imóvel onde residiu o seu falecido pai com a agravada, a meu ver, não se pode convolar em óbice a que ela exercite o direito de habitação sobre o referido bem, na forma conferida pelo parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96.

Nesta seara, tenho que o direito de propriedade dos agravantes não é absoluto e nem exclusivo, como equivocadamente pretendem, pois o seu exercício está limitado por sua função social, conforme instituído no art. 5º, XXIII, da Constituição da República, ou seja, o proprietário tem que utilizar o seu bem sob os cânones da norma retromencionada, sendo que a concepção de função social, a meu aviso, deverá ser a mais ampla possível, não se limitando apenas aos seus aspectos econômicos. Por isso, como a união estável é reconhecida como entidade familiar, aos fins de proteção do Estado, resulta concluir que a propriedade haverá de sujeitar-se às disposições estatais que normatizam a união estável.

Por conseguinte, previsto no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96 o direito de habitação ao companheiro sobrevivente, a incidir

sobre o imóvel usado como residência do casal, é certo que este direito haverá de alcançar a parte ideal dos agravantes, limitando-se o seu direito de propriedade neste tocante. Em decorrência, revela-se acertado o raciocínio da Juíza monocrática em considerar os fins sociais da referenciada lei para atrair a sua incidência ao caso em epígrafe.

Outrossim, cumpre salientar que restou respeitado o direito de propriedade dos agravantes, porquanto se definiu a obrigação da agravada de pagar aluguel pela parte ideal dos mesmos no imóvel que utilizará como residência.

Por fim, considero que a solução vislumbrada pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Bertoldo de Oliveira Filho (fls. 62/63- TJ), de se instituir usufruto sobre o referido imóvel, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.971/94, a meu sentir, não se apresenta adequada à espécie vertente, posto que, sem adentrar-se na seara da acesa controvérsia havida nos tribunais pátrios sobre a eventual derrogação do supra-indicado texto legal, pelo advento da Lei nº 9.278/96, a simples cobrança de alugueres da agravada, pela parte ideal dos agravantes, desvirtuaria o instituto jurídico do usufruto, o que não se dará com o direito de habitação. Ademais, o direito de habitação é ônus mais restrito que o de usufruto, já que a apelada somente poderá valer-se do imóvel, tão-só, como moradia, não podendo emprestá-lo ou alugá-lo, a teor do art. 746 do Código Civil, circunstâncias estas demonstrativas de que o direito de habitação é menos oneroso ao direito de propriedade dos agravantes, reforçando a sua adoção na hipótese processada.

Isto posto, nego provimento ao agravo para manter incólume a decisão fustigada.

Custas, pelos agravantes.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - SUCESSÃO - RESPONSABILIDADE

- A teor do art. 133 do CTN, quem adquirir fundo de comércio ou estabelecimento comercial e continuar explorando-o, ainda que sob outra razão social ou sob firma ou nome individual, passa a ser responsável pelo pagamento dos tributos devidos pelo estabelecimento sucedido.

AGRAVO Nº 209.818-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: A teor do art. 133 do CTN, quem adquirir fundo de comércio ou estabelecimento comercial e continuar explorando-o, ainda que sob outra razão social ou sob firma ou nome individual, passa a ser responsável pelo pagamento dos tributos devidos pelo estabelecimento sucedido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2001. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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

Trata-se de agravo de instrumento ajuizado pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra r. decisão que, nos autos da execução fiscal que move a Hi Fi Ltda., indeferiu o pedido de inclusão no pólo passivo da lide da empresa Comercial Galícia Ltda., por não ter restado comprovada sua responsabilidade por sucessão, nos termos do art. 133 do CTN.

Alega a recorrente que há provas robustas no processo de execução que autorizam o chamamento da empresa sucessora à lide, uma vez demonstrado, por meio de seu contrato social, que se encontra situada no local onde antes era estabelecida a executada Hi Fi Ltda., explorando o mesmo ramo de atividade desta. Salienta, por fim, que a matéria poderá ser objeto de discussão em embargos de devedor.

Entendo com razão a recorrente.

Dispõe o art. 133 do Código Tributário Nacional que:

"*Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:*

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão".

Donde se conclui que quem adquirir fundo de comércio ou estabelecimento comercial e continuar

explorando-o, ainda que sob outra razão social ou sob firma ou nome individual, passa a ser responsável pelo pagamento dos tributos devidos pelo estabelecimento, de forma integral, se o alienante cessar as suas atividades, e subsidiariamente se a pessoa que transferiu o estabelecimento prosseguir nas suas atribuições ou iniciar, no prazo de seis meses, a contar da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo.

Na hipótese em apreço, os documentos juntados aos autos demonstram que a empresa Comercial Galícia Ltda. se encontra estabelecida na Av. Bias Fortes, 1.146, local onde anteriormente era situada a executada Hi Fi Ltda., e explorando o mesmo ramo de atividade desta - comércio de bar e restaurante -, o que leva a crer ter havido a alegada transferência do estabelecimento comercial, a ensejar a responsabilidade por sucessão prevista no art. 133 do CTN.

A respeito:

"*Tributário - Embargos à execução - Sucessão - Responsabilidade. - 1. Havendo sucessão, caracterizada pela compra do fundo de comércio, o sucessor responde pelos débitos tributários do sucedido. - 2. Precedentes*" (STJ, 2ª Turma, despacho em REsp 51.504/94-SP, Rel. Min. Américo Luz, *DJU* de 14.08.1995, p. 24.015).

Logo, deve ser a empresa Comercial Galícia Ltda. citada para integrar a lide a fim de que, uma vez estabelecido o contraditório, possa oferecer a defesa que entender cabível, quando terá a oportunidade inclusive de fazer prova no sentido de que inexistiu a alegada sucessão empresarial.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo para determinar a citação da Comercial Galícia Ltda., nos autos da execução fiscal que a Fazenda Pública estadual move à Hi Fi Ltda., na qualidade de responsável por sucessão.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Os indícios são no sentido de que a Comercial Galícia Ltda., com objeto social idêntico ao da Hi Fi Ltda., é responsável tributária, por sucessão, no estabelecimento e no fundo comercial.

Podem até tais indícios ser desfeitos, mas, nesta fase, é devida a inclusão da Comercial Galícia Ltda.

Também dou provimento ao agravo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PREFEITO - AFASTAMENTO DO CARGO - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSÍMIL - APURAÇÃO DOS FATOS - NECESSIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - AGRAVO - EFEITO SUSPENSIVO - REQUISITOS - AUSÊNCIA - INDEFERIMENTO

- Se a prova trazida aos autos é inequívoca e verossímil de modo a justificar o afastamento do prefeito temporariamente do seu cargo, medida que se legitima, por ser necessária à instrução processual, a fim de integral apuração dos fatos, é de se manter a liminar concedida na ação civil pública que determinou aquele afastamento, sendo de se indeferir o pedido formulado no agravo para suspender a decisão, por não estarem presentes os requisitos justificadores da sua concessão.

AGRAVO Nº 211.772-9/00 - Comarca de Ponte Nova - Relator: Des. MURILO PEREIRA

Ementa oficial: Agravo - Efeito suspensivo indeferido por não caracterizados seus requisitos - A anterior ação civil pública onde o juiz concedeu liminar de afastamento do agravante do cargo de Prefeito Municipal de Rio Doce - Medida que se legitima como necessária à instrução processual, bem como para integral apuração dos fatos - Agravo 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 março de 2001. - *Murilo Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Murilo Pereira - O eminente Des. Pinheiro Lago, Relator de plantão, não visualizou no caso a presença dos requisitos justificadores da concessão do efeito suspensivo pleiteado pelo agravante (fls. 82).

Sustenta o agravante, depois de uma sinopse dos fatos, objeto de ação civil pública ajuizada na Comarca de Ponte Nova pelo *Parquet*, que o deferimento da segunda liminar postulada, que determinou o afastamento do ora agravante do cargo de Prefeito Municipal de Rio Doce, é que expressa seu interesse de agir via recursal.

Sustenta que a decisão impugnada é ilegal, injustificada e sem fundamentação, pois o afastamento do agravante de seu cargo é medida extrema e certamente lhe causará prejuízo, seja de ordem funcional, social e moral.

Mas o Juiz afirma que a presença dos requeridos em seus cargos e funções "*irá comprometer a instrução da ação, bem como dará oportunidade para que a má gerência e o desvio de bens, rendas, verbas e valores continuem*" (fls. 11).

"*Tais afirmações desafiam contudo julgamento de suas contas pelo*

Poder Legislativo em procedimento próprio, sendo pois meramente presuntivas".

O agravante não logra convencer da necessidade da concessão de liminar para suspender a decisão hostilizada e que determinou seu afastamento do cargo de Prefeito Municipal de Rio Doce.

Ocorre, entretanto, que os fundamentos trazidos na r. decisão combatida (fls. 20/25) trazem referências fáticas que afastam a pretensão recursal em apreço.

Observa-se que a prova dos autos foi considerada inequívoca e verossímil de modo a justificar o afastamento dos requeridos temporariamente dos seus cargos, medida que se legitima, pois, como necessária à instrução processual (fls. 24), a fim de integral apuração dos fatos, para que se faça a necessária justiça.

A douta PGJ, ao opinar pelo improvimento, dentre outras lúcidas considerações, destaca que não há como acreditar numa licitação em que quem faz o projeto e a composição dos custos da obra é o próprio vencedor do certame, restando descumprida a Lei de Licitações em seu artigo 9°, bem como os princípios que regem o procedimento licitatório. Cita ainda lição do mestre Hely Lopes Meirelles (fls. 192).

Pelo exposto e ao acolher em substância o r. parecer ministerial, nega-se provimento.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANULAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - CÓPIA DE CONTRATO - PEÇA NÃO OBRIGATÓRIA, PORÉM NECESSÁRIA PARA O DESLINDE DA QUESTÃO - JUNTADA AOS AUTOS - AUSÊNCIA - NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO

- Não tendo o agravante anexado aos autos a cópia do contrato objeto do litígio, peça que, embora não obrigatória, é necessária para a análise da pretensão posta no agravo, imprescindível, portanto, para o deslinde da questão pelo órgão revisor, dá-se pelo não-conhecimento do recurso.

AGRAVO Nº 213.891-5/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Processual civil - Agravo de instrumento - Ação anulatória de cláusula contratual - Tutela antecipada - Contrato - Cópia - Ausência - Peça necessária - Não-conhecimento do recurso. - Não se conhece do recurso de agravo de instrumento, em face da ausência da cópia do contrato firmado entre as partes, peça que, embora não obrigatória, considera-se necessária para a completa instrução do agravo de instrumento, a fim de ensejar ao órgão revisor a análise da controvérsia. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de março de 2001. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Fitovida Laboratório Ltda. avia recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, através da qual, nos autos da ação ordinária de anulação de cláusula contratual que move contra o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais - BDMG, aqui agravado, indeferiu pedido de tutela antecipada visando abstenção, por parte deste, de incluir o seu nome nos órgãos de restrição de crédito quanto aos débitos oriundos do contrato de financiamento firmado entre ambos.

Aduz o agravante que o provimento judicial, por ele pleiteado, faz-se necessário para evitar maiores prejuízos, eis que não dispõe de recursos para pagar o que lhe está sendo exigido. Assevera que pretende se utilizar da ampla defesa para demonstrar a abusividade de taxas e juros cobrados pelo banco agravado; que o Código de Defesa do Consumidor veda o constrangimento e a ameaça ao devedor na cobrança de eventuais débitos.

Após colacionar repertório jurisprudencial acerca da questão, requer ainda o agravante autorização para depositar em juízo, a título de caução, os valores que entende devidos.

Tenho preliminar de não-conhecimento do recurso, que submeto à apreciação da egrégia Turma Julgadora.

É que o agravante não trouxe para os autos a cópia do contrato objeto do litígio, peça que entendo necessária para a análise da pretensão posta neste agravo, imprescindível, portanto, para o deslinde da questão pelo órgão revisor.

Observo que, em suas razões recursais, afirma o agravante serem abusivas as taxas e juros cobrados, inclusive reputando-se ilícitos os atos praticados pelo agravado com respaldo no contrato de financiamento objeto do conflito. Todavia, o aludido documento não veio aos autos.

Acentue-se que, embora não seja o contrato peça obrigatória, no caso em apreço considero-o necessário para a completa instrução do agravo.

A propósito, esclarece NELSON NERY JÚNIOR:

"*A juntada das peças facultativas também está a cargo da parte, incumbindo-lhe juntar aquelas que entenda importantes para o deslinde da questão objeto do agravo, ainda que seja documento novo, que não conste dos autos (Bermudes, Reforma, 89). Caso não seja possível ao tribunal compreender a controvérsia, por ausência de peça de juntada facultativa, o agravo não deverá ser conhecido por irregularidade formal (Nery, Recursos, 323). Não mais é dada ao tribunal a faculdade de converter o julgamento em diligência para melhor instruir o agravo, como se previa na redação revogada ao CPC 557. Alterado este dispositivo sem repetir a possibilidade de conversão em diligência, não mais se admite esse expediente*" (*Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, p. 949).

THEOTONIO NEGRÃO anota:

"*O inciso I (do art. 525 do CPC) especifica as peças obrigatórias. Mas existem, ainda, peças necessárias, a saber, as mencionadas pelas peças obrigatórias e todas aquelas sem as quais não seja possível a correta apreciação da controvérsia; a sua falta, no instrumento, acarreta o não-conhecimento do recurso, por instrução deficiente*" (*RT*, 736/304; *JTJ*, 182/211). *In Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 29ª ed., Saraiva, 1998, p. 432).

Destarte, como não foi trazida pelo agravante a cópia do contrato firmado com o agravado, tal omissão inviabiliza ao órgão revisor proceder à análise da controvérsia, ou seja, a concessão ou não da medida tal como requerida.

Por isso, não conheço do recurso.

Custas, pelo agravante.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

-:::-

PERITO - NOMEAÇÃO - ATUAÇÃO EM PROCEDIMENTO QUE EMBASA A AÇÃO - IMPEDIMENTO

- O fato de o perito ter funcionado efetivamente nos inquéritos civis públicos que embasam a ação civil pública denota, de maneira objetiva, absoluta, a parcialidade do mesmo na realização da perícia, sendo impertinente indagar-se da sua intenção, vez que não se admite prova em contrário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 218.587-4/00 - Comarca de Abaeté - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: Perito - Nomeação - Atuação em procedimento que embasa a ação - Impedimento. - O fato de o perito ter funcionado efetivamente nos inquéritos civis públicos que embasam a ação civil pública denota, de maneira objetiva, absoluta, a parcialidade do mesmo na realização da perícia, sendo impertinente indagar-se da sua intenção, vez que não se admite prova em contrário.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em rejeitar preliminares e dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela agravante, o Dr. William Bertozzi Dornas.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - É de se conhecer do recurso.

Inconformada com a decisão de fls. 27/27-v.-TJ, que, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Gouvêa Dumont Agropecuária Ltda., manteve a nomeação do engenheiro do IEF, Sr. José Norberto Lobato, como perito, ao fundamento de que o só fato de ser o mesmo funcionário do IEF não o torna suspeito ou impedido, aquela última avia agravo de instrumento alegando, em apertada síntese, que, embasando-se a denúncia do Ministério Público nos Inquéritos Civis Públicos nºs 18/96 e 19/95, que tiveram a participação efetiva do Sr. José Norberto Lobato em diversas fases, não pode este ser nomeado perito nos presentes autos; que os laudos, vistorias e conclusões técnicas apresentadas pelo aludido engenheiro nos inquéritos mencionados ofereceram vários subsídios à denúncia do Ministério Público (fls. 02/09-TJ). Juntou os documentos de fls. 10/80-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls. 122/125-TJ, pugna pelo não-conhecimento do presente recurso, senão pelo fato de o documento de fls. 25-TJ ser insuficiente para comprovar o atendimento do prazo recursal, pela circunstância de haver a agravante incorrido em erro ao identificar o recorrido.

Depreende-se dos documentos de fls. 25/26-TJ que, até o dia 06 de dezembro de 2000, a intimação da decisão agravada, dirigida ao patrono da agravante, ainda não havia sido postada no correio.

Logo, e considerando que o prazo recursal flui da juntada do aviso de recebimento da mencionada intimação aos autos, temos que a fluição deste não pode, em hipótese alguma, ter iniciado no dia 07 de dezembro de 2000, vez que não é crível que o cumprimento da intimação, a devolução do "AR" e a juntada deste aos autos tenham ocorrido no dia seguinte ao da expedição daquela, e a um só tempo.

De se esclarecer que, ainda que a juntada do "AR" se tenha efetivado no dia 08.12.2000 (sexta-feira), o que nos parece improvável, o recurso seria tempestivo, vez que, iniciando-se a contagem no dia 11.12.2000 (segunda-feira), findou-se o prazo no dia 20.12.2000, data na qual o presente recurso foi protocolado, pelo que é de se rejeitar esta preliminar.

Com efeito, dúvida não resta de que o Magistrado *a quo*, após ter recebido a petição de argüição do impedimento do perito, deveria ter mandado processar o incidente em separado, conforme preceitua o artigo 138, § 1°, do CPC.

Todavia, em não tendo assim agido, temos que a parte não poderá suportar os efeitos danosos deste erro, haja vista que não concorreu para tanto.

Saliente-se, por outro lado, que, tendo o Juiz resolvido o alegado impedimento do perito no bojo da ação principal, o recurso interposto contra tal decisão deve ser respondido pelo Ministério Público, *ex adversa* da agravante na ação principal, haja vista que não foi instaurado o competente incidente processual (exceção de impedimento), sendo de se rejeitar mais esta preliminar.

Quanto ao mérito, é de se ressaltar que não se pode questionar a nomeação de um engenheiro do IEF como perito, mormente se atentarmos para a enorme dificuldade de se encontrar um profissional com a qualificação técnica necessária à realização da perícia em questão em comarcas tais como a de Abaeté, e, principalmente, dado o fato de a própria agravante ter anuído à nomeação em referência, conforme se vê à fl. 05-TJ, 2° parágrafo, *in fine*.

Na realidade, insurge-se a agravante contra a nomeação específica de um dos engenheiros do IEF, a saber, o Sr. José Norberto Lobato.

Sob esse aspecto, releva notar que a interpretação sistemática dos artigos 138, III, e 134, II, do CPC, nos faz concluir pelo impedimento do engenheiro em referência, haja vista que o fato de este ter funcionado efetivamente nos inquéritos civis públicos que embasaram a presente ação, seja elaborando laudos e conclusões técnicas, seja realizando vistorias, denota de maneira objetiva, absoluta, a possível parcialidade do mesmo na realização da perícia, sendo impertinente indagar-se da sua intenção, vez que não se admite prova em contrário.

Saliente-se por fim que, em tendo o Sr. José Norberto Lobato atuado nos mencionados inquéritos que deram origem à ação em tela, a sua nomeação como perito revela verdadeira antecipação do resultado da prova pretendida, o que não se pode admitir.

Pelo exposto, é de se dar provimento ao recurso para cassar a decisão combatida, determinando ao MM. Juiz *a quo* que proceda à nomeação de outro perito.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

CONCORDATA PREVENTIVA - INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - INTIMAÇÃO DO COMISSÁRIO - DESNECESSIDADE

- Desnecessária a intimação do comissário para se manifestar e defender os interesses dos credores, em concordata preventiva, uma vez que o comissário não possui poderes de representação dos credores, nem do devedor, resumindo-se sua função em auxiliar o juiz, fiscalizando apenas durante o processo a atividade e o comportamento do concordatário.

- Só o fato de a pessoa estar em concordata preventiva é um sinal evidente de que é devedor em mora e insolvente, sendo desnecessária a inclusão do nome do concordatário nos órgãos de proteção ao crédito, com a finalidade de advertir seus parceiros de negócios, pois tal atitude dificultaria o regular funcionamento da empresa e o cumprimento das obrigações assumidas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 219.949-5/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Concordata preventiva - Inclusão do nome do devedor nos serviços de proteção ao crédito. - Só o fato de a pessoa estar em concordata preventiva é um sinal evidente de que é um devedor em mora e insolvente, sendo desnecessária a inclusão do nome do concordatário nos órgãos de proteção ao crédito, com a finalidade de advertir seus parceiros de negócios, pois tal atitude dificultaria o regular funcionamento da empresa e o cumprimento das obrigações assumidas.

ACÓRDÃO

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

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em rejeitar preliminares e dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - É de se conhecer do recurso.

Inconformada com a decisão de fls. 107/108-TJ, que indeferiu o pedido formulado, no sentido de se determinar a retirada do nome da agravante perante órgãos de proteção ao crédito, nos autos da concordata preventiva, Irmãos Ayres S.A. Construções, Indústria e Comércio avia agravo de instrumento alegando, em resumo, que requereu concordata preventiva, sendo que a mesma foi deferida; que passou a sofrer restrições de crédito em virtude da inclusão de seu nome nos cadastros de serviços de proteção ao crédito, o que está impossibilitando seu regular funcionamento, em virtude da desconfiança de seus fornecedores; e que todos os títulos protestados se encontram sob os efeitos da concordata; e requerendo o efeito suspensivo ativo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 149/151-TJ, apresenta parecer opinando pela necessidade de intimação do comissário, a fim de se manifestar e defender os interesses dos credores; e pela perda de objeto do recurso, uma vez que o agravado não se manifestou, o que, conforme disposto no art. 128 do CPC, impossibilita a revogação da liminar.

Quanto à intimação do comissário, temos que desnecessária, uma vez que a lei não prevê tal intimação e o entendimento jurisprudencial e doutrinário é pacífico no sentido de que o comissário não representa o devedor, porque este continua na administração de seus bens, nem os credores, porque estes, como coletividade, não se põem em relação alguma com o devedor. O comissário, portanto, não possui poderes de representação dos credores; sua função resume-se em auxiliar o juiz, fiscalizando apenas durante o processo a atividade e comportamento do concordatário.

No que se refere à perda do objeto do recurso, tal não ocorreu, visto que o agravado é o MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda, Falências e Concordatas de Contagem, que se manifestou sobre o recurso à fl. 145-TJ, motivo pelo qual temos que não se aplica ao caso o art. 128 do CPC, podendo, assim, esta Câmara revogar ou ratificar a liminar deferida.

Isto posto, é de se rejeitar as preliminares levantadas pela douta Procuradoria.

No mérito, temos que as alegações do agravante têm fundamento, eis que, de acordo com o art. 167 da Lei de Falências, quando a concordata preventiva é concedida, o comerciante devedor conservará a administração dos seus bens e continuará com o seu negócio, sob fiscalização do comissário. Assim sendo, precisa de ambiente favorável ao êxito de seus negócios para cumprir sua obrigação.

Só o fato de a pessoa estar em concordata é um sinal evidente de que ele é um devedor em mora e insolvente, sendo desnecessária inclusão do nome da agravante nos órgãos de proteção ao crédito, com a finalidade de advertir seus parceiros de negócios, pois tal atitude dificultaria o regular funcionamento da empresa.

Pelo exposto, é de se dar provimento ao agravo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

CRÉDITO FISCAL - COMPENSAÇÃO - LIMINAR - INADMISSIBILIDADE

- A liminar não pode ser concedida quando se tratar de compensação de crédito tributário, que compreende o aproveitamento necessário a evitar a cumulatividade, a teor das disposições contidas no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal; na Súmula nº 212 do STJ; no art. 5º, § 1º, da Lei nº 8.437, de 30.06.92; e na Medida Provisória nº 2.102-27, de 29.01.01.

AGRAVO REGIMENTAL Nº 210.977-5/01 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: A liminar não pode ser concedida quando se trata de compensação de crédito tributário, que compreende o aproveitamento necessário a evitar a cumulatividade (Constituição da República, art. 155, § 2º, I; Súmula nº 212, do STJ; Lei nº 8.437, de 30.06.92, art. 5º, § 1º; e Medida Provisória nº 2.102-27, de 29.01.01).

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2001. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentação oral, pela agravante, a Dra. Juliana Pereira Oliveira, e, pela agravada, a Dra. Nardele Débora C. Esquerdo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Vou-me cuidar para não incidir no mérito da questão. Portanto, não irei tratar da Lei Complementar nº 102, de sua constitucionalidade. O problema é de ordem, por enquanto, estritamente processual - pode ou não ser concedida a cautelar.

A advogada menciona o equívoco na interpretação do que é compensação, fixando-se estritamente no conceito do Código Civil. No seu memorial, ela também faz uma crítica ao constituinte de 1988, que se teria equivocado. A crítica, portanto, de equívoco, feita pela ilustre advogada, é extensiva ao próprio constituinte de 1988, quando ele teria usado indevidamente a expressão "compensar", em lugar de "deduzir", citando ela, para sua escora, autores.

Realmente, no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, a expressão "compensando-se" está ligada diretamente à não-cumulatividade e empregada pela Constituição para significar o conceito que eu relaciono com "deduzir". A Constituição diz "*compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços, cobrado nas anteriores, pelo mesmo ou por outro Estado da Federação ou pelo Distrito Federal*".

Se não bastasse a força da Súmula do Superior Tribunal de Justiça para negar seguimento ao recurso, eu lhe acrescentaria a da expressa disposição da Medida Provisória nº 2.102-27, de 29 de janeiro de 2001, que reproduz outras medidas provisórias, alterando a Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e acrescentando-lhe o § 1º ao art. 5º, segundo o qual não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Ontem, o Ministro Carlos Velloso deu uma verdadeira aula, pela televisão, a respeito do conceito substantivo do devido processo legal, ou seja, o juiz não pode ter uma cabeça pequena para decidir. Ele tem que abrir um pouco a sua cabeça, e o princípio jurídico é antigo: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou seja, "onde houver a mesma razão, aí deve haver a mesma lei".

Certamente, ao proibir medida liminar para a compensação de créditos tributários ou previdenciários, a lei não pensou estritamente naquela figura tão rara e excepcional de estar-se fazendo balanceamento, porque o tributo é imponível unilateralmente pela Fazenda. Isso seria admitir, pela interpretação *ad exceptionem*, que a compensação seja entendida nesse estrito sentido de balanceamento, principalmente porque, para a finalidade de ICMS, existe uma construção própria, embora chamada - com o respeito que merece a apelante - de equívoco da Constituição, equívoco do Relator. Existe na Constituição um conceito que ela, a apelante, está tentando desmerecer, mas que é da Constituição e se aplica ao crédito tributário do ICMS, para preservar a não-cumulatividade.

Ora, em caso de preservar a não-cumulatividade, o contribuinte quer que "compensação" signifique o que a apelante chama de "dedução" e que, em Imposto de Renda, tem até um outro sentido técnico. Mas, na hora em que é a Fazenda quem quer-se valer de uma norma salutar que impede a jurisdição no vestíbulo, precipitada, em matéria intrincada, quer ela que o conceito seja estrito. Isto não é possível. É contraditório. Realmente, o devido processo legal, no seu sentido substantivo, obriga a nós, juízes, a que tenhamos um conhecimento da terminologia que aprendemos no segundo ano de Direito, mas com amplidão necessária a conhecer além do cubículo em que nós estivemos na escola.

Por isso, *data venia*, mantenho a minha decisão para o agravo regimental.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de agravo regimental manifestado por Wal Mart Brasil Ltda. em face da r. decisão proferida pelo em. Des. Almeida Melo, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra ato do Chefe da Administração Fazendária de Contagem, ao fundamento, entre outros, de que não vislumbrava qualquer vulneração ao princípio da anterioridade, "*já que a Lei Complementar nº 102/2000 não 'institui ou aumenta tributo', apenas disciplina o regime de compensação do ICMS*", acrescentando: "*De qualquer maneira, tenho que as questões suscitadas no* writ, *que dizem respeito à Carta Magna, hão de ser analisadas no Juízo de cognição plena, o que desaconselha, nesta sede excepcional, o deferimento do pedido, não obstante os sólidos argumentos apresentados pela Impetrante*".

Do exame atento a que procedi dos autos, inclusive dos fundamentos contidos nas irresignações recursal e regimental, tenho que o inconformismo em apreço não está a merecer provimento.

Senão veja-se.

Sustenta-se pretender apenas o creditamento dos créditos de ICMS, nos casos de operações de aquisição de bens destinados ao ativo fixo, energia elétrica e de comunicação, em face das limitações inconstitucionais previstas na LC nº 102/2000, aduzindo ser sua intenção que se proceda à anotação de eventual crédito, de utilização futura, quando se vir obrigada a recolher o ICMS, afirmando ainda que o creditamento antecede à constituição da obrigação tributária.

Como bem enfatizou o em. Relator, por via do creditamento, cujo deferimento se requer com o pleito da liminar, será realizada verdadeira compensação, posto que outro não é o objetivo da anotação do crédito, senão a de utilizá-lo em momento futuro, com vistas a decotar da obrigação tributária que se materializar a importância pertinente ao imposto recolhido em excesso.

Consigne-se que a Súmula 212, do Superior Tribunal de Justiça, veda que se assegure a compensação, por via de liminar.

Lado outro, não se vislumbra, *prima facie*, o requisito do *fumus boni iuris*, eis que, quando a Carta Federal permite que lei complementar disponha sobre o regime de compensação do

ICMS (art. 155, XII, alínea *c*), não exclui a viabilidade de regulamentá-lo.

Nessa quadra bem se posiciona o d. Relator:

"*Não se trata de lei que cria ou aumenta tributo, regida pela anterioridade anual nem há previsão, como no art. 150, § 7º, regedor da substituição tributária que a restituição (ou compensação) seja imediata e preferencial*".

Com essas razões de decidir, nego provimento ao agravo regimental em apreço, mantendo, de conseguinte, a r. decisão agravada.

É como voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE CONDENADO PARA PENITENCIÁRIA DISTANTE DE SUA RESIDÊNCIA - IMPETRAÇÃO - PAI DE PRESIDIÁRIO - ILEGITIMIDADE ATIVA - DIREITO DE VISITAÇÃO - TITULARIDADE ATRIBUÍDA AO PRESO - AÇÃO MANDAMENTAL - PROTEÇÃO DE DIREITOS, E NÃO DE INTERESSES

- É o pai parte ilegítima para impetrar mandado de segurança contra ato de juiz que determina a transferência do filho presidiário para estabelecimento distante de sua residência, visando, com a ação, ao restabelecimento do direito à visitação, bem como o de o preso permanecer próximo de seus familiares, porquanto tais direitos pertencem ao preso, e não ao seu pai, que, embora possa ter interesse em visitar o detento, não detém a titularidade desses direitos, não possuindo, assim, legitimidade para figurar no pólo ativo da ação mandamental.

- A via estreita do mandado de segurança não comporta proteção de interesses, mas apenas e tão-somente de direitos, públicos ou privados, sendo legitimados a pleiteá-los aqueles que detêm a titularidade do direito líquido e certo protegido pelo texto legal. Os interesses devem ser pleiteados na esfera administrativa.

AGRAVO REGIMENTAL Nº 222.452-5/01 (no MS nº 222.452/5-00) - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Agravo regimental - Decisão que indefere inicial de mandado de segurança - Preso - Transferência de penitenciária - Direito de visitação - Ilegitimidade ativa. - É o pai parte ilegítima para impetrar mandado de segurança contra ato que determinou a transferência do seu filho para penitenciária distante de sua residência, posto que tal direito e, conseqüentemente, o de visitação, concernem ao próprio preso. - Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de março de 2001. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Edson Gonçalves Lima, inconformado com a r. decisão, por mim proferida, que indeferiu a liminar e a própria inicial do mandado de segurança por ele impetrado contra o ato do MM. Juiz da Comarca de Governador Valadares que determinou a transferência do sentenciado Júlio César Gonçalves de Souza para a Penitenciária Nélson Hungria, avia agravo regimental.

Alega o agravante que a ordem requerida tem por escopo o restabelecimento do direito de visitação dos familiares ao prisioneiro. Acrescenta ser induvidoso o direito do prisioneiro (paciente) de receber visitas de sua família, sendo que a postulação de tal direito não precisa ser feita pelo próprio paciente, podendo sê-lo pelo pai, o que lhe confere legitimidade ativa para o ajuizamento do *mandamus*. Requer, assim, a reforma da r. decisão guerreada e a concessão do mandado pleiteado.

Conforme esposado na decisão de fls. 129/131-TJ, não é o pai parte legítima para figurar no pólo ativo do mandado de segurança que visa assegurar a transferência do presidiário para estabelecimento próximo à sua residência, resguardando com isso o direito à visitação por parte dos familiares.

É que o mandado de segurança, como qualquer outra ação, possui condições para o seu estabelecimento e regular processamento, sem as quais inválida será a relação processual. Vale dizer, o exame de mérito da lide subordina-se à observância dos pressupostos necessários à propositura de uma demanda.

No que tange às condições da ação, exige o *mandamus* as mesmas elencadas no art. 267, VI, do CPC, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

A legitimidade das partes, por sua vez, concerne à pertinência subjetiva da lide, segundo palavras de Liebman.

Na seara do mandado de segurança, a legitimação apresenta peculiaridades próprias do instituto, as quais não podem ser olvidadas.

Segundo NILSON REIS:

"Será legítima a pessoa que tenha titularidade do direito líquido e certo ferido por ato violador e arbitrário do Poder Público, para postular do Poder Judiciário, que detém o monopólio jurisdicional do Estado, o ato judicial determinante da consumação da violação e agressão àquele.

Deduz-se, assim, que o pedido é próprio e intransferível, pois o dano é individual, pretérito ou iminente a acontecer (mandado de segurança preventivo), sendo, portanto, pressuposto para a invocação da tutela jurisdicional" (*Mandado de Segurança,* Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 42).

Com efeito, a estreita via do mandado de segurança não comporta ainda a proteção de interesses, mas apenas e tão-somente de direitos, públicos ou privados, sendo legitimados a pleiteá-los os seus titulares, isto é, aqueles que detêm o direito líquido e certo, protegido pelo texto legal, que será então invocado.

A respeito, vale transcrever alguns adminículos doutrinários:

"Não se confunde direito com simples interesse. A ação do mandado de segurança protege direitos, jamais interesses. Estes devem ser pleiteados na esfera administrativa". (*Comentários à Lei do Mandado de Segurança,* J. CRETELLA JÚNIOR, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 61.)

E ainda:

"Pacificou-se, na doutrina e na jurisprudência, que o mandado de segurança protege direito subjetivo próprio do impetrante, ressalvada a hipótese de substituição processual, e não simples interesse, por mais legítimo que se apresente". (*Mandado de Segurança: pressupostos da impetração,* MILTON FLAKS, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 124.)

No caso dos autos, insurge-se o impetrante contra ato do MM. Juiz da 1ª Vara de Execuções Penais de Governador Valadares, que determinou a transferência do seu filho para a Penitenciária Nélson Hungria, em Contagem.

Alega que fora violado o seu direito líquido e certo de visitação, bem como o do preso de permanecer próximo aos seus familiares. Para embasar sua pretensão alude aos artigos 41, inciso X, da Lei 7.210/84, e 81, § 1º, da Lei Estadual 11.404/94.

Preceituam tais dispositivos:

"Art. 41. Constituem direitos do preso:

X. Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

Art. 81. No presídio e na cadeia pública, haverá unidades independentes para a mulher, o jovem adulto e para a execução de pena privativa de liberdade e de limitação de fim de semana.

§ 1º. O sentenciado poderá cumprir, na cadeia local, pena em regime fechado ou semi-aberto, caso a penitenciária se localize em área distante da residência de sua família".

Ora, ao se que se vê dos artigos supratranscritos, a titularidade do direito de visitas, assim como do de permanecer próximo à família, é do preso.

Não se olvida de que os familiares, aí incluído o pai, tenham legítimo interesse em visitar o detento, mas, como se consignou linhas atrás, tal interesse não confere legitimidade para a impetração do mandado de segurança.

Também no que se refere ao direito de permanecer próximo aos familiares, sem adentrar o mérito de se tratar ou não de direito líquido e certo, vê-se que pertence ao sentenciado, e não ao seu pai.

Com estes fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

Custas, pelo agravante, cuja exigibilidade fica suspensa, a teor do art. 12 da Lei 1.060/50, por litigar sob os auspícios da assistência judiciária gratuita.

Os Srs. Desembargadores Isalino Lisbôa, Aloysio Nogueira, Lucas Sávio Gomes e José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DEFENSOR DATIVO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - VERBA DEVIDA PELO ESTADO - DECISÃO *CITRA PETITA* E *ULTRA/EXTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO CONCISA - NULIDADE - AUSÊNCIA

- Não ocorre decisão *citra petita*, *ultra/extra petita* ou qualquer outro vício, quando a sentença, fiel ao princípio *da mihi factum, dabo tibi jus*, julga procedente o pedido constante da inicial, revelando suas razões para tanto, rejeitando as preliminares suscitadas na contestação e considerando os argumentos expendidos na defesa, não os acolhendo, porém.

- Se a lide foi julgada por inteiro, dentro dos limites em que foi proposta, não deixando o julgador de fornecer os motivos do seu convencimento, ainda que de forma resumida, não há que se falar em nulidade da decisão, pois nula é a decisão desmotivada, nada impedindo que ela seja concisa.

- O defensor dativo nomeado pelo juiz, para defender réus pobres, em processo criminal, faz jus aos honorários de advogado. Se o Estado, que, por

imperativo constitucional, tem a obrigação precípua de prestar assistência judiciária aos necessitados, se omite na prestação dessa assistência, deve pagar os honorários dos advogados nomeados pelos juízes, sob pena de configurar-se enriquecimento ilícito. São devidos honorários do defensor dativo, quando do exercício do *munus* público, na hipótese de sua nomeação, independentemente da ausência de norma regulamentadora a que alude o art. 272 da Constituição Estadual, sendo que a presença de assistência judiciária, mantida pelo Estado, não afasta o dever de remunerá-lo, se o mencionado serviço é insuficiente para atender ao movimento forense.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 138.826-3/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Cobrança - Honorários advocatícios - Defensor dativo - Defesa de réus pobres. - Em ação de cobrança contra o Estado, o autor nomeado defensor dativo em vários processos-crimes de réus pobres faz jus a honorários. Se o Estado, que, por imperativo constitucional, tem a obrigação precípua de prestar assistência judiciária aos necessitados, se omite na prestação dessa assistência, deve pagar honorários dos advogados nomeados pelos juízes, sob pena de configurar-se enriquecimento ilícito.

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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2001. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço do processo no reexame necessário, bem como do recurso voluntário.

Ao relatório de fl. 203 acrescento que foi procedido o reexame do processo por força da remessa obrigatória, sendo anulado o julgamento de fls. 206/209, em face do acolhimento dos embargos declaratórios opostos pelo Estado de Minas Gerais, pelo acórdão de fls. 237/238, que determinou o processamento da apelação tempestivamente interposta pelo Estado de Minas Gerais.

Preliminar.

Suscita o apelante preliminar de nulidade da sentença por ofensa ao CPC, art. 460; decisão *citra petita*, em face da ausência de pronunciamento sobre todas as questões postas pelo Estado na defesa, ferindo, também, a CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV. Equivale a dizer que não foram resolvidas todas as questões propostas na lide, pela defesa, donde, a seu sentir, a ocorrência de julgamento *citra petita*. No particular, para pleitear a nulidade do acórdão recorrido, apóia-se o recorrente também nos arts. 458 e 515, § 1º, do CPC. Decisão *ultra/extra petita*, por ter ido além do pedido e da *litiscontestatio* com relação ao pleito do autor.

Releva notar que o apelante não se deu ao trabalho de provocar a discussão da tese de que afirma ressentir-se a r. sentença, por meio de embargos declaratórios, possibilitando a correção da aventada omissão.

De qualquer forma, não padece a r. sentença dos vícios que lhe foram imputados. Não ocorre decisão *citra petita*, *ultra/extra petita*, ou qualquer outro vício, *in casu*, mormente quando a sentença, apreciando o mérito do pedido, fiel ao princípio *da mihi factum, dabo tibi jus*, julga procedente *o pedido constante da inicial*, à consideração de que a ausência de lei regulamentadora a que alude a Constituição Mineira, art. 272, para o pagamento de honorários a advogado dativo, não pode impedir o seu arbitramento, mediante precatório, se inexistente previsão orçamentária, até porque consta do preceito constitucional uma declaração de direito, autorizando o Judiciário a providenciar a regulamentação *inter partes*, apreciando cada caso, sob pena de se prestigiar o enriquecimento sem causa do Estado.

Assim, longe de desfundamentada, a r. sentença revelou as razões que levaram ao julgamento de procedência do pedido, rejeitando as preliminares suscitadas na contestação e considerando os argumentos expendidos na defesa, não os acolhendo, porém.

Acentuou, ao rejeitar as preliminares, a validade para a espécie da parêmia *da mihi factum, dabo tibi jus*, bem como a impossibilidade de haver notificação do Estado para o pagamento do débito, porque pendente a estipulação do *quantum debeatur*, ressaltando que o requerido havia confundido o pedido de cobrança aviado com pedido de execução, de que aqui não se cuida (fl. 190).

Registrou no que toca ao direito do apelado, nos termos em que pacificado na jurisprudência, dentre os quais citou: "*Se a prestação de assistência judiciária representa, por imperativo constitucional, dever do Estado e se este não se aparelha devidamente para o exercício dessas funções, subsiste, por parte da Fazenda Estadual, o dever de remunerar os patronos dativos, pois injurídico seria transferir aos particulares, ainda que sujeitos por lei ao* munus *da defesa dativa, a responsabilidade pela tarefa sem qualquer remuneração, o que constituiria inegável locupletamento ilícito da Administração*" (TAPR, *DJ* de 25.02.93, conf. fl. 192).

Destarte, ao assim proceder, não deixou o douto Julgador de fornecer os motivos do seu convencimento, ainda que de forma resumida.

Enfim, a meu sentir, a lide foi julgada por inteiro, dentro dos limites em que proposta, e, ademais, nula é a

decisão desmotivada, CPC, art. 458, nada impedindo que ela seja concisa.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Cuida-se de ação de cobrança ajuizada por José Urbano Menegheli contra o Estado de Minas Gerais, visando receber honorários por sua atuação como defensor dativo nomeado em oito processos criminais, com pedido julgado procedente na sentença de fls. 189/193, que remeteu para liquidação por arbitramento a fixação do valor da condenação. E o fez, a meu ver, com inegável acerto.

O Estado de Minas Gerais sustenta, em resumo, que o artigo 272 da Constituição Estadual não é auto-aplicável, é norma de eficácia condicionada, pois, embora prescreva o pagamento dos honorários pelo Estado, ressalvou "*na forma que a lei estabelecer*". Portanto, é dependente de regulamentação posterior e, enquanto esta não ocorrer, impossível o deferimento do pleito.

Outrossim, não há previsão orçamentária para remuneração de advogados dativos de réus pobres, fora dos quadros da Defensoria Pública, inexistindo lei que crie o cargo isolado ou que estabeleça a obrigação desse pagamento. Aduz que o pleito encontra óbice na CF, art. 37, *caput,* c/c o art. 134, *caput,* e art. 5°, II, eis que está o Estado adstrito às leis, sobretudo às que regem a Administração Pública.

Arremata dizendo que a nomeação do autor como defensor dativo, sem observar as normas do Estatuto da Ordem dos Advogados, art. 22, § 1°, da Lei n° 1.060/50, art. 5°, § 1°, do Decreto Estadual n° 21.453/81, art. 10, § 1°, cai na ilegalidade, não decorrendo daí qualquer direito. E, finalmente, que não pode a fixação dos honorários ficar ao alvedrio do arbitramento, devendo sua fixação se dar pelo valor mínimo, preservando-se o erário público e evitando-se criar privilégios à margem do defensor público.

À evidência, não se pode admitir o trabalho gratuito em favor do Estado, que, por imperativo constitucional, tem a obrigação precípua de prestar assistência judiciária aos necessitados. Se o Estado se omite na prestação dessa assistência aos réus comprovadamente pobres, deve pagar honorários dos advogados nomeados pelos juízes, sob pena de configurar-se enriquecimento ilícito.

Ninguém pode ser julgado sem a presença de advogado, nem existe norma legal que obrigue o profissional de direito a atuar sem receber pelo trabalho desenvolvido. Salvo exceções previstas em lei, não pode o advogado se furtar à nomeação para atuar como defensor dativo, mas, nesse mister, representando o necessitado, o faz por conta do Estado, que é obrigado a promover a nomeação, assegurando a constitucionalidade e legalidade do julgamento respectivo.

Portanto, independentemente da ausência de edição de norma regulamentadora - consoante reclama a Constituição Estadual, art. 272 -, os honorários são devidos ao defensor dativo, quando do exercício do *munus* público, na hipótese de necessidade de sua nomeação, haja vista que não é lícito ao Estado esperar que ele atue sem qualquer remuneração, pois nada o obriga a atuar "de graça".

O cerne da discussão já foi apreciado pelo Pleno do STF no RE 103.950/7-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 08.10.85, onde foi afirmado:

"*Honorários de advogado. Defensor dativo de réus pobres em processos criminais. - Inexistindo, junto ao órgão judiciário, serviço oficial de assistência gratuita a réus pobres, em processo crime, é cabível o pagamento, nesses casos, pela Fazenda Estadual, de verba honorária aos advogados nomeados pelo Juiz, para tal fim. Fixação que, no caso, é relegada, porém, para a liquidação por arbitramento. Interpretação dos artigos 153, § 32, da Constituição Federal e 30 da Lei n° 4.215/63*".

Idem o STJ, dentre outros, no REsp 1.321/0-SP, Rel. Min. Hélio Mosimann: "*Nomeação de defensor dativo. Réus pobres, em processos criminais. Honorários advocatícios. Verba devida. - 1. Inexistindo, ou sendo insuficiente, o serviço oficial de assistência gratuita aos réus pobres, que respondem a processos-crimes, admite-se a nomeação de advogado para servir como defensor. Tendo o advogado cumprido o seu dever, cabe à Fazenda o pagamento dos honorários devidos*" (*RSTJ*, 53/86).

Impende registrar que, embora alegado pelo recorrente, não existe qualquer indício de que, no caso, as nomeações do recorrido tenham sido feitas sem observância das normas do Estatuto da Ordem dos Advogados, da Lei n° 1.060/50 e do Decreto Estadual n° 21.453/81. De resto, também não demonstrada em que consistiria tal inobservância.

Saliente-se, por derradeiro, que a presença de serviço de assistência judiciária, mantida pelo Estado, não afasta o dever de remunerar os advogados dativos, se o mencionado serviço é insuficiente para atender ao movimento forense.

Pelo exposto, no reexame necessário, confirmo a r. sentença e julgo prejudicado o apelo voluntário.

Custas, pelo apelante.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

CASAMENTO - ANULAÇÃO - VARÃO - RELACIONAMENTO SEXUAL ENTRE HOMEM E MULHER - ANORMALIDADE - "FALTA DE LIBIDO" DO MARIDO EM RELAÇÃO À MULHER - QUADRO PATOLÓGICO - DIFICULDADE DE SOLUÇÃO CLÍNICA - PROVA - PERÍCIA MÉDICA - DEPOIMENTO PESSOAL - FATO DESCONHECIDO PELA VIRAGO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

- Provado através de perícia médica e depoimento pessoal que o marido não é inserido no quadro da normalidade, ante o relacionamento homem e mulher, no campo sexual, constatando-se a "falta de libido" do varão em relação à virago, quadro este em que não se conhece facilidade de solução clínica, ficando demonstrado, ademais, que tal fato não era do conhecimento da mulher, antes do matrimônio, é de se anular o casamento, por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 161.812-3/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Belo Horizonte, 15 de março de 2001. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

Ementa oficial: Anulação de casamento - Comprovação de alicerçada aversão, em campo sexual, do varão para com a virago - Quadro patológico, identificável, via perícia médica - Confirmação, em depoimento, do réu sobre sua aversão quanto à autora - Erro essencial - Inidentificável que a virago sabia de tal antes do casamento - Sentença confirmada, em reexame necessário.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

ACÓRDÃO

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço do processo, em reexame necessário.

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.

Inexiste recurso voluntário.

Cuida-se de ação, rotulada como "*ordinária de anulação de casamento*", que conheceu solução, no Juízo originário, condizente ao abrigo do pedido estampado em sua petição inicial.

Assim, restou por declarada a nulidade do casamento entre autora e réu, fundada em erro essencial sobre a pessoa do cônjuge.

Ao que noticiam os autos, não agira em desacerto o douto Sentenciante.

Pelo que narra, em seu laudo, o perito nomeado, fls. 65, constatado, em plano médico, ficou que o varão tinha "*uma certa indiferença ou mesmo anestesia sexual*", pela virago, com quem se havia casado.

Por mais, constatou-se "*falta de libido*", direcionada para a mulher, pelo réu.

Em final, que tal quadro inviabiliza, no geral, o "*relacionamento homem mulher*", não conhecendo facilidade de "*solução clínica*".

O réu, ao seu turno e por sua própria voz, fls. 81, afirmara que, na realidade, tinha "*aversão pelo sexo oposto*" e se casara "*exatamente para tentar resolver esta aversão*".

Conjugados, laudo pericial e depoimento pessoal, de se entender que os mesmos fomentam entendimento respeitante a que o réu, de concreto, não é inserido no quadro da normalidade, ante o relacionamento homem e mulher, em campo sexual.

Sua atitude, no geral, veio, à evidência, ocasionar uma situação insustentável ao seu casamento, ficando, destarte, como parte não culpada a autora.

Não ressalta dos autos que a autora, anteriormente ao casamento, sabia dos problemas sexuais que afetavam o réu.

Por tudo e em tudo, a respeitável sentença, no reexame necessário, merece confirmação.

Sem custas, posto assistência judiciária.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

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

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS - MENOR - CARTEIRA DE IDENTIDADE - EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE ATRAVÉS DE REPRESENTAÇÃO OU ASSISTÊNCIA - EXIGÊNCIA - INADMISSIBILIDADE - VIOLAÇÃO DE DIREITO INDISPONÍVEL DOS MENORES - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 4º DA LEI Nº 9.434/97

- É inadmissível a exigência, pelo Instituto de Identificação, no ato da expedição da Carteira de Identidade, da expressa manifestação da vontade do menor, absoluta ou relativamente incapaz, a respeito de ser ou não doador de órgãos e tecidos, para efeito da Lei nº 9.434/97, ainda que representado ou assistido pelos pais ou representantes legais, uma vez que estes não possuem poderes legais para suprir a incapacidade do menor, por meio

da emissão volitiva própria, no que se refere à disposição *post mortem* de doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, nos termos da referida lei, já que a disposição da integridade física afeta direito personalíssimo. Tal exigência, além de violar direito indisponível do menor, ofende o disposto no art. 5º da mencionada Lei nº 9.434/97, que o exclui da chamada doação presumida, excepcionando a regra contida no artigo 4º da mesma lei.

- O artigo 4º da Lei nº 9.434/97, ao dispor em seu *caput* que "*salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei*", exigiu que a manifestação seja externada por quem seja portador de plena capacidade, excluindo de seu âmbito todos os demais, sejam absoluta ou relativamente incapazes. Logo, a presunção legal resultante da ausência de emissão volitiva no sentido da condição de não doador *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo alcança somente aqueles a quem a legislação civil atribui a plena capacidade, sendo inaplicável aos absolutamente ou relativamente incapazes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 167.579-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Ação civil pública - Lei nº 9.434/97 - Remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento - Doação - Gravação da expressão "não doador de órgãos e tecidos" na Carteira de Identidade civil - Menor de dezoito anos - Exigência indevida de manifestação de vontade do menor pelo Instituto de Identificação através de representação ou assistência - Impossibilidade jurídica, para efeitos da lei em comento, vez que, para a disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, não têm os representantes ou os assistentes poderes legais para suprir a incapacidade - Manutenção da sentença.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2000. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Cuida a espécie de ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do Estado de Minas Gerais, com pedido de liminar, consistente na cessação da imposição administrativa do Instituto de Identificação em exigir dos menores de 18 (dezoito) anos de idade, no ato da expedição da Carteira de Identidade, que expressem sua vontade no sentido de serem ou não doadores, para os efeitos da Lei nº 9.434/97, o que os obriga

a comparecer àquele órgão acompanhados dos pais ou responsável, dado que só podem juridicamente expressar suas vontades devidamente assistidos ou representados.

O Instituto de Identificação da Secretaria de Segurança Pública juntou parecer, fls. 20 a 27-TJ, acerca do procedimento adotado pelo órgão, concluindo em suma que:

"*... o incapaz por lhe faltar condições para gozar um direito ou para exercê-lo, há de ser representado ou assistido pelos pais, ou por quem legalmente definido, e nesse sentido, observadas as formalidades, pode o menor ou incapaz, manifestar-se diante dos termos da lei, assistidos ou representados pelos pais, ou via suprimento judicial, através da tutela ou da curatela. A tutela como encargo civil conferido por lei, ou em virtude de suas disposições, tem como escopo administrar bens, proteger e dirigir a pessoa do menor, que não se acha sob a autoridade dos pais, sendo por isso um múnus público, ou seja, um ônus que a lei impõe em prol do menor, e a curatela se dispõe a administrar bens do menor, ausentes e incapazes, zelando pelos seus interesses e direitos.*

A teor da Lei nº 9.434/97, o incapaz para requerer a carteira de identidade, deve estar representado ou assistido pelos pais ou por quem legalmente definido, em conformidade com a lei, para possibilitar a inserção da expressão 'não doador de orgãos e tecidos', ou consoante item IV do artigo 1º do decreto nº 2.170, a expressão 'doador de órgãos e tecidos'".

A Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, fls. 38 a 43-TJ, entende que o procedimento adotado pela Secretaria de Segurança Pública não encontra respaldo jurídico na legislação vigente.

A Procuradoria-Geral do Estado apresentou contestação, fls. 63 a 67-TJ, em suma, impugnando *in totum* a presente ação. Requereu, a final, o indeferimento da liminar e extinção deste feito, sem julgamento do mérito, ou a decretação da nulidade dos atos após o despacho inicial da exordial, ou, ainda, *ad cautelam*, fosse decretada a absoluta improcedência do presente feito com indeferimento de todos os pedidos iniciais.

O Magistrado de primeiro grau, em seu *decisum*, fls. 74 a 77-TJ, entendendo presentes os pressupostos legais, concedeu liminar, determinando aos Exmos. Srs. Secretário de Estado da Segurança Pública e Diretor do Instituto de Identificação do Estado de Minas Gerais que se abstenham de exigir, no ato da expedição da Carteira de Identidade, a manifestação de vontade dos menores - absoluta ou relativamente incapazes - a respeito da doação de orgãos, tecidos ou partes do corpo, ainda que representados ou assistidos pelos pais ou responsáveis legais.

Parecer do Ministério Público, fls. 93 a 95-TJ, pela confirmação da decisão do Juiz *a quo*.

O ilustre Magistrado de primeiro grau proferiu sentença às fls. 96 a 101-TJ, julgando procedente a ação, determinando, outrossim, a remessa dos autos a esta douta instância, por força do duplo grau de jurisdição obrigatório.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls.108 a 114-TJ, opina pela manutenção da r. sentença.

É o relatório. Decido.

Conheço da remessa necessária e do recurso voluntário, aos pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do Estado de Minas Gerais, com pedido de liminar, objetivando a cessação da imposição administrativa do Instituto de Identificação, consistente em se exigir dos menores de 18 anos de idade, no ato da expedição da Carteira de Identidade, que expressem sua vontade no sentido de serem ou não doadores para os efeitos da Lei nº 9.434/97, o que os obriga a comparecer àquele órgão acompanhados dos pais ou responsável, vez que só podem manifestar sua vontade devidamente assistidos ou representados.

In casu, inadmissível a exigência do Instituto de Identificação, merecendo, pois, ser confirmada, *in totum*, a decisão do Juiz *a quo*.

O equívoco do Instituto de Identificação reside justamente na impossibilidade de o representante do absolutamente ou de o assistente do relativamente incapaz suprir-lhe a incapacidade por meio da emissão volitiva própria, vez que não têm os referidos a legitimidade necessária para efeito da lei em comento.

A exigência da Secretaria de Segurança Pública representa uma violação ao direito indisponível dos menores e ainda fere, frontalmente, o disposto no art. 5º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que, justamente, os excluiu da chamada "doação presumida", excepcionando a regra contida no aludido art. 4º.

Colho do percucioso parecer da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, fls. 38-TJ e segs., no pertinente:

"... *mas os poderes de quem represente o absolutamente incapaz ou de quem assista ao relativamente incapaz não são plenos, posto que não extrapolam os limites da mera administração patrimonial, havendo necessidade da prática de atos superiores à mera administração patrimonial, necessária se faz a autorização judicial.*

... *que, para efeitos da Lei nº 9.434/97, o representante ou o assistente do absoluta ou do relativamente incapaz não poderá suprir-lhe a incapacidade por meio de emissão volitiva própria, vez que a disposição* post mortem *de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano está escancaradamente para muito além do que se compreende por atos de mera administração patrimonial. Não será juridicamente válida a manifestação de vontade do incapaz, seja assistido ou representado no ato, para efeitos da lei sob comento, já que para a disposição* post mortem *de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, não têm os representantes ou os assistentes poderes legais para suprir a incapacidade.*

(...)

Portanto, força é concluir ser juridicamente inviável um suprimento judicial destinado a autorizar emissão volitiva no sentido da condição de doador post mortem *de órgãos, tecidos ou partes do corpo de quem seja absoluta ou relativamente incapaz, já que a disposição da integridade física afeta direito personalíssimo, o mesmo argumento servindo de forma contrária a uma presunção legal potencialmente vulnerante do mesmo direito personalíssimo à integridade física.*

Desta forma, ao dispor em seu caput, *o art. 4º da novel legislação que 'salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei', exigiu a norma que a manifestação seja externada por quem seja portador de plena capacidade, excluindo de seu âmbito todos os demais, seja absoluta ou relativamente incapazes. Logo, a presunção legal resultante da ausência de emissão volitiva no sentido da condição de não doador* post mortem *de órgãos, tecidos e partes do corpo alcança somente aqueles a quem a legislação civil atribui a plena capacidade, sendo inaplicável aos absolutamente ou relativamente incapazes*".

Destarte, é de uma clareza solar o texto dos artigos 4º, 5º, 14, que abaixo reproduzo, para espancar qualquer resíduo de dúvida.

O art. 4º da Lei nº 9.434/97 estabeleceu:

"*Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica* post mortem.

Parágrafo primeiro - A expressão 'não doador de órgãos e tecidos' deverá ser gravada de forma indelével e inviolável, na carteira de identidade civil e na carteira de habilitação de pessoa que optar por essa condição".

A sua vez, o art. 5º prescreve:

"*A remoção* post mortem *de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais ou por seus representantes legais*".

Dispõem, a seu turno, o art. 14 e seu parágrafo primeiro do Decreto 2.268, de 30 de junho de 1997, que regulamentou a Lei nº 9.434/97:

"*A retirada de tecidos, órgãos e partes, após a morte, poderá ser efetuada independentemente de consenti-*

mento expresso da família, se, em vida, o falecido a isso não tiver manifestado oposição.

Parágrafo primeiro - A manifestação de vontade em sentido contrário à retirada de tecidos, órgãos e partes será plenamente reconhecida se constar da Carteira de Identidade da União, dos Estados e do Distrito Federal, e da Carteira Nacional de Habilitação, mediante a inserção, nesses documentos, da expressão 'não doador de órgãos e tecidos'".

Acrescente-se a citação do Magistrado de primeiro grau, quanto à representação legal dos incapazes, do Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: "*Pela própria natureza, a representação legal dos incapazes confere ao representante atribuições de conservação e administração, mas nunca de disposição*" (*Instituições de Direito Cível*, v. I, Forense, 1961, RJ, 435).

E, ainda, lição do Prof. PIERANGELI, relativa a doação de órgãos: "*Ao fixar a lei, para validade do consentimento, a maioridade e a capacidade, parece determinar a observância do art. 9º do CC, ou seja, a idade de 21 anos*" (*O Consentimento do Ofendido*, ERT, 2B, Ed. SP, p. 208).

Finaliza o ilustre Juiz *a quo* em sua irretocável sentença:

"*... quanto ao espaço destinado à inserção da expressão não doador de órgãos e tecidos, nas carteiras de identidade e de habilitação, sugere-se que pura e simplesmente, se faça remissão ao art. 5º da Lei nº 9.434/97 ou se insira alguma inscrição que ressalve sua condição de doador não presumido em virtude da menoridade*".

Ao exposto, no duplo grau de jurisdição, ao acerto do *decisum*, mantenho-o *in totum*, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ICMS - OPERAÇÕES QUE DESTINEM PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS AO EXTERIOR - NÃO-INCIDÊNCIA

- A teor do art. 155, § 2º, *a*, da Constituição Federal, bem como da Lei Complementar nº 87/96, o ICMS não incide sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, ressaltando-se, ainda, que o art. 155, II, da Constituição Federal afastou da hipótese de incidência tributária as operações iniciadas no território nacional e concluídas no exterior.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 179.070-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: ICMS - Imunidade tributária - Transporte de mercadoria destinada à exportação - Previsão constitucional e 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2001. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela segunda apelante, o Dr. Alberto Guimarães Andrade.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de sentença que julgou procedente o pedido de ação anulatória de débito fiscal proposta por Transportadora Volta Redonda S.A., para serem cancelados diversos autos de infração, por não ter sido destacado o ICMS nas operações de transporte de mercadorias destinadas à exportação, sendo do entendimento judicial que o art. 155, II, da CF/88 afastou da hipótese de incidência tributária as operações iniciadas no território nacional e concluídas no exterior (fls. 455/456-TJ).

Além de ser hipótese de duplo grau obrigatório, recorreu a Fazenda Pública estadual, insistindo na alegação de que a exação se prende ao mero transporte interestadual, "*originado no Estado de Minas Gerais e finalizado em unidade diversa da Federação*", sem cogitação do destino final das mercadorias, já que a regra constitucional diz respeito a operações de circulação, não aproveitando à autora, portanto, a não-incidência do tributo (fls. 457/469-TJ).

O conhecimento da espécie, por ambos os motivos da subida dos autos, é para a confirmação da sentença, que bem apreciou a pretendida tributação da circulação de mercadorias destinadas ao Paraguai e à Bolívia, conforme constou dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário da empresa.

A matéria tem merecido o mesmo entendimento nesta Quinta Câmara Cível, conforme, por exemplo, revela o acórdão da Apelação Cível nº 130.960-8/00.

É que o reconhecimento do cabimento da imunidade do imposto tem a ver "*com a finalidade de melhorar as condições para a exportação de seus produtos*".

E parece claro que a norma constitucional não deixa dúvidas sobre o benefício em situações de transporte de produtos industrializados destinados ao exterior, nada dispondo sobre fracionamento deste serviço, como pretende a Fazenda Estadual.

Em tais casos, a interpretação há de ser favorável ao contribuinte, pelo que está no art. 155, § 2º, X, *a*, da

Constituição Federal, no sentido de que o imposto "*não incidirá sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar*".

Ainda mais com a posterior disposição do art. 3° da Lei Complementar n° 87/96, que veio prever que o ICMS não incide sobre "*operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos industrializados, semi-elaborados ou serviços*" (inciso II).

Daí dizer HUGO DE BRITO MACHADO:

"*A regra imunizante, albergada pelo art. 155, inc. X, alínea* a, *ensejou disputa judicial a propósito (...) da questão de se saber se a imunidade das exportações abrangia, ou não, os serviços de transporte das mercadorias até o porto respectivo. Não obstante as decisões judiciais em sentido negativo, penso que tais serviços estavam abrangidos pela imunidade; essa questão, entretanto, está superada em face da Lei Complementar 87/96, que na mesma norma em que reproduz o dispositivo imunizante instituiu isenção abrangente de serviços*" (*RT*, 742/27).

E mesmo que assim não fosse, há visão outra favorável, como a de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA:

"*... A Constituição, ao definir a regra-matriz deste ICMS, fez alusão, apenas, às prestações de serviços de transporte intermunicipal e interestadual. Não às prestações de serviços de transporte internacional.*

Ora, o legislador, ao criar, em abstrato, o tributo em questão, não pode dilargar seu âmbito de abrangência, de modo a alcançar também as prestações de serviços de transporte internacional. Muito menos pode fazê-lo o Executivo, em razão, se por mais não fosse, do princípio da tipicidade fechada da lei tributária. (...) Mesmo assim, a nosso ver, o ICMS não é devido. Por quê? Simplesmente porque há, na espécie, um único serviço de transporte. Apenas sua execução se perfaz em etapas. Portanto, mesmo quando a mercadoria, para alcançar seu destino final no exterior, foi transbordada, ainda que com o concurso de outra empresa, não há, na espécie, incidência de ICMS" (cf. *ICMS*, 4ª ed., S. Paulo: Malheiros, 1998, p. 112 e 113).

A ser assim, merece subsistir a sentença, razão por que, em reexame necessário, a confirmo, prejudicado o recurso da Fazenda Pública.

Custas, de lei.

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

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - FORMALIZAÇÃO - PROVA - AUSÊNCIA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO FISCAL COM EFEITO DE NEGATIVA - MANDADO DE SEGURANÇA - FATO PREVISTO NO ART. 462 DO CPC - OCORRÊNCIA - REVISÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO - INADMISSIBILIDADE - DÉBITO TRIBUTÁRIO - COBRANÇA - *MODUS PROCEDENDI* - RESTRIÇÃO À IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS - LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE COMERCIAL - IMPOSSIBILIDADE

- Não comprovada a formalização da penhora nas execuções fiscais em curso, contra o impetrante, condição imprescindível para a concessão da certidão positiva de débito fiscal com efeitos de certidão negativa pretendida, não possui este direito líquido e certo quanto à obtenção das mesmas certidões, e, portanto, não lhe assiste direito à segurança pleiteada neste aspecto.

- A alegação de realização de penhora após a impetração, apontada como fato superveniente, na forma do art. 462 do CPC, somente teria agasalho se levasse à extinção do processo, por perda de objeto, jamais para se rever julgamento de mérito, em sede mandamental.

- A empresa contribuinte não pode ser compelida ao pagamento de débito tributário, por um *modus procedendi* que fere seu direito líquido e certo de exercer a atividade comercial. A restrição imposta à impressão de documentos fiscais (art. 159 do Decreto n° 38.104, de 06.09.96 - RICMS) se mostra como evidente e indireta limitação das atividades profissionais, que não pode prevalecer diante da garantia constitucional das atividades econômicas da iniciativa privada (art. 153, § 2°, da CR), posto que a inadimplência tributária tem no processo de execução fiscal um meio idôneo e bastante para conseguir o pagamento do débito.

- O mandado de segurança presta-se como instrumento de controle de constitucionalidade das leis tributárias.

APELAÇÃO CÍVEL N° 179.502-0/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Certidão positiva com efeito de negativa - Execuções fiscais em curso - Não-comprovação da segurança do juízo - Restrição à impressão de documentos fiscais - Garantia constitucional das atividades econômicas - Reforma parcial da sentença denegatória.

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, 15 de fevereiro de 2001. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelante, a Dra. Ana Paula Corrêa da Silveira Gomes.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente. Ouvi com atenção o pronunciamento da ilustre procuradora da parte. Os argumentos expendidos da tribuna não interferem com a análise que faço e o resultado que proponho à Turma Julgadora.

A empresa Mayer Mecânica Ltda., fabricante de peças e equipamentos industriais, metalúrgicos, refratários e cimenteiros, impetrou mandado de segurança contra ato do Chefe da Administração Fazendária II de Contagem, que lhe negou a expedição de certidão "*positiva de débito fiscal com efeitos de certidão negativa*" e autorizou o fornecimento de uma única certidão com o rol de processos administrativos tributários sobre débitos seus e, em conseqüência, a impressão de um só bloco de notas fiscais.

Na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Contagem, foi denegada a segurança, ao argumento de inexistência do direito líquido e certo, por não ter ficado comprovada a formalização da penhora nas execuções fiscais em curso, condição imprescindível para a certidão pretendida, a teor dos arts. 205 e 206 do CTN, além da falta de prova também da alegada restrição de emissão de documentos fiscais (fls. 80/83-TJ).

Conheço da regular apelação em que está a impetrante atribuindo à Fazenda Pública a responsabilidade exclusiva pela demora na efetivação da penhora dos títulos da dívida pública por ela ofertados, além de acentuar que a impressão de notas fiscais em quantidade limitada está prejudicando suas atividades empresariais de exportação de maquinário, que não implicam recolhimento do ICMS, consoante a LC nº 87/96.

Em casos que tais, é imprescindível a confirmação do direito líquido e certo, considerado por HELY LOPES MEIRELLES como aquele passível de "*vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Quando a lei alude a 'direito líquido e certo', está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano*" (cf. *Mandado de Segurança*, 19ª ed., Malheiros, p. 35).

Ora, tal como sentenciado, não se pode tirar dos autos a convicção de ter havido a segurança adequada ao juízo, em todas as execuções das dívidas fiscais oriundas dos PTAs instaurados contra a apelante. Sua alegação não procede, seja na imputação de responsabilidade pela demora à Fazenda Pública, seja na insistência de oferecer à penhora títulos da dívida pública (fls. 28/29-TJ), que a apelada tem o direito de recusar ou de condicionar sua aceitação à avaliação pelo BDMG (fls. 29-TJ).

Sob tal aspecto, portanto, não lhe assiste direito à segurança pleiteada.

No tocante à restrição imposta à impressão de documentos fiscais, que ficou reconhecida pela autoridade apontada como coatora em suas informações, sob o pretexto de "*exercício do poder de polícia*" (fls. 67-TJ), tem razão a apelante.

É que, como tive oportunidade de acentuar em hipóteses análogas (Apelações Cíveis nº 99.826/0 e nº 128.152/6-BH), a empresa contribuinte não pode ser compelida ao pagamento de débito tributário, por um *modus procedendi* que, realmente, fere seu direito líquido e certo de exercer a atividade comercial.

Com efeito, embora não se trate de interdição de estabelecimento comercial ou apreensão de mercadorias da empresa, evidente se mostra a indireta limitação de suas atividades profissionais, posto que impossível é comerciar sem a ampla cobertura de documentação fiscal, procedimento que, absolutamente, não é abonado pelos arts. 205 e 206 do CTN.

Por sua vez, o art. 159 do Decreto nº 38.104, de 06.09.96 (RICMS), ao dispor que "*a AIDF somente será concedida ao contribuinte que fizer prova de estar em dia com suas obrigações fiscais*", não pode prevalecer diante da garantia constitucional das atividades econômicas da iniciativa privada (art. 153, § 2º, da CR).

E, mais, "*ao ser aplicado o texto legal, surgindo uma situação concreta, poderá ser levantada argüição de inconstitucionalidade,* incidenter tantum, *através de mandado de segurança*" (*RDA*, 173/130, cit. por T. NEGRÃO em seu *CPC e Legislação Processual em Vigor*, 28ª ed., Saraiva, p. 1.116). De fato, conforme observa HUGO DE BRITO MACHADO (*in Mandado de Segurança em Matéria Tributária*, série Acadêmicos Brasileiros, v. I, 2ª ed., São Paulo, 1995, p. 23), "*presta-se, outrossim, o mandado de segurança, como instrumento de controle de constitucionalidade das leis tributárias*".

Aliás, a inadimplência tributária tem no processo de execução fiscal um meio idôneo e bastante para conseguir o pagamento do débito, o que já está sendo levado a efeito.

Da tribuna, a ilustre patrona da empresa informou que algumas penhoras foram feitas; entretanto, não vejo como não concluir da maneira que o faço.

A ser assim, acompanhando o parecer ministerial, dou provimento parcial ao apelo e concedo a segurança apenas para determinar a suspensão dos condicionamentos impostos à impressão dos documentos fiscais.

Custas, pelas partes, em proporções iguais.

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

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Também estou de acordo.

Quero ponderar, com respeito à manifestação feita da tribuna, que o mandado de segurança exige prova pré-constituída. E, no caso, no momento de sua impetração, não havia penhora alguma.

Mesmo que haja penhora agora, não é possível convalidar-se fato anteriormente não comprovado. Seria reformulação do novo mandado de segurança.

Inaplicável, na espécie, o art. 462 do CPC, como quer a culta Dra. procuradora da parte, em sua respeitável sustentação oral.

Teria agasalho o fato superveniente se levasse à extinção do processo, por perda de objeto. Jamais para se rever julgamento de mérito, em sede mandamental.

Data venia, acompanho o em. Relator e dou provimento parcial.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

REIVINDICATÓRIA - POSSE DE MÁ-FÉ - POSSUIDOR - INDENIZAÇÃO PELO USO ILEGÍTIMO DO IMÓVEL - CABIMENTO - SENTENÇA - DECISÃO CONCISA - NULIDADE - AUSÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - JUNTADA DE DOCUMENTO - NÃO-INSURREIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO - PRECLUSÃO

- A nulidade da decisão decorre da falta ou inexistência de fundamentação, o mesmo não ocorrendo quando ela for concisa.

- Se o documento foi juntado com a réplica apresentada pelo autor, e, posteriormente a esta juntada, as partes tiveram vista dos autos, tendo o recorrente, na oportunidade de produção de provas, requerido a prova testemunhal, que foi deferida, sendo as testemunhas ouvidas na audiência realizada e, ainda, sendo dada às partes nova vista dos autos, para elaboração de memoriais, não se vislumbra na espécie qualquer cerceamento de defesa, a ensejar a nulidade da sentença, pela alegada ausência de vista sobre dito documento.

- Não tendo a parte se insurgido, na primeira oportunidade que lhe coube falar nos autos, contra a juntada de documento, o qual entende de crucial importância, não pode, agora, voltar a agitar o tema, reclamando vista específica para o exame do mesmo, por força da preclusão, a teor do art. 245 do CPC.

- É de má-fé a posse, quando o possuidor a exerce a despeito de estar ciente de obstáculo jurídico à sua legitimidade.

- O possuidor de má-fé responde pelos frutos que o proprietário deixou de auferir (art. 513 do Código Civil), em face da sua responsabilidade objetiva, sendo devida a indenização pelo uso ilegítimo do imóvel.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 179.998-0/00 - Comarca de Carangola - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Ação reivindicatória - Posse de má-fé - Indenização pelo uso ilegítimo do imóvel. - É de má-fé a posse quando o possuidor a exerce a despeito de estar ciente de obstáculo jurídico à sua legitimidade. - Responde o possuidor pelos frutos que o proprietário deixou de auferir, CC, art. 513, face a responsabilidade objetiva do possuidor de má-fé.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 21 de dezembro de 2000. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço dos recursos.

Em ação reivindicatória ajuizada pelo Município de Carangola contra o espólio de Almir Cordeiro, o pedido foi julgado parcialmente procedente na sentença de fls. 85/9, que determinou a expedição do mandado de imissão na posse a favor do autor, indeferindo o pedido de indenização por perdas e danos referente ao período em que o requerido esteve na posse do imóvel.

Apelação principal.

Requereu, em preliminar, a apreciação do agravo retido interposto às fls. 58/60 e acolhimento da preliminar de carência da ação, já que o autor não descreveu o imóvel objeto do pedido reivindicatório. Argúi a nulidade da sentença por falta de fundamentação ao apreciar tal preliminar.

O agravo retido, prematuramente interposto, e a preliminar de carência da ação têm idêntico teor, pois atacam o não-acolhimento, pela sentença, da preliminar de carência da ação levantada na contestação, sob o argumento de que não descrito pelo autor o imóvel objeto da reivindicação.

Atende a r. sentença às exigências legais, revelando a razão que induziu à rejeição da preliminar, qual seja: "*... é que o autor, na inicial descreveu o imóvel de forma pormenorizada e às fls. 04, acrescentou que a parte que reivindica é a sala de nº 95 da rua Antônio Marques. Assim, encontra-se satisfeito o requisito*" (fl. 86).

Com efeito, encontra-se suficientemente individuado na inicial o imóvel reivindicando, estando descrita não só a área total (fl. 02), como a parte que se pretende reaver do requerido, "*sala situada no nº 95 da rua Antônio Marques*" (fl. 04), posteriormente retificado o número de identificação da referida sala por ele ocupada para nº 195 (fl. 45).

Tem-se entendido que a nulidade da decisão decorre da falta ou inexistência de fundamentação, o mesmo não ocorrendo quando ela for concisa. A propósito, REsp 10.670/0-MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU* de 25.11.91: "*Rejeita-se alegação de nulidade, com base em falta de motivação do julgado, se esta existe, ainda que sucinta*".

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido e, simultaneamente, rejeito as preliminares de carência da ação e nulidade da sentença por falta de fundamentação.

Nulidade da sentença por cerceamento de defesa, por ausência de oportunidade de se manifestar sobre documento juntado.

Não vislumbro qualquer cerceamento de defesa.

Primeiro, foi referido documento juntado com a réplica apresentada pelo autor e, posteriormente à sua juntada, as partes tiveram vista dos autos, quando foram intimadas a especificar as provas que desejavam produzir (fl. 56).

Segundo, na oportunidade de produção de provas, o recorrente pediu a produção de prova testemunhal, embora entendendo tratar-se de "*matéria estritamente de direito, conforme as provas dos autos*" (fl. 56-v.), e aviou o agravo retido, contra a designação de audiência de instrução e julgamento, ao entendimento de não-acolhimento implícito da preliminar de carência da ação.

Terceiro, foi a prova testemunhal deferida e realizada a audiência, na qual foram ouvidas as testemunhas arroladas (fls. 73/75). Na oportunidade, nova vista dos autos foi dada às partes, para elaboração de memoriais (fl. 73).

Finalmente, o apelante apresentou seu memorial, sem nada aduzir a respeito do referido documento de fl. 51, que agora entende de crucial importância, reclamando vista específica para exame do mesmo. Todavia, não se insurgindo contra sua juntada, na primeira oportunidade que lhe coube falar nos autos, não pode voltar a agitar o tema, por força da preclusão, CPC, art. 245.

Rejeito a preliminar.

Impropriedade da ação proposta.

A matéria dessa preliminar, por se achar intimamente relacionada com o mérito, com este será examinada.

Mérito.

O recorrente aduz imprópria a ação, por se tratar de ação de despejo, e não reivindicatória, pois existe uma relação contratual locatícia inviabilizando a reivindicação, não se configurando a posse injusta, mas, se assim entendido, deverá ser ressarcido por benfeitorias, cujos valores poderão ser apurados em liquidação de sentença.

Insiste o recorrente na impropriedade da ação reivindicatória, ao argumento de que a ação correta seria a ação de despejo, com a qual se busca a rescisão de um contrato. Entretanto, como ele próprio reconhece expressamente, a pretensão do autor da ação reivindicatória é adquirir a posse de um bem (de sua propriedade) que se acha ilegitimamente em poder de *outrem*, exatamente a pretensão posta nestes autos.

O CC, art. 524, ao estabelecer que o proprietário poderá reaver seus bens de quem injustamente os possua, quer expressar que a reivindicação será exitosamente dirigida por quem tenha o domínio, relativamente ao que possua, sem título que lhe seja oponível.

Pois bem, mostram os autos que a RFFSA, antiga proprietária do imóvel, firmara um "Termo de Permissão de Uso" com Armazém Gomes Ltda. (fls. 30/37), ajustando um pagamento mensal pela utilização da loja objeto do contrato (cláusula 3.1). Após a notificação para pagamento do débito em atraso, ocorrida em maio/90 (fl. 38), referido "Termo de Permissão de Uso" foi cancelado em julho/90 (fl. 51), por descumprimento da cláusula 4.4-b, que proibia à permissionária ceder ou transferir a permissão a *outrem*. Findo o negócio e ignorando o seu cancelamento, permaneceu no imóvel o Sr. Almir Cordeiro, estando hoje ocupado pelos seus herdeiros, apesar de inexistir qualquer relação jurídica a justificar a posse.

Vale dizer, não existiu nem existe qualquer contrato, seja de locação, seja de permissão de uso, entre a RFFSA ou o Município reivindicante e o reivindicado, revelando a impertinência da renitente alegação da necessidade de retomada do imóvel por ação de despejo. O tema, aliás, já foi objeto de discussão na ação reintegratória anteriormente ajuizada pelo Município, quando julgado improcedente o pedido, em face da inexistência de posse anterior do requerente, definindo-se que a pretensão do autor, fundada "*no direito de propriedade e de seqüela*

cristalizado pelo art. 524 do Código Civil" (fls. 13 e 17), deveria ser postulada pela ação petitória.

O recorrente ainda ocupa o imóvel, mesmo após o ajuizamento da ação de reintegração, ajuizada, sem sucesso, pelo Município (fls. 10/18). Portanto, a posse é de má-fé e confere ao autor proprietário o direito de reaver o imóvel das mãos de quem ilegitimamente o detenha, CC, art. 524, em razão de seu direito de seqüela.

No que tange à indenização por benfeitorias, a qual teria o recorrente postulado na contestação, a pretensão não vinga.

É verdade que ali consignou o requerido: "*admitindo por hipótese absurda, que a pretensão do autor venha a vingar, terá ele que indenizar o requerido pelas benfeitorias necessárias que realizou no imóvel ao longo da vigência da locação, cujo valor será apurado através de perícia*" (fl. 27).

Apenas laconicamente acenadas na contestação, tais benfeitorias ali sequer foram identificadas, individualizadas, tampouco provadas, como seria minimamente exigível. Daí a razão de ter a r. sentença entendido que "*o requerido não reclama benfeitorias*" (fl. 89).

E, a par de ser possuidor de má-fé, não ter deduzido o pedido de forma clara, apontando as benfeitorias necessárias porventura realizadas, bem como as provas de que teriam sido executadas, também nada requereu na oportunidade de especificação de provas, limitando-se a dizer se tratar de "*matéria estritamente de direito*" e pedir a produção de prova testemunhal.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pelo requerido, por igual, não demonstraram a realização de qualquer benfeitoria necessária. A de fl. 74 declarou que "*... foram feitas... obras de conservação no imóvel e acha que foi feita uma parede para divisão interna no galpão... não sabe especificar quais as obras de conservação,* além *da referida parede*" (g.n.). Afirmou a de fl. 75: "*... não se recorda de nenhuma obra de conservação ou melhoria feita no imóvel*".

Assim, nego provimento ao presente apelo.

Custas, pelo apelante.

Apelação adesiva.

Manifestou o autor apelação adesiva, buscando a procedência do pedido indenizatório por uso indevido do imóvel. Diz que não tolerou a permanência do requerido no imóvel; apenas não obteve êxito em tentativa anterior de o reaver, como demonstram os documentos de fls. 10/18 e 51/53. Portanto, desde que constituído em mora o réu, a sua ciência da existência de vício obstativo o torna possuidor de má-fé, devendo responder pelos frutos que o proprietário deixou de perceber.

Assiste razão ao apelante adesivo.

Do explicitado no apelo principal, depreende-se que o requerido, apesar de notificado pela RFFSA para desocupar o imóvel em julho/90, lá permaneceu, a despeito de estar ciente de obstáculo jurídico ao exercício da sua posse, caracterizando-se a má- fé. Foi novamente notificado pelo requerente, que havia adquirido o imóvel, em fevereiro/91 (fls. 52/53). Outra vez, ao ser citado para a ação reintegratória ajuizada pelo Município. À evidência, desde então vem agindo o recorrido com a consciência de estar praticando ato ilícito, desmerecendo igual tutela da lei dispensada ao que exercita a posse de boa-fé.

Portanto, *d.v.*, não se pode dizer que a posse do recorrido adesivo foi tolerada pelo Município e negar a indenização pelo uso ilegítimo e indevido do imóvel.

Observa SILVIO RODRIGUES que "*é de má-fé a posse quando o possuidor a exerce a despeito de estar ciente de obstáculo jurídico à sua legitimidade. Destarte, o que distingue uma posse da outra é a posição psicológica do possuidor, se sabe da existência do vício, sua posse é de má-fé. Se ignora o vício que a macula, sua posse é de boa-fé*" (*Direito das Coisas*, v. 5, 19ª ed., p. 31).

Assim, responde o recorrido pelos frutos que o Município deixou de auferir, CC, art. 513, pelo menos desde os últimos cinco anos anteriores à propositura desta ação, como quer o recorrente, em face da responsabilidade objetiva do possuidor de má-fé.

Embora tenha o recorrido impugnado o pedido de indenização, o fez ao argumento de que "*jamais ocorreu a perda alegada pelo Reivindicante. Se o Requerido não pagou aluguel do imóvel objeto da presente não foi por sua culpa*" (fl. 27).

Como se vê, houve impugnação ao direito indenizatório postulado pelo autor, mas não ao montante (R$300,00 mensais). Assim, deverá prevalecer esse valor, por falta de impugnação específica. O total da indenização será apurado em liquidação, a partir de cinco anos anteriores ao ajuizamento da presente ação, acrescido de correção monetária e juros moratórios de 6% ao ano.

Pelo exposto, provejo o recurso adesivo, para condenar o recorrido a pagar ao Município a indenização pelo uso ilegítimo do imóvel, nos termos acima explicitados.

Custas, pelo recorrido adesivo.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REJEITARAM PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO PRINCIPAL. QUANTO AO ADESIVO, DERAM PROVIMENTO.

-:::-

FUNÇÃO PÚBLICA - SERVIDOR NÃO ESTÁVEL - ESTATUTO PRÓPRIO E NORMAS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICAS - ESTABILIDADE SINDICAL - INEXISTÊNCIA - ARTIGOS 39, § 2º, E 8º, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INTELIGÊNCIA

- Os servidores estatutários regem-se por normas constitucionais próprias, sendo-lhes assegurados os direitos e benefícios concedidos aos trabalhadores em geral, limitados, porém, aos termos do art. 39, § 2º, da CF/88, que nenhuma referência faz à prerrogativa instituída pelo art. 8º, em seu inciso VIII, desautorizando sua extensão automática aos servidores públicos.

- O caráter precário com que se exerce a função pública autoriza a demissão *ad nutum* do servidor não estável, sem direito a reposições pecuniárias a título indenizatório, ainda que concomitantemente estivesse aquele no cargo de direção no sindicato da categoria, verificando-se visível incompatibilidade entre a precariedade do cargo e a estabilidade pretendida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 184.478-6/00 - Comarca de Pedro Leopoldo - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Estabilidade sindical - Pretensão por servidor ocupante de função pública - Garantia constitucional assegurada aos trabalhadores em geral, regidos pela CLT, regendo-se os servidores públicos por estatuto próprio e normas constitucionais específicas - Precariedade da função pública incompatível com a estabilidade buscada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de março de 2001. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Em ação ordinária aforada em face do Município de Pedro Leopoldo, Rodney Reis da Silva pretendeu sua reintegração na função pública da qual se diz sumariamente demitido quando se encontrava acobertado pela estabilidade sindical provisória, prevista no artigo 8º, inciso VIII, da Constituição Federal, que veda a dispensa do empregado sindicalizado, a partir do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical.

Julgado improcedente o pedido exordial, ao fundamento de que o registro da candidatura, bem como a eleição e posse no cargo sindical não teriam sido comunicados a tempo e modo ao Município a que se encontrava vinculado o autor. Este, inconformado, recorre da decisão, insistindo em seu direito de permanência na função pública até o final de seu mandato como diretor da entidade denominada Sinorte.

Em parecer de fls., opina a douta PGJ pelo desprovimento do recurso, por motivo diverso do declinado na r. sentença, entendendo o douto Procurador tratar-se de servidor não estável, de livre exoneração pela Administração Pública, cuja precariedade do cargo não poderia ser sobreposta pelo direito sindical.

Com efeito, razão assiste ao douto Procurador em seu parecer de fls. Cuida-se de servidor que, admitido inicialmente sob o regime celetista, passou a ocupar função pública, sob o regime estatutário, a partir da transformação do cargo exercido quando da implantação do regime jurídico único no Município. Submetido, pois, às regras do direito administrativo, descabe-lhe invocar preceitos constitucionais inerentes aos trabalhadores em geral, regidos pela CLT.

Os servidores estatutários regem-se por normas constitucionais próprias, sendo-lhes assegurados os direitos e benefícios concedidos aos trabalhadores em geral, limitados, porém, aos termos do artigo 39, § 2º, da CF/88, que nenhuma referência faz à prerrogativa instituída pelo artigo 8º, em seu inciso VIII, desautorizando sua extensão automática aos servidores públicos.

A Constituição Federal trata de modo diversificado os servidores públicos e os demais trabalhadores submetidos ao regime do direito do trabalho, mesmo porque os primeiros não têm uma relação contratual com a Administração, mas vinculam-se ao regime do direito público, não contratual, de natureza unilateral, caracterizada pela investidura do servidor sob uma situação legal pré-definida que consagra a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, afigurando-se, pois, incompatível com os princípios que informam a atividade pública a concessão de direitos, imposição de deveres, a adoção de medidas ou a prática de qualquer ato sem a existência de prévia e expressa previsão legal.

A espécie inadmite uma interpretação extensiva ou analógica da norma constitucional e da intenção do legislador constituinte, para fins de aplicação, aos servidores estatutários, de regra dirigida às demais classes de trabalhadores.

O caráter precário com que se exerce a função pública autoriza a demissão *ad nutum* do servidor, sem direito a reposições pecuniárias a título indenizatório, verificando-se visível incompatibilidade entre a precariedade do cargo e a estabilidade pretendida.

Tal entendimento é registrado no acórdão do julgamento da AC n.º 87.342/2, por mim relatado, como se vê da publicação da Revista *"Jurisprudência Mineira"*, v. 143, p. 111.

Anotem-se precedentes da Suprema Corte, sufragando o mesmo entendimento:

"*Estabilidade sindical provisória (art. 8º, VIII, CF): não alcança o servidor público regido por regime especial, ocupante de cargo em comissão e, concomitantemente, de cargo de direção no sindicato da categoria*" (RE 183.844-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 08.06.99, *DJ* de 13.08.99).

"*Administrativo. Servidor público civil. Estabilidade sindical. - A Constituição, conquanto haja estendido ao servidor público o exercício de prerrogativas próprias do empregado regido pelo direito comum do trabalho (art. 39, § 2º), cuidou de estabelecer limitações indispensáveis a que o exercício de tais direitos não entre em choque com as vigas mestras do regime administrativo que preside as relações funcionais, entre essas, a relativa à estabilidade sindical do art. 8º, VIII, que importaria a supressão do estágio probatório, a que estão sujeitos todos os servidores. Recurso não conhecido*" (RE 208.436-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., j. 13.10.98, *DJ* de 23.03.99).

Nestes termos nego provimento ao recurso.

Pela assistência judiciária.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AGENTE POLÍTICO - DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO - REPARAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO - LITISCONSORTE NECESSÁRIO - CITAÇÃO - AUSÊNCIA - NULIDADE - CONTAS DO EXECUTIVO - APROVAÇÃO PELO LEGISLATIVO - ÓRGÃO MINISTERIAL - EXAME - POSSIBILIDADE

- A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, III, ampliou o campo de atuação do Ministério Público, suprindo limitação imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85, atribuindo ao *Parquet* legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa do patrimônio público.

- A aprovação das contas do Executivo pelo Legislativo não possui o condão de afastar a investigação da questão pelo Ministério Público e sequer de excluir do Judiciário a apreciação sobre a matéria, sob pena de ofensa à garantia de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, da CF).

- Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face de agente político, visando à apuração de irregularidades havidas durante sua administração e a conseqüente reparação de eventuais danos causados ao erário, é obrigatória a citação da pessoa jurídica de direito público interno, como litisconsorte necessário, para que se manifeste nos termos legais. A ausência de citação dessa pessoa jurídica ocasiona a nulidade do processo, a partir do momento em que ela deveria ser citada, ressalvados os atos aproveitáveis.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 185.437-1/00 - Comarca de Poço Fundo - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Direito Administrativo - Ação civil pública - Defesa do patrimônio público - Administração Pública - Litisconsorte necessário - Ausência de citação - Nulidade. - A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, III, ampliou o âmbito de atuação do Ministério Público, atribuindo-lhe legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa do patrimônio público. A aprovação das contas do Executivo pelo Legislativo não possui o condão de subtrair do Ministério Público a investigação sobre a questão, e sequer de excluir do Judiciário a apreciação sobre a matéria (CF, art. 5º, XXXV). - A propositura de ação civil pública na defesa do patrimônio público contra eventuais irregularidade havidas na Administração Pública requer seja citado como litisconsorte necessário a pessoa jurídica de direito público interno. - Preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público e de ausência de interesse de agir rejeitadas, e preliminar de nulidade do processo acolhida.

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 DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E ACOLHER PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO.

Belo Horizonte, 28 de dezembro de 2000. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dra. Viviane Coronho.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de recurso de apelação interposto por José Benedito dos Santos, ex-Prefeito do Município de Poço Fundo, em face da r. sentença de fls. 428/438-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Poço Fundo, que, nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo Promotor de Justiça da Comarca de Poço Fundo, julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial,

"*para condenar o réu, (...), no ressarcimento ao erário público municipal da quantia de R$89.396,98 (oitenta e nove mil, trezentos e noventa e seis reais e noventa e oito centavos), atualizada monetariamente a partir da data de 16.05.95, até o efetivo pagamento". Outrossim, deixou de "cominar ao réu as demais sanções previstas no art. 12, II, da Lei n.º 8.429/92*".

Em sede recursal, argúi o apelante, por via do arrazoado acostado aos autos às fls. 443/461-TJ, preliminarmente, a nulidade do processo em virtude da ausência de citação do Município de Poço Fundo, como litisconsorte necessário.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade da sentença por ausência de apreciação das teses de defesa, apresentadas às fls. 408/425-TJ.

Ainda em foro prefacial, levanta a ilegitimidade ativa do Ministério Público para promover a reparação de eventuais danos acusados ao erário público com relação a fatos ocorridos após a vigência da Lei nº 8.429/92, sendo que os atos administrativos anteriores somente podem ser questionados em sede de ação popular, prevista na Lei nº 4.717/65.

Por fim, alça a preliminar de ausência de interesse de agir, em razão da aprovação da prestação das contas pela Câmara Municipal e conseqüente regularização dos atos administrativos ressalvados pelo Tribunal de Contas.

Quanto ao mérito, sustenta o apelante a improcedência do pedido, em face da ausência de comprovação da existência de qualquer dano ao erário público ou de enriquecimento ilícito deste apelante.

Contra-razões às fls. 484/493-TJ, em que o apelado pugna pela rejeição das preliminares de ilegitimidade ativa ministerial e de ausência de interesse de agir e pelo acolhimento da preliminar de nulidade do processo, em razão da inexistência de citação do Município de Poço Fundo como litisconsorte necessário.

Certificação do preparo recursal e porte de retorno à fl. 496-TJ.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça o fez às fls. 501/503-TJ, opinando, em preliminar, pela cassação do decisório hostilizado, para determinar a citação do Município de Poço Fundo.

Relatei.

Passo a decidir.

Conheço do recurso, porque atendidos os requisitos de admissibilidade.

Prima facie, aprecio as preliminares concernentes às condições da ação, prejudiciais às demais.

No que pertine à preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público para promover a reparação de eventuais danos acusados ao erário público com relação a fatos ocorridos após a vigência da Lei nº 8.429/92, sendo que os atos administrativos anteriores somente podem ser questionados em sede de ação popular, prevista na Lei nº 4.717/65, vislumbro não prosperar, pelos motivos a seguir alinhavados.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, III, ampliou o campo de atuação do Ministério Público, suprindo a limitação imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85, que dispõe sobre a ação civil pública, atribuindo, pois, ao *Parquet* legitimidade para a propositura da ação civil pública para a defesa do patrimônio público. Este o teor do art. 129, III, da Carta Magna, *in verbis*:

"*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*

(omissis)

III - 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".

Esta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que corrobora nossa concepção, *ipsis litteris*:

"*Ação civil pública - Danos ao patrimônio público - Propositura pelo Ministério Público - Legitimidade* ad causam - *Campo de atuação ampliado pela CF/88 visando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1º da Lei 7.347/85 - Inteligência e aplicação do art. 129, III, da CF/88. - A defesa do patrimônio público não se restringe ao cidadão através da ação popular. Também são legitimados o Ministério Público e aquelas entidades arroladas no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública*" (REsp 67.148-SP - 6ª T. - j. 25.09.95, Rel. Min. Adhemar Maciel - *DJU*, 04.12.95; *RT*, 727/138).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público.

Quanto à preliminar de ausência de interesse de agir, em razão da aprovação da prestação das contas pela Câmara Municipal e conseqüente regularização dos atos administrativos ressalvados pelo Tribunal de Contas, igualmente sem razão o apelante.

Consoante me manifestei por ocasião em que tive a honra de integrar a colenda Quarta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, "*a rejeição do parecer prévio do Tribunal de Contas da prestação de contas apresentada pelo Prefeito Municipal e que engloba também os da Câmara Municipal não retira a executividade da imputação de débito contida no referido parecer, à luz do disposto no art. 71, § 3º, da Constituição da República*" (TAMG - Rel. Juiz Célio César Paduani, Apelação Cível nº 254.929/5).

Ademais, nem mesmo a aprovação das contas pelo Poder Legislativo possui o condão de afastar a investigação

da questão pelo Ministério Público e o exame da matéria pelo Poder Judiciário, sob pena de ofensa à garantia de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (CF, art. 5º, XXXV). Essa a posição de HUGO NIGRO MAZZILLI, que se coaduna com a inteligência expendida:

"*Não é porque as contas públicas tenham sido eventualmente aprovadas pelo Tribunal de Contas ou pelo próprio Poder Legislativo que estaria formado aí um óbice à investigação do Ministério Público. Em primeiro lugar, inexiste presunção absoluta de correção nas contas, ainda que aprovadas pelas cortes de contas ou pelo legislativo. O Poder Judiciário poderia aceitá-las, posto recusadas pelo primeiro, ou recusá-las, ainda que aprovada pelo controle externo exercido pelas câmaras legislativas. Em segundo, se o ganho ilícito tiver advindo de concussão, excesso de exação ou corrupção, em todos esses casos naturalmente as contas públicas poderiam estar rigorosamente em ordem (o agente não iria dar recibo, nem lançar nas escritas públicas os ganhos ilícitos que estaria exigindo ou recebendo), mas sempre haveria crimes de ação pública de competência da Justiça comum e de iniciativa do Ministério Público*" (*RT*, 676/62).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ausência de interesse de agir.

Referentemente à preliminar de nulidade do processo, em face da ausência de citação do Município de Poço Fundo, como litisconsorte necessário, vislumbro assistir razão ao apelante, inclusive, registre-se, tal pleito contou com a anuência expressa do apelado, como se depara de suas contra-razões recursais.

Mister ressaltar que, em ação civil pública idêntica movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra José Benedito dos Santos, ex-Prefeito de Poço Fundo, relativa ao exercício de 1991 (a ação civil pública destes autos concerne ao exercício de 1990), já julgada por este Tribunal de Justiça em grau de recurso em 24 de junho de 1999 (acórdão trasladado às fls. 462/474-TJ), houve por bem a egrégia turma da Quinta Câmara Cível em cassar a sentença e anular o processo, "*a partir do momento em que deveria ter sido citado o Município de Poço Fundo para vir aos autos e manifestar-se, ressalvados os atos aproveitáveis, com realce da citação e manifestação do réu ora apelante*".

Com efeito, no caso *sub examine*, evidente é o interesse do Município de Poço Fundo, que até mesmo *ex vi legis* deveria ter sido citado.

É que nos termos do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 9.366/96, "*no caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*", que disciplina a ação popular, dispondo aludido dispositivo que "*a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido ou poder atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente*".

Sobre o tema, calha trazer à baila a doutrina de MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA E WALDO FAZZIO JÚNIOR, *in verbis*:

"*Sempre que a ação for proposta pelo Ministério Público, cumprirá ao juízo ordenar a citação da pessoa jurídica lesada para, querendo, integrar a lide, seja contestando o pedido ou assumindo a condição de litisconsorte ativo*". (...) "*A inovação legal pode não ter sido acertada, vez que instituidora de mais um mecanismo de defesa do agente ímprobo. A correta interpretação do dispositivo, porém, poderá, se não evitar, ao frear o impulso defensivo daqueles que, sendo réus em ações civis, venham a compelir a administração a também defendê-los*". (...) "*Somente pode a pessoa jurídica assumir qualquer dos pólos da relação jurídica de direito material controvertida, se demonstrado o interesse público naquele posicionamento, não sendo admitida a assunção desarrazoada ou desmotivada. Assim,* verbi gratia, *contestar o pedido apenas para a defesa pessoal do agente público jamais será admitido, podendo significar para quem ordenar a indevida postura processual o cometimento de outro ato de improbidade* (*art. 11*, caput)" (in *Improbidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8.429/92 e Legislação Complementar*, Malheiros Editores, 2ª ed., p. 94).

Assim, configura-se obrigatória a citação do Município de Poço Fundo como litisconsorte necessário, para que se manifeste nos termos legais.

Diante de tais considerações, rejeito as preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público e de ausência de interesse de agir, acolhendo-se a relativa à nulidade do processo, por ausência de citação do Município de Poço Fundo como litisconsorte necessário, a partir do momento em que deveria o mesmo ter sido citado, ressalvados os atos aproveitáveis, mormente a citação e manifestação do réu, ora apelante.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Sr. Presidente. Há, nos autos, cópia de acórdão da Quinta Câmara Cível, envolvendo as mesmas partes, mas referente a outro período, acórdão esse que declara a nulidade do feito, em virtude da ausência de citação do Município de Poço Fundo.

A situação aqui é simplesmente idêntica, ou seja, se repetiu. A solução dada é adequada e coaduna-se ao referido precedente.

Com estes adminículos, acompanho o voto do eminente Relator.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E ACOLHERAM PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO.

-:::-

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - MAU USO DA PROPRIEDADE PELO MUNICÍPIO - DANOS CAUSADOS PELA ENTIDADE PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - INÉPCIA DA INICIAL - AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO - REJEIÇÃO DA ARGÜIÇÃO - RECURSO - INEXISTÊNCIA - PRECLUSÃO

- Torna-se preclusa a matéria de inépcia da inicial, argüida pelo réu, na parte referente ao pedido de danos morais, por ausência de causa de pedir, se, rejeitada tal argüição pelo juízo, na audiência de tentativa de conciliação, a parte não apresentou recurso.

- Responde o município pelos danos causados por mau uso da propriedade contra particulares. Além da responsabilidade objetiva do Estado, como decorrência da teoria do risco, a Administração, como comprovada causadora direta de danos ao particular, responderá, com maior soma de razão, pelos prejuízos que sua atividade ilícita haja causado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 185.462-9/00 - Comarca de Andradas - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional e administrativo - Danos causados pela entidade pública - Mau uso da propriedade - Responsabilidade objetiva do Estado. - Responde o município pelos danos causados por mau uso da propriedade contra particulares. Além da responsabilidade objetiva do Estado, como decorrência da teoria do risco, a Administração, como comprovada causadora direta de danos ao particular, responderá, com maior soma de razão, pelos prejuízos que sua atividade ilícita haja causado.

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, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 09 de novembro de 2000. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - A remessa obrigatória e o recurso voluntário tiveram regular processamento, merecendo, pois, o devido conhecimento.

O Município-réu argüiu, na contestação, a preliminar de inépcia da inicial, na parte referente ao pedido de danos morais, por ausência de *causa de pedir*.

O Juízo rejeitou a argüição na audiência de tentativa de conciliação - fls. 351-TJ - e, em face da inexistência de recurso, a matéria, nesse particular, tornou-se preclusa.

Assim analisada e decidida a única preliminar suscitada, passa-se então ao exame do mérito.

Não nega o Município a existência material dos fatos denunciados na inicial.

Apenas se limita ele a imputar aos autores, com exclusividade, a culpa pelos danos reclamados, porque, segundo entende, caberia a eles o exercício do direito de tapagem, nos termos do art. 588 do Código Civil.

Tem essa ação, entretanto, a finalidade específica de evitar que, com a inexistência de linha divisória entre as propriedades, haja invasão de qualquer delas ao terreno limítrofe e se previnam danos às plantações e a outros bens que integram a propriedade de cada um dos confrontantes.

Mas há também a norma do art. 554 do Código Civil, que faculta ao proprietário ou inquilino o direito de "*impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam*", disposição lembrada, de resto, no parecer da douta PGJ - fls. 765-TJ.

A área que recebe o lixo, inclusive hospitalar, transportado em caminhões da Municipalidade - compreendendo sacolas de plástico e outros materiais infectos - é adjacente à propriedade dos autores, na qual se dedicam eles à criação de vacas leiteiras de raça holandesa e de corte, atividade que se presume legítima, em face da inexistência de qualquer restrição que acaso lhes pudesse ser imposta pelas posturas municipais.

A manutenção desse depósito de lixo, sem um mínimo de técnica ou a menor observância às regras ambientais, provocou, pelo menos, dois graves prejuízos aos autores. Os empregados, dado o insuportável mau cheiro que se desprendia do material depositado, não tiveram condições de continuar prestando serviços aos autores. De outra parte, as reses, em número de 22, vieram a perecer, pela ingestão de sacolas plásticas contendo material fétido e letal.

Além disso, a propriedade dos autores passou a ser invadida por ratos, baratas, moscas, mosquitos, urubus e cães, criando-se, com isso, focos de transmissão de doenças graves, como, *verbi gratia*, febre tifóide, cólera, leishmaniose, raiva, peste bubônica, tétano e outras de igual gravidade.

A relação de causa e efeito entre a ingestão das "sacolas plásticas" e a

morte das reses está técnica e cientificamente comprovada pelos laudos de fls. 06/14-TJ, elaborados e subscritos por médicos veterinários, especialistas na matéria, e ilustrados com diversificadas e compactas fotografias, consolidados, depois, pelas perícias representadas pelos laudos judiciais de fls. 388/399-TJ e 401/405-TJ.

Trata-se, pois, de fatos processualmente incontroversos.

Anote-se, de passagem, que o MP propôs ação civil pública contra o Município, visando ao restabelecimento da ordem ambiental, pedido que, acolhido pelo Município, conduziu o órgão-autor a requerer o arquivamento dos autos.

Extrai-se desse último fato a lógica ilação de que o atendimento da Municipalidade ao pedido formulado na ação civil pública torna ainda mais certa a culpa da Administração pelos danos, se já não bastasse, para tanto, a própria responsabilidade objetiva definida na Carta Constitucional.

Os autores, em seu recurso, desejam a acessão de lucros cessantes ao montante da indenização.

Mas, como acentuou a sentença - e aqui fica explicada a disparidade entre o astronômico valor pleiteado - R$914.677,94 - e o realmente concedido - R$28.215,00: "*(...) quanto à afirmação dos autores de que seus animais teriam uma vida provável e nesta produziriam leite e crias, é evento que dependeria de fatores estranhos à conduta do requerido, razão pela qual não vejo como condená-lo a pagar aos autores por Provável de crias e leite* (sic), *pois,* nos autos não existem elementos seguros *para afirmar qual seria a produção efetiva de ditos animais, pois é sabido que tanto a produção leiteira quanto a das crias dependeriam de fatores vários, que fugiriam à responsabilidade do requerido*" - fls. 586-TJ -, para então concluir que "*Acresce dizer também que, pagando o preço dos animais, não pode* o seu proprietário reclamar pela suas posteriores crias e/ou produção leiteira" - grifamos - fls. 586-TJ.

Esclareça-se, ainda, que o elevado *quantum* pleiteado na inicial se deve também ao fato de que, somente a título de *danos morais*, os autores, fugindo a todas as orientações de mestres e tribunais, orçaram-nos em nada menos de R$457.338,97, quantia que, por sua exagerada extensão, diz, por si mesma, do despropósito da pretensão.

Mas - e ninguém, de boa fé, poderá negar que os fatos, pela sua extensão e gravidade, causaram, naturalmente, duros sofrimentos aos autores - os critérios adotados pela digna Julgadora guardam conformidade com a jurisprudência dominante nesta e em outras Cortes Judiciárias do País, o que torna prejudicado o recurso do Município, já de si prejudicado também pela teoria do risco administrativo.

Em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicados os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

PENSÃO - MORTE DE SERVIDOR - TOTALIDADE DOS VENCIMENTOS OU DOS PROVENTOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 40, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - NOVA ESTRUTURA DO PRECEITO - DIREITO ADQUIRIDO - CLÁUSULA PÉTREA

- A garantia contemplada pelo art. 40, § 5º, da CF é de eficácia imediata, prescindindo de qualquer preceito ordinário para que possa começar a surtir efeito, com a ressalva de que o comando da norma do art. 195, § 5º, da CF tem como destinatário o legislador ordinário, e não o constituinte originário ou decorrente, visto que a proibição de criação, majoração ou extensão de benefícios sem a correspondente fonte de custeio se refere a outros benefícios que não os criados pelo próprio legislador constituinte.

- O conteúdo da norma do § 5º do art. 40 da Constituição Federal estabelecendo que a "*pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido*" e que, na sua segunda parte, preceitua: "*até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior*", não admite nem mesmo temperamentos, como o de que possa norma jurídica infraconstitucional da pessoa jurídica de direito público interno limitar o pagamento da pensão. A expressão "*até o limite estabelecido em lei*", nele contida, refere-se apenas ao preceito que fixará o limite máximo de remuneração dos servidores públicos, nos termos do art. 37, XI, do Texto Constitucional.

- Não possibilitou a Emenda Constitucional nº 20/98 nova abordagem sobre a matéria relativa ao artigo 40, § 5º, da CF. Enganam-se os que acreditam que a nova estrutura do preceito não mais contempla a equiparação automática do benefício da pensão aos proventos ou remuneração do servidor público falecido, passando a condicioná-la à edição de lei, na medida em que, na verdade, para o legislador infraconstitucional, a norma atual deixou tão-somente o encargo de disciplinar aspectos práticos da outorga da pensão, porque, do contrário, não faria sentido a expressão contida no preceito constitucional, estabelecendo que o benefício "*será igual ao valor dos proventos*

do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento". **E, ainda que se pudesse pensar de forma diversa, seria preciso limitar no tempo a nova feição conferida ao preceito, de modo que só pudesse produzir efeitos a partir daquela emenda constitucional, sob pena de afronta a direito adquirido, que não pode ser ignorado nem mesmo pelo Poder Constituinte Derivado, por compreender cláusula pétrea, insuscetível, por este aspecto, de novas reformulações**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 185.600-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Administrativo - Pensão - Integralidade da remuneração ou proventos do servidor público falecido - Inteligência do art. 40, § 5º, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 20 de março de 2001. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Cuidam os autos de ação ordinária formulada por Therezinha Fonseca da Silveira contra o Estado de Minas Gerais e o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG, por meio da qual pleiteia, com fundamento no art. 40, § 5º, da Constituição Federal, a revisão da pensão, em valores correspondentes à totalidade dos proventos do marido falecido, com efeito sobre o passado.

O feito obedeceu a sua regular tramitação e culminou com a r. sentença, que, após acolher as preliminares de ilegitimidade passiva da autarquia e de prescrição, quanto às parcelas passadas, anteriores ao prazo de cinco anos contado da propositura da ação, julgou, no que toca ao mérito, procedente o pedido.

Não se conformando com a decisão singular, recorre o ente político, repisando os argumentos da contestação.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Corte revisora, opinando a Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção da sentença.

Breve relato. Decido.

Na verdade, cinge-se toda a controvérsia ao reconhecimento ou não da auto-aplicabilidade do § 5º do art. 40 da CF, em confronto com a norma do art. 195, § 5º, do mesmo diploma legal.

É certo que este assunto já foi enfrentado em outras ocasiões por este egrégio Tribunal e foram proferidas várias decisões que consideravam o art. 40, § 5º, da CF, norma de eficácia contida e dependente de lei ordinária, especificando fonte de custeio para que se efetivasse qualquer majoração de benefícios.

Tais decisões entendiam que, enquanto não fosse editada lei que regulamentasse a matéria e previsse a fonte de custeio, seria impossível a revisão dos benefícios.

Todavia, reiteradas manifestações do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem força vinculante, vêm sufragando entendimento diverso, sustentando que a garantia contemplada pelo art. 40, § 5º, da Constituição Federal, é de eficácia imediata, prescindindo de qualquer preceito ordinário para que possa começar a surtir efeito, com a ressalva de que o comando da norma do art. 195, § 5º, da CF tem como destinatário o legislador ordinário, e não o constituinte originário ou decorrente, visto que a proibição de criação, majoração ou extensão de benefícios sem a correspondente fonte de custeio se refere a *outros* benefícios que não os criados pelo próprio legislador constituinte.

Vejamos, pois, a orientação emanada da Suprema Corte Brasileira:

"*Pensão por morte de servidor público: aplicação do art. 40, § 5º, CF - para fixá-la no valor correspondente à totalidade dos vencimentos do servidor morto - que, segundo assentado pelo STF (MI 211, Plenário 10/11/93, Velloso; RE nº 140.863, 1ª turma, 8/2/94, Galvão, DJ 11/3/94), não depende de legislação infraconstitucional;* inexigibilidade, por outro lado, na observância do art. 195, § 5º, CF, que o STF considera regra limitativa de criação de novos benefícios e, por isso, endereçada ao Legislador ordinário e inaplicável aqueles criados diretamente pela Constituição" (Min. Sepúlveda Pertence, em *DJ* de 26.08.94, p. 21.899; citado no parecer da PGJ, fls. 399) (grifei).

"*O disposto no § 5º do art. 195 da CF não constitui óbice à sua incidência, vez que é dirigido ao legislador ordinário, tão-somente no que vincula a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da seguridade social à correspondente fonte de custeio*" (Agravo Regimental nº 148.401/3-RJ; Rel. Min. Marco Aurélio).

E é com essa orientação firme e cediça da Suprema Corte do País que me perfilho.

O conteúdo da norma do art. 40, § 5º, da Constituição não admite nem mesmo temperamentos, como o de que possa norma jurídica infraconstitucional, da pessoa jurídica de direito público interno, limitar o pagamento da pensão. A expressão "*até o limite estabelecido em lei*" nele contida refere-se apenas ao preceito que fixará o limite máximo de remuneração dos servidores públicos, nos termos do art. 37, XI, do Texto Constitucional.

Do voto do Min. Carlos Mário Velloso, proferido no MI 211-DF, extrai-se a mesma conclusão:

"O § 5º do art. 40 estabelece, na sua primeira parte, que a ' pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido'. Depois, acrescenta, na sua segunda parte: 'até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior'. Ora, estabelecendo, primeiramente, que a pensão corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, segue-se a impossibilidade de uma lei dispor a respeito de um limite que esteja abaixo da totalidade referida. A frase - ' até o limite estabelecido em lei' - deve ser entendida da seguinte forma: observado o limite em lei a respeito da remuneração dos servidores públicos, vale dizer, a lei referida no inciso XI do art. 37 da Constituição..." (*in RTJ*, 150/119).

Não possibilitou a Emenda Constitucional nº 20/98 nova abordagem sobre a matéria, enganando-se os que acreditam que a nova estrutura do preceito não mais contempla a equiparação automática do benefício da pensão aos proventos ou remuneração do servidor público falecido, passando a condicioná-la à edição de lei, na medida em que, na verdade, para o legislador infraconstitucional, a norma atual deixou tão-somente o encargo de disciplinar aspectos práticos da outorga da pensão, porque, do contrário, não faria sentido a expressão contida no preceito constitucional, estabelecendo que o benefício *"será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento"*.

Ainda que se pudesse pensar de forma diversa, seria preciso limitar no tempo a nova feição conferida ao preceito, de modo que só pudesse produzir efeitos a partir da emenda constitucional, sob pena de afronta a direito adquirido, que não pode ser ignorado nem mesmo pelo Poder Constituinte Derivado, por compreender cláusula pétrea, insuscetível, por este aspecto, de novas reformulações.

Com estas considerações, confirmo integralmente a sentença, no duplo grau de jurisdição obrigatório, julgando prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

RETIFICAÇÃO DE ÁREA - PRETENSÃO DE ACRÉSCIMO DE METRAGEM VULTOSA À ÁREA ORIGINALMENTE REGISTRADA - DIVERGÊNCIA NA ENUMERAÇÃO DOS CONFRONTANTES INSERIDOS NO LEVANTAMENTO PLANIMÉTRICO E AQUELES CONSTANTES NO REGISTRO PRIMITIVO - IMPOSSIBILIDADE - ARTIGOS 1.136 DO CÓDIGO CIVIL E 213 DA LEI DE REGISTRO PÚBLICO - INTELIGÊNCIA - OBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTO CONTENCIOSO - EXTINÇÃO DO PROCESSO

- O procedimento administrativo de retificação de área só é cabível quando se tratar de erro que não cause prejuízo a terceiro, tal como um erro material, ou mesmo um erro substancial, como, exemplificativamente, aquele em que o imóvel já esteja devidamente inscrito com suas divisas e medidas sem, no entanto, ter sua área total inserida na descrição, hipótese em que não haverá óbice à adoção do procedimento retificatório administrativo previsto no art. 213 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), desde que não haja oposição dos confrontantes ou alienante.

- Na compra *ad corpus*, segundo a regra do art. 1.136 do Código Civil, parágrafo único, presume-se que a referência às dimensões tenha sido simplesmente enunciativa quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total enunciada, presunção esta que limita o procedimento do comprador tão-somente aos casos em que a diferença não seja tolerável.

- A extinção do processo de retificação, por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos dos art. 267, VI, do CPC, é o melhor caminho a ser tomado para elucidar o registro originário, que parece ter sido alimentado somente de fermento e que pretende aumentar a área originária em sete vezes, especialmente quando houve erros citatórios e os nomes dos confrontantes não conferem com os nomes da planilha atual, inexistindo prova de sucessão, existindo ainda impugnação de um confrontante que culminara em acordo.

- V.v.: - Pouco importa que, como resultante da retificação, a área seja aumentada, muito importando que o requerente preencha os requisitos estabelecidos pela Lei de Registros Públicos, pois, ainda que a alteração objetivada no Registro de Imóveis implique substancial aumento de área, o pedido não é juridicamente impossível, vedada, só por esse motivo, a extinção prematura do processo.

- Desde que não se alterem as confrontações, é possível a retificação, denominada *intra muros*, especialmente quando a aquisição é *ad corpus*, pretendendo o adquirente que a metragem seja verdadeira no registro. (*Des. Lúcio Urbano*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 186.387-7/00 - Comarca de Rio Pardo de Minas - Relator para o acórdão: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Retificação de área - Pretensão de acréscimo de metragem vultosa à área originariamente registrada - Divergência na enumeração dos confrontantes inseridos no levantamento planimétrico e aqueles constantes no registro primitivo - Impossibilidade - Observância de procedimento contencioso que se impõe pelas irregularidades verificadas - Sentença de extinção de processo a ser 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, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 13 de março de 2001. - *Francisco Figueiredo* - Relator para o acórdão. - *Lúcio Urbano* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, a Dra. Isabela Guimarães Almeida.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço da apelação.

Os apelantes requereram retificação da área do imóvel identificado na inicial, situado no Município de São João do Paraíso, fundados no art. 213 da Lei nº 6.015/73, alegando que adquiriram o terreno a Rosalvo Almeida, conforme escritura pública passada no Cartório do 1º Ofício de Notas desta Capital, devidamente registrado no órgão próprio da Comarca de Rio Pardo de Minas, mais dizendo que consta área de 193,60 hectares, quando na verdade é de 1.421,45ha, fato que se verificou através de levantamento planimétrico.

Citados os confrontantes, Delmira Soares Bandeira, esposa de José Francisco da Rocha, manifestou impugnação, sustentando que parte da área é de sua propriedade, invadida.

À fl. 44, vê-se desistência da impugnação, que seria resultante de acordo celebrado, com manifestação de anuência ao pedido retificatório.

Examinando o pedido, a sentença recorrida deu pela impossibilidade jurídica, recomendando às partes os meios próprios à aquisição de domínio.

O Julgador de primeiro grau impressionou-se com o aumento de área, para daí e só por isso dar pela impossibilidade jurídica do pedido, entendendo que somente pela via reivindicatória poderiam os apelantes lograr acréscimo.

Pouco importa que, como resultante da retificação, a área seja aumentada, muito importando que o requerente preencha os requisitos estabelecidos pela LRP.

Em recente decisão, a eg. Quinta Câmara Cível entendeu que, "*ainda que a alteração objetivada no Registro de Imóveis implique substancial aumento de área, o pedido não é juridicamente impossível, vedada, só por esse motivo, a extinção prematura do processo*" (Ap. nº 138.809/9).

Os apelantes querem que, em conseqüência do levantamento que se fez do imóvel, seja retificada a área, transmudada aquela constante da inscrição para aqueloutra encontrada pela medição.

Não se pode, é verdade, buscar a via retificatória para acréscimo, tirando-se dos terrenos confrontantes para o domínio do requerente, porque aí só através de ação própria.

Desde que não se alterem as confrontações, é possível a retificação, denominada *intra muros*.

Ademais, no caso, os apelantes adquiriram *ad corpus*, pretendendo eles que a metragem seja verdadeira no registro.

Diante do exposto, dou provimento, para cassar a decisão recorrida, determinando se processe o pedido, com realização de perícia, se necessária.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da apelação por própria, tempestiva e por terem sido observados os demais requisitos de admissibilidade.

Registre-se, exordialmente, que o presente cenário é uma hipótese atípica, como veremos.

Requereram os apelantes, com fundamento no artigo 213 da Lei nº 6.015/73, a retificação da área do imóvel que possuem, conforme documentos de fls., situado no Município de São João do Paraíso - MG, alegando, em síntese, que adquiriram o bem de Rosalvo Almeida e sua mulher, conforme primeiro traslado de escritura pública de compra e venda, lavrada pelo Tabelião do Cartório do 1º Ofício de Notas da Comarca de Belo Horizonte, o qual foi devidamente registrado no Registro de Imóveis da Comarca de Rio Pardo de Minas, estampando uma área de 193,60 hectares, quando, na realidade, o terreno possui 1.421,45ha (hum mil, quatrocentos e vinte e um hectares e quarenta e cinco ares), o que foi verificado em levantamento planimétrico levado a efeito, constando do mesmo a área apontada, com os limites e confrontações que menciona, sendo que o registro imobiliário não está em conformidade com a realidade do imóvel.

Citados os confrontantes indicados na exordial, foi apresentada oposição pela confrontante Delmira Soares Bandeira, esposa de José Francisco da Rocha, aduzindo que a pretensão dos autores é de todo ilegítima, pois parte da área que buscam incorporar ao imóvel de sua propriedade se origina de invasão perpetrada no imóvel pertencente à contestante e seu marido, devendo ser julgada totalmente improcedente a ação.

Estranhamente, à fl. 44-TJ, foi apresentada desistência da impugnação supra, em virtude de suposto acordo celebrado pelas partes, manifestando-se acorde com os termos da retificação da área constante da exordial.

A sentença concluiu por extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, em face da impossibilidade jurídica do pedido, recomendando às partes os meios próprios à aquisição de domínio.

Em recurso próprio e tempestivo, pugnam os requerentes pela reforma da decisão, ao argumento de que o pedido visa tão-somente à adequação do registro à realidade do imóvel, sendo que os limites e confrontações foram respeitados.

A hipótese vertente guarda estreita semelhança com espécies outras por nós examinadas, razão por que pedimos vênia para adotarmos, aqui, os mesmos fundamentos de alhures (*vide* Apelação nº 95.834/8 - Congonhas, em que fui acompanhado pelos Desembargadores Caetano Carelos e Reynaldo Ximenes, dentre vários julgados).

Nota-se do pedido inicial que a alteração pretendida pelo recorrente se constitui, em verdade, numa modificação substancial da própria característica do registro do imóvel, uma vez que a área a ser acrescida ultrapassa os limites admitidos como mera retificação, e os confrontantes apontados no levantamento planimétrico não coincidem com aqueles constantes do registro primitivo.

Inadmite-se que diferença tão significativa não tenha sido constatada de plano quando da aquisição do imóvel, mesmo porque o que se pretende acrescer corresponde aproximadamente ao sétuplo da área total constante do registro.

O acréscimo pretendido no caso vertente ultrapassa os limites do razoável, suplantando mesmo o que o bom senso autorizaria permitir sem que se questionasse a fundo a origem de tal diferença, bem como o meio pretendido para a modificação do registro.

Ademais, tem-se que a impugnação ofertada não restou afastada pela desistência de fl. 44, uma vez que esta estampa como o autor confrontante sequer outorgou poderes ao signatário, sendo que o mesmo, ao que consta, encontra-se com problemas sérios de saúde, devendo, para sua citação, ser observada a norma do art. 218 do CPC.

Saliente-se, ainda, *o que é gravíssimo*, que a citação efetivada não atendeu à determinação legal, visto a divergência existente entre os nomes que se encontram estampados na escritura e os do levantamento planimétrico levado a efeito, não se podendo presumir que os anteriores tenham sido substituídos pelos atuais, de forma a elidir a possibilidade de prejuízo causado a terceiro pela pretensão do requerente.

Comungamos do entendimento esposado de há muito por esta Câmara, no sentido de que o procedimento administrativo de retificação de área só é

cabível quando se tratar de erro que não cause prejuízo a terceiro, tal como um erro material, ou mesmo um erro substancial, como, exemplificativamente, aquele em que o imóvel já esteja devidamente inscrito com suas divisas e medidas, sem, no entanto, ter sua área total inserida na descrição, hipótese em que não haverá óbice à adoção do procedimento retificatório administrativo previsto na Lei de Registros Públicos, *desde que não haja oposição dos confrontantes ou alienante.*

Admite-se, ainda, por este procedimento, a retificação de pequenas medidas, onde não tenha havido impugnação, e que a diferença a ser acrescida não seja perceptível a olho nu. No entanto, diante de um erro de tamanha proporção, tal como a inserção de área equivalente ao sétuplo da área primitiva, transformando uma área, cujo registro estampa 193,60ha em outra de 1.421,45ha, pode-se estar diante de um erro que poderá causar graves prejuízos a terceiros, o que impõe seja a questão minuciosamente discutida na via apropriada, ainda que ao final se conclua pela inexistência de prejuízo a terceira pessoa.

Assim, pelo relato acima, cabem, ainda, algumas considerações.

Primeira: Para não se dizer que *é inconcebível* uma pessoa querer retificar o seu registro imobiliário para *sete vezes* maior do que o originário declara, diria que a Justiça tem de se precaver para não ser endossante de comportamento tão esdrúxulo. Isto é assunto muito sério, e o assento de um registro imobiliário não pode agasalhar hipóteses discutíveis, por causa de interesses e direitos de terceiros. O registro tem de ser claro e transparente como água na nascente.

O grande CARVALHO SANTOS, em sua memorável obra *Código Civil Brasileiro Interpretado*, ao comentar o artigo 1.136 do Código Civil, diz:

"*O vendedor é obrigado, como já tivemos ocasião de ver, a entregar a coisa vendida, tal como a vendeu, na medida, quantidade ou conteúdo determinado no contrato e que lhe atribui, isto é, na sua integridade*".

"*Presume-se que a referência às dimensões tenha sido simplesmente enunciativa quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total enunciada. Presunção em favor do vendedor, limita o procedimento do comprador tão-somente aos casos em que a diferença não seja tolerável.*

E o critério para saber se a diferença é ou não tolerável varia nas diversas legislações. Em nosso Código, está fixado no texto: quanto não seja maior do que um vigésimo do total enunciado".

O comprador não é nenhum "roceirinho inculto", mas um advogado tido e havido como de renome, competente. Ora, a escritura foi passada em junho de 1977 - fls. 8/9 -, registrada em abril de 1978, e somente em 1994 - fl. 02 -, exatamente *dezessete*

anos depois, é que o ilustre comprador se apercebeu de que a área por ele adquirida é *sete* vezes *maior* do que consta de seu registro?

É uma *postura atípica*, como disse no início de meu voto, bastando dizer que muito pesquisei para esta decisão, inclusive com a ajuda do Departamento de Pesquisa do Tribunal (cujo material está à disposição de meus ilustres Pares), não tendo conseguido descobrir um julgamento sequer, neste Sodalício mais do que centenário, que viesse em apoio à tese dos autores, que disputam a área *sete vezes maior* do registro anterior, tendo tido, inclusive, impugnação.

Sr. Presidente. Aproveito para acrescentar ao meu voto escrito que esse acórdão do Des. Hugo Bengtsson - que foi citado - não tem a hipótese de ser o sétuplo da área, e ele consta da pesquisa feita.

Segunda: Por que extinguir o processo e não acatar a ponderação ministerial de simples cassação de sentença?

Por razões muito simples.

Se a sentença for cassada, o Tribunal, por via indireta, passa a endossar a pretensão exordial dos autores, como admissível e legalmente possível como tal proposta, mesmo sabendo que a pretensão foge à regra comum dos possíveis desacertos de registro a serem corrigidos, valendo dizer, o Juiz teria de ficar dentro de um parâmetro já preestabelecido pelo Tribunal.

Como ficaria o MM. Juiz, no saneador, ao apreciar *os interesses legal, econômico* e *moral* da demanda, com esta armadura imposta de aproveitar-se a inicial pela decorrência de simples cassação da sentença?

O Ministério Público fala em cassação, criticando inclusive a sentença do Juiz *a quo* de que houve *error in procedendo* - fl. 59. *Data venia*, erro no procedimento está na inobservância ministerial de que houve erros citatórios e mais - o que é pior - os nomes dos confrontantes não conferem com os nomes da planilha atual (não havendo prova de sucessão), sem falar de que houve impugnação de um confrontante que culminou por acordo. O artigo 267 do CPC foi desatendido.

Ora, que compra *ad corpus* esquisita!

A extinção do processo é o melhor caminho a ser tomado para os autores elucidarem o registro originário, que parece ter sido alimentado somente de fermento. É bom lembrar que os autores nada perderão, pois nem em sucumbência foram condenados. Se assim não entenderem meus Pares, registro minha redobrada vênia, na tese sentencial de que, pelo que até agora foi apresentado, é o juízo de valor que melhor pacifica minha consciência.

Nego provimento.

O Sr. Des. Murilo Pereira - Peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR PROVIA E O REVISOR IMPROVIA. PEDIU VISTA O VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Lúcio Urbano) - Este feito teve seu julgamento adiado na sessão do dia 06.03.2001, a pedido do Vogal, após votarem o Relator provendo e o Revisor improvendo.

Com a palavra o Des. Murilo Pereira.

O Sr. Des. Murilo Pereira - Como assinalou a em. Procuradora de Justiça, Selma Maria Ribeiro Araújo, trata-se de ação de retificação de registro imobiliário, proposta por Osmando Almeida e sua mulher Cleyde de Farias Guimarães, cujo processo foi julgado extinto, conforme sentença de fls. 48/49 - cf. fls. 72.

Consta do extrato de ata, da sessão de 06.03.2001, o seguinte resultado: "*O Relator provia e o Revisor improvia. Pediu vista o Vogal*".

Pedi vista dos autos para reexame da espécie, à vista da divergência assinalada.

O em. Des. Relator, Lúcio Urbano, dava provimento ao recurso, para cassar a decisão recorrida, determinando se processe o pedido com realização de perícia, se necessária.

Já o em. Des. Revisor, Francisco Figueiredo, negou provimento ao recurso, ao assinalar que "*a extinção do processo é o melhor caminho a ser tomado para os autores elucidarem o registro originário, que parece ter sido alimentado somente de fermento*".

A r. sentença recorrida explicitou as razões de convencimento do ilustre Magistrado, que concluiu não poder a pretensão dos requerentes ser deferida, para que fique constando a área de 1.421,45ha, e não 193,60ha (fls. 48).

O ilustre Juiz, dentre outras considerações, mencionou a gritante diferença entre a área original e aquela apontada como existente de forma a ultrapassar o razoável, "*não se enquadrando na hipótese ventilada do art. 213 da Lei nº 6.015/73*", cf. fls. 49.

O art. 213 citado da Lei nº 6.015 diz o seguinte: "*A requerimento do interessado, poderá ser retificado o erro constante do registro, desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiro*".

Na inicial, afirmam os requerentes que "*a aquisição do imóvel retificado operou-se através de venda* ad corpus, *constatando-se em sua totalidade uma área de 193,60 hectares*".

Daí, concluíram os requerentes que logicamente se poderia encontrar outra área, donde resolveram fazer o serviço de agrimensura, encontrando a área real de 1.421,45ha (hum mil e quatrocentos e vinte e um hectares e quarenta e cinco ares) - cf. fls. 04.

A escritura de compra e venda do imóvel, que se vê em cópia às fls. 08/09-v., foi passada aos 06 dias do

mês de junho do ano de 1977, e nela constou como objeto da compra e venda a área de 193,60ha, deixando claro, entretanto, a escritura, que a venda efetuada abrange toda a área constante da escritura "*bem como aquela que for encontrada dentro dos limites e confrontações existentes...*" - cf. fls. 08-v.

Portanto, efetivamente, a compra e venda do imóvel caracterizou-se *ad corpus*.

Em sendo assim, o acréscimo eventual desta área não poderia ultrapassar de um vinte avos da extensão total enunciada, nos termos do parágrafo único do artigo 1.136 do Código Civil, que diz o seguinte:

Art. 1.136, parágrafo único - "*Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vinte avos da extensão total enunciada*".

Portanto, correto o raciocínio do ilustre Juiz, quando, na sentença recorrida (fls. 48/49), fala em "*diferença gritante entre a área original e aquela apontada como existente*", fato este a ultrapassar efetivamente o razoável.

No memorial do apelante, que nos foi encaminhado na tarde do dia 08 do fluente mês, faz ele uma sinopse dos fatos, para dizer que "*a questão, portanto, se coloca dentro dos usos e costumes dos nossos antepassados, como é público e notório, quando os lançamentos eram feitos de modo tacanho, modestíssimos, embora deferidas as áreas, para* evitar pagamentos de impostos!...".

No memorial referido, o apelante analisa o mérito, nos limites das disposições legais pertinentes, cita julgados, além de afirmar que nos autos não existe impugnação válida, "*porquanto a de fls. 35/37 é de nenhum valor, uma vez que a* desistência *da mesma encontra-se a fls. 44, onde está expressa a concordância com os limites apontados e com os termos da retificação da área descrita na peça de ingresso*".

Diz mais o apelante, no memorial, que a área real do imóvel, encontrada dentro dos limites e confrontações constantes da escritura de fls. 08/09, após o levantamento planimétrico, está contida dentro dos limites constantes da escritura, sendo conservados como tal, estando dito imóvel circunscrito dentro das mesmas divisas, que foram preservadas, sem qualquer oposição, como sempre ocorreu até então.

Estas últimas considerações são exatamente a descrição feita no memorial do apelante, no seu item 11, quando trata da área real do imóvel e da venda *ad corpus*.

Os argumentos expostos pelo apelante, tanto nas razões recursais, como no memorial, embora se destaque o esforço de interpretação na análise crítica dos elementos informativos dos autos, não se coadunam com a regra precitada do art. 1.136, parágrafo único, do CC.

Daí por que, ao que indica o exame da matéria, o ilustre Juiz falou em diferença gritante entre a área original do imóvel e aquela apontada como existente, ao ultrapassar de muito o razoável.

Além disso, e tal circunstância não foi descaracterizada nos autos, como salientou o *decisum*, "*no caso em tela inexiste homonia até nos limites do imóvel, sendo aquele apontado no levantamento feito pelos autores divergente do constante no registro imobiliário*" - cf. fls. 49.

Por tais considerações, e rogando vênia ao em. Des. Relator, acompanho o r. voto proferido pelo não menos em. Revisor, para negar provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - VIÚVA DE EX-SERVIDOR - EQUIVALÊNCIA

- A teor da previsão constitucional, a pensão por morte deve corresponder à totalidade dos proventos que percebia em vida o ex-servidor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 187.063-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Pensão previdenciária - Viúva de ex-servidor - Equivalência. - A teor da previsão constitucional, a pensão por morte deve corresponder à totalidade dos proventos que percebia em vida o ex-servidor.

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 fevereiro de 2001. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de ação ordinária proposta por Celina Caldas Antunes Cruz e Maria José de Oliveira Ribeiro contra a Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte - Beprem -, quanto ao recebimento, como viúvas pensionistas de ex-servidores municipais, da totalidade dos vencimentos que seus maridos

percebiam em vida, tendo a sentença ressalvado a prescrição das parcelas vencidas no qüinqüênio anterior à propositura da ação e julgado procedente o pedido, com base no art. 40, § 5º, da CF/88, e no art. 63, § 6º, da Lei Orgânica Municipal, que teriam derrogado o art. 97 do Dec. nº 127/37.

A despeito do silêncio da sentença, a hipótese é de reexame necessário, eis que sucumbiu na ação a Autarquia Municipal (Lei nº 9.469, de 10.07.97), que, não obstante, recorreu, tempestivamente, insistindo na preponderância das regras próprias à revisão de pensão, em vez do disposto no art. 40, § 5º, da Carta Magna, que ainda não foi regulamentado sobre a previsão da correspondente fonte de custeio prevista no art. 195, § 5º, também da Constituição Federal.

Conheço da espécie, por ambos os motivos da subida do processo.

Segundo os elementos contidos nos autos, vê-se que a viúva Celina Caldas Antunes percebia R$446,52, a título de proventos, em julho/98 (fls. 11-TJ), e a outra viúva Maria José de Oliveira Ribeiro, o total de R$1.987,11 (fls. 20-TJ), devendo mesmo, como sentenciado, ser a elas assegurado receberem ou continuarem a receber os valores correspondentes aos dos cargos em que seus maridos foram aposentados.

Ora, a orientação do art. 40, § 5º, da Constituição Federal, é a de que "*o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei* (...)".

Ademais, o Supremo Tribunal Federal reconhece a auto-aplicabilidade da referida disposição constitucional, que encontra similar na Carta Estadual (art. 36, § 5º):

"*Pensão - Limite. - A norma inserta na Constituição Federal sobre o cálculo de pensão, levando-se em consideração a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor público falecido, tem aplicação imediata, não dependendo, assim, de regulamentação. A expressão contida no § 5º do art. 40 do Diploma Maior - até o limite estabelecido em lei - refere-se aos tetos também impostos aos proventos e vencimentos dos servidores. Longe está de revelar porta aberta a que o legislador ordinário limite o valor da pensão a ser percebida*" (STF - Ac. un. da 2ª T., publ. em 21.9.95, RE nº 167.302/8-SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

"*Proventos - Vencimentos - Valor. - A teor do § 5º do art. 40 da Carta Política da República, a pensão corresponde à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. Eis o mandamento constitucional a sofrer temperamento próprio à legitimidade quantitativa da parcela. O que se contém na parte final do preceito outro sentido não possui senão o de enquadrar o valor da pensão nos limites próprios aos proventos e vencimentos, sob pena de submissão da regra assegurada na totalidade referida ao legislador*" (STF - Ac. em Sessão Plena, publ. em 18.08.95-MI 211/8-DF, Relator Min. Octavio Gallotti).

A alegação do réu-apelante no sentido de que haveria necessidade da conjunção das normas insculpidas pelos arts. 40, § 5º, e 195, § 5º, da Constituição Federal, improcede, de vez que o benefício foi criado diretamente pela própria Lei Maior.

Colhem-se, a respeito, os seguintes precedentes:

"*Pensão por morte do servidor público. Aplicação do artigo 40-§5º da Constituição Federal. (...). Inexigibilidade, por outro lado, da observância do artigo 195-§5º da Constituição Federal, quando o benefício é criado diretamente pela Constituição*" (Recursos Extraordinários nºs 190.597/2 e 196.719/6, SP, *Diário do Judiciário* de 18 e 12.10.96, respectivamente).

"*O disposto no § 5º do art. 195 da CF não constitui óbice à sua incidência (do art. 40-§ 5º CF), vez que é dirigido ao legislador ordinário tão-somente no que vincula a criação, majoração ou extensão do benefício ou serviço de seguridade social a correspondente pauta de contas precedentes*" (Agr. Reg. no Recurso Extraordinário nº 167.314/2-SP, Rel. Min. Paulo Brossard).

O mesmo se diga relativamente ao art. 264 da Constituição Estadual e ao art. 52 da Lei nº 9.380/86.

Razão por que confirmo a sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, de lei.

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

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

VEREADOR - MANDATO - CASSAÇÃO - COMISSÃO PROCESSANTE - PARTICIPAÇÃO DE MEMBRO INTEGRANTE DE CPI - IMPOSSIBILIDADE - COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE (AINDA QUE POLÍTICO O JULGAMENTO) - LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO PROCESSADO - OFENSA AO *DUE PROCESS OF LAW* - PROCESSO CASSATÓRIO - NULIDADE

- A participação de membro de CPI em comissão processante nela fundada e destinada à cassação de mandato de vereador acarreta sua nulidade (dela, comissão), por evidente comprometimento da imparcialidade no julgamento

do processo cassatório, ainda que seja este de cunho político. Ademais, quem apresenta denúncia fica impedido de votar sobre ela, e, por óbvio, de participar da comissão processante, pois o liame acusatório que passa a existir entre denunciante e denunciado o impede.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 187.805-7/00 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Vereador - Cassação de seu mandato - Comissão processante - Impossibilidade de dela participar membro integrante da CPI ensejadora de sua instauração - Comprometimento da imparcialidade (ainda que político o julgamento) - Lesão a direito líquido e certo do processado - Ofensa ao *due process of law* - Conseqüente nulidade do processo cassatório. - A participação de membro da CPI em Comissão Processante nela fundada e destinada à cassação de mandato de vereador acarreta sua nulidade (dela, comissão), por evidente comprometimento da imparcialidade no julgamento do processo cassatório, ainda que seja este de cunho político. Ademais, quem apresenta denúncia fica impedido de votar sobre ela, e, por óbvio, participar da Comissão Processante, pois o liame acusatório que passa a existir entre denunciante e o denunciado o impede.

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 EM PARTE NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2001. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Conheço da remessa necessária e do recurso voluntário, uma vez que presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo vereador Laerte Malta Maciel contra ato do Presidente da Câmara Municipal de Ipatinga, consubstanciado na constituição de comissão de processo político-administrativo para apuração de irregularidades que lhe foram imputadas.

Concedida a segurança (sentença de fls. 507/518), recorre o Presidente da Câmara Municipal de Ipatinga, pelos fundamentos, em síntese, a seguir alinhados:

a) em preliminar, que "*não resta dúvida (...) que a sentença ora atacada não merece prosperar, devendo ser declarada nula a decisão em questão, por clara afronta ao art. 460 do CPC*" (fl. 529);

b) que "*...o presente* writ *encontra-se maculado, desde seu nascimento, pela nulidade irreversível decorrente da ausência de citação do vereador, Sr. Eli Rodrigues Martins, para integrar a presente lide*" (fl. 531);

c) no mérito, que o processo político-administrativo tramita com "*regularidade e observância dos preceitos legais atinentes ao critério de formação e constituição da Comissão Processante, insculpidos no Decreto-lei 201/67, Constituição Federal, Lei Orgânica Municipal e Regimento Interno da Câmara*" (fl. 535);

d) que "*... lei alguma impede seja Presidente da CP Vereador que fora Presidente da CPI, considerando-se, mais, tratarem-se de Comissões Temporárias diferentes. O Vereador no seu mister somente está impedido de votar quando tem interesse pessoal no desate da questão, o que não ocorre no caso em apreço*" (fl. 540);

e) que "*a sentença proferida em 1ª instância no sentido de conceder a* ordem requerida, a fim de determinar seja convocada nova Comissão Processante, *a despeito da independência dos Poderes garantida constitucionalmente, compromete a autonomia do Legislativo Municipal. Logo, a sentença do Judiciário encontra-se em dissonância com o disposto pela Carta Federal*" (fls. 542/543);

f) que "*... não há que se falar na procedência do alvitrado mandado de segurança, na forma entendida pelo MM. Juiz* a quo, *pois, além de não ter havido lesão a direito líquido e certo do Apelado, nem a CPI nem o plenário da Câmara manifestaram-se sobre a questão levantada aqui. É defeso aos Poderes extrapolarem seus limites, vez que são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CR)*" (fl. 543).

Há contra-razões (fls. 550/565).

O Ministério Público de 2º grau, em lúcido e judicioso parecer da lavra do culto Procurador de Justiça, Dr. Luiz Fernando Dalle Varela (fls. 575/580), recomenda "*... a reforma da r. sentença de 1º grau...*".

Ab initio, invoca o apelante a nulidade da r. sentença, argumentando que o MM. Juiz *a quo*, ao proferi-la, ultrapassou o pedido, concedendo mais do que foi pleiteado.

O pedido exordial foi no sentido de que se anulasse o ato de constituição da comissão de processo político-administrativo, instaurado contra o impetrante (ora apelado), enquanto a r. sentença determinou fosse convocada nova comissão processante, ante a violação.

A teor do art. 128 do Código de Processo Civil, o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas. Entretanto, *sendo* ultra petita *a sentença, não se dará a sua nulidade, mas tão-só a exclusão do excesso praticado*. Nesse sentido, os precedentes seguintes: STJ-3ª T., REsp 29.425/7-SP, Rel. Min. Dias Trindade,

j. 01.12.92, *in DJU* de 08.02.93, p. 1.031; STJ-*RT*, 637/181; *RT*, 750/307; *RTJ*, 89/533, 112/373; *RJTJESP*, 49/129; *RP*, 4/406, ementa 193.

Rejeita-se, pois, a primeira preliminar.

É também argüida, pelo apelante, nulidade processual por ausência de citação do vereador Eli Rodrigues Martins, pois teria a qualidade de litisconsorte passivo necessário, o que implicaria causa de nulidade do *decisum* de primeiro grau.

Igualmente sem razão o apelante, porque a lide foi proposta ao fundamento de que a Câmara Municipal de Ipatinga, ao instaurar comissão processante para apuração de denúncia de irregularidade administrativa atribuída ao apelado, agira em desrespeito à lei, infringindo direito líquido e certo dele. Ora, se assim é, a legitimidade para figurar no pólo passivo da lide pertence ao Presidente da Câmara Municipal, em virtude de sua condição de representante legal da mesma. Não se pode atribuir a qualidade de parte ao vereador Eli Rodrigues Martins, à míngua de seu efetivo interesse na lide, uma vez que a sentença não o beneficiará e nem o prejudicará diretamente, somente atingindo a sua presumida expectativa de cidadão, o que não justifica a sua participação na relação processual.

Rejeita-se também a segunda preliminar.

Assinale-se, antes do ingresso no mérito, que configura primordial mister do Poder Judiciário, sempre que instado, velar pelo respeito às leis e às garantias constitucionais, contra quem quer que as venha transgredir, inclusive membros do Poder Legislativo ou do Executivo, sob pena de se instalar o caos e o desequilíbrio do bom convívio social, comprometendo-se, inclusive, o regime democrático.

No tocante ao cerne da questão de fundo propriamente dito, mais uma vez sem razão o apelante, não obstante os seu vigorosos argumentos recursais.

Bem se sabe que não se confunde a natureza das comissões temporárias instauradas.

As comissões parlamentares ou especiais de inquérito têm apenas natureza inquisitiva. Consoante HELY LOPES MEIRELLES, "*em qualquer caso, as conclusões do inquérito terão valor meramente informativo para o processo político-administrativo, penal, civil ou administrativo que se instaurar em forma legal, perante o órgão ou autoridade competente para a responsabilização do infrator*". (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros Editores, 6ª ed., p. 477).

Já a comissão processante, ao final, poderá emitir parecer acolhendo ou não a acusação, consoante o art. 5º do Decreto-lei nº 201/67, daí a sua natureza decisória, razão pela qual deverá pautar-se pelo princípio do *due process of law*, devendo os componentes ser imparciais e isentos de ânimo.

Assevere-se que o sistema adotado pelo Decreto-lei nº 201/67, para a constituição da comissão processante *por sorteio*, denota clara preocupação em assegurar uma salutar isenção na composição da comissão, valorizando, pois, o espírito de imparcialidade e justiça de que se deve revestir o parecer por ela emitido.

Destarte, ao se permitir que o participante da CPI venha, igualmente, a integrar a comissão processante, instaurada a partir dos elementos apurados por ela (CPI), estar-se-ia retirando do acusado a possibilidade de obter um justo julgamento político-administrativo, comprometido pela absoluta falta de isenção de seus membros.

E nem se diga que a conclusão da CPI não implica emissão de juízo de valor. Tal assertiva entra nos autos como Pilatos no Credo, *data venia*.

Basta uma simples leitura das ilações dos trabalhos da CPI para se averiguar que ela se encontra embrenhada de juízo sobre os fatos denunciados. É o que se vê de suas conclusões. Ei-las:

"*Diante dos fatos relatados, chega a Comissão à conclusão que o senhor Laerte Malta Maciel utiliza nome dos filhos, parentes e terceiros para encobrir suas transações comerciais.*

... conclui, também, fortes indícios de enriquecimento ilícito, visto todos os depoimentos e documentos constantes dos autos" (fl. 480).

Afigura-se, pois, tão claro como luz meridiana o comprometimento da isenção do vereador que participou da CPI e assinou o relatório que conclui expressamente no sentido da ilicitude da conduta atribuída ao acusado (o ora apelado).

Em suma, a comissão processante, em sua formação original, afronta o art. 5º, XXXVII, da *Lex Major*, conforme ponderadamente assinalou o dinâmico Juiz *a quo*, Dr. Fábio Torres de Sousa.

No que tange à convocação de nova comissão processante, determinada no r. decisório submetido ao duplo grau de jurisdição, pondere-se que se trata de faculdade do Poder Legislativo, segundo suas próprias conveniências, estas de natureza eminentemente política.

À luz do exposto, em reexame necessário, reforma-se, em parte, a r. sentença, apenas para excluir-se de sua parte dispositiva a determinação de convocação de nova comissão processante, por tratar-se de faculdade do Legislativo, segundo suas conveniências. Fica prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR REFORMANDO A SENTENÇA EM PARTE, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (*Des. Bady Curi*) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 22.02.2001, a meu pedido como Revisor, após votar o Relator rejeitando preliminares e reformando a sentença em parte, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Meu voto é o seguinte:

Reexaminei a espécie e coloco-me inteiramente de acordo com o voto do eminente Relator, quando S. Exa. afirma, em seu erudito pronunciamento, que o membro do Legislativo que participou da Comissão Parlamentar de Inquérito não pode participar também da Comissão Processante.

Na verdade, não podemos confundir a figura do denunciante com a do julgador.

Estou de acordo com S. Exa.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E REFORMARAM EM PARTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ - AFASTAMENTO - ÔNUS DO EXECUTADO - INTELIGÊNCIA DO ART. 3º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 6.830/80 - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - NÃO-CONFIGURAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 138 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN - MULTA DE REVALIDAÇÃO - LEGALIDADE - DÉBITO FISCAL - JUROS - TAXA SELIC - ADMISSIBILIDADE - PREVISÃO LEGAL - RESOLUÇÕES Nºs 2.816/96 E 2.825/96 - LEI FEDERAL Nº 9.065/95 - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75

- Os embargos do devedor não são mero meio de defesa, mas verdadeira ação incidental, visando desconstituir o título executivo que sustenta a execução.

- A presunção de certeza e liquidez de que goza a dívida ativa regularmente inscrita é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite, a teor do art. 3º e seu parágrafo único da Lei nº 6.830/80.

- Para que a responsabilidade seja excluída da denúncia espontânea da infração, é necessário que o sujeito passivo reconheça tê-la praticado e, simultaneamente, recolha o débito tributário porventura existente, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, ou deposite o montante arbitrado, se dependente de apuração, consoante disposição contida no art. 138 do CTN, não sendo possível considerar-se espontânea a denúncia apresentada quando já existente procedimento administrativo ou medida de fiscalização diretamente vinculada à infração, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo e Código.

- Se a multa de revalidação foi aplicada com fiel observância da norma legal de regência da época, não pode ser tachada de excessiva e/ou ilegal. Outrossim, havendo redução de tal penalidade, no curso da execução fiscal, através da Lei Estadual nº 12.729/97, o que certamente deverá ser observado na fase satisfativa da execução independentemente de qualquer pronunciamento judicial a respeito, nessa oportunidade, esse fato não macula a liquidez e a certeza do crédito tributário.

- Inexiste óbice à incidência da taxa Selic na cobrança de juros nos débitos tributários, já que prevista na Resolução nº 2.816, de 25.09.96, alterada pela Resolução nº 2.825, de 01.11.96, baixadas com suporte na Lei Federal nº 9.065, de 30.06.95, uma vez que, conforme prevê o parágrafo único do art. 226 da Lei Estadual nº 6.763/75, "*na falta da TRD, os juros serão obtidos tomando-se por base os mesmos critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais***".**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 188.395-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Execução fiscal - Embargos - Regularidade da CDA - Juros - Taxa Selic - Admissibilidade, a teor da Lei nº 6.763/73 e Res. nº 2.816/96 - Denúncia espontânea não caracterizada - Multa de revalidação que se mantém.

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, 23 de novembro de 2000. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentação oral, pela apelante, o Dr. Nelson Xisto Damasceno Filho, e, pela apelada, o Dr. Osvaldo Nunes França.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Sr. Presidente. Antes de mais nada, registro o recebimento de substancioso

memorial apresentado pela apelante, que mereceu a devida atenção.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de embargos do devedor apresentados por Organizações Brasil Minas Máquinas e Peças Ltda., incidentalmente processados à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgados improcedentes, como consta do relatório.

Julgaram-se improcedentes os embargos ao fundamento de que a apelante não demonstrou reunir os requisitos necessários à configuração da denúncia espontânea capitulada no art. 138 do CTN, não lhe assistindo o direito de se ver isenta da multa devida, nem dos juros moratórios, sendo plenamente aplicável, na espécie, a cobrança dos juros pela taxa Selic.

Afirmou-se, ainda, que a redução do percentual da multa, embasada na Lei 12.729/97, é automática, com valor aferível por simples operação aritmética, questão irrelevante, uma vez que a embargante deixou de cumprir concedido parcelamento.

Sempre é bom lembrar que não são os embargos do devedor mero meio de defesa, mas verdadeira ação incidental visando desconstituir a força executiva do título que sustenta a execução, enquanto "*a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite*" (art. 3° e seu parágrafo único da Lei 6.830, de 22.09.80).

No caso, a embargante não se desincumbiu, a contento, de tal ônus, preferindo tecer vagas e imprecisas críticas à execução, sem fomento jurídico algum para sequer tisnar a presunção de liquidez e certeza do crédito nela consubstanciado.

Analisando-se as CDA's que sustentam a execução, verifica-se que versam sobre saldo remanescente de parcelamento referente a débito tributário não contencioso.

Na real verdade, não há que se falar em denúncia espontânea da infração por parte da embargante.

É que ela:

"*Pressupõe que o sujeito passivo, por ato espontâneo (de moto próprio), reconheça haver praticado a infração, e simultaneamente, recolha o débito tributário porventura existente (atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora) ou deposite o montante arbitrado, se dependente de apuração.*" (*Código Tributário Nacional, Comentários, Doutrina e Jurisprudência*, JOSÉ JAYME DE MACEDO OLIVEIRA, 1998, Editora Saraiva, comentários ao art. 138, p. 355.)

Destarte, consoante o disposto em referido art. 138 e seu parágrafo único, não se admite a exclusão da responsabilidade sem pagamento do tributo e dos juros de mora, não sendo possível considerar-se espontânea a denúncia apresentada quando já existente procedimento administrativo ou medida de fiscalização diretamente vinculada à infração.

Por outro lado, as certidões de dívida ativa que amparam a execução preenchem os requisitos exigidos pelo art. 202 do Código Tributário Nacional, nela estando explicitado, inclusive, que "*a partir de 01.12.96, será aplicada a taxa de juros de mora prevista na Res. 2.816/96, alterada pela Res. 2.825/96*".

No que diz respeito à multa de revalidação, sua aplicação se deu com fiel observância da norma legal de regência da época, não podendo ser tachada, portanto, de excessiva e/ou ilegal.

Não resta dúvida de que, no curso da execução, houve redução de tal penalidade, através da Lei Estadual n° 12.729, de 30.12.97, o que, certamente, será observado na fase satisfativa da execução, independentemente de qualquer pronunciamento judicial a respeito, nessa oportunidade, fato este que não macula a liquidez e a certeza do crédito tributário.

Por sua vez, não se vê óbice algum à incidência da taxa Selic, na espécie, já que prevista na Resolução 2.816, de 25.09.96, alterada pela Resolução 2.825, de 01.11.96, baixadas com suporte na Lei Federal 9.065, de 30.06.95, uma vez que, conforme prevê o parágrafo único do art. 226 da Lei Estadual 6.763/75, "*na falta da TRD, os juros serão obtidos tomando-se por base os mesmos critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais*".

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.

-:::-

BANCO - INSTALAÇÃO DE PORTAS DE SEGURANÇA - MATÉRIA EXCLUSIVA DA UNIÃO - LEI MUNICIPAL Nº 4.343/98, DE DIVINÓPOLIS (MG)

- A competência para regular normas de segurança de agências bancárias é exclusivamente da União Federal, não cabendo ao município legislar sobre essa matéria.

- V.v.: - Não há falar-se em inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.343/98, do Município de Divinópolis, que dispõe sobre a obrigatoriedade da instalação de portas de segurança nas agências bancárias, no âmbito daquele município, eis que incide, na espécie, a competência suplementar do município prevista no art. 24, § 2º, e art. 30, II, da CF, pelo princípio da simetria. *(Des. Páris Peixoto Pena)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 189.338-7/00 - Comarca de Divinópolis - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Apelação - Mandado de segurança - Agência bancária - Instalação de portas de segurança - Matéria exclusiva da União - Lei Municipal nº 4.343/98 - Segurança concedida. - A competência para regular normas de segurança de agências bancárias é exclusivamente da União Federal, não cabendo ao município legislar sobre essa matéria.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2001. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Bradesco S.A. contra sentença, cujo relatório se adota, que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do Prefeito Municipal do Município de Divinópolis e do Presidente da Câmara Municipal de Divinópolis, denegou a segurança, revogando a liminar concedida.

Alega o apelante a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.343/98, de 14 de maio de 1998, que dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de portas de segurança nas agências bancárias, no âmbito do Município de Divinópolis, pois compete privativamente à União legislar sobre direito bancário das agências bancárias no território nacional.

As contra-razões foram apresentadas, insistindo os apelados na constitucionalidade da precitada lei municipal, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo improvimento do recurso.

Insurge-se o apelante contra ato do Prefeito Municipal e do Presidente da Câmara Municipal de Divinópolis, que, por força da Lei Municipal nº 4.343/98, determinou a instalação de porta de segurança com dispositivos antimetal na entrada da agência.

Na verdade, a competência para regular normativamente o funcionamento de agências bancárias é exclusivamente da União Federal, não cabendo ao município legislar sobre essa matéria.

A Constituição Federal, no artigo 30, trata da competência dos municípios e dispõe no seu inciso I que poderão "*legislar sobre assuntos de interesse local*"; no inciso II, "*suplementar a legislação federal e estadual no que couber*".

Ora, não se insere nos "*assuntos de interesse local*" matéria relacionada com a segurança nas agências bancárias.

Ademais, o STF consolidou entendimento no sentido de que a matéria - horário de funcionamento bancário - é da competência exclusiva da União, porque transcende ao peculiar interesse do Município (RE nº 130.684/0, Min. Carlos Velloso, *RT*, 675/264).

Admitindo-se que o horário de funcionamento dos estabelecimentos bancários não se insere entre os "*assuntos de interesse local*" dos municípios, forçoso concluir, por extensão, que há plausibilidade, no mínimo, na tese afirmativa de que questões relacionadas com a segurança neles também não estão compreendidas.

Assim, a competência para legislar sobre segurança dos estabelecimentos bancários é da União Federal, não podendo lei municipal estabelecer forma de segurança nas agências bancárias.

Outrossim, não podia o legislador municipal dispor sobre as atividades bancárias, sua fiscalização e funcionamento, visto que sobre a matéria já existe a Lei Federal nº 7.102/83, que atribui ao Banco Central do Brasil a aprovação do sistema de segurança de qualquer agência.

Além disso, a Carta Magna não delega ao município competência para legislar suplementarmente sobre o assunto.

Assim, a Lei Municipal nº 4.343/98 afronta o direito líquido e certo do impetrante, ora apelante.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para conceder a segurança.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Brandão de Resende - De acordo.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E O REVISOR DANDO PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 21.11.00, a pedido do Vogal, após votarem o Relator e o Revisor dando provimento.

Com a palavra o Des. Páris Peixoto Pena.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Convenço-me de que não se pode admitir umbilicalmente ligado à competência da União o cuidar o município da segurança das pessoas (funcionários e clientes).

Como bem disse a douta Procuradora, "*a exigência da instalação de portas de segurança nas agências bancárias em nada interfere no funcionamento de tais casas ou na inteligência do Sistema Financeiro, não havendo a apregoada inconstitucionalidade*".

Data venia, torna-se manifestamente descabido o entendimento de que a obediência a essa lei implicaria alteração e total reformulação do sistema de atendimento das agências, com repercussão em todo o "território nacional".

Note-se que, a menos que já haja uma predisposição acerca do tratamento que deve ser conferido à matéria, salta aos olhos que a questão discutida nestes autos em nada se confunde com a que restou pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça e consubstanciada no Verbete 19 daquela Corte.

Com efeito, lá se decidiu que "*a fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União*". Naquele caso, era procedente tal tratamento da matéria tendo em vista que o sistema de compensação bancário, por demais oneroso e complexo, dada a movimentação financeira diária, não poderia funcionar com a precisão que o sistema requer se cada município estipulasse a seu talante o horário de abertura e fechamento das agências bancárias situadas em seus limites, restando prejudicada até mesmo a comunicação entre as diversas agências do mesmo banco, eis que realizada *on line*.

Ora, no caso dos autos, o mesmo não ocorre, razão pela qual não vislumbro a eiva de inconstitucionalidade que se lança sobre a lei municipal, eis que editada sob o amparo do art. 30, I, da Carta Magna.

Nesse sentido, ensina ALEXANDRE DE MORAIS:

"*Apesar de difícil conceituação,* interesse local *refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, 'é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos Municípios (...) dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional'*" (*in Direito Constitucional*, 6ª ed., Atlas, 1999, p. 282).

Lado outro, tenho que improcede a alegação de negativa de vigência aos arts. 21, VIII; 22, VI, VII e XVI; 48, XIII; e 192, IV, da Constituição Federal. Não se está, como já demonstrado, a disciplinar as atividades realizadas pelas instituições financeiras, conceituadas no art. 1º da Lei nº 7.492/86, que regula os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, como sendo "*atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários*".

Valho-me do art. 1º da Lei nº 7.492/86, em vez do art. 17 da Lei nº 4.595/64, por considerar que ainda hoje não foi editada a lei complementar de que trata o *caput* do art. 192 da CF.

E não me venham com a afirmação de que a CF de 1988 recepcionou a Lei nº 4.595/64, pois que a delegação transmitida por ela ao Conselho Monetário Nacional morreu com o advento do art. 25 do ADCT, especialmente no seu item I.

Nesse diapasão, afigura-se-me correta a afirmativa de que, ao distinguir as atividades realizadas por tais instituições em primárias ou típicas (as mencionadas supra) e secundárias, diz que "*as atividades secundárias, enquanto 'serviços', submetem-se às regras do Código de Defesa do Consumidor*" (fls. 48), notadamente do art. 3º, § 2º, daquele Código, sem embargo de não comungar da conclusão tirada por ele no sentido de que a competência legislativa estaria reservada à União por força do art. 48 do ADCT, pelo simples fato de que a mesma não se encontra elencada no rol taxativo do art. 22 da mesma Carta.

Ao revés, tenho que a competência *in casu* é concorrente, nos termos do art. 24, V e VIII, da CF. Assim, sendo o CDC norma geral (art. 24, § 1º) que não contemplou a matéria tratada nestes autos, tenho que incide na espécie a competência suplementar do município prevista no art. 24, § 2º, e art. 30, II, da Constituição, pelo princípio da simetria.

Consoante o mesmo autor citado supra:

"*O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas no art. 24 da Constituição de 1988*" (*op. cit.*, p. 284).

Bem por isso, entendeu o colendo Supremo Tribunal Federal como constitucionais as leis municipais que regulamentam o comércio local (Súmula 419), mesmo apesar de, nessa hipótese, ser a competência legislativa acerca da matéria de comércio privativa da União, nos termos do art. 22, I, da CF.

Ante o exposto, tenho que a sentença não deve ser reformada, eis que inexiste direito líquido e certo do apelado a ser tutelado neste *writ*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

-:::-

SEPARAÇÃO JUDICIAL - HOMOLOGAÇÃO - RECONCILIAÇÃO - RESTABELECIMENTO DO REGIME DE BENS (COMUNHÃO UNIVERSAL) - POSTERIOR DIVÓRCIO - BEM ADQUIRIDO PELA VAROA DURANTE O PERÍODO DA SEPARAÇÃO E ANTES DO ADVENTO DA CF/88 - PARTILHA - IMPOSSIBILIDADE - BEM RESERVADO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 246, C/C O 263, XII, DO CÓDIGO CIVIL

- Mesmo tendo sido restabelecido o regime da comunhão universal de bens através de reconciliação, não se pode deferir, ao "*varão, a pretendida partilha do bem adquirido pela varoa, com exclusividade e recursos próprios*", no longo interregno havido entre a separação e a reconciliação, mormente se dita aquisição ocorreu antes do advento da Constituição Federal de 1988. Trata-se, "*neste caso específico*", de bem reservado da mulher, nos precisos termos dos artigos 246 e 263, XII, ambos do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 189.396-5/00 - Comarca de João Monlevade - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Separação judicialmente homologada - Reconciliação após sete anos - Restabelecimento do regime de bens (comunhão universal) - Posterior divórcio - Bem adquirido pela varoa antes de 1988 - Partilha - Impossibilidade - Bem reservado - Inteligência dos arts. 246 c/c 263 do Código Civil. - Mesmo tendo sido restabelecido o regime da comunhão universal de bens através de reconciliação, não se pode deferir ao varão a pretendida partilha do bem adquirido pela varoa, "*com exclusividade e recursos próprios*", no longo interregno havido entre a separação e a reconciliação, mormente se dita aquisição ocorreu antes do advento da Constituição Federal de 1988. Trata-se, "*neste caso específico*", de bem reservado da mulher, nos precisos termos dos arts. 246 e 263, XII, ambos do Código Civil.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2001. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - A.M.X. ajuizou ação de divórcio (com fulcro no art. 40 da Lei nº 6.515/77) c/c ação cautelar inominada contra J.F.X., objetivando: a) a decretação do divórcio; b) a fixação de alimentos em R$200,00 mensais; c) concessão da medida cautelar, no sentido de determinar-se a retirada do réu do imóvel, que alega pertencer-lhe com exclusividade (fls. 02/05).

Após regular tramitação, foi prolatada a sentença que julgou, em parte, procedente o pedido inicial, apenas para "*converter em divórcio a separação dos litigantes (...), na forma do art. 40 da Lei 6.515/77*" e consectários, tendo indeferido a partilha do imóvel, em razão de ter sido adquirido com recursos próprios da varoa, e a pensão por ela pleiteada, ante a ausência de provas aptas a demonstrar sua necessidade (fls. 48/50).

Inconformado, J.F.X. interpôs recurso de apelação, com vistas à reforma do julgado, unicamente para que seja determinada a partilha do bem imóvel descrito na exordial. Argumenta, para tanto, que, por força da reconciliação requerida em 19.03.93, foi dada seqüência ao regime de comunhão de bens adotado no casamento, o que faria com que os bens adquiridos por quaisquer das partes devessem ser partilhados na ocasião do divórcio (fls. 52/55).

Há contra-razões, através das quais a apelada pugna pela manutenção do *decisum*, haja vista a demonstração de que o apelante em nada contribuiu para a aquisição do imóvel, motivo por que não há de se falar em sua partilha (fls. 57/59).

A Promotoria de Justiça apresentou parecer recursal opinando pelo provimento do recurso (fls. 61/64).

Nesta instância, o Ministério Público de segundo grau, através do parecer da lavra do conceituado Procurador de Justiça, Dr. Renato Topan, recomenda o provimento do recurso para que se proceda à partilha do referido bem (fls. 71/75).

É, em síntese, o relatório.

Passa-se à decisão.

Recurso próprio, tempestivo e dispensado de preparo, por deferimento da gratuidade de justiça, dele se conhece.

Como relatado, cuida-se de apelação parcial interposta com o único escopo de ver partilhado o imóvel descrito na proemial, ou seja, uma casa e seu respectivo lote, situada na quadra 23 do lote 23 na Rua Miguel Arcanjo, nº 122, Bairro de Lourdes, no Município de João Monlevade.

Entretanto, razão alguma assiste ao apelante, seja do ponto de vista legal, seja moral, conforme a seguir se demonstra.

O exame do conjunto probatório demonstra que, primeiramente, foi ajuizada ação de separação judicial litigiosa, que tramitou perante a 1ª Vara da Comarca de João Monlevade sob o nº 3.214/84 (fls. 12/15), *posteriormente convertida em consensual*, por força do acordo celebrado entre as partes, acordo este que, apesar do parecer contrário emitido pelo Ministério Público, *foi devidamente homologado por sentença*, em 12.12.85 (fl. 16).

Constata-se que, *passados mais de sete anos*, ou seja, no ano de 1993,

o casal se reconciliou, tendo sido requerida a expedição de ofício ao cartório competente para as anotações devidas (fls. 17/18). A reconciliação, porém, durou apenas dois anos, pois em 1998 já estava sendo pleiteado o divórcio direto.

Tais registros se fazem necessários, pois o apelante argumenta, com o único objetivo de ver partilhado o discutido imóvel, que "*o casal, ao se reconciliar, deu seqüência ao regime de comunhão de bens adotado no casamento*", e que, em razão disto, "*os bens adquiridos por quaisquer das partes deveria* (sic) *ser partilhado na ocasião do divórcio*", sendo irrelevante o fato de ter ou não contribuído para a formação do patrimônio, porque "*não é objeto de discussão no regime de comunhão de bens*" (fl. 54).

Ora, como cediço, "*os ex-cônjuges estão legitimados a restabelecer a sociedade conjugal a qualquer tempo, independentemente da causa da separação*", *ex vi* do art. 46 da Lei nº 6.515/77 (*in* MARCO AURÉLIO S. VIANA, *Curso de Direito Civil*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1993), sendo certo que tal restabelecimento se faz com o *mesmo regime de bens, que é imutável*.

Entretanto, *neste caso específico*, nem a reconciliação havida e nem o fato de se ter restabelecido o regime de bens - o da comunhão universal de bens - *gera o efeito pretendido pelo apelante*, isto é, ser efetuada a partilha do único bem descrito na exordial.

Registre-se que o imóvel que o apelante pretende ver partilhado foi adquirido *exclusivamente* pela apelada, *que não contou com qualquer tipo de ajuda financeira do apelante durante todo o período da separação* - de 1985 a 1993 -, *época em que se deu a aquisição do referido bem* (ocorrida em 20 de novembro de 1987).

Registre-se, mais, que naquele período - o da separação - o apelante não prestou qualquer tipo de assistência à apelada, nem mesmo alimentos para os filhos menores, sendo este um dos motivos pelos quais o Ministério Público, naquela oportunidade, opinou pela não-homologação do acordo firmado nos autos da separação.

Ora, a apelada, de 1985 a 1993, lutou para manter a própria subsistência e a dos filhos do casal, *sem contar com qualquer tipo de ajuda do apelante*, e ainda conseguiu, neste mesmo período - o da separação - adquirir, com seus próprios e exclusivos esforços, o discutido bem imóvel. Se dita aquisição tivesse ocorrido após o advento da Constituição Federal, tal caso apresentaria um grau maior de dificuldade para uma decisão mais justa, já que, de um lado, estariam os princípios gerais do Direito (*e da própria moral*) norteadores de todo o sistema e, de outro, a própria legislação positiva.

Entretanto, não é o caso dos autos, haja vista que a aquisição do imóvel descrito na exordial ocorreu em data de 20 de novembro de 1987 e, portanto, *antes do advento da vigente Constituição Federal*.

Assim, *na espécie sub judice*, não há como deixar de se reconhecer que o imóvel constitui bem reservado da mulher (a apelada), *pois adquirido exclusivamente com o produto do seu trabalho* e/ou com a permuta de bens que lhe pertenciam, à época, *também com exclusividade*. É, desta forma, *incomunicável dito bem, por se tratar de patrimônio autônomo*, que fica submetido à administração e ao gozo exclusivo da mulher casada, seja sob o regime da comunhão universal, seja o da comunhão parcial de bens.

O *Civile Codex*, em seu art. 263, *exclui* da comunhão *os bens reservados* de que trata o art. 246 do mesmo diploma legal (XII) *e os frutos civis do trabalho* ou indústria *de cada cônjuge* ou de ambos (XIII), que é o caso dos autos. Portanto, nada há para ser reparado na bem-lançada sentença objurgada.

A fim de que não paire nenhuma dúvida acerca da efetiva entrega da prestação jurisdicional, é oportuno frisar que a alegação de que o apelante teria contribuído para a aquisição do imóvel, "*pois este foi adquirido pela apelada com o produto do que lhe coube na ação de separação...*" (fl. 54), é totalmente descabida e insustentável.

Ora, se é certo que na separação do casal o cônjuge varoa recebeu parte dos bens havidos pelo casal, isto em nada altera os destinos da lide, seja porque *ditos bens já eram seus* (dela, apelada), pois decorrentes da meação então havida, seja porque, de outro lado, *também o apelante recebeu a parte que lhe cabia, na forma como acordada, inclusive beneficiando-se com a (absurda) dispensa de prestar alimentos aos filhos menores*!!!

Ademais, ressalte-se, um dos efeitos da separação judicial é, justamente, o de pôr fim ao regime de bens. Com a partilha do patrimônio comum, cada cônjuge passa a exercer a titularidade sobre os bens que lhe couberam, *in casu*, como decorrência da meação. Assim, como se vê, o apelante em nada contribuiu para a aquisição do imóvel que pretende ver partilhado. Ao contrário, obstou a apelada, durante todos os longos anos que durou a separação do casal, de dispor livremente dos bens que lhe cabiam - por força da meação -, enquanto ele próprio pôde gozar dos seus *livremente e sem qualquer interferência de quem quer que seja*, inclusive porque o mesmo sequer prestava alimentos aos filhos do casal.

No caso *sub examinem*, o que o apelante pretende não merece acolhida, até por uma questão de justiça e eqüidade. A propósito, depois de mais de sete anos de ausência (inclusive material), pretender discutir os destinos que a varoa deu aos bens que lhe couberam na separação conjugal anterior, sem sequer mencionar os seus próprios bens ou o uso que deles fez durante todos aqueles anos, *é um absurdo que nenhum tribunal pode permitir*, e não há de ser este Relator que irá fazê-lo nesta oportunidade, *permissa venia*.

Por fim, não há como deixar de registrar que há princípios maiores que

regem o Direito e que não podem, em hipótese alguma, ser "*esquecidos*" por ocasião da aplicação da lei. São tais princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico e que devem ser a mola mestra da *hermenêutica*. A inteligência dos dispositivos legais alhures mencionados recomenda a manutenção da sentença verberada, além de traduzir, no caso concreto, a solução mais jurídica, adequada e justa.

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.

-:::-

FALÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - DECRETO-LEI Nº 7.661/45, ART. 76 - INTELIGÊNCIA

- Quando o Decreto-lei nº 7.661/45, art. 76, assegura a desconstituição da arrecadação em razão de contrato, está admitindo a obrigação de a falida entregar o bem por força da relação obrigacional, tornando certa a restituição. O pedido de restituição não se funda na regularidade da posse do bem pela falida quando da arrecadação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 190.146-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Falência - Pedido de restituição - Decreto-lei nº 7.661/45, art. 76. - Quando o Decreto-lei 7.661/45, art. 76, assegura a desconstituição da arrecadação em razão de contrato, está admitindo a obrigação de a falida entregar o bem por força da relação obrigacional, tornando certa a restituição. O pedido de restituição não se funda na regularidade da posse do bem pela falida quando da arrecadação.

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, 15 de março de 2001. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço do recurso.

Em pedido de restituição de bem imóvel ajuizado por Erik Pimenta Monducci contra massa falida de Mello Franco Marques Consultorias Ltda., pautado na LF, art. 76, postulando-se, em alternativa, a habilitação do crédito correspondente; a sentença de fls. 107/113 julgou improcedente o pedido principal, acolhendo o alternativo, determinando a inclusão do crédito no quadro geral de credores, com o privilégio previsto na LF, art. 102, § 3º, I, c/c a Lei 4.591/64, art. 43, III, apelando o requerente.

Alega o recorrente que buscou, com o pedido de restituição, embasado em relação jurídica obrigacional, desconstituir a arrecadação promovida pelo síndico, pretensão que restou prejudicada por fato imputável à requerida, "*que se vale de sua própria torpeza em Juízo*" (fl. 117). Estava a falida em mora, não cumpriu a avença na forma e prazo devidos, a loja estava concluída, mas não foi entregue ao requerente.

Ademais, é absolutamente incontroversa a existência do contrato de incorporação imobiliária, a quitação total do preço avençado e, finalmente, que as lojas são independentes e já estavam prontas ao tempo da arrecadação, autorizando o apelante a exigir o cumprimento da obrigação e a aplicação da LF, art. 76.

Razão assiste ao recorrente, porquanto o texto de lei garante a restituição de que se trata (art. 76), eis que devida em razão de contrato.

Cuida-se de pedido de restituição de bem imóvel, duas salas do "Condomínio do Edifício Ouro Center", objeto do contrato de promessa irretratável de compra e venda, celebrado pelas partes em 13.02.90, com aditivo de 15.02.90 (não honrado pela falida), cujo preço avençado foi integralmente pago pelo requerente em 17.09.91. Fato incontroverso, como também é incontroversa a afirmação do recorrente, sem impugnação da recorrida, de que referidas lojas são independentes do prédio e se achavam concluídas quando da arrecadação.

Entendeu o douto Julgador, com base na Lei 4.591/64, art. 43, III, c/c a LF, art. 77, § 5º, e art. 102, 3º, I, que, não sendo possível à maioria dos credores da falida dar continuidade à obra interrompida pela decretação da quebra, somente poderia habilitar o crédito do requerente com o privilégio que a lei lhe confere.

Não se questiona que "*em caso de falência do incorporador e não ser possível à massa prosseguir na construção, os adquirentes serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago*" (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Condomínio e Incorporações*, 6ª ed., p. 283), *ex vi* da Lei 4.591/64, art. 43, III.

Todavia, não se trata aqui de saber se é possível ou não à maioria prosseguir na construção de edificação, interrompida pela decretação da quebra, porque as salas objeto do pedido de restituição são independentes do prédio e estão concluídas, bem como já haviam sido integralmente pagas, não

se justificando o indeferimento do pedido de restituição, eis que sustentado na lei.

A r. sentença, embora reconhecendo o pagamento integral do preço pelo requerente, entendeu que não se podia falar que a restituição era devida em virtude de contrato ou em razão de direito real, à consideração de inexistir escritura pública de compra e venda (que somente transferiria a propriedade do bem ao promissário-comprador, quando transcrito no Cartório do Registro de Imóveis), concluindo que tinha o requerente tão-somente expectativa de direito, que não se concretizou (fl. 110), além de regular a posse do bem pela falida quando da arrecadação.

Ora, não se pode deixar de concordar com o recorrente, quando afirma que: "*Ao falar em direito real, não está o Decreto-lei 7.661/45 referindo-se apenas ao domínio. Direito real é, igualmente, a promessa irretratável e irrevogável levada ao registro imobiliário, como está no Decreto 58/37 e art. 167, I, 9, da Lei de Registros Públicos.* No caso vertente, impossível o registro do contrato de promessa de compra e venda, porque não houve registro da incorporação imobiliária, que deve ser matriculada na forma do art. 167, I, 20, da Lei de Registros Públicos e art. 32 da Lei nº 4.591/64. *Nessa linha, frustrada qualquer iniciativa visando o registro, o que beneficia o Falido,* que se vale da sua própria torpeza em Juízo. Ele deixa de registrar a incorporação imobiliária e depois frustra a restituição apoiado na sua omissão, o que não se pode tolerar, pois ninguém pode alegar a própria torpeza em Juízo..." (fl. 117).

"*Quitado o preço da promessa de compra e venda, os direitos elementares do domínio estão inteiramente consolidados no direito do compromissário comprador, nada mais restando ao promitente vendedor senão a obrigação (inexorável) de assinar uma escritura*" (cf. JOSÉ OLEGÁRIO AZEVEDO JR., *Compromisso de Compra e Venda*, 2ª ed., p. 91).

Nessa linha de raciocínio, embora se trate de pretensão de desconstituição de arrecadação, decorrente de relação obrigacional, lúcida a assertiva de que, na promessa irretratável de compra e venda, o domínio do vendedor é utilizado apenas como garantia. Pago integralmente o preço avençado, a garantia perde sentido, afastando o direito de dispor da coisa, assumindo o adquirente os poderes elementares do domínio, caracterizando como injusta a posse do vendedor, sem causa jurídica.

A Lei de Falências prevê os embargos de terceiro - art. 79 -, onde poderia ocorrer a discussão a respeito da posse, que a r. sentença afirmou justa a da falida, mas, para o pedido de restituição pautado no art. 76, irrelevante tal debate, porquanto decorrente de direito real ou obrigacional. O pedido de restituição não se funda na regularidade da posse do bem pela falida quando da arrecadação, não estabelecendo referido dispositivo qualquer subordinação à posse - justa ou injusta - para assegurar a restituição.

Assim, embora judiciosa a tese esposada pela r. sentença, com base no ordenamento jurídico, diga-se de passagem, permanece a idéia de que, quando o Decreto-lei 7.661/45, art. 76, assegura a desconstituição da arrecadação em razão de contrato, está admitindo a obrigação de a falida entregar o bem por força da relação obrigacional, tornando certa a restituição. Além de, no caso, atender ao disposto na LICC, art. 5º, como afirmado pelo recorrente, haja vista que a tarefa do aplicador do direito é buscar a atualização do texto normativo, de sorte a criar as condições para o surgimento de decisões judiciais mais adequadas à administração dos conflitos sociais e mais sintonizada com a realidade.

Enfim, em um caso em que se consigna a possibilidade da restituição, não se justifica impor ao requerente, que cumpriu e honrou o contrato celebrado, o calvário do processo falimentar, sujeito às dificuldades daí advindas.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo e julgo procedente o pedido principal formulado na inicial, para desconstituir a arrecadação e determinar a restituição das salas aqui referidas.

Condeno a requerida nas custas e honorários fixados em R$3.000,00 (três mil reais), com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO PÚBLICO - RETIFICAÇÃO DE ÁREA - DESMEMBRAMENTO ANTERIOR - TERRENOS COM MATRÍCULAS E REGISTROS PRÓPRIOS - ADMISSIBILIDADE

- Sendo os imóveis distintos, com suas correspondentes matrículas, e se o primitivo terreno, definido e delimitado, não tem a área resultante de anunciado desmembramento, há que se proceder à sua retificação, independentemente de ter sido ou não observado, na época, o contido na Lei nº 6.766/79.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 190.236-0/00 - Comarca de Campo Belo - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Retificação de área - Registro de Imóveis - Admissibilidade, mesmo que tenha havido desmembramento anterior sem observância da Lei nº 6.766/79 - Terrenos com matrículas e registros próprios - Procedência do pedido que se confirma.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2000. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de pedido de retificação de registro imobiliário proposto por José Fernandes Primo e sua mulher Sônia Maria Reis Fernandes, para que conste, no CRI, a área correta de descrito imóvel, 146,40m², remanescente da área original de 1.421,00m², deferido, como consta do relatório.

Alega o Ministério Público apelante que a retificação pretendida não pode ser deferida sem a estrita observância da Lei 6.766/79.

A meu aviso, a pretensão dos requerentes, ora apelados, não é juridicamente impossível.

À leitura dos termos contidos na certidão de fls. 06 e verso, observamos que José Fernandes Primo, casado com Sônia Maria Reis Fernandes, em 04 de janeiro de 1979, adquiriu um terreno com a área de 1.421m², situado em Cristais, constante da matrícula e R-1 nº 6.867, do Cartório de Registro de Imóveis de Campo Belo.

Venderam os proprietários, posteriormente, 1.273m² do mesmo terreno, devidamente destacado e demarcado, com respectivas metragens e confrontação, para José Luiz Pinheiro, ficando livre e desembaraçado o restante do imóvel.

Baixado em diligência, juntou-se a certidão de fls. 47 e verso, onde se vê que a desmembrada área de 1.273m² foi objeto de matrícula própria, nº 7.050, com imediato lançamento de seu registro em nome do adquirente José Luiz Pinheiro (R-1 nº 7.050), com posteriores averbações.

Daí se observa que a área remanescente do imóvel originário de 1.421m² restou lançada no registro imobiliário, como consta da respectiva matrícula. A área desmembrada tem matrícula própria.

São, assim, imóveis distintos, com suas correspondentes matrículas.

Se o primitivo terreno, definido e delimitado, não tem a área resultante de anunciado desmembramento, há que se proceder à sua retificação, independentemente de ter sido ou não observado, na época, o contido na Lei nº 6.766/79.

Cumpre, na espécie, recordar ensinamentos de SERPA LOPES (*Tratado dos Registros Públicos*, v. IV, p. 344):

"*Sempre que se possa provar a desconformidade entre o estado jurídico exterior aparente com o real, é justo que se altere esse mesmo registro, fazendo-o enquadrar-se dentro da realidade, em perfeita harmonia com o disposto no art. 860 do Código Civil: 'Se o teor do Registro de Imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique', que, como se constata, não estabelece reclamar nenhuma limitação, pouco importando que seja grande a diferença entre a realidade da área de terra e a constante do Registro*".

Aliás:

"*Registro de Imóveis. Retificação. Alteração da área. - É cabível o pedido de retificação de registro de imóvel, para fazer constar a área real do lote, na forma do artigo 213, parágrafo segundo, da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73). O encaminhamento das partes às vias ordinárias somente se justificaria diante de fundamentada impugnação dos demais interessados*" (REsp 57.737-MS - Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar - 09.08.1995).

No caso, não houve impugnação dos confrontantes e demais interessados, regularmente citados.

Além do mais, a pretensão dos requerentes se escuda em prova técnica, robusta e cristalina, que autoriza a procedência do pedido.

Se, pelo registro primitivo, a área remascente seria de 148m² e se têm, na realidade, 146,60m², sem dúvida, há que se proceder à correspondente retificação.

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.

-:::-

PÁTRIO PODER - DESTITUIÇÃO - PEDIDO CUMULADO COM ADOÇÃO - ABANDONO DO FILHO PELA MÃE - INTELIGÊNCIA DO ART. 395, II, DO CÓDIGO CIVIL - DEFERIMENTO

- Defere-se o pedido de destituição de pátrio poder c/c adoção, quando provado que a mãe abandonou o filho, deixando-o, comodamente, sob os cuidados de outra pessoa, sem se interessar pelo mesmo. Nesta hipótese fica caracterizado o abandono a que se refere o art. 395, II, do Código Civil, o qual não se restringe apenas ao abandono material, abrangendo também o abandono afetivo, consistente na negligência, no descaso do progenitor, quanto ao dever de manter consigo a prole e proporcionar-lhe não só o sustento e a educação, mas também o afeto imprescindível e necessário à boa formação da sua personalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 190.855-7/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Destituição de pátrio poder c/c adoção - Prova do abandono da criança pela mãe - Procedência do pedido.

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 fevereiro de 2001. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de apelação à r. sentença de fls. 75/82-TJ, que julgou procedente pedido de destituição do pátrio poder c/c adoção, que os recorridos aforaram contra a apelante.

Inconformada com a r. decisão, a recorrente sustenta que jamais abandonou a filha, desde que apenas deixou a criança aos cuidados de sua tia paterna para procurar trabalho em Belo Horizonte e ter condições econômicas para vir buscá-la. Alega que é público e notório seu amor e dedicação à filha e que gostaria de mantê-la consigo para a criar e educar, afirmando que a lei não autoriza a destituição do pátrio poder diante da inexistência de consentimento (fls. 85/92-TJ).

Contra-razões às fls. 95/98-TJ.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, manifesta-se pelo desprovimento recursal (fls. 100/114-TJ e fls. 129/140-TJ).

Pela r. decisão de fls. 116/123-TJ, a MMª Juíza *a quo* manteve o seu posicionamento e submeteu estes autos à revisão deste egrégio Tribunal de Justiça.

Conheço do recurso, desde que atendidos os pressupostos que regem a sua admissibilidade.

Trata-se de ação de destituição do pátrio poder c/c adoção em que os requerentes alegam que cuidam da adotanda desde quando tinha 06 (seis) meses de idade, havendo interrupção quando esta estava com dois anos de idade, mas que retornou há uns três anos atrás, "*quando foi novamente entregue pela genitora ao casal, tomando-se contudo lugar incerto e não sabido*". Alegam que a mãe da menor adotanda submetia a mesma a maus-tratos e que um espancamento inclusive foi verificado pelo Ministério Público.

A genitora da menor J. contestou o pedido, negando todos os fatos e sustentando que nunca abandonou a filha, pois a deixou com sua cunhada C. (tia paterna) para trabalhar em Belo Horizonte para ter condições de vir buscá-la, mas que C., com sérios problemas de

saúde, deixou a sobrinha sob os cuidados dos recorridos, sem que tivesse conhecimento. Alega que em momento algum consentiu na adoção e que pretende educar a filha com todo amor e dedicação.

Com a instrução processual foi realizado um estudo social (fls. 22/23-TJ) e coleta de depoimentos testemunhais em audiência (fls. 45/49-TJ).

Em que pesem às alegações da recorrente, o contexto processual não lhe é favorável, eis que sua filha praticamente conviveu com os apelados por toda a sua vida, enquanto foi buscar trabalho em Belo Horizonte sem oferecer qualquer assistência à mesma, demonstrando interesse em educá-la somente após a propositura desta ação.

O estudo social de fls. 22/23-TJ é muito claro quanto à realidade desta situação, inclusive opinando pela continuidade da menor aos cuidados dos apelados.

O depoimento da testemunha H. à fl. 45-TJ é incisivo:

"*que os autores estiveram na posse de fato da criança J. a partir da idade de 06 meses desta, por entrega de uma pessoa bem próxima, não sabendo se foi pela própria genitora; que a declarante é a vizinha mais próxima da casa dos autores, do lado da sua residência; que quando a criança foi restituída à mãe biológica já se encontrava com aproximadamente com 02 anos de idade; que posteriormente a autora comentou com a depoente que havia visto a criança lá na roça bem maltratada e continuava reclamar a aparência de desnutrição e desmazelo por parte de quem lhe dava assistência; que a autora sempre reclamava do estado e aparência física da criança, porque a mãe biológica não lhe dava atenção; que os própria* (sic) *familiares da criança a devolveu ao casal requerente porque não estava tendo condições de mantê-la e assisti-la; que a criança se encontra na posse do* (sic) *direta do casal há mais ou menos 04 anos, admitindo que ficou fora por um período aproximado de 10 meses; que durante este período a criança ficou num aspecto deplorável com o 'cabelinho' ralo e cheio de brotos pelo corpo, bem raquítica; que a criança atualmente tem um aspecto saudável, boa aparência, bem adaptada ao casal e suas filhas, num relacionamento familiar sem qualquer distinção, com relação aos filhos biológicos...*".

Na verdade, o que se constata da leitura dos autos é que a recorrente nunca teve interesse pela própria filha, deixando-a comodamente aos cuidados dos requerentes e sequer procurava saber notícias de como estava passando a mesma. É a típica situação do comodismo e desinteresse, exatamente numa idade em que toda criança requer todo carinho, atenção e cuidados maternos.

O que chama ainda mais a atenção é que somente demonstrou interesse quando já ajuizada esta ação.

A criança tem recebido todo o carinho e compreensão dos recorridos, que a receberam de braços abertos e não pouparam esforços para lhe dar uma boa educação.

Aliás, a r. decisão recorrida faz uma análise minuciosa de todo o conjunto probatório e se reporta à lei, a ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais para chegar ao correto desate da questão.

Como muito bem salientou o culto Promotor de Justiça, Dr. Márcio Rogério de Oliveira, "*o abandono a que se refere o art. 395, inc. II do Código Civil não se restringe apenas ao abandono material, abrangendo também o 'abandono afetivo', a negligência, o descaso do progenitor quanto ao dever de empenhar-se para manter consigo a prole e proporcionar-lhe, além do sustento e da educação a que se refere o art. 22 do ECA, o afeto imprescindível e necessário à boa formação da personalidade e ao bem estar espiritual dos filhos*" (fls. 112-TJ).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Sem custas.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Acompanho o Relator, estribado nos depoimentos da mãe biológica, fls. 44, e da sua cunhada, fls. 46; não obstante, louvo o empenho da Defensoria Pública.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO CIVIL - RETIFICAÇÃO - NOME - PATRONÍMICO MATERNO - INCLUSÃO - POSSIBILIDADE

- É possível a retificação do registro civil para que seja incluído no nome o patronímico materno, uma vez que a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) não veda expressamente tal inclusão e nem mesmo determina, expressamente, que somente no primeiro ano após alcançada a maioridade é que o interessado poderá requerer a alteração do nome.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 192.282-2/00 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Ação de retificação de registro civil para inclusão de patronímico materno - Ausência de alegações de motivos relevantes - Procedência do pedido. - 1. A inclusão de patronímico materno não é vedada expressamente pela Lei nº 6.015/73 - Lei de Registros Públicos - Possibilidade - 2. Manutenção da decisão.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2001.- *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Ituiutaba, que, nos autos da ação de retificação de registro civil proposta por Marques Ederques dos Santos, julgou procedente o pedido, determinando a retificação do assento de nascimento do requerente, para que nele possa constar o seu nome acrescido com o sobrenome de sua mãe, Pedrosa, como sendo Marques Ederques Pedrosa dos Santos (fls. 16/17-TJ).

Inconformado com esta decisão, apresentou o i. representante do Ministério Público as razões de fls. 22/24-TJ, onde alega, em síntese, que a Lei nº 6.015/73, em seu artigo 56, é enfática ao permitir a alteração do nome, fora dos casos de prejuízo para identificação, homonímia, nome vexatório e erro de ortografia, somente no primeiro ano após o requerente completar a maioridade civil, não podendo a lei ser estendida a outros casos, sob pena de se ferir de morte o princípio de inalterabilidade dos registros públicos.

Contra-razões às fls. 24/31-TJ, pugnando pelo acerto da decisão.

Ouvida a douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, interposto e processado a tempo e modo.

Conforme relatado, cuidam os autos de ação de retificação de registro civil proposta por Marques Ederques dos Santos, com o fito de inclusão de patronímico materno, à alegação de que, por engano, o mesmo não constou do assentamento de seu registro civil, sendo o requerente/apelado filho do casal Carlos Alves dos Santos e Maura Pedrosa da Silva, requerendo a alteração de registro para que nele conste Marques Ederques Pedrosa dos Santos.

Através das razões de fls. 14/15, opinou o i. representante do Ministério Público pelo indeferimento do pedido e, não atendido, apresentou as razões de fls. 22/24, pugnando pela reforma da decisão, trazendo os mesmos argumentos anteriormente expendidos.

A matéria não é nova neste Tribunal.

Realmente o pedido foi fundado somente no fato de omissão do patronímico materno, não constando tal fato do rol daqueles elencados na Lei n.º 6.015/73, ou seja, homonímia, prejuízos causados à correta identificação da pessoa, nomes vexatórios ou erro de ortografia.

Contudo, observa-se através do documento de fls. 06 que os pais do requerente/apelado se separaram judicialmente no ano de 1986, o que pode considerar-se como motivo para inclusão em seu assento de nascimento do patronímico materno.

In casu, a Lei de Registros Públicos não veda expressamente a inclusão do patronímico materno e nem mesmo determina, expressamente, que somente no primeiro ano após alcançada a maioridade poderá o interessado requerer a alteração, como alegado pelo apelante, tendo sido o pedido insculpido na regra contida no art. 109 da mesma lei.

Por ocasião do julgamento da Ap. Cível nº 24.424-4/00, que versa sobre caso idêntico, o em. Des. Caetano Carelos teve ocasião de expender as seguintes considerações:

"*Imutável é o registro do prenome, em princípio. É direito do cidadão entremear na composição do seu nome o apelido materno, guardando, assim, uma tradição que remonta aos romanos*".

É de se salientar ainda que, através dos documentos de fls. 19/20, verifica-se inexistir qualquer ação penal e procedimento do Juizado Especial Criminal, arquivada ou em andamento, bem como a inexistência de qualquer protesto em nome do apelado a demonstrar qualquer má-fé no interesse de adição do patronímico materno aos seus apelidos de família.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - IMÓVEL ALIENADO - ADQUIRENTE - SUB-ROGAÇÃO NOS DIREITOS DO ALIENANTE - PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA - AUTOR - ÔNUS DA PROVA - IDENTIFICAÇÃO DO IMÓVEL - AUSÊNCIA - INDENIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- O adquirente do imóvel sub-roga-se nos direitos e ações relativos à indenização a que teria direito o antigo titular, detendo, pois, legitimidade ativa para a ação de desapropriação indireta incidente no imóvel adquirido.

- O prazo prescricional para o exercício da ação de indenização nas hipóteses de desapropriação indireta é de vinte anos.

- Incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC), sem o que suas alegações devem ser desconsideradas. Assim, se o autor, no pedido de ressarcimento por desapropriação indireta, não identifica precisamente a faixa do terreno objeto da referida desapropriação, como lhe cumpre, tal fato impossibilita o exercício do direito à indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 192.810-0/00 - Comarca de Vazante - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Direito Administrativo - Desapropriação indireta - Indenização - Adquirente - Sub-rogação - Prazo prescricional - Identificação do imóvel. - O adquirente do imóvel sub-roga-se nos direitos do alienante. - O prazo prescricional para o exercício da ação de indenização nas hipóteses de desapropriação indireta é de vinte anos. - A ausência de identificação precisa da faixa de terreno objeto da desapropriação indireta impossibilita o exercício do direito à indenização. - Agravo retido improvido, preliminar rejeitada e apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 22 de março de 2001. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de recurso de apelação interposto por José Machado Guimarães e outros contra a r. sentença de fls. 369/379-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Vazante, que, nos autos da ação de indenização por desapropriação indireta movida pelos apelantes em face do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG, julgou improcedente o pedido inicial, condenando os autores, solidariamente, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono do réu, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Em sede recursal, os apelantes, via do arrazoado acostado às fls. 385/392-TJ, aduzem que "*o apelado para construir a MGT 354, nos termos em que está construída, adentrou nos terrenos dos apelantes e neles implantou a citada rodovia. Não fez a desapropriação prévia, com o justo pagamento, como determina a Constituição Federal. Cometeu assim, dois atos ilícitos,*

data venia. *O primeiro ao invadir, o segundo ao não pagar*".

Aduzem, ainda, que o próprio apelado confessa que referida rodovia fora construída com o aproveitamento parcial de um caminho que já existia anteriormente, com o que resiste a controvérsia entre os apelantes pretendendo indenização por toda a área que a rodovia ocupou, e o apelado reconhecendo que deve apenas parte desta área.

Ainda mais, sustentam os apelantes suas alegações com base na prova pericial coligida, que concluiu que na edificação da rodovia foi aproveitado o caminho anteriormente existente, com alargamento.

Requerem, pois, a reforma da r. sentença, para que seja julgado procedente o pedido inicial de indenização por desapropriação indireta.

Contra-razões às fls. 396/400-TJ, em que o apelado, inicialmente, propugna pela apreciação do agravo retido interposto à fl. 141-TJ, contra a r. decisão de fl. 117- TJ, que rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa dos autores, ao fundamento de que os adquirentes do imóvel se sub-rogam nos direitos dos alienantes.

Argúi, ainda, a preliminar de prescrição vintenária do direito de ação dos autores, aduzindo que resultou do contexto probatório que a construção da rodovia de terra ocorreu em 1968 e sua pavimentação em 1990, sendo que o apelado foi citado em 13.03.93, o que comprova um prazo superior a 20 (vinte) anos, lapso temporal necessário à decretação da prescrição.

Quanto ao mérito, pugna o apelado pelo improvimento do recurso, assim, pela manutenção do decisório impugnado nos termos em que proferido.

Certificação do preparo recursal à fl. 404-TJ.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça o fez às fls. 409/410-TJ, opinando pelo conhecimento e provimento do apelo.

Relatei.

Passo a decidir.

Conheço do recurso, porque atendidos os requisitos de admissibilidade.

Versa a ação originária sobre pedido de indenização movido por José Machado Guimarães e outros contra o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG, cujo fundamento fático consiste na desapropriação indireta de terras dos autores operada pela autarquia quando da construção da Rodovia MGT 354, confrontante às propriedades daqueles.

Prima facie, procedo à apreciação do agravo retido interposto pelo réu-apelado à fl. 141-TJ, contra a r. decisão de fl. 117-TJ, que rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa dos autores, ao fundamento de que os adquirentes do imóvel se sub-rogam nos direitos dos alienantes.

Sem razão o apelado, devendo ser improvido o agravo retido.

Consoante jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, "*o adquirente do imóvel adquire os direitos e ações relativos à indenização a que teria direito o antigo titular*" (Apelação Cível nº 77.494/3, Rel. Des. Régulo Peixoto). No mesmo sentido: Apelação Cível nº 85.713/2, Rel. Des. Bernardino Godinho.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido.

Procedo ao exame da preliminar suscitada pelo apelado, referente à prescrição do direito de ação dos autores.

Cumpre, por oportuno, deixar consignado que o douto Juiz *a quo* reconheceu a prescrição do direito de ação dos autores em relação à estrada de terra já existente desde 1968. Quanto ao alargamento havido com a pavimentação da mesma em 1990, o Magistrado sentenciante julgou improcedente o pedido, mas por fundamento diverso.

Com efeito, em relação à estrada de terra já existente desde 1968, deve ser reconhecida a prescrição do direito de ação dos autores. Vejamos.

O prazo prescricional para o exercício da ação de indenização nas hipóteses de desapropriação indireta é de vinte anos. Nesse sentido, coadunando-se com nossa concepção, o entendimento das insignes administrativistas MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, respectivamente, *in verbis:*

"*Em termos de prescrição, entende-se que na desapropriação indireta o prazo não é o qüinqüenal, previsto pelo Decreto-lei nº 20.910, de 6.2.32, para as ações contra Fazenda Pública, e sim o prazo de 20 anos que o Código Civil estabeleceu para o usucapião extraordinário (RTJ, 37/297, 47/134, 63/232)*" (*Direito Administrativo*, 7ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1996, p. 153).

"*Exatamente por inexistir justo título ou boa-fé, tem decidido a jurisprudência ser o prazo prescricional o de 20 anos, utilizando-se analogicamente do prazo do usucapião (20 anos, sem justo título ou boa-fé, art. 550 do Código Civil)*" (*Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., Editora Malheiros, São Paulo, 1995, p. 220).

No que concerne ao alargamento ocorrido concomitantemente à pavimentação da citada estrada, assim como entendera o douto Juiz *a quo*, sobre o mesmo não deve ser reconhecida a prescrição, por ausência de lapso temporal, haja vista que tal fato se realizou em 1990 e, ademais, configura-se em distinto apossamento pela Administração.

Ante o exposto, rejeito a preliminar enfocada, reconhecendo

parcialmente a prescrição, assim como procedera o em. Magistrado sentenciante.

Quanto ao mérito vertido, resta analisar o pedido de indenização alusivamente à faixa de terreno objeto de apossamento pelo Poder Público quando da pavimentação da aludida estrada.

Embora reconhecido o apossamento indevido, o que hipoteticamente ensejaria o direito à indenização, não lograram os autores, como lhes cumpria, identificar precisamente a faixa de terreno objeto do referido alargamento havido quando da pavimentação da estrada antiga, o que obsta o devido ressarcimento.

Consabido que incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I), sem o que suas alegações devem ser desconsideradas, porque não demonstradas.

Assim ocorrera, logicamente, dado o rumo conferido pelos autores aos fatos desde o pedido inicial, quando omitiram a existência da referida estrada já existente desde 1968, sendo que apenas em 1990 fora a mesma pavimentada.

Portanto, a ausência de identificação precisa da faixa de terreno objeto da desapropriação indireta impossibilita o exercício do direito à indenização.

Diante de tais considerações, nego provimento ao agravo retido, rejeito a preliminar de prescrição e nego provimento ao recurso, confirmando-se integralmente a r. sentença recorrida, nos termos em que proferida.

Custas recursais, pelos apelantes.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

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

-:::-

ICMS - BASE DE CÁLCULO - IPI - EXCLUSÃO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 155, § 2°, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- É possível excluir da base de cálculo do ICMS o montante concernente ao IPI, quando a operação for realizada entre contribuintes e referir-se a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurando fato gerador dos dois impostos (ICMS e IPI), a teor do disposto no artigo 155, § 2°, inciso XI, da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL N° 192.994-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Tributário - Exclusão do IPI na base de cálculo do ICMS - Possibilidade - Inteligência do art. 155, § 2°, inciso XI, da CF. - Possível é excluir da base de cálculo do ICMS o montante concernente ao IPI, quando a operação for realizada entre contribuintes e referir-se a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurando fato gerador dos dois impostos (ICMS e IPI), a teor do disposto no art. 155, § 2°, inciso XI, da *Lex Major*.

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 AO SEGUNDO RECURSO, PREJUDICADO O PRIMEIRO.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2001. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Conheço dos recursos, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação declaratória ajuizada por Centroeste Bebidas Ltda. contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, com o fito de ver declarada a ilegalidade da inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS.

Julgado improcedente o pedido e arbitrados os honorários advocatícios em R$3.000,00, recorrem as partes pelos fundamentos, em síntese, a seguir alinhados.

Apelação (fls. 169/176), da Fazenda Pública Estadual:

a) que a ação teve o seu valor fixado em R$772.977,59 (fl. 171);

b) que "... *merece reparos a sentença na parte da condenação em honorários. Estes, conforme se demonstrará, não guardam correspondência com o valor da causa e nem com o trabalho dispendido, bem como com os demais referenciais legais*" (fl. 171);

c) que "... *a presente causa reveste-se de complexidade e de grande relevância jurídica, econômica e social...*" (fl. 172);

d) que "*quando o art. 20, § 4°, do CPC, determina que os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do Juiz, porque o Juiz, nestes casos deve também levar em conta os fatos, tais quais os que ocorrem no caso em apreço*" (fl. 172);

e) que espera sejam os honorários advocatícios "... *arbitrados em, no mínimo 10% do valor atribuído à causa...*" (fl. 176).

Apelação (fls. 178/196) da Centroeste Bebidas Ltda.:

a) que "*a ação jamais foi titulada de repetição de indébito e não poderia com tal ser julgada*" (fl. 180);

b) que "*pede a autora e o faz com todas as letras, é que seja declarado que, no seu caso particular, o IPI não pode integrar a base de cálculo do ICMS. A repetição de indébito seria uma ação posterior*" (fl. 181);

c) que "*... a respeito da integração do IPI na base de cálculo do ICMS, a contestação da Apelada é totalmente omissa*" (fl. 181);

d) que a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS contraria o art. 155, § 2º, inciso XI, da Constituição Federal, e o art. 13, § 3º, alínea *a*, da Lei Estadual nº 6.763/75 (fls. 183/184).

Inexistem contra-razões.

Manifestou-se o ínclito Procurador de Justiça, Dr. Márcio de Pinho Tavares, sustentando ser "*desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais*", nos termos da Súmula nº 189/STJ (fl. 206).

É, no essencial, o relatório.

Passa-se à decisão.

Inicia-se pela análise da apelação da Centroeste Bebidas Ltda., uma vez que a solução a ela apresentada poderá repercutir na apreciação do apelo da Fazenda Pública.

Ab initio, pondere-se que a procedência do pedido exordial se dá por meio de uma sentença constitutiva e não só de cunho declaratório, como argumenta a apelante Centroeste. Não estaria ela, a sentença, limitada à simples declaração do direito, *mas à criação de um estado jurídico*. É que, além da pretensão de ver declarada a ilegalidade da inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS de que é devedora na qualidade de substituta tributária, almeja, ainda, a apelante Centroeste que se "*... determine o aproveitamento do crédito aludido, com a correção monetária de direito, a fim de que a Suplicante possa emitir nota fiscal do ICMS corrigido, destinando-a ao fabricante e que este se credite do ICMS cobrado a maior do distribuidor*" (fl. 27).

Noutro enfoque, o pedido atinente à destinação de nota fiscal ao fabricante para "*que este se credite do ICMS cobrado a maior do distribuidor*" não se faz juridicamente possível, uma vez que "*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros*" (art. 472, CPC). Destarte, não tendo o fabricante participado da relação jurídica, não poderá ser atingido pela autoridade da coisa julgada, devendo o feito ser extinto sem julgamento do mérito quanto ao pleito em questão, nos moldes do inciso VI do art. 267, CPC.

Quanto à substância da lide propriamente dita, impõe-se investigar,

sob o prisma constitucional, quais as hipóteses em que se pode cogitar da ilegalidade da inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS.

Preceitua o § 2º, inciso XI, do art. 155 da *Lex Major*:

"*XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos*".

Assim, *três são as condições impostas para que seja o IPI excluído da base de cálculo do ICMS*, ou seja:

a) a operação deve ser realizada entre contribuintes;

b) o produto deve destinar-se à industrialização ou comercialização;

c) deve a operação configurar fato gerador tanto do IPI quanto do ICMS.

In haec specie, encontram-se presentes os três requisitos ora transcritos. Portanto, deve-se *excluir* da base de cálculo do ICMS o montante do IPI.

Sobre o assunto preleciona IVES GANDRA MARTINS: "*O dispositivo é claro. E abrange a maior parte das hipóteses de incidência do ICMS. Como já comentei, o IPI e o ICMS, o mais das vezes, têm fato gerador idêntico: a saída de mercadorias. Se, em tese, o IPI, cuja natureza jurídica está ligada à industrialização deve preceder em incidência o ICMS, que recai sobre a operação posterior de comercialização, a eleição por parte do legislador complementar de um momento para a sua incidência, qual seja o final do processo de comercialização, traz para um único instante a hipótese imponível de ambos os impostos, ou seja, a saída. Para evitar problemas, houve por bem o contribuinte entender que - para tais hipóteses - o IPI não pode constituir base de cálculo do ICMS. O constituinte foi além. Mesmo que o fato gerador ocorra em momento diferente, o fato de ser a operação incidida por ambos os impostos, implica exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS*" (*In Comentários à Constituição do Brasil*, 6º volume, p. 481).

Assim, no caso destes autos, a base de cálculo do ICMS não deve *compreender o montante do IPI*, tendo em vista ocorrer a hipótese de que cuida o inciso XI, § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

Quanto ao pedido de que se "*... determine o aproveitamento do crédito aludido, com a correção monetária de direito, a fim de que a Suplicante possa emitir nota fiscal do ICMS corrigido*", é de se atentar que, na realidade, o pretendido aproveitamento implica verdadeira compensação de créditos tributários, disciplinada pelo art. 170 do CTN, pelo que bem se

ajustam as ponderações do culto Desembargador Cláudio Costa, na qualidade de Relator, quando do julgamento da Apelação nº 148.381-7/00. Ei-las:

"... *remonta esse instituto (da compensação), originariamente, ao direito civil - arts. 1.009 e 1.010 - com a posterior inserção da palavra 'vincendos' na lei tributária - art. 170 do CTN. Mas, como ressai da textualidade dessa última norma, a compensação pressupõe, bilateralmente, créditos tributários líquidos e certos do contribuinte, de um lado, e créditos tributários líquidos e certos da Fazenda, de outro. Há uma dificuldade de ordem prática, entretanto, a possibilitar a operação compensatória: se, com efeito, cogita a lei de créditos vincendos, como se poderá aprioristicamente fixá-los ou determiná-los diante da eventualidade de ulteriores modificações da base de cálculo do tributo, embora possa ser a mesma a alíquota exigível?*".

Dessa forma, não tendo a apelante explicitado as circunstâncias fáticas em que se daria o aproveitamento do crédito resultante da exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS e diante da incerteza de valores envolvidos e da existência de créditos bilaterais de modo a possibilitar o pretendido aproveitamento, é de se indeferir a pretensão.

Tida em conta a reciprocidade da sucumbência, compensam-se os honorários advocatícios, em observância ao dispositivo do art. 21 do CPC.

À luz do exposto, hei por bem dar provimento, em parte, ao segundo apelo, para *excluir* o IPI da base de cálculo do ICMS de responsabilidade da segunda apelante, prejudicado o primeiro (fls. 169/176).

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO, PREJUDICADO O PRIMEIRO.

-:::-

ICMS - MERCADORIA DESTINADA À INDUSTRIALIZAÇÃO - ENTRADA - APURAÇÃO DO VAF - LEI COMPLEMENTAR Nº 63/90 - RESOLUÇÃO Nº 2.901/98, DA SEF

- Por força da Lei Complementar nº 63/90, ainda que não seja tributável a operação de aquisição de mercadorias destinadas à industrialização, devem elas figurar como entradas, para fins de apuração do VAF, cujo mecanismo é regido por aquela Lei Complementar, sem sofrer qualquer influência da Resolução nº 2.901/98, de inferior hierarquia.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 193.248-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional e Tributário - Lei Complementar nº 63/90 - Apuração de VAF - Produtos comercializados e não comercializados - Resolução 2.901/98 - Segurança denegada. - Por força da Lei Complementar nº 63/90, ainda que não seja tributável a operação de aquisição de mercadorias destinadas à industrialização, devem elas figurar como entradas, para fins de apuração do VAF, cujo mecanismo é regido por aquela LC, sem sofrer qualquer influência da Resolução nº 2.901/98, de inferior hierarquia. Segurança denegada.

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, 30 de novembro de 2000. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - O recurso é tempestivo e oferece condições de admissibilidade, merecendo, pois, ser conhecido.

Ao primeiro exame da pretensão deduzida pelo Município-impetrante, como o consigna o douto parecer da PGJ, tem-se realmente a impressão de que estaria ela tutelada pelo texto do art. 6º, IV, da Resolução nº 2.901/98 - SEF, c/c seu art. 5º, alíneas *b* e *c*, que, em verdade, dariam cobertura legal ao pedido, se isoladamente considerados.

Não se pode perder de vista, entretanto, o fato de que o art. 155, § 2º, X, letra *a*, da CF/88, remete à lei complementar o disciplinamento da matéria. E, em face da LC nº 63/90, que é de hierarquia superior à Resolução nº 2.901/98, há duas situações distintas a ser consideradas, como se extrai, concludentemente, da análise deste trecho das informações de fls. 69-TJ, 4º parágrafo:

"*(...) não é só o fato da mercadoria entrar com ou sem tributação que define a sua condição para fins de apuração do VAF. Exemplos disso são as operações com ativo imobilizado e materiais para uso e consumo. Vê-se que essas mercadorias podem ser tributadas na entrada, porém, como a finalidade da aquisição das mesmas* não é para comercialização, industrialização ou prestação de serviços, desconsidera esse valor no cômputo das entradas para fins de apuração do VAF. Entretanto, se essas mesmas mercadorias originalmente adquiridas para ativo imobilizado ou para uso e consumo comprovadamente foram comercializadas, não há porque se falar em exclusão dessas aquisições *(...)*" - fls. 69/70-TJ - destacamos.

Nessa última hipótese se enquadra, tipicamente, o presente caso. E, ainda que houvesse eventual conflito de normas - lei complementar federal e

resolução de autoridade estadual -, há de prevalecer, logicamente, a primeira.

O VAF, como se vê, constitui, em seu mecanismo e em seus objetivos, uma modalidade específica e *sui generis* de incidência.

E, ainda que assim não o fosse, não se identifica direito líquido e certo a ser tutelado judicialmente.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MASSA FALIDA - SÍNDICO - REALIZAÇÃO DE ACORDO - POSSIBILIDADE - INDISPONIBILIDADE DOS BENS - AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO PARA A TRANSAÇÃO

- À luz dos artigos 59 e 63, inc. XVIII, do Decreto-lei nº 7.661/45, é inequívoca a possibilidade do síndico, no processo falimentar, de realizar acordos, no interesse da massa, com o referendo judicial que supre, inclusive, a oitiva do falido, que, pela própria redação do referido inciso XVIII do artigo 63, não é indispensável.

- A suposição de que a parte não lograria êxito na demanda acidentária, em face de já se encontrar plenamente recuperada do acidente de trabalho sofrido enquanto laborava junto à falida, formulada pelo representante do Ministério Público, padece de legitimidade, já que aquela conclusão só compete ao juiz, além do que, sendo subjetiva, já que sujeita a diferentes interpretações e valorações, que podem culminar em condenação de variadas proporções conforme prudente abítrio do julgador, não é obstativa de transação.

- O valor da transação, quando mais resguarda do que prejudica o interesse dos demais credores, pois certamente a massa seria desfalcada em maior valor do que aquele transacionado, deve ser mantido.

- Não impede a realização do acordo a alegação de indisponibilidade dos bens da massa, na medida em que esta só se justifica para preservá-los até a fase de liquidação, na qual seria auferido o produto a ser rateado aos credores habilitados, mormente quando o acordo entabulado não desrespeita a sistemática do procedimento falimentar ou burla o interesse dos demais credores, constando do mesmo, expressamente, ressalva quanto à ordem de preferência dos créditos e o momento processual devido, em conformidade com a tramitação judicial do processo falimentar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 194.028-7/00 - Comarca de Barbacena - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

Ementa oficial: Acidente do trabalho - Massa falida - Síndico - Acordo - Possibilidade. - É inequívoca a possibilidade de o síndico realizar acordos, no interesse da massa, com o referendo judicial, que supre, inclusive, a oitiva do falido, que, pela própria redação do inciso XVIII do artigo 63, não é indispensável. Hipótese em que o valor da transação mais resguarda do que prejudica o interesse dos demais credores, pois certamente a massa seria desfalcada em maior valor do que aquele transacionado.

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, 15 de maio de 2001. - *Páris Peixoto Pena* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Recorre o Ministério Público de sentença que homologou acordo celebrado entre massa de Brasil Flowers S.A. e Luciana Maria da Silva, nos autos da ação de acidente do trabalho movida por esta contra aquela.

Alega o RMP que o acordo não poderia ter sido homologado, uma vez que os bens da massa seriam indisponíveis; que a síndica não pode fazer acordos sem a oitiva do falido ou de seu representante; e que o acordo seria danoso ao patrimônio da massa, por lhe faltar a certeza do benefício aos seus credores, vez que a 2ª apelada não seria portadora de qualquer doença profissional a ensejar a indenização por ela pleiteada.

Ao recurso foram apresentadas contra-razões pela massa falida de Brasil Flowers S.A.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer pelo desprovimento do recurso e confirmação da sentença.

O apelo é tempestivo e isento de preparo.

Dele conheço.

A análise do acordo contra o qual se insurge o apelante, à luz dos elementos que constam dos autos, me levam a concluir pelo desprovimento do recurso. Isso porque, conforme rezam os artigos 59 e 63, XVIII, do Decreto-lei nº 7.661/45:

"*Art. 59. A administração da falência é exercida por um síndico, sob a imediata direção e superintendência do juiz.*

Art. 63. Cumpre ao síndico, além de outros deveres que a presente Lei lhe impõe:

(...)

XVIII - transigir sobre dívidas e negócios da massa, ouvindo o falido, se presente, e com licença do juiz".

Assim, é inequívoca a possibilidade de o síndico realizar acordos, no interesse da massa, com o referendo judicial, o qual, na minha opinião, supre inclusive a oitiva do falido, que, pela própria redação do inciso XVIII do artigo 63, não é indispensável.

As alegações do RMP de que o acordo realizado não atenderia aos interesses dos demais credores da massa, pois a 2ª apelada, na sua concepção, não lograria êxito na demanda acidentária que movia contra a 1ª apelada, em face de já se encontrar plenamente recuperada do acidente de trabalho sofrido enquanto laborava junto àquela, não se sustentam.

Primeiramente porque não é dado ao *Parquet*, mesmo quando figura como *custos legis*, fazer previsões e especulações a respeito de eventual sucesso das partes no curso de uma demanda. Muito menos é dado ao RMP trabalhar sobre a decisão a ser dada, que só compete a um órgão, o juiz.

Assim, o entendimento do RMP de que "*ao contrário do que se afirma na v. sentença, não havia a menor possibilidade da massa sofrer uma condenação de cento e cinqüenta mil reais...*" não sustenta sua pretensão recursal, pois se esquece ele de que as razões por ele adotadas para firmar seu convencimento são elementos sujeitos a diferentes interpretações e valorações, que podem culminar em condenação de variadas proporções, conforme o prudente arbítrio do julgador da causa.

Como exemplo do acima colocado cite-se a conclusão do laudo pericial de fls. 104/107, de que a 2ª apelada está totalmente recuperada. Na visão do culto RMP isso quer dizer que a postulante sucumbiria na sua pretensão indenizatória. No meu sentir, por exemplo, a mesma conclusão do perito demonstra que, de fato, a 2ª apelada foi vitimada por acidente de trabalho, pois, do contrário, não haveria por que ela se considerar recuperada.

Aliás, a ocorrência do acidente é inegável, o que por si só gera a obrigação de a 1ª apelada indenizar à sua exfuncionária, mesmo estando esta restabelecida, porque dano houve, senão vejamos o que nos diz o *expert* oficial:

"*Concluo, pelo exposto acima,* que a paciente foi portadora de intoxicação crônica por inseticidas, *e também que a mesma está totalmente recuperada, pois recebeu alta da ABDP-UFMG em data de 19/05/1997, portanto, estando comprovada sanidade física e mental*" (fls. 107).

Assim, mesmo que a 2ª apelada não fizesse jus à indenização no importe pleiteado, a algum montante faria, o qual com certeza seria superior aos R$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) objeto da transigência.

O valor da transação, a meu sentir, mais resguarda do que prejudica o

interesse dos demais credores, pois certamente a massa seria desfalcada em maior valor do que aquele transacionado.

Também não impede a realização do acordo a alegação de indisponibilidade dos bens da massa, na medida em que esta só se justifica para preservá-los até a fase de liquidação, na qual seria auferido o produto a ser rateado aos credores habilitados, sendo que o acordo entabulado não desrespeita a sistemática do procedimento falimentar ou burla o interesse dos demais credores, vez que dele expressamente consta que:

"*O valor acordado será pago pela requerida de acordo com a ordem de preferência dos créditos e no momento processual devido, em conformidade com a tramitação judicial do processo falimentar*" (fls. 94).

Assim, com base nas razões aqui aduzidas, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - PENA DE DEMISSÃO - PODER JUDICIÁRIO - AVALIAÇÃO DOS ASPECTOS DA REGULARIDADE DO PROCESSO - CONDUTA DISCIPLINAR DO SERVIDOR - ANÁLISE - COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA NO ÂMBITO CRIMINAL - IRRELEVÂNCIA - INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL

- Cabe ao Judiciário tão-somente avaliar os aspectos da regularidade da tramitação de processo administrativo de que resultou a punição, não sendo de sua competência a análise da conduta disciplinar do servidor, sendo competente para tal o próprio órgão administrativo.

- Se não houve qualquer ato ilegal, arbitrário ou abusivo durante a tramitação de processo administrativo, que foi conduzido por autoridade competente, e que, ao final, foi acolhida a proposição da comissão processante, que opinou pela demissão do servidor, tendo este exercido livremente a sua defesa, a sentença absolutória, no âmbito criminal, não tem o condão de interferir no resultado de regular processo administrativo, que não pode ter sua decisão revogada, porque o acusado foi absolvido em processo criminal. Tal fato não altera o resultado de processo administrativo, visto que são independentes as instâncias administrativa e penal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 194.276-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Ação de reintegração de cargo público - Servidor exonerado mediante prévio e regular processo administrativo - Absolvição em processo criminal - Fato que não altera o resultado do processo administrativo - Independência das instâncias administrativa e penal - Improcedência do pedido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de março de 2001. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de apelação à r. sentença de fls. 146/148-TJ, que julgou improcedente pedido constante de ação de reintegração de cargo público c/c lucros cessantes e danos morais que Antônio Alberto Pains aforou contra o Estado de Minas Gerais, desde que "*o autor não conseguiu comprovar qualquer defeito formal no ato administrativo de sua demissão, bem como não tenha cometido ilícito disciplinar..., bem como não fez prova alguma de ter sofrido os danos morais alegados*".

O recorrente, nas razões recursais de fls. 151/153-TJ, sustenta que foi exonerado por um procedimento disciplinar da Corregedoria de Polícia movido antes mesmo de se aguardar o trânsito em julgado do processo criminal em que figurou como réu, o que redundou em clara injustiça, pois foi absolvido por este Tribunal por insuficiência de provas. Assim, alega que deixou de existir causa para a sua exoneração, sendo certo que sofreu diversos prejuízos com esta violenta punição, dentre os quais o seu empobrecimento pela falta do emprego, a vergonha diante daqueles que tomaram conhecimento da sua exclusão da Polícia e o constrangimento por todo o acontecido, que culminou com sua absolvição perante a segunda instância.

Contra-razões às fls.156/160-TJ.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 171/174-TJ, manifesta-se pelo desprovimento recursal.

Conheço do recurso, desde que atendidos os pressupostos que regem a sua admissibilidade.

O apelante, após aprovação em concurso público, foi admitido pela Secretaria de Segurança Pública, onde estava exercendo o cargo de Carcereiro II, quando foi movido um processo administrativo pela Corregedoria de Polícia, que resultou em sua exoneração. Alega que a punição foi injusta, pois não aguardou o resultado final do julgamento do processo criminal que também lhe era movido e que culminou em sua absolvição por este Tribunal de Justiça, em face da ausência de provas.

Inicialmente, é de se esclarecer que cabe ao Judiciário tão-somente avaliar os aspectos da regularidade da tramitação do processo administrativo de que resultou a referida punição, não sendo de sua competência a análise da conduta disciplinar do recorrente, sendo competente para tal o próprio órgão administrativo, no caso a Secretaria de Estado de Segurança Pública, através da Corregedoria-Geral de Polícia.

Da leitura do processo administrativo, cuja cópia se encontra às folhas 35/103-TJ, chega-se à conclusão de que não houve qualquer ato ilegal, arbitrário ou abusivo durante sua tramitação; ao contrário, o acusado exerceu livremente a sua defesa, o processo foi conduzido por autoridade competente e, ao final, foi acolhida a proposição da comissão processante, que opinou pela sua demissão (fls. 102-TJ).

A sentença absolutória no âmbito criminal não tem o condão de interferir no resultado de regular processo administrativo, que não pode ter sua decisão revogada porque o acusado foi absolvido em processo criminal.

Esta circunstância foi muito bem ressaltada pela r. decisão recorrida, que transcreveu diversos julgados neste sentido, sendo válido acrescentar o seguinte:

"*O Juízo de reprovação disciplinar, que é o que conta, nasce não da coexistência dos elementos necessários a uma condenação criminal, mas da prática de ato que, a despeito de os não reunir todos, é, na sua restante dimensão ético-jurídica, suficientemente grave para legitimar a ruptura do vínculo de emprego público. E, nisto, seria absurdo que, violentados todos os princípios, ficasse a Administração - a qual não tem por onde constranger o titular da ação penal pública a intentá-la, e muito menos, com acusação deste ou daquele teor - a mercê de problemática iniciativa alheia, em resguardo urgente de interesse coletivo*" (*RJTJESP*, 121/206).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Sem custas.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PENSÃO - MORTE DE SERVIDOR - TOTALIDADE DOS VENCIMENTOS OU PROVENTOS - §§ 4º E 5º DO ART. 40 DA CF - AUTO-APLICABILIDADE - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 7.918/99, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - AUTARQUIA - LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*

- A Lei nº 7.918/99 não extinguiu o vínculo dos pensionistas com a autarquia previdenciária do Município de Belo Horizonte. O município apenas passou a assumir o ônus do pagamento dos benefícios.

- Sendo a autarquia um ente autônomo, nada impede que ela figure no pólo passivo das ações dos pensionistas a ela vinculados, mesmo porque cabe a ela o processamento, a confecção e a expedição de contracheques referentes a pensão e aposentadoria.

- As normas dos §§ 4º e 5º do artigo 40 da Constituição Federal são auto-aplicáveis, não dependendo, pois, de lei que as regulamente e não estando condicionadas ao disposto no art. 195, § 5º, também da Constituição da República, que teve por destinatário o legislador ordinário, e não o constituinte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 194.710-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Servidor - Pensão - Valor - Totalidade dos proventos do servidor falecido - Artigo 40, §§ 4º e 5º, CF - Auto-aplicabilidade. - As normas dos §§ 4º e 5º do artigo 40 da Constituição Federal são auto-aplicáveis, não dependendo, pois, de lei que as regulamente e não estando condicionadas ao disposto no art. 195, § 5º, também da Constituição da República, que teve por destinatário o legislador ordinário, e não o constituinte.

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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2001. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 81/84-TJ, submetida a reexame necessário, que concedeu a ordem pleiteada por Maria de Alcântara Nonato e outras em mandado de segurança impetrado contra o Sr. Presidente da Beneficência da Prefeitura de Belo Horizonte - Beprem.

O recorrente voluntário alega, em preliminar, ilegitimidade passiva *ad causam*, porque o responsável pelo pagamento das pensões dos dependentes dos associados da Beprem passou a ser o Município de Belo Horizonte, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.918, de dezembro de 1999.

No mérito, sustenta que o art. 40, § 5º, CF não é auto-aplicável; que não há direito líquido e certo; que não há fonte de custeio para a majoração dos benefícios; que a fonte de custeio depende de lei ordinária que não existe; que o art. 97 do Decreto 127, de 26.05.97, não foi derrogado pela Constituição Federal.

Contra-razões foram apresentadas (fls. 100/102- TJ)

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela confirmação da sentença, em reexame necessário (fls. 111/127-TJ).

Conheço do recurso.

A preliminar de ilegitimidade passiva não merece acolhida.

A Lei nº 7.918/99 não extinguiu o vínculo dos pensionistas com a autarquia previdenciária do Município de Belo Horizonte, que é a ora apelante. O Município apenas passou a assumir o ônus do pagamento dos benefícios.

Sendo a autarquia um ente autônomo, nada impede que ela figure no pólo passivo das ações dos pensionistas a ela vinculados, mesmo porque cabe a ela o processamento, a confecção e a expedição de contracheques referentes a pensão e aposentadoria.

Rejeito a preliminar.

No mérito, a sentença deve ser confirmada.

Com a inicial, as impetrantes juntaram documentos suficientes à comprovação de lesão de seu alegado direito líquido e certo, tendo a petição inicial observado todos os requisitos da Lei nº 1.533/51, sendo certo que a questão prescinde de ação ordinária para seu deslinde, sendo perfeitamente cabível o mandado de segurança.

A pretensão das impetrantes de receber a pensão por morte em valor equivalente à integralidade dos proventos de seus falecidos maridos, então servidores públicos do Município, encontra guarida no disposto nos §§ 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal, que assim dispõem:

"§ 4º - *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*".

"§ 5º - *O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior*".

Tais disposições são auto-aplicáveis, não estando condicionadas ao disposto no art. 195, § 5º, também da

Constituição da República, que teve por destinatário o legislador ordinário, e não o constituinte, que poderia, assim, a ela abrir exceções, como fez no art. 40, §§ 4° e 5°.

Releva notar que a copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento de que a norma do § 5° do art. 40 da Carta Magna encerra um direito auto-aplicável, não dependendo de lei regulamentadora para ser viabilizada, sendo certo que a lei nela referida não pode ser outra senão aquela que fixa o limite de remuneração dos servidores em geral, na forma do art. 37, XI, da Constituição da República.

Nesse sentido: RE 228.082, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26.05.98, *DJU* de 07.08.98, p. 62; RE 221.194-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10.03.98, *DJU* de 17.04.98, p. 35; RE 217.464-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07.10.97, *DJU* de 28.11.97, p. 62.253; RE 210.307-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.04.97, *DJU* de 14.11.97, p. 58.812; RE 207.307-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.04.97, *DJU* de 29.08.97, p. 40.238; RE 207.296-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25.02.97, *DJU* de 25.04.97, p. 15.216; RE 192.740-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.04.97, *DJU* de 08.08.97, p. 35.652.

Vale ressaltar que a Carta Mineira reproduziu, em seu art. 36, §§ 4° e 5°, os mesmos princípios insculpidos nos §§ 4° e 5° do art. 40 da Constituição Federal, assegurando, dessa forma, ao beneficiário de servidor falecido pensão em valores equivalentes aos vencimentos ou aos proventos a que faria jus esse servidor acaso vivo estivesse.

Isso posto, no reexame necessário, confirmo a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ICMS - ALÍQUOTA REDUZIDA - CONTRIBUINTE - CRÉDITO FISCAL - INADMISSIBILIDADE - ARTIGO 155, § 2°, I, DA CF - INTELIGÊNCIA

- A aquisição de mercadoria sob o regime de alíquota reduzida não enseja ao contribuinte crédito fiscal pela diferença. Assim, se o contribuinte pagou, no Estado de origem, não poderá creditar-se das diferenças, no Estado de destino.

- No atual texto constitucional, não mais existe a previsão do inciso II do art. 23 da Constituição anterior, na forma da Emenda Constitucional n° 23, de 1° de dezembro de 1983, que permitia que o abatimento, para efeito de não-cumulatividade, se fizesse na forma da lei complementar, não sendo mais possível à lei complementar estabelecer ficta ampliação ao limite de compensação, como fixado pela Constituição. O limite da compensação é o valor da obrigação tributável, ou seja, a ser tributada pelo ICMS. O montante cobrado nas operações anteriores, para efeito de compensação, tem por limite o valor do tributo da operação atual (CF, art. 155, § 2°, I); o que exceder não é objeto de compensação: faz-se o estorno.

APELAÇÃO CÍVEL N° 195.238-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: A aquisição de mercadoria sob o regime de alíquota reduzida não enseja ao contribuinte crédito fiscal pela diferença.

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, 08 de março de 2001. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Alberto Guimarães Andrade.

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se de apelação cível interposta por Minasmix Atacado Distribuidor Ltda. à sentença de fls. 225/227-TJ, que, em mandado de segurança requerido por Minasmix Atacado Distribuidor Ltda. contra ato atribuído ao Superintendente Regional da Fazenda do Estado de Minas Gerais, denegou-lhe a segurança.

Argumenta a apelante que comercializa produtos beneficiados com redução da base de cálculo e, conseqüentemente, da alíquota devida a título de ICMS; que o aproveitamento do crédito de ICMS pago por ocasião da aquisição das referidas mercadorias está limitado pelas condições das operações de saída; que a sentença carece de fundamento fático-jurídico; que não se confunde desoneração tributária com simples redução do tributo; que não se aplicou o princípio da não-cumulatividade; que a exigência de estorno de crédito do ICMS fere o mencionado princípio constitucional; que a vedação à compensação integral também fere o princípio da seletividade; que, outrossim, presente está a violação aos princípios da capacidade contributiva, do não-confisco e da igualdade tributária; ainda, a decisão apelada não atentou para os princípios da boa-fé e da moralidade pública.

Contra-razões, fls. 259/278-TJ, pugnando pela confirmação da sentença.

Conforme o entendimento do Excelentíssimo Senhor Ministro Milton Luiz Pereira, "*as alíquotas reduzidas não se confundem com a isenção e a prática dos Estados-membros diferenciá-las, por si, não constitui o direito do contribuinte creditar-se à conta de outros percentuais mais elevados. É que a aplicação de alíquota reduzida por um Estado não importa em isenção parcial, mas o exercício pelo mesmo, do seu poder de tributar, fixando a alíquota ditada como conveniente, atendido o teto fixado pelo Senado Federal. Os Estados-membros, no âmbito da competência tributária, deferida constitucionalmente, podem legislar a respeito de tributos. Portanto, se o Estado de origem fixou uma alíquota menor do que a vigorante no Estado de destino, apenas exerceu de autonomia no desenvolvimento da política tributária acolhida como conveniente*" (REsp 76.484-RJ - *DJU* de 26.08.96, p. 29.642 - Relator Ministro Milton Luiz Pereira - T1/STJ).

Por sua vez, esclarece o Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio que "*a prática de alíquotas diferenciadas tem como objetivo uma melhor distribuição tributária. Visa a proporcionar ao Estado para o qual é remetida a mercadoria, uma vez realizada nova circulação, a cobrança da diferença, ou seja, o aporte de recursos, não sendo compensado o percentual*" (RE 186.831-MG - Relator Ministro Marco Aurelio - *DJU* de 05.09.97, p. 41.895).

A aquisição de mercadoria sob o regime de alíquota reduzida não enseja ao contribuinte crédito fiscal pela diferença.

Veja-se, a propósito, a luminar lição do constitucionalista José Tarcízio de Almeida Melo, eminente Desembargador deste Tribunal, proferida no corpo do acórdão da Apelação Cível nº 183.489/4, *ipsis litteris*:

"*No atual texto constitucional, nem mais existe a previsão do inciso II do art. 23 da Constituição anterior, na forma da Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983, que permitia que o abatimento, para efeito de não-cumulatividade, se fizesse na forma da lei complementar. Não é mais possível à lei complementar estabelecer ficta ampliação ao limite da compensação, como fixado pela Constituição.*

Logo, o limite da compensação é o valor do ICMS da operação atual. O que exceder não é objeto de compensação; faz-se o estorno.

Eventual repasse que exista do imposto anterior, no preço, é matéria para o contribuinte de fato e para a formação do mercado, que escapa ao controle constitucional-tributário. O que se considera, para efeito de não-cumulatividade, é o imposto pago ou creditado pelo contribuinte de direito, pois o controle do imposto é efetivado nos livros deste, aos quais escapam os direitos do contribuinte de fato.

Mas, é certo que a formação dos preços não está contingenciada unicamente pela carga tributária e que existem outros agentes que influem na sua formação, incluindo a competição do mercado e a capacidade do contribuinte de direito de absorver parte da tributação. O que importa, para mim, é a falta de previsão constitucional que assegure a dedução, como pretende a apelada.

(...)

Qual é a compensação que a Constituição permite? A compensação não é uma compensação necessariamente completa, é uma compensação que tem como limite máximo, que é o imposto devido na atual operação para considerá-lo em relação à operação anterior. No limite da atual operação, considera-se o que foi pago anteriormente, para descontar dentro desse limite.

Compensação maior do que o da atual operação, para imputá-la à operação anterior e, portanto, formar-se um elemento de crédito maior, não é autorizada pela Constituição.

(...) não é uma compensação ilimitada. O limite está no valor da atual operação para que haja um desconto do que se pagou na anterior. Não é o valor da operação anterior que é o limite da compensação e, sim, o valor da operação atual. Este é o texto expresso no inciso I do § 2º do artigo 155.

No mesmo sentido o julgamento da Apelação Cível nº 160.262-2/00, relator o eminente Desembargador Carreira Machado, o qual citou a advertência do Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 186.831/7-MG, de que 'a prática de alíquotas diferenciadas tem como objetivo uma melhor distribuição tributária. Visa a proporcionar ao Estado para o qual é remetida a mercadoria, uma vez realizada nova circulação, a cobrança da diferença, ou seja, o aporte de recursos, não sendo compensado o percentual'.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é de que 'o pagamento da alíquota diferenciada não confere direito ao crédito de ICM. Assim, se o contribuinte pagou, no Estado de origem, não poderá creditar-se das diferenças, no Estado de destino' (REsp 21.734/2-SP, relator o Ministro Hélio Mosimann, j. 02.03.1994; REsp 65.926/4-SC, relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 18.03.1996; e REsp 119.141-SP, relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, j. 23.11.1999).

Referido entendimento decorre de pronunciamentos anteriores do Supremo Tribunal Federal, especialmente no Recurso Extraordinário nº 135.189-RS e no Agravo de Instrumento (AgRg) nº 142.301-SP, relator o eminente Ministro Ilmar Galvão. Do seu voto, no mencionado Recurso Extraordinário, destaco considerações no sentido de que o princípio da não-cumulatividade do ICM 'se expressa pela necessidade de compensar-se, em cada operação relativa à circulação da mercadoria, o montante do tributo que foi

cobrado nas operações anteriores, seja pelo próprio Estado, seja por outro, de molde a permitir que o imposto incidente sobre a mercadoria, ao final do ciclo produção-distribuição-consumo, não ultrapasse, em sua soma, percentual superior ao correspondente à alíquota máxima prevista em lei para o tributo. Obviamente, tal objetivo não se desnatura se, na hipótese de isenção, total ou parcial, de alíquota zero ou alíquota simplesmente reduzida, nada, ou pouco, haja a ser pago e, conseqüentemente, a ser creditado, em termos de imposto, já que a ausência de crédito ou o crédito por valor reduzido não impedirão que, ao final, o imposto embutido no preço da mercadoria consumida se contenha nos limites do percentual máximo previsto em lei' (RTJ, 140/300 e 146/936).

(...)

Logo, o limite da compensação é o valor da obrigação tributável, ou seja, a ser tributada pelo ICMS. O montante cobrado nas operações anteriores, para efeito de compensação, tem por limite o valor do tributo da operação atual (CF, art. 155, § 2º, I)" (Apelação Cível 183.489/4; data do julgamento: 17.08.2000; Relator Desembargador Almeida Melo - Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela lei.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - CUMULAÇÃO COM RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - AÇÃO PROPOSTA POR FILHO - ILEGITIMIDADE ATIVA

- O filho é parte ilegítima para propor ação de investigação de paternidade contra outrem, se tem pai reconhecido em seu registro de nascimento, mormente quando este o reconheceu na constância do casamento com sua mãe, sendo dele, portanto, a legitimidade para contestar tal paternidade, por se tratar de ação própria e personalíssima.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 195.326-4/00 - Comarca de Monte Carmelo - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Investigação de paternidade cumulada com retificação de registro proposta pelo filho - Ilegitimidade ativa - Extinção do processo. -

O filho é parte ilegítima para propor ação de investigação de paternidade contra outrem, se tem pai reconhecido em seu registro de nascimento, mormente quando este o reconheceu na constância do casamento com sua mãe, sendo dele, portanto, a legitimidade, por se tratar de ação própria e personalíssima. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 01 de fevereiro de 2001. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Campos Oliveira - Trata-se de ação de investigação de paternidade, cumulada com pedido de alimentos e retificação de registro civil, proposta por T.C.D., representado por sua mãe, contra W.V., perante o Juízo da Comarca de Monte Carmelo, dizendo que sua mãe manteve um relacionamento extraconjugal com o requerido, por um período de oito anos, dele resultando, alguns meses depois, a concepção e o nascimento do requerente, que ocorreu em 28 de setembro de 1991; que sua mãe não procurou o requerido, decidindo que era melhor que seu marido, à época, M.D., registrasse o requerente "*como filho legítimo do mesmo*", mas nunca escondeu a sua verdadeira paternidade.

O feito foi extinto, sem julgamento do mérito.

Inconformado, o autor apelou, tempestivamente, buscando a cassação da decisão, para que o mérito seja apreciado, pois é permitida a cumulação pretendida.

Sem preparo, na forma da lei.

O apelo foi contrariado, sustentando-se o acerto da decisão hostilizada, o que mereceu a adesão do Dr. Promotor.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento, em parecer da Dra. Eliane Falcão.

É o relatório.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando que a matéria em discussão não é nova nesta Câmara, mas assinalo que o apontado pai jurídico não foi chamado para integrar a relação processual no pólo passivo. E o mais interessante é que o autor não pediu, se possível, a nulidade de seu assento de nascimento, mas apenas a sua retificação.

Independentemente desses defeitos, trago à colação voto por mim proferido quando do julgamento da Apelação Cível nº 88.301/7, da Comarca de Belo Horizonte, de que fui Relator:

"Segundo o art. 340 do Código Civil, 'A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se:

I - Que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho.

II - Que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados'.

Fora das hipóteses, ao marido não é lícito contestar a paternidade do filho. E não basta a confissão materna para excluir a paternidade (CC, art. 346), sendo certo que só ao marido cabe o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (CC, art. 344).

Por isso, está correta a colocação feita no dito parecer, quando o seu subscritor assinala:

'No entanto, uma ressalva deve ser feita. A contestação da paternidade, mesmo sendo proposta pelo filho, deverá estar embasada nas hipóteses do artigo 340 do Código Civil, porquanto a certeza jurídica de que o marido é o pai dos filhos de sua esposa - por ser a regra - somente poderá ser desfeita com a comprovação de uma das situações definidas na aludida norma, cujas exceções devem ser interpretadas restritivamente, conforme princípio da hermenêutica.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal adotou, implicitamente, esse entendimento quando procurou temperar o rigor do artigo 344 do Código Civil, pois nos casos em que admitiu a investigação de paternidade proposta pelo filho, independentemente de contestação contenciosa da paternidade pelo pai presumido, o fez sempre quando a prova era robusta no sentido de que a concepção ocorreu por ocasião em que os cônjuges estavam efetivamente separados, ainda que de fato' (fls.355/356).

(...)

Quando do julgamento da Apelação nº 47.214/2, da Comarca de Estrela do Sul, interposto nos autos da Ação Negatória de Paternidade proposta pelo pai, alegando a infidelidade conjugal da mulher, fui vencido, mas assim votei:

'Data venia *do em. Relator, que desenvolve uma tese revolucionária e sedutora, nego provimento ao apelo, por entender que a decisão está absolutamente correta, pois a hipótese contida na inicial não se enquadra naquelas duas previstas no art. 340 do Código Civil.*

O Julgador não pode admitir uma terceira hipótese, que é aquela pretendida pelo autor, razão por que a prova pericial não pode ser considerada, ainda que o seu resultado pudesse encerrar uma certeza absoluta, o que não aceito. Mas como ela não está em discussão, por envolver matéria de mérito, permito-me não alinhar os motivos que me levam a não receber o laudo pericial como uma prova absoluta.

Dispõe o art. 341 do Código Civil que não valerá o motivo do artigo antecedente, n. II (os cônjuges legalmente separados), se eles houverem convivido algum dia sob o teto conjugal. E mais: não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole (CC, art. 343).

O legislador foi mais além e disse que também não basta a confissão materna para excluir a paternidade, segundo prescreve o art. 346, pois ele vem sendo modificado ao longo desses oitenta anos, com alterações profundas nos costumes da sociedade brasileira, mas ainda assim o legislador não quis ampliar as hipóteses definidas no art. 340. E se não o fez, o juiz não pode ampliá-las, sob pena de substituir o legislador'.

A propósito, doutrinando sobre a filiação legítima, Orlando Gomes ensina:

'O nascimento de filho de mulher casada comprova seu status, *certificado normalmente pelo registro levado a efeito pelo marido.*

Não significa, porém, que seja ele verdadeiramente o pai.

Na impossibilidade de obter-se comprovação direta da paternidade, recorre-se a uma presunção, pater is est quem nuptiae demonstrant. *É pai quem o casamento demonstra. Pai, até prova em contrário por ele próprio produzida, é o marido. Não precisa o filho provar a paternidade, se nascido de justas núpcias. Cede a presunção, todavia, se o marido se achava impossibilitado de coabitar com a mulher, se estava ausente ou legalmente separado ou se prova que era impotente.*

A época da concepção *também não admite prova direta, estabelecendo a lei* presunções *de que o filho foi concebido na constância do matrimônio' (fls. 309/310).*

E prossegue:

'Estabelecida a filiação legítima *pela conjugação dos seus pressupostos e requisitos, certificada pelo registro do nascimento, não pode o filho vindicar outro estado, ainda notória a sua condição de descendente de outro genitor que não o marido de sua mãe.*

O marido é senhor absoluto da conveniência de contestar a paternidade, mas, havendo separação de fato, *se torna imperioso o abrandamento da regra' (ob. cit., p.310).*

Vê-se, pois, que só o marido tem legitimidade para contestar a paternidade do filho nascido do seu casamento.

Volto a me valer do magistério de Orlando Gomes, para quem 'A dificuldade maior no estabelecimento da paternidade legítima residiria na prova de que é fruto das relações sexuais do marido com a mulher, se a lei não determinasse, por presunção, *que* pater is est quem nuptiae demonstrant.

Funda-se a regra em dupla presunção, a de coabitação *e* fidelidade da mulher, *ou pelo* reconhecimento implícito *e* antecipado *feito pelo marido ao se casar. Justifica-se como medida de segurança para a harmonia e solidez das famílias.*

Tem a regra caráter imperativo, aplicando-se à generalidade dos casos, mas sua força não é absoluta, admitindo a presunção prova em contrário, reservada ao marido, se ocorrerem as condições em que lhe é lícito contestar a paternidade, iniciada a ação no prazo curto de decadência prescrito na lei' (ob. cit.,p.312).

Finalmente, ressalto que a pretensão do apelante encontra óbice, também, no art. 348 do Código Civil, não se admitindo a exceção prevista, diante do prescrito no art. 344 do mesmo Diploma Legal, quando se vê que nem mesmo o adultério será capaz de desfazer a presunção da paternidade, que só pode ser contestada pelo marido nas hipóteses do art. 340.

Ultrapassado o prazo (decadencial ou prescricional) consolida-se a situação, que nem mesmo ao marido cabe resolver.

Orlando Gomes, como não podia deixar de ser, enfatiza que 'A ação de contestação de paternidade *é reservada ao* marido. *Somente ele pode propô-la, pois, do contrário, estaria a família ameaçada em seus próprios fundamentos, ninguém, senão ele, tendo legítimo interesse moral em intentá-la. Seu caráter personalíssimo é interpretado rigorosamente mas, se a iniciou e não pode concluí-la, pela morte intercorrente, podem prosseguila os herdeiros. A expressão herdeiros designa os sucessores a título universal, bastando que tenham interesse econômico' (ob. cit., p. 315), para reafirmar que 'A* impugnação *da paternidade é privativa, como visto, do* marido, *ocorrendo unicamente mediante sentença na* ação negatória *por ele proposta. A* impugnação de legitimidade *visa à filiação materna, destinando-se a ação a provar que o filho não nasceu da* mulher casada, *que apresenta ser sua mãe',mas lembra que 'Há, no entanto, um caso em que o filho pode impugnar a paternidade: é quando, não tendo pai conhecido, fica legitimado pelo casamento da mãe com homem que não podia ser tido como seu genitor e não é excluída, no assento de casamento, a paternidade' (ob. cit., fls. 316) .*

Não é, à evidência, a hipótese dos autos.

A jurisprudência caminha no mesmo sentido, segundo decisão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, trazida à colação por Thetônio Negrão:

'Legitimação. A ação negatória de paternidade, destinada a elidir a presunção quanto aos filhos nascidos de sua mulher, na constância do casamento, é própria e privativa do marido. Mas a ação tendente a desconstituir reconhecimento voluntário de paternidade não presumida pertence, enquanto impugnatória, a todo aquele que tenha justo interesse em contestar a ação investigatória. Tem-no, pois, quem, argüindo falsidade ideológica ao reconhecimento, se apresente como pai verdadeiro, para que do registro conste tal relação biológica' (RJTJESP, 124/201).

Outra decisão, esta do eg. Superior Tribunal de Justiça:

'Assento de nascimento. Ação anulatória. Legitimidade. Não se cuidando no caso de ação negatória de paternidade, e sim de ação declaratória de inexistência de filiação legítima, por alegada falsidade ideológica, é ela suscetível de ser intentada, não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados' (RSTJ,34/228 e STJ-RT, 683/176) (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 27ª ed., p.70)".

Isto posto, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença hostilizada.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AUTARQUIA ESTADUAL - PATRIMÔNIO PRÓPRIO - CUMPRIMENTO DE SUAS OBRIGAÇÕES - RESPONSABILIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO

- Dispondo as autarquias de patrimônio próprio, e possuindo a autarquia estadual autonomia administrativa e financeira, responde ela individualmente pelo cumprimento de suas obrigações, sendo o Estado parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 195.758-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Autarquia - Patrimônio próprio - Ilegitimidade passiva do Estado - Extinção do processo. - Dispondo as autarquias de patrimônio próprio, respondem, sim, individualmente, por suas obrigações, sem responsabilidade das estatais a que pertencem. Ilegitimidade processual do Estado. Processo extinto sem julgamento de mérito.

ACÓRDÃO

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

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR, CASSAR A SENTENÇA E EXTINGUIR O PROCESSO.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2001. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Campos Oliveira - Trata-se de ação ordinária proposta por Weber Moraes da Silva contra o Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, dizendo que trabalhou para o Município de Belo Horizonte como fiscal de obras, no período de 19 de junho de 1958 a 31 de dezembro do mesmo ano; que, em 10 de agosto de 1960, foi admitido através de concurso público como arquiteto, pela Comissão de Construção, Ampliação e Reconstrução de Prédios Escolares do Estado de Minas Gerais, tendo o seu contrato de trabalho rescindido em 15 de maio de 1988; que, após sua demissão na 'Carpe', foi contratado pela Engemat - Engenheiros Consultores S.A, para prestar serviços ao Projeto Pró-Habitação na Secretaria de Estado de Assuntos Municipais, no período de 08 de agosto de 1988 a 01 de fevereiro de 1989; que, em seguida, foi admitido pelo Serviço Nacional da Indústria - SENAI, no período de 02 de maio de 1989 a 02 de maio de 1990; que, no período de maio de 1990 a abril de 1992, exerceu atividades como arquiteto autônomo, contribuindo para a Previdência Social; que, em 01 de dezembro de 1994, foi readmitido no cargo de arquiteto nível XIJ, pelo Sr. Governador do Estado, tendo o ato, posteriormente, sido retificado, enquadrando-o como arquiteto nível/grau XI - ADG, oportunidade em que lhe foi deferido aumento de 50% referentes ao 1º, 2º, 3º, 4º e 5º qüinqüênios, a partir de dezembro de 1994; que, em 22.06.95, gozou férias-prêmio convertidas em espécie; que, através de resolução conjunta, fez-se a aprovação dos Servidores do Quadro Especial de Provimento Efetivo e no quadro de função pública de Arquiteto II para Analista de Obras Públicas I - IOA; que, estando sua pretensão amparada pelo art. 28 do ADCT da Carta Estadual, pelo art. 40 da Lei nº 10.961/14.12.92, e também pela Constituição Federal, art. 37 e seus incisos, art. 39, § 1º, art. 202, III, § 2º, busca a sua aposentadoria.

A final, o pedido foi julgado improcedente, rejeitadas duas preliminares.

Inconformado, o autor apelou, tempestivamente, buscando a reforma da sentença e a procedência do pedido, dizendo que ela é lacônica e não examinou a documentação acostada à inicial.

Sem preparo, na forma da lei.

O apelo foi contrariado, sustentando-se o acerto da decisão hostilizada, mas insistindo o apelado na preliminar de ilegitimidade passiva, escusando-se a Dra. Promotora de emitir parecer.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento em parecer da lavra do Dr. Áttila de Castro Neves.

É o relatório.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando que o réu argúi duas preliminares na contestação, que foram rejeitadas, mas, considerando o disposto no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, passo a reexaminar a preliminar de ilegitimidade passiva, já que não há preclusão. E penso que o Juízo não se houve, na espécie, com o seu costumeiro acerto, isto porque o autor é funcionário do Departamento de Obras Públicas do Estado de Minas Gerais, autarquia estadual (fls. 10 a 16), que tem autonomia administrativa e financeira.

Veja-se, a propósito, a lição de MÁRIO MASAGÃO, em seu *Curso de Direito Administrativo*:

"*Por força de sua natureza e finalidade, as autarquias dirigem-se por si próprias, determinando o que melhor convenha à consecução de seus objetivos, salvo as restrições declaradas em lei. Possuem patrimônio, oriundo de dotação orçamentária ou de rendas que a lei lhes atribua. Com eles estabelecem orçamento próprio, que se não confunde com o Estado*" (*RT*, 5ª ed., p. 79), e HELY LOPES MEIRELLES ainda registra:

"*A jurisprudência dominante tem sustentado que as autarquias, dispondo de patrimônio próprio, respondem individualmente por suas obrigações e sujeitam-se aos pagamentos a que forem condenadas, sem responsabilidade das estatais a que pertencem...*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª ed., RT, p. 305).

Portanto, o réu é parte ilegítima para figurar no pólo passivo, sendo irrelevante o argumento, sem prova, da existência de caixa único. Mas, ainda que existente, o fato não desnatura a definição de autarquia da empregadora do autor.

Isto posto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva e casso a decisão, declarando extinto o processo, sem julgamento do mérito, prejudicado o apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR, CASSARAM A SENTENÇA E EXTINGUIRAM O PROCESSO.

-:::-

CONSULTA - APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - AÇÃO FISCAL - INIBIÇÃO SOMENTE SE PROTOCOLIZADA A CONSULTA DENTRO DO PRAZO LEGAL PARA O PAGAMENTO DO CRÉDITO - TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS - ICMS - INCIDÊNCIA

- A consulta formulada pelo contribuinte ao órgão competente para dirimir dúvidas sobre a aplicação da legislação tributária, em relação a fato concreto, somente inibe a instauração de qualquer procedimento fiscal, nos termos da lei, se protocolizada dentro do prazo para o cumprimento da respectiva obrigação. Esgotado este prazo, a consulta já não pode ter o condão de impedir a ação do Fisco, pouco importando que, podendo ter sido declarada ineficaz (art. 22, I, *d*, do Decreto nº 23.780/84), não o fora, principalmente quando formulada por entidade representativa de classe, o que lhe confere um grau de grande impessoalidade.

- Nos períodos compreendidos entre 01.05 a 05.06.89 e 21.09 a 31.12.89, por força do disposto no Decreto nº 30.818, de 29.12.89, que definiu as características do transporte intermunicipal de passageiros, nas regiões metropolitanas, para que pudesse ser considerado "urbano", só aquelas empresas que já as satisfaziam poderiam ser alcançadas pelo benefício da isenção tributária do ICMS. Àquela época, já não mais tinha aplicação o disposto, a respeito da mesma matéria, na Lei nº 6.763/75, pois, nessa questão, cedera lugar ao Convênio ICM 24/89, que simplesmente "autorizava" os Estados a conceder aquela isenção definitivamente, não os obrigando a fazê-lo. E, se concedessem, concederiam nas condições que lhes consultassem o interesse.

- Fixada a premissa de que o imposto sobre o transporte intermunicipal de passageiros é devido, impõe-se o recolhimento, pouco importando que esteja, ou não, incluído o preço da passagem, pois este fato não constitui hipótese de isenção. Ocorrido o fato gerador previsto em lei, o contribuinte deve recolher o tributo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 196.228-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

Ementa oficial: Consulta administrativa - Matéria tributária - Oportunidade - Efeitos. - A consulta formulada pelo contribuinte ao órgão competente para dirimir dúvidas sobre a aplicação da legislação tributária, em relação a fato concreto, somente inibe a instauração de qualquer procedimento fiscal, nos termos da lei, se protocolizada dentro do prazo para o cumprimento da respectiva obrigação.

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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2001. - *Páris Peixoto Pena* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela primeira apelante, o Dr. José Luiz de Gouveia Rios.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Trata-se de embargos opostos pela Empresa São Jorge Ltda. à execução fiscal que, por ICMS relativo ao transporte intermunicipal de passageiros não recolhido no período de 1º de outubro de 1989 a 31 de dezembro de 1990, ajuizou em seu desfavor a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgados improcedentes no primeiro grau de jurisdição.

Apelou a embargante reproduzindo os três pontos básicos que fundamentaram os embargos:

1º - A empresa não poderia ser autuada pela Fazenda Estadual em decorrência de *consulta* formulada, ao Fisco, *enquanto a mesma não fosse respondida.*

2º - O próprio Poder Executivo Estadual, ao editar os Decretos 29.275/89, 30.537/89 e 36.553/94, cancelou as exigências do ICMS no transporte metropolitano de passageiros, no período de março de 1989 a dezembro de 1990.

3º - A apelante não pagou o ICMS no período de outubro de 1989 a dezembro de 1990, porque o DER/Transmetro não incluíam o tributo estadual nos preços das passagens.

Preparado, o recurso foi recebido (fls. 128-TJ) e contra-arrazoado (fls. 134/137-TJ).

Pelo aumento da verba honorária, apelou também a embargada (fls. 129/132-TJ).

Isento de preparo, o recurso foi recebido (fls. 139-TJ) e respondido (fls. 140/142-TJ).

Conheço de ambos os recursos.

Primeira apelação.

Apelante: Empresa São Jorge Ltda.

Do primeiro fundamento.

Dispondo sobre a extinção do crédito tributário, pelo pagamento, determina o Código Tributário Nacional, no art. 161, que: "*o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da interposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária*".

Mas, excepciona no § 2º daquele artigo: "*o disposto neste artigo não se aplica na pendência da consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito*".

Ou seja, tendo havido consulta do contribuinte ao Fisco, dentro do prazo legal para pagamento do crédito, não há se falar em mora para fins de incidência dos respectivos juros e das penalidades previstas em lei, pendente a resposta.

Essa consulta, no âmbito estadual mineiro, está regulamentada no

Título II (Do Processo Tributário Administrativo), Capítulo II (Dos Procedimentos Especiais), Seção I, do Decreto nº 23.780, de 10 de agosto de 1984, arts. 17 e seguintes, deverá ser formulada à Diretoria de Orientação e Educação Tributária da Superintendência de Legislação e Tributação (DOET/SLT) e versará sobre a aplicação da legislação tributária, em relação a fato concreto, somente vedando qualquer procedimento fiscal, relativamente à espécie consultada, *expressis verbis*: "*quando o contribuinte protocolar a consulta dentro do prazo legal para o cumprimento da obrigação a que se refira*".

A consulta impede a instauração de qualquer procedimento fiscal, mas, para que produza esse efeito, deverá ser formulada dentro do prazo para o cumprimento da obrigação tributária.

Esgotado esse prazo, a consulta já não pode ter o condão de impedir a ação do Fisco, pouco importando que, podendo ter sido declarada ineficaz (art. 22, I, *d*, Decreto nº 23.780), não o fora, principalmente quando formulada por entidade representativa de classe, o que lhe confere um grau muito grande de impessoalidade.

Do segundo fundamento.

Dispondo sobre a não-incidência do ICMS, o art. 7º da Lei Estadual nº 6.763/75 arrola várias hipóteses, dentre elas aquela do inciso XV, só revogada pelo art. 9º da Lei nº 12.423, a partir de 01.11.96, em pleno vigor, portanto, no exercício de 1989, cujo teor era o seguinte:

"*XV - o serviço de transporte de pessoas quando realizado entre municípios de uma mesma região metropolitana estabelecida em lei*".

Posteriormente, o Convênio ICM 24/89, publicado no *DOU* de 28.02.89, estabeleceu em sua cláusula primeira, que, *litteris*:

"*Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder, até 31 de março de 1989, isenção de ICMS nas prestações dos serviços de transporte intermunicipal de passageiros, desde que com características de transporte urbano ou metropolitano,* conforme estabelecido em legislação estadual" (grifei).

O Convênio ICMS 37/89, de 24.04.89, prorrogou aquela autorização até 31.12.89; quando, em sua cláusula primeira, dispôs: "*Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção de ICMS, até 31 de dezembro de 1989, nas prestações de serviços de transporte de passageiros, desde que com características de transporte urbano ou metropolitano,* conforme estabelecido em legislação estadual (grifei).

Desse modo, estavam os Estados e o Distrito Federal "autorizados", mas não "obrigados" a conceder essa isenção, e, mesmo assim, desde que legislassem definindo o que se deveria entender por "características de transporte urbano".

Essa "legislação" só veio a se tornar realidade com o Decreto nº

30.818, de 29 de dezembro de 1989, quando, no seu artigo 2º, inciso LXIII, § 22, estabeleceu que:

"*LXIII - na prestação, a contar de 13 de março de 1989, de serviço de transporte intermunicipal de passageiros, na Região Metropolitana de Belo Horizonte, desde que com características de transporte urbano, conforme definida no § 22.*

(...)

§ 22 - Para efeito do disposto no inciso LXIII, considera-se serviço de transporte coletivo de passageiros com características urbanas o prestado, de forma regular, entre os Municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte:

1 - omissis ...

2 - omissis ...

3 - quando rodoviário:

a - com a utilização de veículo contendo portas distintas para entrada e saída de passageiros;

b - sem emissão de bilhete de passagem, com fluxo de passageiros controlado pelo sistema de roleta;

c - não tenha ponto inicial em terminal rodoviário".

Mais tarde, o Decreto nº 36.553/94 repetiu, no seu art. 2º, *verbis*:

"*Art. 2º - A prestação de serviço de transporte intermunicipal de passageiros, na Região Metropolitana de Belo Horizonte, no período de 1º de maio de 1989 a 31 de dezembro de 1990, é isenta do ICMS.*

Parágrafo único - Nos períodos de 1º de maio a 5 de junho de 1989 e de 21 de setembro de 1989 a 31 de dezembro de 1990, o disposto no caput *somente se aplica à prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros com características de transporte urbano, assim considerado aquele prestado, de forma regular, entre os municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte:*

1 - omissis ...

2 - omissis ...

3 - quando rodoviário:

a - com utilização de veículo contendo portas distintas para entrada e saída de passageiros;

b - sem emissão de bilhetes de passagem, com fluxo de passageiro controlado pelo sistema de roleta;

c - não tendo ponto inicial ou final em terminal rodoviário".

Este Decreto nº 36.553/94, portanto, apenas ratificou o que já havia sido disposto no Decreto nº 30.818, repetindo-o *verbo ad verbum* na definição do que seriam as características daquele que haveria de ser considerado transporte urbano.

A tal respeito, nenhum efeito retroativo lhe pode ser imputado.

Do exame da legislação supracitada, portanto, resulta que, nos períodos compreendidos entre 01.05 a 05.06.89 e 21.09 a 31.12.89, por força do disposto no Decreto nº 30.818, de 29.12.89, que definiu as características do transporte intermunicipal de passageiros, nas regiões metropolitanas, para que pudessem ser considerados "urbanos", só aquelas empresas que já as satisfaziam, de forma que somente elas poderiam ser alcançadas pelo benefício da isenção tributária do ICMS.

Àquela época, já não mais tinha aplicação o disposto, a respeito da mesma matéria, na Lei 6.763/75, pois, nessa questão, cedera lugar ao Convênio ICM 24/89, que simplesmente "autorizava" os Estados a conceder aquela isenção, definitivamente não os obrigando a fazê-lo.

E, se concedessem, concederiam nas condições que lhes consultassem o interesse.

Do terceiro fundamento.

Não encontra nenhum amparo legal.

Fixada a premissa de que o imposto, na espécie, era devido, impunha-se o seu recolhimento, pouco importando que estivesse, ou não, incluído no preço da passagem, pois este fato não constitui hipótese de sua isenção.

Ocorrido o fato gerador previsto em lei, o contribuinte deve recolher o tributo.

Com estas considerações, nego provimento à primeira apelação.

Segunda apelação.

Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

Arbitrados os honorários advocatícios da sucumbência, a cargo da Empresa São Jorge Ltda., em R$ 10.000,00, apelou a Fazenda Pública Estadual, ao fundamento de que este valor não perfaz senão 0,68% do total exeqüendo, objetivando sua elevação para algo superior a 10% do valor devido, pois, em 10% já haviam sido fixados *initio litis* nos autos da execução, em caso de pronto pagamento.

Nas contra-razões ofertadas, a apelada assevera ser forçoso reconhecer que o montante fixado remunera condignamente o trabalho desenvolvido pelo Procurador da Fazenda Estadual.

Permissa venia, não penso assim.

O valor de R$10.000,00, em si, não é irrisório; com certeza.

Irrisório é o que ele representa em razão do valor da sucumbência, menos de 1%.

É certo que "*a sentença proferida em embargos do devedor improcedentes é meramente declaratória, ensejando, por isso, a aplicação do § 4º do art. 20 do CPC, o qual não está adstrito aos percentuais máximo e mínimo previstos no § 3º do mesmo artigo*" (STJ - 1ª Turma, REsp 72.393-SP, Rel. Min. Cesar Rocha, j. 16.10.95, *apud* THEOTONIO NEGRÃO, *CPC Anotado*, 30ª edição, p. 127), mas, também certo é que a lei, nesse caso, quer que se decida por eqüidade, não autorizando a utilização de percentuais muito inferiores ao mínimo de 10%. E a razão disso é que, naqueles casos enquadráveis no § 4º do art. 20 do CPC, deverá balizar a atividade do juiz o princípio da igualdade processual entre os litigantes. Se o resultado do julgamento fosse oposto, com certeza outro teria sido o entendimento da apelada.

Com estas considerações, dou provimento à segunda apelação para, modificando a sentença nesse ponto, elevar o valor da verba honorária para 5% (cinco por cento) sobre o valor do *quantum exequendum*.

Custas, pela primeira apelante.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR DANDO PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO E NEGANDO PROVIMENTO À PRIMEIRA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 15.05.01 a pedido do Revisor, após votar o Relator, dando provimento à segunda apelação e negando provimento à primeira.

Com a palavra o Des. Francisco Lopes de Albuquerque.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Embora reconheça o esforço de argumentação com que a primeira apelante buscou demonstrar a ilegalidade das exigências consubstanciadas na CDA que serve de base à execução embargada (fls. 03 e 04-TA dos autos em apenso), acompanho o douto Juiz Relator quanto ao reconhecimento da improcedência do pedido de reforma da sentença que rejeitou os embargos da recorrente.

Assim o faço, em primeiro lugar, porque o fato de ter a apelante formulado consulta à Fazenda Estadual não pode ser considerado impeditivo de sua submissão a procedimento fiscal, mesmo que a destinatária, abstendo-se de declarar ineficaz o expediente adotado pela contribuinte, tenha respondido àquela consulta.

Na verdade, o efeito suspensivo atribuído a expedientes dessa natureza está condicionado ao exercício do direito de consultar o Fisco "*dentro do prazo legal para o cumprimento da obrigação a que se refira*", conforme previsto na legislação em vigor, donde a irrelevância, nesse particular, dos eventuais recebimento e processamento da consulta no âmbito administrativo.

No que diz respeito à incidência do ICMS sobre os serviços de trans-

porte intermunicipal de passageiros, atividade exercida pela embargante ao longo do período alcançado pela exigência contra a qual se insurge, é bem de ver que a sua postulação incidental não encontra respaldo na legislação invocada (Decretos 29.275/89, 30.537/89 e 36.553/94).

É que os serviços prestados pela embargante, longe de guardar correspondência com a previsão abstrata do dispositivo regulamentar em que se apóia (Decreto 30.537/89, art. 5°, § 1°; Decreto 30.818/89, art. 2°, inc. LXIII, § 22, inc. I; e Decreto 36.553/94, art. 2°, parágrafo único, inc. I, que se referem ao serviço de transporte intermunicipal isento do ICMS, no período de 1° de maio de 1989 a 31 de dezembro de 1990, como sendo a atividade revestida das características de transporte urbano e exercida pela Transmetro ou por terceiro, mediante concessão desta), antes se ajustam à especificação contida no inciso referente ao transporte rodoviário, desde que, para a prestação desse serviço:

- seja utilizado veículo contendo portas distintas para entrada e saída de passageiros;

- não se emita bilhete de passagem, controlando-se o fluxo de passageiros pelo sistema de roleta;

- o veículo não tenha ponto inicial e final em terminal rodoviário.

Com efeito, a concessão de que trata a primeira hipótese prevista naqueles dispositivos, para determinar a natureza da outorga administrativa subjacente à prestação, por terceiro, do serviço de transporte intermunicipal isento daquele tributo, diz respeito ao órgão concedente como sendo a Transmetro.

Tal relação jurídica não se confunde, a meu ver, com a que se estabelecera entre o DER/MG e as empresas de transporte de passageiros cuja atividade estava acobertada por concessão da referida autarquia, não aproveitando à embargante, a propósito, a circunstância de que, durante o período de 1980 a 1990, por força de convênio celebrado com a entidade concedente, a Transmetro tenha assumido o gerenciamento do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros da Região Metropolitana de Belo Horizonte, situação diferente daquela que resultaria da transferência, do DER/MG para a Transmetro, da qualidade de sujeito ativo da concessão.

Pelas razões acima expostas, nego provimento à primeira apelação.

No que se refere ao recurso da Fazenda Estadual, peço vênia para divergir, parcialmente, do douto Desembargador Relator.

Para a fixação dos honorários advocatícios devidos pela embargante, o ilustrado Juiz sentenciante submeteu a confronto os parâmetros legais (CPC, art. 20, §§ 3° e 4°) e as peculiaridades da espécie dos autos, deixando de considerar, isoladamente, a elevada expressão econômica da dívida exeqüenda, circunstância invocada pela segunda recorrente para lastrear sua pretensão de ver fixada essa verba em 10% do valor atualizado daquela dívida.

Ao arbitrar esse encargo sucumbencial em R$10.000,00 (dez mil reais), S. Exa. também guardou submissão ao princípio da eqüidade, levando em conta o julgamento antecipado da lide e, sobretudo, a evidência de que as questões debatidas nos embargos à execução fiscal, a despeito da excelência dos arrazoados com os quais buscaram as partes sustentar as respectivas teses de postulação e defesa, não exigiram, de seus procuradores, mais do que um razoável esforço de argumentação e de investigação probatória.

Daí por que nego provimento à segunda apelação, como o fiz em relação à primeira.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Sr. Presidente. Pela ordem.

Diante deste posicionamento do em. Des. Francisco Lopes, retifico meu voto no que diz respeito ao *quantum* dos honorários, aquiescendo à modificação proposta por S. Exa.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Ponho-me de acordo com os votos proferidos.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

NULIDADE ABSOLUTA - INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - AUSÊNCIA - CASSAÇÃO DA SENTENÇA - RETORNO DOS AUTOS PARA MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO MINISTERIAL

- A intervenção do Ministério Público se dá sempre em virtude do interesse público, acarretando sua falta nulidade absoluta. Tem-se admitido, contudo, a conservação de atos já praticados devido ao princípio da economia processual, retornando os autos à comarca de origem para a devida manifestação do promotor de justiça.

APELAÇÃO CÍVEL N° 196.610-0/00 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Nulidade absoluta - Falta de regular intimação do Ministério Público - Cassação da sentença - Retorno dos autos para manifestação do Órgão Ministerial. - A intervenção do Ministério Público se dá sempre em virtude do interesse público, sua falta acarreta nulidade absoluta. Tem-se admitido, contudo, a conservação de atos já praticados devido ao princípio da economia processual, retornando os autos à Comarca de origem para a devida manifestação do Promotor 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, à unanimidade de votos, EM CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 20 de março de 2001. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos que condicionam a sua admissibilidade.

O Município de São Sebastião do Paraíso ajuizou medida cautelar de exibição de documento e coisa contra Rádio e Televisão Comunitária Paraisense Ltda. - TV Paraíso, dizendo-se ofendido com a veiculação do Programa Editorial, sob responsabilidade do Sr. Antônio José Amorim. Em resumo, diz a Municipalidade que o mencionado programa televisivo incitou os telespectadores ao não-pagamento do IPTU sob a alegação de que o mesmo não é devido. Entende o autor que está configurado crime contra a Administração, tendo o imposto por absolutamente legal. Por via da mencionada ação pleitearam as gravações do programa em questão.

A sentença de fls. 17/19 julgou procedente o pedido, entendendo o nobre Magistrado que houve desobediência ao comando legal, uma vez que a fita foi regravada a despeito de ter sido notificada a ré, devendo suportar as conseqüências de seu ato, ou seja, "*será considerado verdadeiro o que afirmar que existia na referida fita, salvo prova em contrário, nos termos do art. 359, I, do CPC*".

Inconformada com o *decisum* aviou recurso de apelação às fls. 21/23, fulcrando suas razões no perecimento do direito do Município. Diz que não foi notificada a tempo e modo para que mantivesse em seu poder a fita na qual se encontravam gravados os programas mencionados, em brevíssima síntese.

As contra-razões vieram à fl. 27, rebatendo o Município de São Sebastião do Paraíso os argumentos expendidos no apelo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, instada a se manifestar, apontou em preliminar nulidade de ordem pública existente, uma vez que o Ministério Público de primeiro grau não foi regularmente intimado a manifestar-se nos autos. Entende que a anulação do processo se impõe em razão da falta de intimação do MP, não ocorrendo possibilidade de sanação do vício. No mérito opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o que se tem de substancial.

Detive-me atentamente aos autos e verifico que a nulidade realmente se impõe.

No pertinente estudo elaborado pelo professor Lincoln Antônio de Castro, veiculado pela internet nas páginas de Direito, observo entendimento que se coaduna com decisões já proferidas nesta Corte acerca da carência da intervenção ministerial.

Ressalte-se: "*no tocante à jurisprudência concernente a obrigatoriedade da intervenção ministerial, sob pena de nulidade do processo civil, cabe destacar as seguintes posições: a intervenção da Procuradoria de Justiça em segundo grau evita decretação da nulidade, por força da falta de intimação do órgão ministerial em primeiro grau, desde que não demonstrado o prejuízo ao interesse do tutelado; basta a intimação do órgão ministerial, não se exigindo intervenção real, eficaz ou proveitosa, de sorte que eventual omissão, engano ou displicência do representante do Ministério Público não são causas de nulidade processual. Há também jurisprudência contrária à convalidação ou ratificação, mesmo quando há intervenção ministerial em segundo grau sem alegação de nulidade processual*".

No plano doutrinário, há diversas posições sobre a carência da intervenção do Ministério Público, assevera Lincoln Antônio de Castro. "*Admite-se que o Ministério Público ratifique atos processuais de que não tenha participado, para os quais devia ser intimado, aplicando-se o princípio do prejuízo.*

O texto legal exige apenas a intimação, sob pena de nulidade processual; de sorte que, intimado para o ato processual, a falta ou deficiência de intervenção não enseja ao próprio Ministério Público argüir a nulidade. A parte interessada pode alegar nulidade, inclusive valer-se de ação rescisória, alegando que a omissão do Ministério Público em intervir atenta contra literal disposição em lei".

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, com base em ampla pesquisa doutrinária, sustenta posições precisas sobre a questão da nulidade do processo civil por ausência de atuação do Ministério Público, valendo destacar o seguinte: "*Verifica-se, pois, que as conseqüências da não-intervenção do Ministério Público no processo civil, quando obrigatória, dependem basicamente da natureza de sua atuação. Se ele está no feito para tutelar o direito objetivo, a nulidade absoluta é insanável pela aplicação de qualquer princípio. Se se trata de intervenção vinculada à defesa de uma das partes da relação processual, possível a incidência do princípio da instrumentalidade.*

Não obstante a opinião de considerável parcela da doutrina, que relaciona a nulidade absoluta com a impossibilidade de aproveitamento do ato viciado, a regra do art. 249 e §§ do CPC aplica-se perfeitamente aos casos de intervenção vinculada do Ministério Público. Se a intenção do legislador é conferir maior proteção àquela parte presumidamente mais fraca, não se justifica decretar a nulidade do processo quando os interesses desta não sofreram qualquer prejuízo". (*In*

"Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo", artigo publicado na *Revista de Processo* nº 60, outubro/dezembro de 1990, Ed. Revista dos Tribunais, p. 36/38.)

VICENTE GRECO FILHO, a respeito da nulidade por falta de intimação do Ministério Público (art. 246 CPC), ensina que: "*Trata-se de nulidade absoluta, porque a intervenção do Ministério Público se dá sempre em virtude do interesse público. A jurisprudência tem admitido, contudo, a conservação de atos se o órgão do Ministério Público, intervindo tardiamente, afirmar, com base nos elementos dos autos, que o interesse público foi preservado e que a repetição, esta sim, poderia ser prejudicial ao interesse especialmente protegido. É o que acontece, por exemplo, se um menor, autor, ganhou a demanda e somente em segundo grau de jurisdição do Tribunal determina a intimação do órgão do Ministério Público. Dependendo das circunstâncias, o órgão do Ministério Público no segundo grau pode entender que o interesse do menor foi preservado, considerando prejudicial a anulação, mantendo-se os atos já praticados*" (*in Direito Processual Civil Brasileiro*, Ed. Saraiva, 12ª edição, 1997, São Paulo, p. 46).

Na hipótese, patenteada a nulidade, uma vez que em nenhum momento houve a necessária e imprescindível intervenção do MP no feito. Acolho o parecer ministerial de segundo grau.

Deveria o MM. Juiz ter determinado a intimação pessoal do Ministério Público, propiciando-lhe a oportunidade para a apresentação de seu parecer.

Pelo exposto, com todo o respeito, casso a sentença prolatada na instância monocrática, determinando o retorno dos autos à Comarca de origem para a devida manifestação ministerial, sem prejuízo dos atos já praticados, atento ao princípio da economia processual.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - TEMPO DE SERVIÇO - AVERBAÇÃO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - EXIGÊNCIAS MERAMENTE FORMAIS - OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - MANDADO DE SEGURANÇA

- Em mandado de segurança, o direito invocado há que vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. O pedido deve ser apoiado em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de prova, pois direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco.

- Tratando-se de averbação de tempo de serviço, mesmo havendo possível erro material, pode a Administração Pública considerar apenas aqueles dias que, segundo suas regras, sejam tidos como corretos.

- O servidor público estadual possui direito à averbação do tempo de serviço prestado perante outros órgãos públicos, ferindo seu direito líquido e certo exigências meramente formais e prescindíveis da Administração.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 197.993-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Possui o servidor público estadual direito à averbação do tempo de serviço prestado perante outros órgãos públicos, ferindo seu direito líquido e certo exigências meramente formais e prescindíveis da Administração.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 08 de março de 2001. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se de reexame necessário (Lei nº 1.533/51, art. 12, parágrafo único) e de recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Minas Gerais em face da sentença de fls. 71/74-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Márcio José de Aguiar Barbosa contra atos do Superintendente Central de Pessoal e do Diretor de Cadastro e Contagem de Tempo, ambos da Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração, extinguiu sem análise de mérito o processo em relação ao primeiro impetrado e, em relação ao segundo impetrado, concedeu parcialmente a segurança para que se averbe o tempo de serviço do impetrante prestado à Câmara Municipal de Belo Horizonte e ao Banco Central do Brasil, na forma da contagem e segundo suas regras.

Argúi o apelante Estado de Minas Gerais que "*as retificações das certidões apresentadas pelo Apelado, requeridas pela autoridade indigitada coatora, não consistem em mera arbitrariedade, ao contrário, residem na segurança que as mesmas devam refletir a todos aqueles servidores que, eventualmente, venham sobre elas emitir um determinado juízo, a fim de aferir, no exercício do controle dos atos administrativos, a correção dos direitos, oportunamente, concedidos ao Apelado. Assim, na espécie, o respeito à forma solicitada pela Secretaria de Recursos Humanos e Administração do Estado de Minas Gerais, afastando-se das certidões respectivas suas incorreções, é medida necessária, evitando-se eventuais e indesejáveis fraudes*" (fl. 83-TJ).

Contra-razões pelo apelado, pugnando pela manutenção da sentença.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Com efeito, assim como houve em entender o douto Magistrado sentenciante, o ato impugnado ofendeu direito líquido e certo do impetrante.

Sobre a acepção do termo "direito líquido e certo", esse o sentido e o alcance atribuído pela doutrina do saudoso HELY LOPES MEIRELLES e, ainda, pela jurisprudência, respectivamente, *in verbis*:

"*Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais*" (*in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 14ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1992, p. 25-6).

"*Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano*" (*RSTJ*, 4/1.427, 27/140), "*por documento inequívoco*" (*RTJ*, 83/130, 83/855; *RSTJ*, 27/169), e "*independente de exame técnico*" (*RTFR*, 160/329). "*É necessário que o pedido seja apoiado em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas*" (*RTJ*, 124/948).

Consistiu o ato impugnado na exigência pela autoridade apontada coatora de adaptações nas certidões apresentadas pelo impetrante para o mister de averbação de tempo de serviço prestado a outros órgãos públicos: à Câmara Municipal de Belo Horizonte e ao Banco Central do Brasil.

A divergência alusiva à contagem do tempo de serviço perante a Câmara Municipal é meramente formal, residindo em 01 (um) dia, assim, se 220 (duzentos e vinte) ou 221 (duzentos e vinte e um) dias, e, curiosamente, requereu o impetrante a averbação do lapso temporal inferior. Ademais, assim como sustentara o douto Magistrado *a quo*, "*mesmo havendo possível erro material, pode a Administração Pública, representada pela Autoridade Impetrada, considerar apenas aqueles dias que, segundo suas regras, sejam tidos como corretos*".

A impugnação quanto à contagem de tempo perante o Banco Central do Brasil, por sua vez, subsiste na ausência da sua natureza jurídica na certidão expedida, o que é prescindível, em razão da publicidade do seu *status*, decorrente de lei.

Possui, pois, o servidor público estadual direito à averbação do tempo de serviço prestado perante outros órgãos públicos, ferindo seu direito líquido e certo exigências meramente formais e prescindíveis da Administração.

Presentes os requisitos necessários à concessão do *mandamus*, escorreita a sentença que deferiu a segurança.

Ante o exposto, confirmo a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

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

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - TERRAS DEVOLUTAS - INSCRIÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS - AUSÊNCIA - PRESUNÇÃO DE DOMÍNIO PÚBLICO - INEXISTÊNCIA - ESTADO - ÔNUS DA PROVA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

- Improcede a preliminar de cerceamento de defesa, por julgamento antecipado da lide, em ação discriminatória, se o autor admitiu esta providência, desde que o julgamento não abrangesse o usucapião, tendo a sentença se limitado à ação discriminatória, restando pendente o usucapião, o qual teve seu curso suspenso, ficando o Estado (autor) ciente de tal fato, restando, ainda, asseguradas à parte todas as garantias do processo, especialmente o exercício da defesa e do contraditório.

- Em ação discriminatória, ao Estado cumpre provar a afirmação de que as terras são devolutas, uma vez que a falta de transcrição do imóvel no registro não gera presunção *juris tantum* de que toda área que não seja particular é pública.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 198.279-2/00 - Comarca de Brasília de Minas - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Ação discriminatória - Terras devolutas - Estado - Ônus da prova - Presunção. - Em ação discriminatória, ao Estado cumpre provar a afirmação de que as terras são devolutas, uma vez que a falta de transcrição do imóvel no registro não gera presunção *juris tantum* de que toda área que não seja particular é pública. Em reexame necessário, confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 29 de março de 2001. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço da remessa oficial, nos termos do art. 475, II, do Código de Processo Civil, e do recurso voluntário, porque tempestivo e dispensado de preparo.

Trata-se de reexame necessário da sentença de fls. 149/156-TJ, que julgou improcedente o pedido inicial da ação discriminatória de terras devolutas ajuizada pelo Estado de Minas Gerais contra os apelados e outros.

O Sentenciante entendeu, em síntese, que as terras, mesmo quando não inscritas no Registro de Imóveis, não se presumem devolutas, cabendo ao Estado, em sede de discriminatória, o ônus da prova.

O segundo recorrente alega, em preliminar, que o julgamento antecipado da lide cerceou sua defesa.

Ao apelante foram asseguradas todas as garantias do processo, especialmente o exercício da defesa e do contraditório.

O Juiz, à fl. 144-TJ, determinou a intimação das partes para dizerem sobre o julgamento antecipado da lide, por entendê-lo possível.

À fl. 147-TJ, o Estado de Minas Gerais se manifestou, admitindo aquela providência, desde que o julgamento não abrangesse o usucapião.

A sentença se limitou à ação discriminatória, restando pendente o julgamento do pedido de usucapião, dos autos em apenso, a teor das decisões de fls. 110-TJ (apenso) e 18-v.-TJ.

Assim, como bem salientou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, citando jurisprudência do egrégio

Superior Tribunal de Justiça (fl. 180-TJ), o recorrente concordou com o julgamento antecipado da lide, relativamente à discriminatória, pois ciente de que o usucapião teve seu curso suspenso, sendo imprópria a sustentação de que a sua defesa foi cerceada.

Rejeito a preliminar.

No mérito, a natureza de bem dominical das terras objeto do pedido inicial não restou demonstrada.

Como medida de oposição ao usucapião postulado nos autos em apenso, o Estado de Minas Gerais requereu a discriminação de área localizada na Fazenda São Lourenço, em Fernão Dias, no Município de Brasília de Minas, ao fundamento de que se trata de terras devolutas.

As provas produzidas nos autos, inversamente ao que sustenta o segundo recorrente, sugerem que as terras que se vislumbram discriminar não são de domínio público, à medida que a falta de transcrição no registro não gera essa presunção em favor do Estado.

O laudo do perito oficial (fls. 117/118-TJ), na resposta ao quesito nº 4, esclarece que as terras não são devolutas, possuindo limites certos e definidos (quesito nº 8).

A certidão juntada à fl. 33-TJ indica que a área que se quer discriminar (Fazenda São Lourenço) foi objeto de divisão, julgada por sentença do Juízo da Comarca de Brasília de Minas, em 05 de setembro de 1925, dela decorrendo um pagamento à condômina Felipa Rodrigues.

O segundo recorrente, nas razões recursais que apresentou, para sustentar que a área é devoluta, apega-se ao exame do mencionado documento, realizado pelo Sentenciante, que, ao confrontá-lo com a perícia produzida nos autos do usucapião (apenso, fls. 89/91-TJ), concluiu que a terra objeto daquele processo não é a mesma que Felipa Rodrigues recebeu como pagamento nos autos de divisão.

A conclusão do Sentenciante, sob o referido aspecto, não se compatibiliza com a prova pericial examinada, uma vez que esta não contém, expressamente, qualquer menção de que as áreas são diferentes.

Não obstante o equívoco na interpretação daquela prova, não é de essencial relevância para a solução da causa em exame o fato de que houve pagamento a um dos condôminos da Fazenda São Lourenço e de que a área que recebeu não é a mesma objeto do pedido de usucapião. É que a certidão de fl. 33-TJ menciona a existência de divisão da Fazenda São Lourenço, em 1925, local onde está situada a área que os apelados pretendem usucapir, sem qualquer ressalva de que as terras remanescentes - assim entendidas as que não integraram o pagamento feito a Felipa Rodrigues - eram consideradas como sendo de domínio público e de que permaneceram sob essa condição.

A ausência de transcrição imobiliária em nome de terceiros não exclui a demonstração, a cargo do Estado, de que se trata de terras devolutas, conforme a orientação jurisprudencial citada na sentença.

Não se pode, incondicionalmente, compreender como devolutas as terras carentes de registro, especialmente em casos como o da espécie, em que existe sentença anterior sobre a divisão da área, com trânsito em julgado, cujo cumprimento é obrigatório e assegura transcrição a qualquer tempo.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 86.234-MG, Relator o eminente Ministro Moreira Alves, entendeu que:

"*Inexiste em favor do Estado a presunção* iuris tantum *que ele pretende extrair do art. 3º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Esse texto legal definiu, por exclusão, as terras públicas que deveriam ser consideradas devolutas, o que é diferente de declarar que toda gleba que não seja particular é pública, havendo presunção* iuris tantum *de que as terras são públicas.*

Cabia, pois, ao Estado o ônus da prova de que, no caso, se tratava de terreno devoluto" (*RTJ*, 83/575).

No mesmo sentido, o Recurso Extraordinário nº 88.881/1-RJ, Relator o Ministro Rafael Mayer.

Essa orientação é seguida, atualmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do Recurso Especial nº 113.255-MT, Terceira Turma, Relator o Ministro Ari Pargendler, *DJ* de 08.05.2000, e dos Recursos Especiais nºs 164.029-MG e 73.518-RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, *DJ* de 17.12.1999 e 21.02.2000.

O Ministro Soares Muñoz, em substancioso voto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 89.964/2-RJ, registrou que "*o conceito de terras devolutas ficou expresso na Lei nº 601, de 18.09.1850: as que não se achavam aplicadas a algum uso público nacional ou provincial; as que não se encontravam no domínio particular por algum título legítimo, nem foram havidas por sesmarias e outras concessões de Governo geral ou provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições, por medição, confirmação e cultura; as que não foram ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, estiverem legitimadas pela mesma lei*". Referiu-se a precedentes relatados pelo Ministro Rodrigues Alckmin (RE nº 72.020) e pelo Ministro Djaci Falcão (RE nº 75.459), que afastaram a alegação de presunção a favor do Estado, no sentido de que "*o fato de a área não se achar transcrita em nome de qualquer particular não quer dizer, por isso, que ela é composta de terras devolutas*".

Relativamente ao segundo precedente citado, transcreveu os seguintes fundamentos:

"*Nota-se, pois, que a Fazenda ao sustentar que as terras, de que se pretende usucapião, são de seu domínio, por serem devolutas teria que comprovar a alegação. E, como prova não se pode compreender a ausência de transcrição imobiliária;...*".

"*A transcrição imobiliária possui um fim específico, que é a certeza da propriedade e publicidade, como ensina Espínola em seu livro* Posse, Propriedade, Condomínio, Direitos Autorais, *p. 150*)".

"*É evidente que um instituto criado pelo Estado para a garantia do direito de propriedade e para segurança de terceiros não poderá, caso inexista transcrição, gerar direitos para o Estado, que poderia se beneficiar, assim, com um seu serviço que não funcionasse, o que seria o absurdo dos absurdos; ou seja, que quem não cumpra bem suas funções precípuas venha a se beneficiar com a inadimplência...*".

Em abono do seu entendimento, transcreveu a lição de PONTES DE MIRANDA, de que: "*A concepção de que ao Príncipe toca o que, no território, não pertence a outrem, particular ou entidade de direito público, é concepção superada. As terras ou são dos particulares, ou do Estado ou* nullius. *Nem todas as terras que deixam de ser de pessoas físicas ou jurídicas se devolvem ao Estado. Ao Estado vai o que foi abandonado, no sentido preciso do sistema jurídico. Ao Estado foi o que, segundo as legislações anteriores ao Código Civil, ao Estado se devolvia. A expressão devoluta acompanhando terras a esse fato se refere. O que não foi devolvido não é devoluto. Pertence a particular, ou ao Estado, ou a ninguém pertence. As terras que nunca foram da União, do Estado-membro ou do Município, nem dos particulares, são terras sem dono, terras* res nullius, *terras adéspotas. Podem ser objeto de posse, no sentido privatístico, ou em via de serem usucapidas*"*(Comentários à Constituição de 1967*, Tomo I, p. 520 e 522).

Logo, não tendo o segundo apelante se desincumbido de provar o fato, não se há assimilar o laudo do assistente técnico que indicou como prova bastante para infirmar a perícia oficial e os outros elementos do processo.

Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

CURATELA - *MUNUS* - ART. 454 DO CÓDIGO CIVIL - INTELIGÊNCIA - SOBRINHA - INTERESSE DA CURATELADA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - ARBÍTRIO DO JUIZ

- A condição de sobrinha da interditada não acarreta à parte a precedência para ser designada como sua curadora, em face de não se adequar às hipóteses do art. 454 do Código Civil; por isso, facultado estará ao magistrado designar quem considerar melhor habilitado a ser curador, tendo em vista o interesse da curatelada.

- Comprovado no feito que terceiro reúne melhores condições ao exercício da curatela do que os familiares da interditada, haverá de prevalecer a decisão que o designou ao *munus* respectivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 198.555-5/00 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Curatela - *Munus* - Art. 454 do CC - Sobrinha - Não-caracterização - Interesse da curatelada - Arbítrio do juiz. - A condição de sobrinha da interditada não acarreta à parte a precedência para ser designada como sua curadora, em face de não se adequar às hipóteses do art. 454 do Código Civil; por isso, facultado estará ao magistrado designar quem considerar melhor habilitado a ser curador, tendo em vista o interesse da curatelada. - Comprovado no feito que terceiro reúne melhores condições ao exercício da curatela do que os familiares da interditada, haverá de prevalecer a decisão que o designou ao *munus* respectivo. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 08 de março de 2001. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Cuida-se de apelação oposta contra sentença que decretou a interdição de Maria Vieira, a qual foi requerida por Maria Aparecida Miranda, com a designação de Douglas Ferreira como curador.

As razões recursais das partes e as manifestações do Ministério Público, em primeiro e segundo graus, foram reportadas, sucintamente, no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por adequar-se aos pressupostos de sua admissibilidade.

A apelante assevera que é sobrinha da interditanda, logo entende estar

mais apta ao exercício da curatela do que um estranho, consoante se extrai dos princípios albergados no art. 454 do Código Civil, ainda mais que a pessoa indicada como curador não tem legitimidade ativa para requerer a interdição da sua tia e não poderia ter sido admitido no processo, como indevidamente se deu. Neste aspecto, alega que tal pessoa não visa atender aos interesses da interditanda, pois apenas a colocou em asilo e não lhe presta a necessária assistência material e afetiva, situação esta que persistirá com assunção do *munus* da curatela, sendo que, em contrapartida, levará a interditanda para sua casa, onde, no seio de sua família, estarão resguardados todos os interesses da mesma; por isso, entende ser necessária a da referida disposição da sentença.

À minha ótica, dessumo ser inalbergável a irresignação da apelante, porquanto é certo que a sua condição de sobrinha da interditada não se ajusta às hipóteses do mencionado art. 454 do Código Civil, cujas pessoas nele elencadas teriam precedência à designação ao cargo de curador; por isso, facultado estava ao Magistrado *a quo* designar quem considerava melhor habilitado ao seu exercício, em face do interesse da referida curatelada. É o que deflui das claras disposições do § 3º do mencionado texto de lei.

Tal entendimento encontra ressonância neste Tribunal, consoante se extrai deste aresto de lavra do eminente Des. Páris Pena, *v.g.*:

"*Conforme determina o § 3º do art. 454 do CC, na falta das pessoas legalmente aptas para exercer a curatela, compete ao juiz escolher o curador, devendo prevalecer sempre o interesse do incapaz*" (Apelação Cível nº 182.496/0).

Outrossim, é de se afastar a alegada ilegitimidade ativa do curador provisório para requerer a interdição da senhora Maria Vieira, por ser questão inócua ao deslinde da presente controvérsia, já que o Juiz singular, em realidade, apreciou apenas o requerimento da apelante.

Em concernência à escolha do curador, vislumbro que, após compulsar o processado, os elementos materiais de prova a ele carreados não derruem o vigor das conclusões vertidas no decisório fustigado, a tanto, pois, a meu aviso, o apelado está melhor habilitado para ser o curador da interditada. Vejamos.

A prova testemunhal coletada na audiência (fls. 45/50-TJ), inclusive as próprias testemunhas da apelante, são unânimes em afirmar que foi o apelado quem levou a interditada para o asilo, além de evidenciar o estado de completo abandono em que esta se encontrava antes de ser encaminhada para lá. Portanto, tenho por caracterizado o empenho do apelado em promover o bem-estar da interditada.

Nesta seara, verifica-se que o laudo técnico social de fls. 80/81-TJ favoreceu, igualmente, a indicação do apelado como curador, pois revelou que ele reúne melhores condições sociais, materiais e pessoais para exercer tal *munus* do que a apelante; em

decorrência resulta que o apelado possui mais disponibilidade de tempo e meios materiais para lidar com os interesses da interditada.

Outra questão abordada no feito, que é sempre vista com grande carga emocional e que, muitas vezes, como no caso em tela, não corresponde à realidade, refere-se ao fato de o apelado ter manifestado o intento de manter a curatelada no asilo. Ora, a meu sentir, isto não é desfavorável ao apelado, uma vez que o aludido laudo apontou que ela vem recebendo a assistência básica naquela instituição, o que não ocorreria se estivesse sob os cuidados da apelante, ainda que fosse ajudada por uma irmã, também sobrinha da interditada. É o que restou consignado pela subscritora dessa prova, *verbatim*:

"*Hoje, ambas as sobrinhas pensam em levá-la para suas residências, porém, observa-se que ambas não reunem condições adequadas, pois uma delas reside em casa pequena e outra trabalha em determinado período que de certa maneira a impediria de oferecer à idosa os cuidados básicos necessários*" (fl. 81-TJ).

Destarte, tal averiguação, que não foi invalidada pelo espectro probatório dos autos, lança por terra o argumento da apelante de que a curatelada teria melhor tratamento no seio familiar.

Por fim, necessário fixar que os documentos de fls. 61/67-TJ, que comprovam a condição financeira e patrimonial do apelado, afastam a velada acusação contida no feito quanto ao seu suposto intento de apropriar-se do imóvel da interditada. E, neste sentido, nunca é por demais lembrar que quanto à curatela vigoram as determinações atinentes à tutela, nos termos do art. 453 do Código Civil; logo, o apelado sempre estará sujeito a ser destituído do seu *munus*, se caracterizada qualquer das hipóteses do art. 445 do aludido Código.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Sem custas.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SAÚDE - DIREITO CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO A TODOS - DEVER DO ESTADO - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF - CIRURGIA - ANGIOPLASTIA COM IMPLANTAÇÃO DE *STENT* - DESPESAS CUSTEADAS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA Nº 105 DO STJ

- A saúde é um direito constitucionalmente consagrado a todos, constituindo dever do Estado, nos termos do art. 196 da CF, norma esta provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta, imediata e total, não podendo, pois, ser violada por portarias e ofícios.

- É de se conceder a ordem de mandado de segurança para assegurar ao impetrante o direito de se submeter ao procedimento cirúrgico intitulado angioplastia com implantação da prótese denominada *stent*, às expensas do Sistema Único de Saúde (SUS), não havendo que se falar em "*necessidade de conformação da despesa pública à previsão orçamentária*", na medida em que o procedimento requisitado ao SUS está contido na tabela de serviços prestados.

- Em ação mandamental, não se admite condenação ao pagamento de honorários advocatícios, a teor da Súmula nº 105 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 198.651-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Saúde. - É direito constitucionalmente consagrado a todos, constituindo dever do Estado. Art. 196 da CF - Norma provida de eficácia plena - Impossibilidade de ser violada por portarias e ofícios - Existência de direito líquido e certo - Sentença confirmada, 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 REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro 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, para assegurar ao impetrante o direito de se submeter ao procedimento cirúrgico denominado angioplastia com implantação de *stent*, com as despesas decorrentes custeadas pelo SUS, excetuando-se, apenas, a prótese *stent*, que será paga pelo impetrante.

Nenhum reparo está por merecer o *decisum*.

Em seara preliminar, bem se conduziu o ilustre Sentenciante ao repelir a prefacial versada nas informações do impetrado, que proclamava a

inépcia da inicial, alegando inexistência de pedido.

Ora, um simples lançar d'olhos na petição de ingresso suficiente o é para se constatar que o pedido, ali deduzido, é certo e determinado, ou seja, a pretensão do impetrante consiste na concessão da segurança para que possa o mesmo se submeter à angioplastia simples, às expensas do SUS, restando evidente que o custo da prótese denominada *stent* ficaria a cargo dele, impetrante. Atendido, portanto, resultou o comando advindo do artigo 286, *caput*, do Codex Instrumental.

Meritoriamente, novamente escorreita se revela a respeitável sentença singela.

Com efeito, a existência, ou não, de direito líquido e certo é questão meritória e importará na concessão ou denegação da ordem.

Nesse diapasão, certo é que a saúde é direito constitucionalmente consagrado a todos, constituindo dever do Estado, nos termos do artigo 196 da Lei Maior Federal, norma esta provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta, imediata e total, não podendo, pois, ser violada por portarias e ofícios, como sói acontecer, *in casu*.

Impõe-se, portanto, seja assegurado ao impetrante o direito de ser submetido ao procedimento cirúrgico pretendido, nos exatos termos sentenciais, não havendo que se falar em "*necessidade de conformação da despesa pública à previsão orçamentária*", na medida em que o procedimento requisitado ao SUS está contido na tabela de serviços prestados.

Lado outro, por demais singela é a argumentação expendida pela autoridade impetrada no sentido de que o SUS assegura aos pacientes procedimentos similares ao aqui perseguido, porquanto somente ao médico compete definir o procedimento a ser adotado, após avaliar o quadro clínico de cada paciente.

Acertado, ainda, o posicionamento perfilhado pelo MM. Juiz *a quo*, ao não condenar o impetrado ao pagamento de honorários advocatícios, pois, em ação mandamental, não se admite tal condenação, a teor da Súmula 105 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Ao deduzido, em reexame necessário, confirmo, na íntegra, o singular veredicto.

Custas, *ex lege*.

Prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ICMS - TRANSFERÊNCIA DE ATIVO FIXO - TRIBUTAÇÃO INCABÍVEL

- Na transferência de ativo imobilizado, entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que para outra unidade da Federação, incabível é a incidência de tributo por circulação de mercadoria, por não consubstanciar circulação econômica, suscetível de tributação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 198.691-8/00 - Comarca de Betim - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Embargos à execução fiscal - Transferência de ativo fixo - Tributação incabível. - Na transferência de ativo imobilizado, entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que para outra unidade da Federação, incabível é a incidência de tributo por circulação de mercadoria, por não se configurar a circunstância.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 05 de dezembro de 2000. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Conheço da remessa necessária, por força de imperativo legal, e do recurso voluntário, aos seus pressupostos.

Inconforma-se a apelante com a r. decisão prolatada nos autos de ação incidental de embargos, opostos contra a ação de execução fiscal que moveu contra a apelada, em que o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a incidental.

Fundamentando a pertinência da dívida exeqüenda, a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, conforme instrumento próprio de apelação, recorre a este colendo Tribunal, buscando a reforma do *decisum*, que desafia seus interesses.

A dívida em cobrança se refere ao Auto de Infração nº 02-000127343-02, lavrado pela ausência de destaque de ICMS nas Notas Fiscais nºs 111 e 112, de 28 e 29.07.96, que acobertavam transferência de ativo fixo para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

A meu sentir, nenhum reparo está a merecer a sentença hostilizada, que se encontra amparada na legislação de regência, com ampla recepção da jurisprudência vigorante.

Ainda que a operação fosse de venda de ativo fixo, e não mera transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, como no caso, seria incabível o destaque do tributo, conforme

se colhe do aresto que transcrevo *ipsis litteris*:

"*ICMS - Venda de bens do ativo fixo da empresa - Não-incidência do tributo. - A venda de bens do ativo fixo da empresa não se enquadra na hipótese de incidência determinada pelo art. 155, I, b, da Carta Federal, tendo em vista que, em tal situação, inexiste circulação no sentido jurídico-tributário: os bens não se ajustam ao conceito de mercadorias e as operações não são efetuadas com habitualidade*" (STF - RE 194.300 - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - *DJU* de 12.09.97).

Alinho-me às razões de decidir expendidas pelo douto Magistrado sentenciante, certo de que é intributável a transferência de ativo fixo de uma empresa, para outro estabelecimento comercial da mesma, situada em Estado diverso, conforme a espécie.

O ativo fixo, em relação à atividade típica da empresa, não pode ser tido por mercadoria, à luz do art. 5º, I, do Decreto Estadual nº 32.535, de 18 de fevereiro de 1991 (RICMS), que as define como sendo "*qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de* circulação econômica".

A transferência que se discute não consubstancia circulação econômica, eis que não se destina à venda, não podendo, portanto, ser considerada como circulação de mercadoria, suscetível de tributação.

Nesse sentido, colha-se o aresto que se transcreve:

"*... Para efeito de incidência do ICMS somente se entende como mercadoria (cuja circulação constitui o fato imponível) o objeto ou a coisa adquirida pelo comerciante (ou mercador) para servir ao objeto de sua mercancia. Não constituindo mercadoria, na definição da legislação tributária, o ICMS não incide na operação de venda ou transferência do ativo fixo, desde que não foi adquirido para ser vendido, como objeto do negócio da empresa*" (*DJU*, 01.09.96, p. 28.789, REsp 366.964-SP).

Improvado pela embargada que os bens transferidos, de cuja operação pretende a incidência da exação, não se referem a componentes do ativo fixo da embargante, tenho que referida transferência não enseja a tributação pretendida pela Fazenda exeqüente, pelo que não há que prosperar a execução, por inexigibilidade e incerteza da CDA, fundada em fato intributável.

Nesta conformidade, em reexame necessário, confirmo a r. sentença, dado por prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SEPARAÇÃO JUDICIAL - CONVENÇÃO - DOAÇÃO DE IMÓVEL À PROLE - PACTO COGENTE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - DESCUMPRIMENTO - EXECUÇÃO À LUZ DO ART. 639 DO CPC

- Não se qualifica como simples promessa de doação o pacto celebrado pelos separandos, de doar aos filhos imóvel comunial. Tal avença se tem instituído *intuitu cautionis*, ou *intuitu securitatis* relativamente aos filhos menores, adquire feição alimentar e guarda força cogente porque é artigo da "lei da separação", ditada pelos cônjuges e sancionada pelo poder jurisdicional, não mera cláusula acessória do desenlace. Comporta, por isso, a execução direta à luz do art. 639 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 199.288-2/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Separação - Estipulação atermada e homologada de doação de bem imóvel à prole - Pacto cogente - Execução específica. - Não se qualifica como simples promessa de doação o pacto celebrado pelos separandos de doar aos filhos imóvel comunial. Tal avença se tem instituída *intuitu cautionis*, ou *intuitu securitatis* relativamente aos filhos menores, adquire feição alimentar e guarda força cogente, porque é artigo da "*lei da separação*", ditada pelos cônjuges e sancionada pelo poder jurisdicional -, não mera cláusula acessória do desenlace. Comporta, por isso, a execução direta à luz do art. 639 do CPC.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2001. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço da apelação.

M.A.V. e M.M.V. convencionaram nos autos da sua separação judicial, como primeira avença, dentre outras, que à única filha, F.A.V., doariam o imóvel mencionado no termo de fls. 12 do apenso.

Assim, e como o varão se tenha recusado ao cumprimento da convenção, a sua ex-consorte e a filha - dita beneficiária da doação - fizeram-no citar em execução de obrigação de fazer. O executado embargou a execução, centrado no argumento da inexeqüibilidade forçada da convenção, mas o juízo de origem lhe rejeitou os embargos, donde a apelação em pauta.

Evidentemente, as exeqüentes tiveram fito no art. 639 do CPC, e quem percorre as razões de recurso, reedição dos embargos, delas retira o

fundamento-mor em que se aferra o apelante, que pode ser resumido na seguinte proposição: a avença firmada nos autos da separação se tem como promessa de doação e não guarda condição de execução específica, porque não consubstanciada em escritura pública.

O juízo toma apoio na jurisprudência, inclusive do excelso Supremo Tribunal Federal, e discorda desse argumento. Assim, para rejeitar os embargos, cinge-se na seguinte causa de decidir: não se trata de simples promessa de doação, mas de condição da separação, sendo o termo de convenção, com a respectiva homologação, título executivo judicial que comporta execução forçada. Todavia, acena com o magistério do ilustre Orlando Gomes, onde o mestre adverte que avença dessa natureza não é simples pressuposto de homologação da separação, mas puro negócio jurídico vinculante, que, ratificado, se torna infenso à retratação unilateral.

Neste caminho se estreita a lide, portanto.

Todavia, convém anotar que o apelante arrola jurisprudência que não se harmoniza bem com a sua tese, salvo na aparência. Com efeito, o julgado que teria sido proferido pelo eg. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, bem como o ditado pela Suprema Corte, além dos ensinamentos doutrinários do festejado Caio Mário, não guardam correspondência com a natureza desta espécie.

De fato, o julgado da Corte Paulista enuncia, apenas, que a promessa de doação não transcrita no registro imobiliário não é oponível a terceiro; o proferido pelo Supremo Tribunal Federal cogita da inexistência de promessa de doação a título de liberalidade; e a doutrina do douto Caio Mário diz com contrato preliminar de doação. Portanto, essas citações específicas não têm aplicação no caso concreto. Em prol da tese do recorrente, cita ele o julgado que emanaria da Corte gaúcha, o qual considera a declaração de vontade em acordo de separação judicial mera promessa de doação.

Não pretendi uma digressão em torno dos fundamentos do apelo, mas, objetivamente, estabelecer que a chave mestra para a solução do pleito está na classificação que terá a convenção celebrada pelos separandos que ora litigam. Era fatal que a questão sob exame surgisse na sua ordem conceitual e fosse lida sob facho de conotação ontológica, necessariamente. Portanto, surge a indagação sobre a estipulação nesta espécie referida, por duas proposições: a) trata-se de promessa de doação? b) se não o for, que natureza jurídica terá ela?

Ora, a doação é sempre liberalidade. Mesmo a gravada, a remuneratória ou por merecimento, afastada, no caso, a contemplação de casamento futuro. Mas já desponta igualmente que nem é gravada, nem por merecimento, nem remuneratória, e isso levaria, sem maiores avisos, à tese do apelante: simples promessa de doar. Mas é enganosa essa tese. Há na estipulação nestes autos cogitada uma natureza que refoge às já consideradas, muito embora seja

ela de usança tão comum, embora o Direito Codificado não a explicite literalmente. Mas, dita avença, que poderia muito bem ter fincas no Direito Natural, pode-se dizê-la *intuitu cautionis*, ou *intuitu securitatis*, em relação à filha dos estipulantes. Idealizada e manifestada com a clara intenção de preservar à filha, de muni-la de algum patrimônio - considerada, no ato, o bem mais precioso que os separandos haviam logrado na sua curta união.

Com efeito, transparece às claras que a intenção materna era justamente essa preservação, e, sendo assim, outro intento não movera o pai, que acedeu, pois o instinto avisa que o negócio foi originariamente idealizado pela mãe. Considere-se um casal em desenlace, de renda curta e acanhado patrimônio, com uma filha. Nessa atmosfera material e psicológica, anteviram a mãe e o próprio pai, mesmo inconscientemente, a possibilidade que é natural antever: a iminente "solteirice" do varão, estado muito propício a certos descomedimentos. A experiência tem mostrado, com sobra, que o homem recém-separado é presa fácil do seu próprio encantamento pela sensação de liberdade que se instala, passadas as angústias que antecedem e sucedem todo processo de separação. Eis, em conclusão, a teleologia da estipulação tratada nesta espécie. Dar-se-lhe-ia, sensatamente, e com segurança, o rótulo de simples promessa de descompromissada liberalidade. De modo nenhum. Ali existe uma estipulação perfeita e acabada, não com a roupagem da liberalidade, com o vigor da outorga patrimonial que não comporta revisão. Ou, como se poderia dizer, *intuitu cautionis*, ou *intuitu securitati* e, mais grave, instituído em prol de incapaz. Não é tão simples a questão, como imaginou o apelante, visto que, pelos contornos e pela sua especificidade, a estipulação adquire feição alimentar. Portanto, afastada a idéia da promessa de doar, assoberba-se a evidência de que a estipulação não se mostra como cláusula convelível da separação - da qual os estipulantes se poderiam retratar ao seu talante, como se fosse apenas um princípio de negócio que comporta arrependimento. Absolutamente. O pacto celebrado vale como vale a própria separação, porque um e outra foram atermados pelos participantes em caráter de "*lei da separação*", a qual, sancionada pelo poder de jurisdição, tem caráter cogente e de obediência estrita. Comporta, destarte, execução específica, sendo a própria assentada que hospeda a estipulação do título executivo.

Nesta conceituação, à avença faltaria somente a ultimação formal a ser levada ao registro imobiliário, porque ela, a estipulação, já estava *in substantia* materializada na declaração de vontade homologada. É preciso ter em mente que a escritura pública reclamada pelo apelante se substitui, com toda a segurança que têm os negócios judiciais, pela convenção homologada, que é também documento público - se é essa característica que o apelante que supõe faltante. Ora, a escritura, por si, não induz senão direito pessoal, mas não é apenas o direito real que possibilita a execução específica, como adverte o ilustre BESSONE: o direito real decorrente do registro tem apenas o caráter de ser oponível *erga omnes*, mas o

direito pessoal é independente do registro (*Da Compra e Venda*, p. 153).

Ora, por que, então, a necessidade da escritura pública para a exigibilidade específica da convenção? Dita escritura viria somente como manifestação de vontade, é óbvio, como é óbvio que a externação dessa vontade já se materializara nos autos da separação. Esta é, certamente, a *ratio* dos julgados em que se ampara a sentença de origem, julgados, de resto, que vêm e se proclamam com a pujança da dicção da Suprema Corte Judiciária.

Portanto, nego provimento ao recurso, prevendo que o juízo expedirá, em caso de inércia do executado, o título a que se refere o art. 639 do CPC.

Sem custas.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDÃO DE PASSAGEM - ALTERAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 703 DO CÓDIGO CIVIL - RECONVENÇÃO - CONTESTAÇÃO - AUSÊNCIA - REVELIA - SEQÜELAS - LAUDO PERICIAL - VALIDADE

- Não há que se falar que o laudo pericial é imprestável, se, por atropelo cartorário, a parte não teve oportunidade de formular quesitos suplementares no momento certo, ficando o fato superado quando o juízo, ainda na fase instrutória, manda vir aos autos os ditos quesitos, a que o perito respondeu prontamente, purgando, desta forma, a irregularidade.

- Contestar é direito facultativo do réu, embora da sua inércia sobrevivam as seqüelas da revelia, como é de preceito. Isso quer dizer que, para o desenvolvimento do processo e para a edição da sentença, a contestação não é imprescindível, evidentemente, restando ao juiz avaliar exatamente a atendibilidade das referidas seqüelas.

- Desde que o réu, em reconvenção, pretenda a mudança da servidão, o pedido originário de permanência desta ao estado anterior, feito pelo autor, passa necessariamente não à situação de secundário, mas à de outro aspecto de uma postulação dúplice, que o juiz decidirá univocamente. Em tal caso, o pedido reconvencional se ombreia ao pedido originário, e aí os efeitos da revelia se acanham, porque o juízo deverá julgar os dois pleitos, e, como é elementar, a revelia do reconvinte não põe a perder a sua ação contra o reconvindo só pela via singela da confissão ficta por falta de contestação do pedido originário. Outrossim, pela simples consideração de ordem prática, dificilmente existirá resistência mais veemente ao pedido do autor que a ação reconvencional, mesmo que esta não tenha o nome, nem o contorno e nem a natureza de contestação. É um perfeito dislate considerar que a reconvenção não tem o condão de contrariar, por si só, todo o pedido do autor.

- Cabe reconvenção no interdito recuperatório quando o dono do prédio serviente, que remove a servidão, é demandado pelo dono do prédio dominante, que visa ao retorno da situação anterior. Não há vedação legal ao uso da ação reconvencional do proprietário do prédio serviente contra o do prédio dominante, quando se trata de localizar materialmente a servidão. Assim, se o réu, antes de rechaçar o pedido interdital, pretende que a sentença chancele a remoção da servidão, é óbvio que terá o uso da ação reconvencional, porque nesta o pedido é diverso da pretensão possessória solicitada pelo autor do interdito, que não poderia ser atendido através de simples contestação, nem mesmo de declaratória incidental; até porque para o efeito registral da servidão seria necessária sentença constitutiva.

- Institui-se a servidão de passagem pela forma menos onerosa para o dono do prédio serviente, que já sofre a *deminutio* para possibilitar o privilégio legal do dono do prédio dominante.

- A posição geográfica da servidão de passagem é alterável, por sua própria índole e por licença do art. 703 do Código Civil. Portanto, a alteração, por si só, não é ilegal, mormente quando o *dominus rei servile* custeia a modificação.

- Pequenas alterações advindas da remoção da servidão não traduzem os prejuízos e agravos a que alude o art. 703 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 199.585-1/00 - Comarca de Tupaciguara - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Servidão - Alteração - Reintegração de posse - Reconvenção - Art. 703 do Código Civil. - Cabe reconvenção no interdito recuperatório quando o dono do prédio serviente, que remove a servidão, é demandado pelo dono do prédio dominante, que visa ao retorno da situação anterior. Assim, se o réu, antes de rechaçar o pedido interdital, pretende que a sentença chancele a remoção, é óbvio que terá o uso da ação reconvencional, porque nesta o pedido é diverso da pretensão possessória solicitada pelo autor do interdito, que não poderia ser atendido através de simples contestação, nem mesmo de declaratória incidental: até para o efeito registral da servidão seria necessária sentença constitutiva. - Institui-se a servidão de passagem pela forma menos onerosa para o dono do prédio serviente, que já sofre a *deminutio* para possibilitar o privilégio legal do dono do prédio dominante.

- Pequenas alterações advindas da remoção não traduzem os prejuízos e agravos a que alude o art. 703 do Código Civil.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 10 de abril de 2001. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Embora a omissão na sentença, a espécie está sob o duplo grau de jurisdição, dada a presença do Município de Tupaciguara entre os litisconsortes sucumbentes. Conheço do recurso voluntário.

À guisa de sinopse, considere-se a estrada rural de que os autos tratam, da qual os apelantes, seus antecessores e demais circunstantes vêm usando nos últimos cinqüenta anos, assim constituído o estado de servidão de passagem por sobre as terras do apelado.

Sucede que o dono do terreno serviente, principalmente considerando que os seus gados não têm acesso à única aguada do trecho - porque as cercas que delimitam o tradicional carreiro os confina em terras secas -, mudou a localização da estrada, abrindo-a noutro ponto da sua herdade. Assim feito, e como tenha fechado o trânsito no caminho tradicional, os autores fizeram-no citar para o interdito recuperatório, obviamente, visando à recomposição do estado anterior.

O réu não contestou. Mas reconveio. Acenou ali com o permissivo do art. 703 do Código Civil e, afirmando que removeu o carreiro às suas custas, ademais sem prejuízo algum para as terras dominantes, pediu o *exequatur* judicial para a remoção da servidão, abolindo-se o uso forçado da estrada antiga.

O Juízo repeliu o pedido dos autores e acolheu a solicitação reconvencional, endossando a mudança feita pelo reconvinte, com o que não se conformam os vencidos. Alegam, em grau de recurso, que a decisão deve ser reformada no mérito, não sem antes enumerar as nulidades que a seu ver viciam o processo, a saber: o laudo pericial é imprestável; o réu não contestou o pedido, sem que o Juízo lhe tenha imposto os débitos da revelia.

As prefaciais não vingam.

Em primeiro lugar, se, por atropelo cartorário, os autores não tiveram oportunidade de formular quesitos suplementares no momento certo, o fato ficou superado quando o Juízo, ainda na fase instrutória, mandou vir aos autos os ditos quesitos, a que o perito respondeu prontamente. Destarte, purgada a irregularidade, a prova pericial não se ressente de nódoas.

Quanto à falta de contestação, também aí não antevejo nulidade alguma. Contestar é direito facultativo do réu, embora da sua inércia sobrevivam as seqüelas da revelia, como é de preceito. O que se quer dizer é que, para o desenvolvimento do processo e para a edição da sentença, a contestação não é imprescindível, evidentemente, restando ao juiz avaliar exatamente a atendibilidade das referidas seqüelas.

Os apelantes, em última análise, pretendem que a ausência da contestação necessariamente deflagraria, contra o demandado, os efeitos da revelia, de modo a impor a procedência do interdito ajuizado. Mas, este último, abdicando da contestação, manejou a ação reconvencional, em cujo articulado não apenas repudiou o pedido com veemência, como também se bateu pela validade da remoção da estrada, como a fizera, e, *pour cause*, pelo reconhecimento do seu direito de fazê-lo e de fechar o trânsito no carreiro antigo.

Ora, é elementar que a reconvenção não supre a contestação do reconvinte, mas aí existem desdobramentos que dependem ou são impostos por força da especialidade dos pleitos recíprocos que as partes litigantes dirigem uma contra outra. Na espécie há pormenores atípicos. Desde que o réu, em reconvenção, pretenda a mudança da servidão, o pedido originário de permanência desta ao estado anterior, feito pelos autores, passa necessariamente não à situação de secundário, mas à de outro aspecto de uma postulação dúplice, que o juiz decidirá univocamente. Ou seja, o pedido reconvencional se ombreia ao pedido originário, e aí os efeitos da revelia se acanham porque o Juízo deverá julgar os dois pleitos, e, como é elementar, a revelia do reconvinte não põe a perder a sua ação contra o reconvindo só pela via singela da confissão ficta por falta de contestação do pedido originário. Afinal, não há um pedido prevalente, ou subordinante, mas pedidos distintos e de igual valência adjetiva e substantiva. Segue-se ainda que, pela simples consideração de ordem prática, dificilmente existirá resistência mais veemente ao pedido do autor que a ação reconvencional - mesmo que esta não tenha o nome, nem o contorno e nem a natureza de "contestação". Seja como for, seria um perfeito dislate considerar que a reconvenção não tem o condão de contrariar, por si só, todo o pedido do autor.

Resta ponderar sobre o cabimento, do ponto de vista técnico, da reconvenção no caso do interdito presente. Concluo, como o Juiz monocrata, que não há vedação legal ao uso da ação reconvencional do proprietário do prédio serviente contra o do prédio dominante, quando se trata de localizar materialmente a servidão. Dir-se-ia, sem maiores avisos, que a especialidade dos interditos arredaria a oportunidade de reconvir e que se daria ao réu, no máximo, a declaratória incidental. O engano é enorme, porque esta é restritamente declaratória, e o pedido do reconvinte, aqui, tem amplo caráter constitutivo, qual seja, a transposição da servidão de passagem. Sem contar que não se antevê incompatibilidade de

procedimentos entre a ação interdital e a reconvencional, no caso, visto que a possessória também adquire, em certa fase, o rito ordinário, onde fica bem o pedido do reconvinte. Demais, as lides se resumem, objetivamente, na dicção jurisdicional acerca do "onde será prestada a servidão". Finalmente, questão de maior relevo, é urgente entender que o pedido da reconvenção é diverso daquele que se encerra na pretensão possessória dos autores, e é justamente esse fato que instala a procedibilidade da reconvenção. Confronte-se: NERY, *RP*, 52/170 e *JTACivSP*, 108/34. Afinal, o réu não obteria o que pretende pela simples contestação do interdito, quando mais não seja porque haveria a inarredável necessidade de sentença específica para o fim de levar a registro a localização material da servidão. De resto, já se decidiu que "*cabe reconvenção em ação possessória toda vez que o pedido reconvencional não for de proteção possessória ou de indenização*" - como no caso -, conforme *RTJ*, 91/365 e *RT*, 614/82.

Do que precede, fica decidida a questão no campo adjetivo, com a validação do processo, restando somente avaliar o tema de mérito.

A posição geográfica da servidão de passagem é alterável, por sua própria índole e por licença do art. 703 do Código Civil. Portanto, a alteração em si não é ilegal, e, sendo certo que o *dominus rei servile* custeou a modificação, já aí estão superados dois dos três pontos de indagação da espécie - restando o mais delicado: a averiguação sobre prejuízos e agravos, para o *dominus rei dominantis*, em razão da modificação - ponto que é a essência do mérito.

Queixam-se os apelantes de que o Juiz sentenciou apenas à luz do laudo pericial. Pois não vejo que melhor fonte teria ele para decidir, pois dali se retiram os elementos essenciais de avaliação da questão fundamental. Com efeito, aumento ou diminuição de alguns metros na extensão do carreiro novo em relação ao tradicional é questão desprezível. Seja por um, seja por outro, como acentua o Juízo e o mapa de fls. 119-TJ, é sempre necessário, nalgum trecho, passar pelo leito da MG-180, que é rodovia prestante, seja para segui-la, seja para atravessá-la; e, se perigo há no trafegar por ela, igualmente há para atravessá-la - se aí não existir perigo maior. Por outro lado, a estrada "nova" é perfeitamente carroçável, e, se em alguns pontos tem deficiências, isso se deve, como adverte o perito, ao desuso - devido à retomada do carreiro velho por força da reintegração liminar ditada em favor dos autores. É natural que numa estrada não utilizada apareçam matos e arbustos, mas isso é detalhe que o Poder Municipal tem meios de corrigir com a mesma "patrol" e os mesmos operários com os quais tão bem conservou o caminho antigo. O uso fará o resto, sempre com a expedita conservação da Administração.

Isto posto, e considerando que estão satisfeitos os requisitos do art. 703 do Código Civil; considerando que a servidão, se é um privilégio para o dominante, é *deminutio* para o serviente; considerando que, por isso, a servidão deve ser instituída pela forma menos onerosa; e considerando que onde todos cedem a paz social melhor se instala, confirmo a decisão singular, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ALIMENTOS - FILHOS MENORES - MÃE QUE POSTULA EM NOME PRÓPRIO - MERA IRREGULARIDADE - CRÉDITO ALIMENTAR - EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO PELA NOVAÇÃO OU COMPENSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ACORDO CELEBRADO SOBRE A PENSÃO - ALTERAÇÃO - APRECIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO - NECESSIDADE - INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 740 DO CPC - PETIÇÃO INICIAL - QUALIFICAÇÃO DAS PARTES - EQUÍVOCO - PREJUÍZO - AUSÊNCIA - CARÊNCIA DA AÇÃO - INOCORRÊNCIA

- O fato de conter a inicial equívoco quanto à correta qualificação das partes litigantes não é motivo suficiente para que seja declarada a carência da ação, desde que tenha sido possível a sua precisa identificação e regular citação, dada a ausência de prejuízo.

- Constitui mera irregularidade postular a mãe, em seu nome próprio, ação de alimentos ou sua execução, visando a satisfazer os interesses dos filhos menores.

- Nos termos do parágrafo único do art. 740 do CPC, a novação do acordo homologado em juízo e a compensação dos deveres recíprocos entre o ex-casal prescinde de produção de prova testemunhal, sendo, portanto, desnecessária a realização de audiência.

- Inexistindo provas acerca da alegada novação ou mesmo da compensação supostamente celebrada entre o casal e ainda que tais normalidades de extinção da obrigação tivessem sido celebradas, não seriam válidas na espécie, uma vez que a natureza do crédito alimentar não o permite.

- Qualquer alteração no acordo celebrado em juízo entre as partes sobre a pensão alimentícia dos filhos menores deve ser submetida ao Judiciário, não sendo possível sua modificação ao talante daquelas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 199.805-3/00 - Comarca de Lagoa Santa - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: O fato de conter a inicial equívoco quanto à correta qualificação das partes não é motivo suficiente para que seja declarada a carência de ação, desde que tenha sido possível a sua precisa identificação e regular citação, dada a ausência de prejuízo. - Constitui mera irregularidade postular a mãe, em seu nome próprio, ação de alimentos ou sua execução, visando a satisfazer os interesses dos filhos menores. Execução de prestação alimentícia - Embargos de devedor onde há alegação de novação da dívida - Impossibilidade. - Alteração no acordo celebrado em juízo entre as partes sobre a pensão alimentícia dos filhos menores deve ser submetida ao Judiciário, não sendo possível sua modificação ao talante daquelas.

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, 22 de março de 2001. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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

Cuida-se de apelação ajuizada por H.J.B. contra r. sentença que julgou improcedentes os embargos opostos à execução de alimentos que lhe move E.D.B.

Irresignado, busca o recorrente a reforma da r. decisão, sustentando, em preliminar: inépcia da inicial, por incorreção na qualificação das partes; ilegitimidade da recorrida para figurar no pólo ativo da execução, uma vez que os alimentos não são devidos a ela, mas aos filhos do casal; e, por fim, afirma ter havido cerceamento de defesa, porquanto não lhe foi concedida oportunidade de provar os fatos alegados através do depoimento de testemunhas. No que pertine ao mérito, alega ter havido novação da dívida.

A preliminar de inépcia da petição inicial não merece prosperar, eis que não se encontra presente nenhuma das hipóteses arroladas no parágrafo único do art. 295 do CPC, o qual dispõe a respeito.

Além disso, o fato de conter a inicial equívoco quanto à correta qualificação das partes litigantes não é motivo suficiente para que seja declarada a carência de ação, desde que tenha sido possível a sua precisa identificação e regular citação, como *in casu*, dada a ausência de prejuízo.

Nesse sentido:

"*Não obstante constando da petição inicial equívoco quanto à correta designação das pessoas jurídicas demandadas, se foi possível a sua precisa identificação e regular citação, quanto que apresentaram defesa, não se mostra ajustado aos princípios processuais da instrumentalidade e da economia declarar-se a carência da ação, sendo de rigor, dada a ausência de prejuízo, permitir seja sanado o vício, a teor do que dispõem os arts. 244 e 327 da lei instrumental civil*" (STJ - 4ª Turma, REsp 13.810/0-DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 1.9.92, não conheceram, v.u., *DJU* de 21.9.92, p. 15.695).

Também merece ser rechaçada a preliminar de ilegitimidade de parte.

Os tribunais pátrios vêm reiteradamente se posicionando no sentido de que constitui mera irregularidade postular a mãe, em seu nome próprio, ação de alimentos ou sua execução, visando a satisfazer os interesses dos filhos menores.

Conforme bem observou a ilustre Procuradora de Justiça, "*entendimento diverso seria excesso de formalismo, incompatível com os princípios modernos processuais*".

Finalmente, a preliminar de cerceamento de defesa não merece ser acolhida.

A matéria tratada pelo recorrente em seus embargos, qual seja, a novação do acordo homologado em Juízo e a compensação dos deveres recíprocos entre o ex-casal, prescinde de produção de prova testemunhal, sendo portanto desnecessária a realização de audiência, nos termos do parágrafo único do art. 740 do CPC.

Logo, não há falar-se em cerceamento de defesa.

Assim sendo, rejeitam-se as preliminares argüidas.

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante.

Conforme se verifica do documento de fls. 22, quando da separação judicial do casal foi ajustada uma pensão alimentícia para seus dois filhos menores no montante de 6 (seis) salários mínimos, a ser creditada em conta junto ao Banco Real, em nome da recorrida, até o 5º dia subseqüente do mês vencido, tendo sido o acordo regularmente homologado pelo Magistrado.

Todavia, o apelante não cumpriu o avençado, deixando de efetuar os pagamentos devidos, dando ensejo à execução em apenso.

Em seus embargos, busca o recorrente eximir-se da obrigação assumida alegando, basicamente, que houve novação tácita do acordo judicialmente homologado, além do que teriam as partes ajustado uma compensação de seus deveres recíprocos.

Ora, inexistem nos autos provas acerca da alegada novação ou mesmo da compensação supostamente celebrada entre o casal.

Outrossim, ainda que tais modalidades de extinção da obrigação tivessem sido celebradas, não seriam válidas na espécie, uma vez que, conforme ressaltou o ilustre Sentenciante, a natureza do crédito alimentar não o permite.

De mais a mais, qualquer alteração no acordo celebrado em juízo entre as partes sobre a pensão alimentícia dos filhos menores deve ser submetido ao Judiciário, não sendo possível sua modificação ao talante daquelas.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

"HABITE-SE" - APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS REFERENTES À AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO - EXIGÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE DE CONVÊNIO ENTRE O MUNICÍPIO E O ESTADO

- É inconstitucional a exigência, como condição de concessão de habite-se, de apresentação de notas fiscais referentes à aquisição do material empregado na obra, por não provir de lei formal, senão de convênio entre Município e Estado. Subsiste a inoperância da exigência ainda diante de lei expressa, por ferir o princípio da razoabilidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 200.447-1/00 - Comarca de Ubá - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional e administrativo - "Habite-se" - Exigência de apresentação de notas fiscais referentes à aquisição de materiais de construção - Inconstitucionalidade - Ilegalidade de convênio entre Município e Estado - Segurança concedida. - É inconstitucional a exigência, como condição de concessão de "Habite-se", de apresentação de NFs referentes à aquisição do material empregado na obra, por não provir de lei formal, senão de convênio entre Município e Estado. Subsiste a inoperância da exigência ainda diante de lei expressa, por ferir o princípio da razoabilidade. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2001. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - Formalizada em termos adequados, merece ser conhecida a remessa oficial.

Dela conhecendo, deve-se observar que o impetrante atendeu a todas as formalidades técnicas exigidas pelo órgão competente da Administração Municipal, habilitando-se, assim, à obtenção do pleiteado "habite-se".

O único obstáculo oposto pela Administração àquela concessão - apresentação de notas fiscais comprobatórias da aquisição do material empregado na construção - resulta, simplesmente, de mero convênio firmado entre o Município e o Estado, sem lei formal que o preveja, e, assim, registra-se violação frontal ao princípio constitucional da legalidade.

E, como o salienta o parecer da douta PGJ, ainda que houvesse lei em sentido estrito impondo aquela restritiva condição, seria ela também inconstitucional, por não se harmonizar com o princípio norteador da razoabilidade.

Em reexame oficial, tenho como incensurável a decisão do Juízo *a quo*, pelo que a confirmo em todos os seus termos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - PEDIDO DE LICENÇA SEM VENCIMENTO PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES - MÉRITO ADMINISTRATIVO - ATO DISCRICIONÁRIO - CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE - EXAME PELO JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA

- A conveniência ou a inconveniência, que deflui de forma expressa da norma municipal em que se embasa a parte para pretender o pedido de licença sem vencimentos para tratar de interesses particulares, constitui elemento do mérito do ato de concessão da licença, o que o coloca na condição dos atos não vinculados, e o direito líquido e certo se afina com a ocorrência

de vinculação, sendo cediço que é vedado ao Judiciário imiscuir-se na questão de mérito administrativo, não lhe sendo lídimo declarar se haveria ou não inconveniência para o afastamento do servidor, em LIP, cabendo unicamente à Administração ajuizar dessa conveniência e oportunidade, daí fluindo que para o servidor não existe direito líquido e certo, amparável na via do *writ*, para obter referida licença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 201.505-5/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Servidora pública municipal - Pedido de licença sem vencimentos para tratar de interesses particulares - Ato de concessão tipicamente discricionário, competindo à Administração avaliar acerca da conveniência e oportunidade do afastamento do servidor, vedando-se ao Judiciário adentrar no mérito administrativo - Segurança denegada - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 08 de março de 2001. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Francisco Galvão de Carvalho.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Sr. Presidente. Estive atento à defesa elaborada da tribuna pelo Dr. Procurador da apelante. Meu voto aborda as questões aditadas na ação.

Contém a espécie ação mandamental impetrada pela recorrente contra omissão denegatória de licença para tratar de interesses particulares, sem vencimentos, que teria requerido, na qualidade de funcionária ocupante de cargo efetivo da Municipalidade de Montes Claros.

Deferiu-se liminar, possibilitando à requerente afastar-se de suas atividades.

Notificada, a digna autoridade apontada como coatora presta informações, sustentando a ausência de direito líquido e certo da impetrante, desde que a concessão de licença sem vencimentos para tratar de interesses particulares constitui ato subordinado ao exame da oportunidade e conveniência pela Administração, típico de seu poder discricionário, sem possibilidade de deferimento pelo Judiciário.

Adiciona o honrado Secretário Municipal de Administração que, ao contrário do que afirma a impetrante na inicial, não pode ser ela considerada vítima de perseguição política, bastando

atentar-se para os diversos pleitos que lhe foram concedidos, todos atinentes a afastamentos, a que tinha direito, tais como férias, férias-prêmio e créditos administrativos, apesar de prejudiciais ao normal andamento dos serviços e sobrecarga para os demais servidores do respectivo setor. Além disso, a LIP foi expressa e não apenas tacitamente negada, diante da circunstância de estar a impetrante respondendo a sindicância administrativa, instaurada para apuração de falta consistente em percepção indevida de diárias para viagem, cujo desenvolvimento estaria comprometido se deferida a licença.

Esclarece, ainda, o impetrado, que a impetrante logrou nomeação e se empossou em outro cargo público, em comissão, no quadro da Fundação Hemominas, antes mesmo da solicitação daquela no sentido de colocação da servidora à sua disposição e também do pedido desta para se afastar em licença sem vencimentos.

O Dr. Promotor de Justiça opinou contrariamente à concessão da segurança.

Sobreveio a r. sentença de fls. 127/128, que, cassando com efeitos imediatos a liminar, indefere a ordem impetrada.

Irresignada, avia a autora o presente recurso, objetivando a reforma da decisão inferior, ao argumento resumido de que, sendo funcionária estável e possuindo formação acadêmica em Sociologia, não existe essencialidade para o órgão público na sua prestação laboral, porquanto se encontra em desvio de função, não se aproveitando na Administração sua real capacidade, tanto que não há lugar para que possa trabalhar, sendo dispensada por várias vezes do comparecimento. Assim, não havendo a inconveniência aludida no § 1º do art. 140 do Estatuto dos Servidores Municipais, único empecilho possível para afastar o pedido de LIP, assiste-lhe o direito líquido e certo à referida licença, ainda mais quando não se vislumbra qualquer prejuízo financeiro para o Município, desde que cessa a obrigação remuneratória para com ela, e que o indeferimento constitui mero êmulo de conotação política.

Em contra-razões, o impetrado defende o acerto da decisão hostilizada, pugnando por sua confirmação.

O órgão do Ministério Público de primeiro grau emitiu parecer, opinando pelo conhecimento e desprovimento da apelação, sendo no mesmo sentido a manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se:

Conheço do recurso, dada a presença dos pressupostos de admissibilidade.

O direito invocado pela recorrente estaria - segundo ela - consubstanciado no art. 140 do Estatuto dos Funcionários Municipais de Montes Claros, que prevê a concessão de licença sem vencimentos ao funcionário estável para tratar de interesses particulares,

e a única possibilidade de seu indeferimento seria a indispensabilidade em razão do serviço, que não ocorreria na espécie.

Assim não é, no entanto.

A norma de regência não dispõe no sentido de ser direito do servidor a obtenção dessa espécie de licença, que se submete, ao contrário, à conveniência e oportunidade, consoante critério discricionário da Administração para concedê-la ou não.

Essa certeza, como afirmado na r. decisão hostilizada, decorre da interpretação do vocábulo "poderá", significando a faculdade que se confere ao administrador para considerar conveniente ou não o afastamento pretendido.

E a própria lei, no § 1° do citado art. 140, consagra essa discricionariedade, com o emprego da expressão "inconveniente ao interesse do serviço".

A conveniência ou a inconveniência constitui elemento do mérito do ato de concessão da licença, o que o coloca na condição dos atos não vinculados, e o direito líquido e certo se afina com a ocorrência de vinculação.

É cediço que ao Judiciário é vedado imiscuir-se na questão do mérito administrativo, não lhe sendo lídimo declarar se haveria ou não inconveniência para o afastamento da servidora, em LIP, cabendo unicamente à Administração ajuizar dessa conveniência e oportunidade.

Corolário disso é que, para o servidor não existe o direito líquido e certo, amparável na via do *writ*, para obter a licença sem vencimentos para tratar de interesses particulares.

Frente o exposto, nego provimento à apelação.

Custas, pela recorrente.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Também nego provimento ao recurso, nos exatos termos do voto do eminente Relator, já que tive acesso aos autos, fiz a revisão e verifiquei que a interpretação do art. 140 do Estatuto do Servidor Municipal se atrela, realmente, à oportunidade e conveniência da Administração Pública.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MENOR - SUPRIMENTO DE IDADE PARA CASAMENTO - DEFERIMENTO

- Presente a possibilidade de imposição de pena criminal e de gravidez de menor de dezesseis anos, é de se deferir pedido de suprimento de idade para celebração de casamento, a teor do art. 214 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL N° 201.565-9/00 - Comarca de Alfenas - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Menor - Suprimento de idade para casamento - Deferimento. - Presente a possibilidade de imposição de pena criminal e de gravidez da menor de dezesseis anos, é de se deferir pedido de suprimento de idade para celebração de casamento, a teor do art. 214 do Código Civil. Pedido deferido. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2001. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de apelação interposta pelo representante do Ministério Público, objetivando a reforma da r. sentença de grau inferior, que deferiu o pedido de suprimento de idade para contrair matrimônio, aforado pela apelada menor, devidamente representada por sua mãe.

Sustenta o recorrente, em apertada síntese, que não estão presentes os requisitos do art. 214 do Código Civil, e pede a reforma da sentença.

O recurso foi regularmente contra-arrazoado, defendendo-se o acerto da r. decisão recorrida.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se de acordo com as razões apresentadas pelo il. Promotor de Justiça no sentido da reforma da sentença e, dando-se por intimado, requereu o prosseguimento do feito.

Do essencial, esta a exposição.

Decide-se:

Merece confirmação a r. decisão de primeiro grau.

Nota-se nos autos que a menor conta com apenas 14 anos de idade e se encontra grávida de E.S.S., de 23 anos, caracterizando-se, assim, em tese, o crime de sedução, o que justifica a imposição de pena.

Sabendo-se que a lei civil não permite o matrimônio de mulheres menores de 16 anos (art. 183, XII, do CC) e que o art. 214 do Código Civil faculta o suprimento de idade para fins de casamento para se evitar imposição ou cumprimento de pena, entendo que agiu com acerto o il. Julgador ao deferir o pedido inicial, mormente no presente caso, em que há vontade do casal e consentimento dos pais.

Em conclusão, existindo amparo legal à pretensão da recorrida, não

há como deixar de atender ao pedido de suprimento de idade, possibilitando-se a celebração do casamento.

Frente o exposto, nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL ALTERNATIVO DE PASSAGEIROS - "PERUEIROS" - VEÍCULO COM LICENCIAMENTO DE PLACA DE ALUGUEL - SERVIÇO ABERTO AO PÚBLICO - CONCESSÃO - PERMISSÃO - AUSÊNCIA - ILEGALIDADE - CLANDESTINIDADE - ATOS FISCALIZATÓRIOS ORDENADOS - MEDIDA REPRESSIVA - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA - BHTRANS - DETRAN/MG - PÓLO PASSIVO DA AÇÃO MANDAMENTAL - POSSIBILIDADE

- Inquestionável que compete aos órgãos impetrados a fiscalização do trânsito nas vias sob sua jurisdição, o que se exerce através dos comandos ostensivos integrados da PMMG e BHTrans, sujeitando os infratores às sanções próprias da legislação de trânsito e aos regulamentos dos transportes públicos, reservado ao Detran/MG o lançamento das infrações e pontuação em prontuários, pelo que não há como acolher as objeções preliminares quanto à permanência dos mesmos no pólo passivo da ação mandamental que aquelas ações busca combater.

- O transporte remunerado de passageiros se enquadra no gênero dos serviços públicos não essenciais prestados por particulares sob delegação do Poder Público, mediante concessões, permissões ou autorizações, podendo-se dar na forma individual ou coletiva, no âmbito dos municípios, através de permissão formalmente concedida, mediante processo licitatório tendente ao permissionamento.

- O licenciamento (emplacamento) do veículo na categoria aluguel apenas possibilita a sua utilização na prestação de serviço remunerado, não significando delegação para exploração de serviço aberto ao público, que depende da concessão ou permissão da Administração.

- Ainda que se invoque a perspectiva de que estaria exercitando o direito ao trabalho previsto na Carta Maior, inexiste direito líquido e certo do "perueiro", e sua resistência às medidas repressivas, que classifica como ilegais e abusivas, na condução dos atos fiscalizatórios ordenados, como revelam os autos, só faz evidenciar a prática, até confessada por ele, de ato sorrateiro e clandestino, desautorizada pelo Poder Público, em manifesta e flagrante afronta à lei, como também transgride, quer pela habitualidade, quer pelo agenciamento de passageiros ou pela cobrança de passagens *per capita*, as normas que seriam inerentes ao controle e fiscalização insertas no exercício regular de um serviço autorizado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 201.862-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Transporte público municipal alternativo de passageiros - Ilegalidade - Modalidade de prestação de serviço público que ofende o regulamento próprio do transporte coletivo - Atividade clandestina e desautorizada - Ação fiscalizadora legítima - Inexistência de direito líquido e certo na exploração do chamado serviço de transporte público alternativo.

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, REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS APELOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2001. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentações orais, pelo terceiro apelante, o Dr. Geraldo Luís Spagno Guimarães, e o Dr. Aristóteles Atheniense, pelo terceiro interessado.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Sr. Presidente. Ouvi com atenção as palavras dos ilustres oradores, mas as questões abordadas foram contempladas em meu voto, que passo a ler:

Conheço da remessa obrigatória, assim como dos prestantes apelos voluntários, eis que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Inicialmente, não vejo como acolher as objeções preliminares quanto à permanência da BHTrans e Detran/MG no pólo passivo da demanda.

Realmente, é a BHTrans a entidade competente para organizar e fiscalizar os serviços de transporte de passageiros, individual e coletivo, no âmbito municipal, assim como é o Detran/MG o órgão responsável pelo registro e licenciamento de veículos e

habilitação de condutores, da mesma forma que inquestionáveis os interesses da Municipalidade desta Capital e do Estado de Minas Gerais na discussão.

Nestas condições, *rejeito* as preliminares suscitadas.

No que concerne ao tema de fundo, versa a espécie sobre ação mandamental impetrada por Herbert Tiradentes Dias, ora apelado, em face de atos praticados pelo Presidente da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte - BHTrans, Comandante-Geral da Polícia Militar de Minas Gerais - PMMG e Diretor do Departamento de Trânsito de Minas Gerais - Detran/MG.

Alega o impetrante, em resumo, estar sendo cerceado no seu exercício profissional de prestador de serviço de transporte de passageiros, ainda aduzindo que as referidas autoridades impetradas, em ações que acoima de ilegais e abusivas, com violação de seu direito líqüido e certo, têm procedido a inúmeras e reiteradas autuações por infrações de trânsito, com ameaças de apreensão do seu veículo, a despeito de o mesmo se encontrar regularmente licenciado, inclusive para o transporte de passageiros.

Acrescenta que tal procedimento, a pretexto de se tratar de transporte clandestino de passageiros, culmina por impedir o postulante de exercer suas atividades profissionais.

Deferiu-se a liminar.

As dignas autoridades apontadas como coatoras prestam informações, sustentando a legitimidade da fiscalização exercida contra o impetrante, que busca exercer o transporte coletivo de passageiros, com remuneração *per capita*, não autorizado.

Tecem outras considerações acerca da regulamentação do serviço de transporte de passageiros e suas espécies, requerendo a revogação da liminar e denegação da segurança.

Após manifestação do órgão do Ministério Público de primeiro grau, sobreveio a r. sentença de fls. 227/239, ratificando a liminar antes deferida e concedendo a ordem, conferindo ao autor autorização para transitar livremente, conduzindo os passageiros que com ele contrate para serem transportados no percurso, além de determinar o cancelamento das multas já lançadas.

Inicialmente, merece ser dito que o transporte remunerado de passageiros se enquadra no gênero dos serviços públicos não essenciais prestados por particulares sob delegação do Poder Público, mediante concessões, permissões ou autorizações.

A prestação desse serviço pode-se dar na forma individual ou coletiva, no âmbito dos municípios e, via de regra, no primeiro caso se faz com o emprego de automóveis (táxi) e, no outro, mediante a utilização de ônibus e microônibus, através de permissão formalmente concedida.

Com relação ao sobredito transporte, tal modalidade subordina-se a regulamento próprio do Poder concedente, mediante processo licitatório tendente ao permissionamento.

No mesmo caminhar, também eventuais viagens de grupos de pessoas, em ônibus e microônibus, sob regime de fretamento, dependem de autorização especial do órgão com jurisdição nas vias onde ocorrerá o transporte.

Outrossim, até nas hipóteses de o local não dispor de linha regular de ônibus, ou que a existente não for suficiente para suprir as necessidades daquela comunidade, o transporte poderá ser realizado, excepcionalmente, inclusive em veículo de carga especialmente adaptado, contudo também com a devida e regular autorização.

Fretamento é também contratação eventual, servindo de exemplo os grupos de turismo, ou de outros, com destinação específica de lazer ou negócios.

Em todos estes casos, o serviço é posto à disposição de grupos determinados, a contraprestação é fechada, independentemente do número de pessoas transportadas, não havendo o caráter de sua abertura ao público, como é o caso do transporte coletivo regular concedido, de tarifa individual.

O licenciamento (emplacamento) do veículo na categoria aluguel apenas possibilita a sua utilização na prestação de serviço remunerado, não significando delegação para exploração de serviço aberto ao público, que depende, como se viu, da concessão ou permissão da Administração.

Isso significa que o proprietário de um ônibus ou microônibus, emplacado como veículo de aluguel, pode, por exemplo, contratar o transporte de escolares (se este serviço não estiver sujeito à regulamentação especial) para ida às aulas e sua volta, ou colocá-lo à disposição de uma empresa para o transporte de funcionários, ou, até mesmo, contratar com grupos especiais o seu deslocamento.

O que não se pode permitir é que este mesmo proprietário coloque seu veículo à disposição do público, cobrando passagem *per capita* para seguir linha regular e habitual, porque para isso - a prestação de serviço público - há necessidade de submeter-se ao procedimento licitatório e obter a concessão ou permissão.

Hodiernamente, em todo o País se tem assistido a inúmeras tentativas de estabelecimento do que se convencionou chamar de "*transporte alternativo*", em veículos do tipo perua, sendo inúmeros, em várias cidades, os movimentos dos "*perueiros*", buscando impor seus serviços, sem regulamentação, como transporte público.

E, em todas essas situações, dada a ilegitimidade da pretensão, não são raros os confrontos, sempre reprimidos.

A espécie dos autos não é diferente.

O impetrante coloca sua Kombi Volkswagen, modelo 1994, placa GTB-0836, classificada quanto à espécie como veículo misto/camioneta, categoria particular, à disposição do público em geral para se estabelecer como prestador de serviço público de transporte "alternativo" na região metropolitana e cobrando passagem, como noticiam as inúmeras autuações colacionadas nos autos.

Descabe aqui toda e qualquer consideração acerca de concorrência desleal em detrimento da empresa concessionária e da má qualidade dos serviços por ela prestados.

Isto é questão intrínseca do mérito do ato administrativo, no qual o Judiciário não pode intervir, em substituição ao Poder concedente.

O que se deve examinar, em homenagem à verdade, única e tão-somente, é a existência ou não do apregoado direito líqüido e certo do impetrante e sua resistência às medidas repressivas, que classificou de ilegais e abusivas, na condução dos atos fiscalizatórios ordenados pelos impetrados.

A meu sentir, não ocorre nem uma coisa nem outra.

Autorização é, na lição do festejado HELY LOPES MEIRELLES, "... *o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc.*

Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão..." (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 21ª ed., 1996, p. 171).

A atividade do impetrante, como revelam os autos, não só antes evidencia a prática de ato sorrateiro e clandestino, como também transgride, quer pela habitualidade, quer pelo agenciamento de passageiros ou pela cobrança de passagens *per capita*, as normas que seriam inerentes ao controle e fiscalização insertas no exercício regular de um serviço autorizado.

Por outro lado, também inquestionável que compete aos órgãos impetrados a fiscalização do trânsito nas vias sob sua jurisdição, o que se exerce através dos comandos ostensivos integrados da PMMG e BHTrans, sujeitando os infratores às sanções próprias da legislação de trânsito e aos regulamentos dos transportes públicos, reservado ao Detran/MG o lançamento das infrações e pontuação em prontuários.

Enfim, se a atividade exercitada e até confessada pelo impetrante é clandestina e desautorizada pelo Poder Público, em manifesta e flagrante afronta à lei, não dispõe o mesmo de qualquer direito líqüido e certo, ainda que invoque a perspectiva de que estaria exercitando o direito ao trabalho previsto na Carta Maior, como, de resto, muito menos o socorre qualquer razão quando rotula como ilegal ou arbitrária a ação repressora dos órgãos impetrados.

Por todo o exposto, em *reexame necessário* e curvando-me com redobrada vênia do entendimento encampado pela honrada Magistrada sentenciante, *reformo* a decisão revisanda para julgar improcedentes as razões trazidas na peça inicial e cassar a liminar antes deferida, com a denegação da segurança, dando como prejudicados os recursos voluntários, como assim anuiu a douta Procuradoria de Justiça.

Custas, pelo recorrido.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Sr. Presidente. O voto do eminente Relator expôs com muita paciência, e por razões ponderáveis, todas as questões colocadas nos autos, e decidiu com inteiro acerto, segundo meu entendimento.

Por esta razão, colocando-me inteiramente de acordo com o voto que acaba de ser proferido, solicito a V. Exa. que, por razões pedagógicas, por se tratar de uma matéria que está causando tanta celeuma no seio da população, da sociedade, e pela excelência do próprio voto, seja determinada a publicação do acórdão.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS APELOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

DEPÓSITO - BEM APREENDIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL - DEPOSITÁRIO - NOMEAÇÃO

- Na dúvida sobre a propriedade do bem apreendido pela autoridade, não pode o Delegado de Polícia nomear depositário outro que não seja aquele que está na posse do mesmo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 201.879-4/00 - Comarca de Caratinga - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: Apreensão de bem pela autoridade policial - Depósito. - Na dúvida sobre a propriedade do bem, não pode o Delegado de Polícia nomear depositário outro que não seja aquele que está na posse do mesmo.

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, 29 de maio de 2001. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - É de se conhecer do recurso.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Paulo Tarcísio de Andrade Nogueira contra ato do Sr. Delegado Regional de Segurança Pública da 36ª Delegacia Regional de Polícia Civil da Comarca de Caratinga, consubstanciado na apreensão de uma máquina retroescadaveira de sua propriedade e posterior entrega a terceiro que reivindicava a propriedade da mesma, cuja segurança foi concedida a final, tendo o MM. Juiz *a quo* submetido a decisão ao duplo grau de jurisdição, sem recurso voluntário.

De início, é de se ressaltar que, muito embora o impetrante tenha comprovado suficientemente a propriedade do maquinário, sendo tido, portanto, como terceiro de boa-fé, a autoridade coatora negou-se a proceder à restituição do mesmo, concedendo a posse a outrem, que a reivindicou.

Depreende-se dos documentos colacionados aos autos que o bem apreendido foi vendido tanto para o reclamante, Sr. Charles Gualberto de Souza, quanto para o impetrante.

Todavia, a venda se concretizou apenas em relação ao impetrante, no momento em que ocorreu a tradição do bem.

E, como cediço, na dúvida sobre a propriedade do bem, não pode o Delegado de Polícia nomear depositário outro que não seja aquele que está na posse do mesmo.

Pelo exposto, no reexame necessário, é de se confirmar a sentença.

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.

-:::-

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - INCONFUNDIBILIDADE - JURISPRUDÊNCIA EM TORNO DA MATÉRIA - ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO DA CORTE - SÚMULA VINCULANTE - NÃO-CONSOLIDAÇÃO - ANÁLISE DO PEDIDO - CONTAS DO PREFEITO - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME PELO JUDICIÁRIO - FUNDAMENTO DA SENTENÇA - EXAME DO MÉRITO - PETIÇÃO INICIAL - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO - INADMISSIBILIDADE

- A impossibilidade jurídica do pedido não se confunde com a sua improcedência. No primeiro caso, a lei não possibilita que a questão venha a juízo, afastando, de pronto, a possibilidade de vitória do autor. No segundo caso, a lei autoriza que se examine a pretensão, que poderá ou não ser provida.

- O fato de existir jurisprudência consolidada em torno de determinada matéria não significa que o ordenamento jurídico fechou ao autor as portas para a análise do seu pedido, especialmente porque não consolidada a súmula vinculante, que obriga os magistrados a adotarem o entendimento da Corte.

- Mesmo que um dos fundamentos do pedido do autor possa levar à sua impossibilidade jurídica, mas se, na inicial, houver também alegação de ofensa ao devido processo legal, não se deve indeferir a petição e extinguir o processo, sem julgamento do mérito, pois lesão a direito individual é matéria indiscutivelmente ao alcance do Judiciário.

- A sentença que extingue o processo, ao fundamento de que o pedido de reexame das contas do prefeito pelo Judiciário é impossível, deve ser cassada, eis que profere verdadeiro exame do mérito da pretensão, embora fundamente a extinção do feito na impossibilidade jurídica do pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 202.187-1/00 - Comarca de Paraisópolis - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Possibilidade jurídica e improcedência do pedido - Situações que não se confundem. - A impossibilidade jurídica do pedido não se confunde com a sua improcedência. No primeiro caso, a lei não possibilita que a questão venha a juízo, afastando, de pronto, a possibilidade de vitória do autor. No segundo caso, a lei autoriza que se examine a pretensão que poderá ou não ser provida. A sentença que extingue o processo, ao fundamento de que o pedido de reexame das contas pelo Judiciário é impossível, deve ser cassada, eis que profere verdadeiro exame do mérito da pretensão, embora fundamente a extinção do feito na impossibilidade jurídica do pedido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 1º de março de 2001. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Dès. Almeida Melo - Conheço do recurso porque tempestivo e preparado.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 259/267-TJ,

que indeferiu a petição inicial, com fundamento no art. 267, I, do Código de Processo Civil, extinguindo a ação declaratória promovida pelo apelante.

O apelante argumenta que a sentença, ao concluir pela impossibilidade de o Judiciário examinar as contas, recusou a prestação jurisdicional que lhe é assegurada constitucionalmente. Diz que não lhe foi assegurado o devido processo legal, durante o julgamento das contas. Afirma que a análise pelo Judiciário, quanto ao julgamento das contas, é possível de ocorrer seja quanto à forma, seja quanto ao fundo.

Os apelados não foram intimados para apresentar contra-razões, porque a sentença foi proferida antes que se formasse a relação processual.

O apelante ingressou em juízo contra o Município de Paraisópolis, a Câmara de Vereadores local e alguns vereadores, alegando ter exercido o mandato de Prefeito entre 1993 e 1996. Disse que suas contas foram rejeitadas integralmente pela Câmara de Vereadores, enquanto o Tribunal de Contas havia opinado pela sanabilidade das mesmas. O apelante argumentou que o julgamento pela Câmara de Vereadores desrespeitou o princípio da motivação, ofendendo o devido processo legal, eis que deixou de intimá-lo para acompanhar os atos praticados no processo, especialmente impedindo a produção das provas pretendidas. Afirmou que as contas não poderiam ser rejeitadas e que a intenção era acarretar a sua inelegibilidade. Argumentou que, rejeitadas as contas pelo Legislativo, ao Judiciário caberia examiná-las, sob pena de se negar o acesso à Justiça. Negou a existência de improbidade administrativa.

A primeira instância, compreendendo que a pretensão do apelante era obter o exame do mérito do parecer do Tribunal de Contas, entendeu tratar-se de pedido juridicamente impossível, ao fundamento de que ao Judiciário se reserva apenas o exame da legalidade do ato que rejeitou as contas, mas não os seus fundamentos.

ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (*Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, Saraiva, 1994, 3ª edição, 325) afirma que "*Na impossibilidade jurídica, o pedido não encontra respaldo, nem abstratamente, independente de qualquer fato, no ordenamento jurídico, seja por não haver nele contemplação do efeito jurídico pretendido, seja por proibição expressa de reconhecimento de tal tipo de pretensão*".

Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, ensina que "*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*".

Não se permite concluir pela impossibilidade jurídica do pedido, examinando-o como aquele que não tem amparo no ordenamento jurídico, já que tal raciocínio levaria a entender pela procedência ou não do pedido.

O mesmo Humberto Theodoro Júnior afirma que "*o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido imediato contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e 2º, o pedido imediato, contra o réu, que se refere à procedência de direito material. A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor*".

Portanto, a impossibilidade jurídica do pedido não se confunde com a sua improcedência. No primeiro caso, a lei não possibilita que a questão venha a juízo, afastando, de pronto, a possibilidade de vitória do autor. No segundo caso, a lei autoriza que se examine a pretensão, que poderá ou não ser provida.

O fato de existir jurisprudência consolidada em torno de determinada matéria não significa que o ordenamento jurídico fechou ao autor as portas para a análise do seu pedido, especialmente porque não consolidada a súmula vinculante, que obriga os magistrados a adotarem o entendimento da Corte.

Por fim, no caso em exame, o pedido não repousa apenas no inconformismo do apelante com o resultado do julgamento. O apelante alega que o devido processo legal foi desrespeitado. Logo, se o primeiro fundamento, apenas para argumentar, impossibilitaria o exame do pedido, a lesão a direito individual é matéria indiscutivelmente ao alcance do Judiciário.

Dou provimento ao recurso para cassar a sentença, determinando o prosseguimento do feito.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE - DEFESA - IBAMA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE - RECUPERAÇÃO DE ÁREA AMBIENTAL - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - NÃO-ATENDIMENTO - PROCESSAMENTO DA AÇÃO - COMPETÊNCIA - LOCAL DO DANO

- O Poder Público tem o dever de defender o meio ambiente, a teor do art. 225 da Constituição Federal, resultando que todos os seus entes, nas mais diversas esferas de atuação, estão legitimados ao seu exercício, sem que a legitimidade de um órgão exclua a do outro, ou seja, verifica-se a legitimação concorrente dos mesmos, a tanto.

- A existência de termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ibama e garimpeiros para a recuperação de área ambiental degradada não alcança o objeto de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público a este fim, caso não haja o cumprimento de tal termo.

- A competência ao processamento da ação civil pública é a do local do dano, nos termos do art. 2° da Lei n° 7.347/85, a qual não pode ser derrogada pela vontade das partes, principalmente quando não se trata de execução do termo de conduta.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 202.518-7/00 - Comarca de Coromandel - Relator: Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Ação civil pública - Meio ambiente - Ibama - Ministério Público - Legitimação concorrente - Termo de ajustamento de conduta - Não-atendimento - Competência - Local do dano. - O Poder Público tem o dever de defender o meio ambiente, a teor do art. 225 da CR, resultando que todos os seus entes, nas mais diversas esferas de atuação, estão legitimados ao seu exercício, sem que a legitimidade de um órgão exclua a do outro, ou seja, verifica-se a legitimação concorrente dos mesmos, a tanto. - A existência de termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ibama e garimpeiros para a recuperação de área ambiental degradada não alcança o objeto de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público a este fim, caso não haja o cumprimento de tal termo. - A competência ao processamento da ação civil pública é a do local do dano, nos termos do art. 2° da Lei n° 7.347/85, a qual não pode ser derrogada pela vontade das partes, principalmente quando não se trata da execução do termo de conduta. 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, 22 de março de 2001. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou extinta, sem o julgamento do mérito, ação civil pública, aforada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por sua Promotoria de Justiça da Comarca de Coromandel, contra Manoel José Alves.

As razões recursais das partes e a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça foram explicitadas, sucintamente, no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por adequar-se aos pressupostos de sua admissibilidade.

O apelante aduz que, à luz das disposições do art. 129, III, da Constituição da República, e pelo art. 1°, I, da Lei n° 7.347/85, é inquestionável a sua legitimidade ao manejo da ação civil pública em defesa do meio ambiente, principalmente na busca jurisdicional do cumprimento das obrigações avençadas nos termos de ajustamento de conduta. Afirma, mais, que a pactuação do termo de ajustamento de conduta entre o apelado e o Ibama não tem o condão de derruir o objeto desta ação, em face de o apelado não ter cumprido tal avença, não recuperando as áreas ambientais degradadas, resultando que tal situação demonstra a necessidade e a utilidade desta via jurisdicional para forçar o réu a atender a sua obrigação. Ademais, afirma que a associação de garimpeiros que havia participado do aludido termo de ajustamento está em vias de extinção judicial, circunstância esta que, a seu ver, reforça a necessidade do uso desta ação para compelir o apelado ao seu cumprimento.

Após compulsar o processado, infiro ser acertado o inconformismo expressado pelo apelante contra o decisório fustigado, uma vez que o fato de a autarquia federal, Ibama, ter firmado o termo de compromisso de fls. 119/122-TJ, ao meu sentir, não retira do aludido representante do Ministério Público legitimidade para propor a presente ação civil pública, em face das cristalinas disposições do art. 5°, *caput*, e seus §§ 2° e 3°, da Lei n° 7.347/85, a demonstrar que a eventual legitimidade de um órgão não exclui a do outro, ou seja, há legitimidade concorrente de ambos. Ao meu aviso, esta legitimação concorrente deriva diretamente do art. 225, *caput*, da Constituição da República, que fixa como dever da coletividade e do Poder Público a defesa do meio ambiente. Sobre o alcance desta norma constitucional, pontifica JOSÉ AFONSO DA SILVA, *v.g.*:

"*A Constituição define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e lhe dá a natureza de 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*" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., p. 807).

Portanto, tenho por corroborada, de forma iniludível, a legitimidade do apelante ao manejo da presente ação.

No que concerne à perda do objeto deste procedimento, em decorrência do pré-falado termo de ajustamento de conduta, vislumbro que, vez mais, a razão se coloca em prol do apelante, porquanto a finalidade desta ação é a recomposição do meio ambiente degradado, consoante dispõe o item 3 do pedido vertido na exordial (fl. 08-TJ), ou seja, busca, justamente, o apelante, por outras vias, o atendimento das condições impostas no referenciado termo, as quais não teriam sido ainda implementadas pelo apelado, segundo noticiado nestes autos. Portanto, resulta que o objeto desta ação não foi alcançado pelo mencionado documento, a ensejar o seu tramitar.

Todavia, necessário estabelecer que, embora possa haver eventual similitude entre os objetos do referenciado

termo de ajustamento de conduta e o da ação civil pública em epígrafe, não se trata, evidentemente, da execução ou debate do primeiro no bojo da segunda.

Por fim, resta definir se a eleição do foro constante do aludido termo (fl. 121-TJ), fixando-se a Justiça Federal, a tanto, redundaria em incompetência do Juízo *a quo* para dirimir a espécie processada.

À minha ótica, esta cláusula eletiva de foro não tem o condão de derrogar os ditames do art. 2º da Lei nº 7.347/85, em decorrência de sua natureza de norma de ordem pública, cujo teor é inequívoco em fixar a competência desta ação para o juízo do local do dano, sendo que este comando legal contém, repete-se, cunho de norma de ordem pública, por se tratar de competência funcional, demonstrando, de conseqüência, que a Comarca de Coromandel é o foro competente ao trâmite da presente ação.

Sobre o tema, pronuncia-se NELSON NERY JÚNIOR, *verbis:*

"*Trata-se de competência de natureza absoluta, improrrogável por vontade das partes* (*Mancuso, ACP, nº 4, p. 42*)" (*Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., p. 1.510).

De outra face, como supra-assinalado, não se está executando ou discutindo, judicialmente, o pré-falado termo de ajustamento de conduta; assim, as suas cláusulas revelam-se inoperantes ao desate da controvérsia em apreço. Ademais, verificado o hipotético interesse da União no curso da demanda, prevalecerá, em primeiro grau, a competência do Juízo de Coromandel, consoante entendimento emanado do colendo STJ (*RST*, 28/40).

Isto posto, dou provimento ao apelo para cassar a sentença à finalidade de que o processo volva ao Juízo de origem à promoção do seu regular trâmite.

Custas, pelo apelado.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PENHORA - IMÓVEL - REGISTRO PÚBLICO - INTELIGÊNCIA DO § 4º DO ART. 659 DO CPC - MAIS DE UMA PENHORA EM IMÓVEL DE DEVEDOR COMUM - EFEITOS DO REGISTRO - QUESTÃO A SER DIRIMIDA EM FORO PRÓPRIO - PRENOTAÇÃO - PENDÊNCIA - PRAZO LEGAL - DECISÃO MONOCRÁTICA - VIOLAÇÃO DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS - APELAÇÃO - DEVOLUÇÃO AO TRIBUNAL DE TODA A MATÉRIA DISCUTIDA

- O entendimento no sentido de que o registro de penhora junto à matrícula do imóvel não tem efeito constitutivo, servindo apenas para eximir de boa-fé eventual terceiro adquirente do bem penhorado, e de que a penhora de bem imóvel se aperfeiçoaria apenas com o auto ou termo de penhora constitui fruto de desarrazoada interpretação do § 4º do artigo 659 do CPC, o qual dispõe que "*A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora e inscrição no respectivo registro*", pois da norma transcrita se verifica o uso da conjunção aditiva "*e*", sendo inquestionável que a penhora de imóvel exige também a inscrição no respectivo registro.

- Se a questão posta nos autos se restringe à forma de realização do registro de mais de uma penhora em imóvel de devedor comum, é irrelevante para o desate da lide a discussão quanto aos efeitos de tal registro, a qual deverá ser exercida por meio próprio, em um momento posterior ao registro, sendo que tal matéria, inclusive, é estranha à competência do Juízo de Registro Públicos.

- Em que pese à decisão monocrática ter deixado de apreciar a questão referente à violação aos termos da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), tal questão pode ser apreciada no recurso de apelação, uma vez que este devolve ao Tribunal a apreciação de toda a matéria discutida, mesmo que não tenha sido objeto de decisão expressa, nos termos do artigo 515 e §§ do CPC.

- A prenotação do título não tem o efeito de registro nem o substitui. Consiste no lançamento do título no protocolo, para assegurar a prioridade de direitos para o apresentante (Lei nº 6.015/73, artigos 12, 182 e seguintes), caducando se o título é devolvido sem que seja suscitada dúvida ou se em trinta dias o interessado não houver atendido às exigências para a efetivação do registro. Assim, passados trinta dias sem atendimento das exigências legais, a prenotação da penhora perde a validade e, conseqüentemente, falece ao apresentante a prioridade e antecedência do registro, que só poderá ser feito mediante nova prenotação, com o suprimento das demandas da lei, retroagindo, portanto, à data de nova prenotação, e não mais da primeira, frustrada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 202.908-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

Ementa oficial: Penhora - Registro - Prenotação - Pendência - Prazo legal - Validade. - A prenotação do título não tem o efeito de registro nem o substitui. Consiste no lançamento do título no protocolo, para assegurar a prioridade de direitos para o apresentante (Lei nº 6.015/73, arts. 12, 182 e seguintes), caducando se o título é devolvido sem que suscitada dúvida ou se em trinta dias o interessado não houver atendido às exigências para a efetivação do registro.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. - *Páris Peixoto Pena* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Giordano Santos de Abreu ajuizou ação anulatória de registro em face do Oficial do 6° Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte - Sr. Eugênio Klein Dutra - e de Carlos Eduardo Lopes Fernandes e s/m Maria Cristina Dutra Fernandes, pretendendo o cancelamento do registro de penhora em favor dos 2° e 3° réus, R-9, de 10.09.1999, do imóvel matriculado sob o n° 61.604 dos livros do cartório-réu, sustentando que a mesma teria sido levada a efeito com inobservância dos artigos 190, 191 e 205 da Lei de Registros Públicos, circunstância que estaria a tolher o exercício de seu alegado direito de preferência sobre o produto do bem penhorado de devedor comum em processos diferentes.

Sustenta que, em que pese aos 2° e 3° réus terem prenotado primeiro um mandado de penhora sobre o imóvel do devedor comum, teriam eles deixado transcorrer *in albis* o prazo para suprir as pendências exigidas pelo 1° réu para o registro, o que, nos termos do artigo 205 da Lei de Registros Públicos, tornaria sem efeito aludida prenotação anterior, devendo ser inscrita em 1° lugar a sua penhora, por ter ele atendido no prazo legal às mesmas exigências, o que, entretanto, não se teria dado, vez que o Cartório teria procedido ao registro dos dois mandados no mesmo dia, constando, contudo, a penhora dos 2° e 3° réus em primeiro lugar.

O 1° réu apresentou contestação aduzindo a legalidade do procedimento de registro por ele efetuado, que se teria dado na estrita ordem de apresentação dos mandados, na forma do artigo 182 da Lei 6.015/73, bem como sustentando que a preferência de crédito pretendida pelo autor se daria pela anterioridade da penhora, e não de seu registro junto à matrícula do imóvel.

Os 2° e 3° réus também contestaram a inicial, alegando perda do objeto da demanda, já que o pedido de nulidade do registro não poderia ser atendido, por já terem eles adjudicado o imóvel cuja penhora motivou a presente. Aduziram, ainda, que a preferência pretendida pelo autor não se daria pela anterioridade do registro, mas sim da penhora, circunstância que tornaria inócuo o manejo da ação anulatória.

O Juiz *a quo*, ao fundamento de que o registro da penhora não tem efeito constitutivo, valendo apenas para impedir que terceiro adquirente do imóvel possa argüir boa-fé, não influindo assim no concurso particular de credores, que se define pela anterioridade da penhora, julgou improcedente o pedido, em face de a penhora realizada pelos 2° e 3° réus ser anterior à do autor.

Recorre o autor sustentando que a sentença deixou de examinar o verdadeiro mérito da questão, qual seja, a infringência do artigo 205 da Lei de Registros Públicos, reiterando, assim, os termos e as irregularidades que aponta em sua exordial.

O recurso foi contra-arrazoado por ambos os réus, tendo o culto RMP deixado de apresentar parecer, com base nas razões de fls. 249/252.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer pelo desprovimento do recurso.

O recurso é tempestivo e foi devidamente preparado.

Dele conheço.

De início, considero imperioso delimitar o cerne da demanda, que, pelo que extraio da peça exordial, versa sobre alegadas irregularidades no *procedimento* de registro de penhora levado a efeito pelo 1° apelado, notadamente no que se refere à observância dos artigos 190, 191 e 205 da Lei 6.015/73, não dizendo respeito à discussão quanto aos *efeitos* que emanam do aludido registro.

Tenho que o Julgador não cuidou em sua sentença daquilo que de fato motivou a presente ação anulatória, ou seja, o fato de que, sem embargo de os 2° e 3° apelados não haverem atendido a todas as exigências legais, no prazo de 30 dias a que se refere o artigo 205 da LRP, para que o 1° apelado procedesse ao registro de sua penhora, foi o mesmo efetivado com precedência ao do apelante, que, por seu turno, cumpriu os requisitos e prazos da lei, inclusive apresentando a documentação pertinente antes dos 2° e 3° apelados.

Preferiu o Monocrático ater-se à concepção, da qual discordo, de que o registro de penhora junto à matrícula do imóvel não tem efeito constitutivo, servindo apenas para eximir de boa-fé eventual terceiro adquirente do bem penhorado.

Concessa venia, tenho que tal entendimento é fruto de desarrazoada interpretação do § 4° do artigo 659 do CPC, que dispõe:

"*A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora* e inscrição no respectivo registro".

Frente a tão claro e induvidoso dispositivo legal, não consigo vislumbrar os motivos que levaram alguns autorizados juristas a defender que a penhora de bem imóvel se aperfeiçoaria apenas com o auto ou termo de penhora, quando, da norma transcrita se verifica o uso da conjunção aditiva "*e*", sendo inquestionável que a penhora de imóvel exige *também* a inscrição no respectivo registro.

De qualquer forma, tendo em vista que a questão posta nestes autos se restringe à forma de realização do registro de mais de uma penhora em imóvel de devedor comum, considero irrelevante para o desate da lide a discussão quanto aos efeitos de tal registro, a qual deverá ser exercida por meio próprio, em um momento posterior ao registro, sendo que tal matéria, inclusive, é estranha à competência do Juízo de Registros Públicos.

É o que sucede com a impertinente preliminar de perda do objeto em face da adjudicação do imóvel pelos 2° e 3° apelados, levantada por estes em sua contestação e novamente ventilada em sua contra-razões recursais, a qual desde já rejeito, uma vez que os efeitos decorrentes da adjudicação não estão em discussão e não se comunicam com o procedimento de registro impugnado, sendo que a mesma não tem o condão de, *per se*, sanar qualquer irregularidade que a tenha antecedido, devendo tal circunstância ser dirimida em foro próprio, que certamente não é o presente.

Nesse diapasão, em que pese à decisão monocrática ter deixado de apreciar a questão referente à violação aos termos da Lei de Registros Públicos, passo a apreciá-la, uma vez que o recurso de apelação devolve ao Tribunal a apreciação de toda a matéria discutida, mesmo que não tenha sido objeto de decisão expressa, nos termos do artigo 515 e §§ do CPC.

Ao compulsar os autos, me causou estranheza o fato de ambos os mandados de inscrição de penhora, tanto o do apelante quanto o dos 2° e 3° apelados, terem sido prenotados no mesmo dia 06.08.99 (fls.27/28), inobstante terem respectivos títulos sido apresentados para registro em datas bem diferentes, quais sejam, o dos 2° e 3° apelados em 05.11.98 (fls. 89/90), enquanto o do apelante em 04.08.99 (fls. 25).

Segundo WALTER CENEVIVA, "*A prenotação é instrumentada pela protocolização do instrumento e pelo lançamento do número correspondente no próprio título*" (*in Lei dos Registros Públicos Comentada*, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1993).

É sabido que o número de ordem, que retrata o lançamento do título no livro de protocolo, determina a sua prioridade, e esta a preferência dos direitos reais (art. 186 da Lei dos Registros Públicos). Assim, no apontamento assinalador da entrada do documento em cartório (prenotação), nasce o começo da oponibilidade aos terceiros e a publicidade; assegura-se, também, a predominância de um direito real sobre o outro, no caso de eventual contraditoriedade.

Portanto, frise-se, é a prenotação que efetivamente marca a prevalência do direito, fazendo, nos casos de registro posterior, retroagir os efeitos deste até a data da protocolização; vale dizer: o registro produz efeito a partir da prenotação.

Ora, se a prenotação se dá com a entrada do título em cartório, não me

parece correto que o mandado de inscrição da penhora efetuada em favor dos 2° e 3° apelados esteja prenotado em 06.08.1999, tendo em vista ter ele sido apresentado ao Cartório nove meses antes, mais exatamente em 05.11.1998 (fls. 90).

Tal irregularidade, que em um primeiro momento poderia parecer irrelevante, vez que de qualquer forma o título dos 2° e 3° apelados teria dado entrada precedentemente ao do apelante, ganha imensa importância em face do disposto no art. 205 da Lei dos Registros Públicos, *in verbis*:

"*Cessarão automaticamente os efeitos da prenotação se, decorridos 30 (trinta) dias do seu lançamento no Protocolo, o título não tiver sido registrado por omissão do interessado em atender às exigências legais*".

Em suma. A prenotação do título não tem o efeito de registro nem o substitui. Consiste no lançamento do título no protocolo, para assegurar a prioridade de direitos para o apresentante (Lei n° 6.015/73, arts. 12, 182 e seguintes), caducando se o título é devolvido sem que suscitada dúvida ou se em trinta dias o interessado não houver atendido às exigências para a efetivação do registro.

Assim, passados trinta dias sem atendimento das exigências legais, a prenotação perde a validade e, conseqüentemente, falece ao apresentante a prioridade e antecedência do registro, que só poderá ser feito mediante nova prenotação, com o suprimento das demandas da lei, retroagindo, portanto, à data da nova prenotação, e não mais da primeira, frustrada.

É isso que aconteceria com os 2° e 3° apelados, se constasse dos assentamentos públicos como sendo a data de sua prenotação aquela em que de fato o título foi apresentado em cartório, qual seja, 05.11.1998.

Tal irregularidade é de extrema relevância, pois interfere diretamente no exercício de direito de prioridade do registro, não se podendo considerá-la uma questão sanável. Pelo contrário, considero que a mesma invalida o registro da penhora dos 2° e 3° apelados.

Negar a relevância das irregularidades verificadas implica séria quebra do sistema registrário brasileiro, pois estaria a se privilegiar o apresentante negligente, que não diligenciou a tempo e modo o preenchimento dos requisitos da lei, vindo a se beneficiar, à custa de uma inexplicada postergação na data de sua prenotação, do fruto do trabalho do apelante, que, por sua vez, atendeu às exigências do 1° apelado dentro do prazo previsto no artigo 205 da Lei 6.015/73.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para rejeitar preliminar, reformar a sentença e julgar procedente o pedido do apelante, declarando, assim, nulo o registro da penhora R-9, de 10.09.1999, do imóvel matriculado sob o n° 61.604, dos livros do 6° Ofício de Registro de Imóveis desta Capital, para

que seja obedecida a precedência legal e seus efeitos.

Custas, pelos apelados.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

DIREITO AUTORAL - MÚSICA - EXECUÇÃO SEM COBRANÇA DE INGRESSOS

- Existindo a difusão de obras musicais, em eventos públicos, reconhece-se o lucro indireto, ou seja, aquele não mensurável pela cobrança de ingresso, configurado, no entanto, em uma gama de benefícios que representam um lucro, muitas vezes superior àquele: captação de turista, propaganda do município, lazer dos usuários, conquista de eleitor em comícios, venda de bebidas e comidas, ocupação de hotéis e outras mais, impondo-se, assim, o recolhimento de direitos autorais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 203.905-5/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Direito Autoral - Música - Execução sem cobrança de ingressos. - Patente a recompensa econômica indireta em eventos públicos em geral, os direitos autorais devem ser recolhidos.

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, 13 de março de 2001. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Versam os autos sobre ação de cobrança de direitos autorais ajuizada pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD contra o Município de Poços de Caldas, com fundamento nos artigos 28, 29, 68 e 109 da Lei nº 9.610/98 e incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º, alínea *b*, da Constituição Federal.

O MM. Juiz, pela sentença de fls. 239/244-TJ, julgou o autor carecedor de ação e o suplicado parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação.

O ECAD, às fls. 246/251, interpôs apelação. Alega, em síntese, "*que a r. sentença deve ser reformada, pois os eventos musicais ou foram promovidos pelo Município, ou foram em imóvel da propriedade desse, patente, portanto, o seu envolvimento na realização dos mesmos, já que, ou promoveu o evento em lugar público ou consentiu - de alguma forma - que empresa privada, utilizando imóvel de sua propriedade, o fizesse*".

Maria Helena Braga, Secretária da Educação e Cultura, na época dos fatos, no depoimento de fl. 234, disse : "*na época em que era Secretária Municipal de Educação e Cultura o Município realizou vários eventos culturais e musicais - que as taxas do ECAD eram recolhidas quando a atividade era em ambiente fechado, se em ambiente aberto e público não se pagava o ECAD. Citou entre os ambientes abertos a Festa do Uai, com apresentação de vários artistas, Festa das Nações, Festas Juninas, Aniversário da Cidade, Festas Natalinas; que na Festa do Uai...*".

Logo, o Município é parte legítima para figurar no pólo passivo.

O fato de os eventos terem sido realizados sob a égide da Lei nº 5.988/73 é irrelevante, pois o artigo 73 desta dispõe:

"*não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado*".

No caso, o espetáculo foi público, dentro do conceito estabelecido pelo § 1º do artigo citado:

"*Consideram-se espetáculos públicos e audições públicas, para os efeitos legais, as representações ou execuções em locais ou estabelecimentos, como teatros, cinemas, salões de baile ou concerto, boates, bares, clubes de qualquer natureza, lojas comerciais e industriais, estádios, circos, restaurantes, hotéis*".

A Lei, expressamente, reconhece o lucro indireto: aquele não mensurável pela cobrança de ingresso, configurado, no entanto, em uma gama de benefícios que representam um lucro, muitas vezes superior àquele: captação de turistas, propaganda do município, lazer dos usuários, conquista de eleitor em comícios, venda de bebidas, comidas, ocupação de hotéis e outros mais.

No caso, houve a difusão de obras musicais; portanto, é devido o recolhimento de direitos autorais.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

Custas, pelo Município.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PARA NAMORO - MENOR PÚBERE - RECUSA PATERNA DE ACEITAR O RELACIONAMENTO - ART. 188 DO CÓDIGO CIVIL - INAPLICABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

- O suprimento de consentimento para matrimônio de menor púbere, previsto no art. 188 do CC, não pode ser aplicado analogicamente ao suprimento de consentimento para namorar, por não haver previsão ou ausência da vedação nesse sentido no ordenamento jurídico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 206.138-0/00 - Comarca de São Lourenço - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Suprimento de consentimento para namoro - Menor púbere - Recusa paterna para aceitar o relacionamento - Inaplicabilidade da regra do art. 188, CC - Impossibilidade jurídica do pedido. - O suprimento de consentimento para matrimônio de menor púbere, cujos pais não lhe autorizam o namoro, não pode ser aplicado analogicamente ao suprimento de consentimento para namorar, por não haver previsão ou ausência da vedação nesse sentido no ordenamento jurídico.

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, 20 de março de 2001. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - É de se conhecer do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de apelação cível movida por C.R.S. e outro contra o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Lourenço, nos autos de pedido de suprimento de consentimento para namorar movido contra os pais da requerente.

Os requerentes alegam que estão namorando há algum tempo e enfrentam forte resistência dos pais da requerente, que não aprovam o relacionamento; que seja determinada liminar permitindo o namoro dos dois, vez que melhor podem decidir sobre seu futuro; que estão presentes na inicial o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A sentença de fls. 42/44 decidiu pelo indeferimento da inicial com fulcro no art. 295, parágrafo único, inciso III, CPC, ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Inconformados, os apelados recorrem, às fls. 46/47, da sentença alegando que o suprimento de consentimento para matrimônio (art. 188 do Código Civil) pode-se estender ao namoro, vez que "quem pode o mais, pode o menos".

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, em seu parecer às fls. 64/69, pelo desprovimento do recurso.

O artigo 8º, CPC, dispõe que, nesse caso, não é exigível que a requerente, mesmo menor púbere, estivesse processualmente representada por seus pais, sob pena de impedi-la de ingressar em juízo e, conseqüentemente, obter a tutela jurisdicional.

Não é possível estender a regra do art. 188, CC, ao caso em questão por não haver previsão legal no sentido de suprimento de consentimento para namoro, culminando na impossibilidade jurídica do pedido.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - BASE DE CÁLCULO - CORRESPONDÊNCIA COM A DO IPTU - INEXISTÊNCIA - DISTINÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE - SERVIÇO ESPECÍFICO E DIVISÍVEL - PODER DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO - LEGALIDADE

- A base de cálculo da Taxa de Limpeza Pública não guarda qualquer correspondência com a base de cálculo do IPTU, eis que neste se leva em consideração o valor venal do imóvel e naquela a área ocupada pelo estabelecimento comercial ou industrial, levando-se em conta as dimensões físicas deste, não o seu valor de mercado ou a capacidade econômica do contribuinte. Esses procedimentos, por certo, não se equivalem, e as bases de cálculo não se confundem. Portanto o legislador municipal, ao estabelecer a base de cálculo para a Taxa de Limpeza Pública, levando em conta a área que ocupa o estabelecimento, não afrontou disposição constitucional, pois considerou apenas as dimensões físicas que seriam objeto da limpeza a ser feita, sem fazer qualquer referência a valor venal ou padrão de construção como fato determinante do preço do serviço.

- É legal a cobrança da Taxa de Limpeza Pública em razão do serviço específico e divisível prestado ao contribuinte, situando-se a exação fiscal no âmbito do poder de polícia do município.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 207.829-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Taxa de Limpeza Pública - Base de cálculo. - Não se confunde a base de cálculo da TLP com a base de cálculo do IPTU. - Legalidade da exação fiscal situada no âmbito do poder de polícia do município. - Decisão reformada.

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, PREJUDICADOS OS APELOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 06 de março de 2001. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Cuida-se de reexame necessário e de recurso voluntário interposto de decisão concessiva da segurança pleiteada por Construservice Ltda. e outros, na ação mandamental manejada contra ato do Diretor do Departamento de Rendas Imobiliárias do Município, que reconheceu a ilegitimidade da cobrança da Taxa de Limpeza Pública, tendo como base de cálculo a área do imóvel, vez que coincidente com um dos elementos utilizados no cálculo do IPTU.

Reza o artigo 77 do CTN que "*As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição*".

O parágrafo único do mesmo dispositivo esclarece que "*a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondem a impostos*"...

RUBENS GOMES DE SOUZA leciona que: "(...) *quando a base de cálculo adotada pela lei fiscal for incompatível com o pressuposto material ou jurídico da incidência, então a ordem normal das coisas se inverte, e a natureza jurídica do próprio tributo passa a ser determinada pela base de cálculo e não pela definição legal da incidência. Esta última fica, assim, reduzida a uma simples afirmação vazia de sentido, porque desmentida pela determinação legal de se calcular o tributo sobre circunstâncias outras que com ela não têm relação, ou dela não decorrem necessariamente*" (*RT*, 227/66).

Estes ensinamentos, no entanto, não se aplicam à Taxa de Limpeza Pública, instituída pelo Município de Belo Horizonte, através da Lei Municipal n.º 5.641, de 22.12.89. Sua base de cálculo não guarda qualquer correspondência com a base de cálculo do IPTU, eis que neste se leva em consideração o valor venal do imóvel e naquela a área ocupada pelo estabelecimento comercial ou industrial, levando-se em conta as dimensões físicas deste, não o seu valor de mercado ou a capacidade econômica do contribuinte. Estes procedimentos, por certo, não se equivalem, e as bases de cálculo não se confundem.

Tem-se que o valor venal do imóvel é obtido pela multiplicação do metro quadrado por sua área e, levando-se em conta a zona de localização do imóvel, a uma pequena área bem localizada, construída ou não, será atribuído valor venal superior a outra de grandes dimensões, situada em local de menor valorização. Desta forma, pode-se afirmar que o valor venal, que serve de base de cálculo do IPTU, não decorre única e exclusivamente da área do imóvel, mas da conjugação do valor do metro quadrado com vários outros fatores como o tipo de construção, a área, a zona de localização, etc.

No entanto, para o cálculo da taxa, o critério utilizado é diverso, pois o legislador não faz qualquer referência a valor do imóvel, preocupando-se apenas com a área objeto da limpeza a ser feita, calculando o tributo em quantidade de UFPBH de conformidade com as dimensões do estabelecimento a ser beneficiado. Não há aqui valor venal ou padrão de construção como fator determinante do preço do serviço.

A cobrança da taxa independe do valor atribuído ao imóvel, e a área do mesmo é tomada como simples referência.

Não se pode olvidar que as dimensões do imóvel refletem diretamente no trabalho de limpeza e no preço do serviço, sendo plausível, portanto, que se leve em consideração a área do mesmo no cálculo da taxa a ser cobrada.

BERNARDO RIBEIRO DE MORAIS, ao discorrer sobre o cálculo da taxa, adverte que este "*pode ser feito através de três elementos de livre escolha do legislador: a área do imóvel, a zona em que o imóvel se acha situado (1ª, 2ª, 3ª zona) e o destino do imóvel (edifício, terreno, hotel, etc.)*" (*A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro*, Ed. RT, 1968, p.112).

Assim, tem-se que a base de cálculo adotada para a Taxa de Limpeza Pública seguiu critério aceito pela doutrina e jurisprudência, ressaltando-se que o STF de há muito tem admitido a constitucionalidade de taxas dessa natureza, desde que a base de cálculo não seja vedada (RE nº 80.441 - *RTJ*, 88/882 e segs.).

Conclui-se, destarte, que o legislador municipal, ao estabelecer a base de cálculo para a TLP, levando em conta a área do estabelecimento ocupado, não afrontou disposição constitucional, tendo considerado apenas as dimensões físicas do estabelecimento objeto da limpeza a ser feita.

Quanto à especificidade e divisibilidade do serviço, tem-se que a razão está com a municipalidade, uma vez que os serviços prestados se caracterizam como *uti singuli*, sendo perfeitamente individuados e mensuráveis.

Conforme ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, expresso em sua obra *Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros Editores, SP, 6ª ed., 1993, p. 141:

"*A especificidade e a divisibilidade ocorrem, em regra, nos serviços de caráter domiciliar, como os de energia elétrica, água, esgotos, telefonia e coleta de lixo, que beneficiam individualmente ao usuário e lhe são prestados na medida de suas necessidades, ensejando a proporcionalidade da remuneração*".

Destarte, dúvidas não restam quanto ao preenchimento dos requisitos supra, o que afasta o acerto do *decisum*, o qual se mostra carecedor de reparos.

Com tais razões de decidir, no duplo grau, reformo a sentença lançada, para denegar a segurança, cassando a liminar concedida. Julgo prejudicados os apelos voluntários manejados.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Sr. Presidente. Agradeço o memorial ofertado. De acordo.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS APELOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

ALIMENTOS - EX-COMPANHEIROS - RELACIONAMENTO ADULTERINO - IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM CASAMENTO - INVIABILIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - AGRAVO RETIDO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - ACOLHIMENTO - ARTIGO 226, § 3º, DA CF/88, E LEIS Nºs 8.971, DE 29.12.94, E 9.278, DE 10.05.96 - INTELIGÊNCIA - APELAÇÃO - INÉPCIA - INOCORRÊNCIA

- Inocorre a inépcia do apelo, quando as razões que o sustentam se acham satisfatoriamente colocadas, tendo, inclusive, possibilitado a impugnação pelo recorrido, transparecendo claramente os fundamentos do pedido de nova decisão.

- Para o reconhecimento de direito a alimentos, sucessão e patrimônio comum, entre os companheiros, necessário se faz o reconhecimento de união estável passível de converter-se em casamento. A expressão constitucional atinente à possibilidade dessa conversão em casamento é que estabelece o conceito de união estável, como entidade familiar, distinguindo-a do que se convencionou chamar de "concubinato impuro", consistente na convivência *more uxore* entre homem e mulher cuja situação de estado não permite aquela conversão, servindo de exemplo o relacionamento extraconjugal ou adulterino.

- É de ser provido o agravo retido, constante do apelo, que visa à extinção do processo, por impossibilidade jurídica do pedido de alimentos formulado por ex-companheira de homem que, embora se encontrasse separado de fato à época daquela relação com a ex-companheira, se achasse casado de direito com outra mulher, inclusive àquela prestando alimentos. É que, relativamente a alimentos e sucessão, tem-se como requisitos (Lei nº 8.971/94, art. 1º) tratar-se o devedor ou o *de cujus* de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, e que a convivência tenha sido por mais de cinco anos. No tocante aos demais direitos e obrigações resultantes da união estável, nos termos da Lei nº 9.278/96, os pressupostos são a convivência duradoura, pública e contínua estabelecida com o objetivo de constituir família. Assim, mesmo que se pudesse reconhecer o relacionamento duradouro entre os mesmos, é impossível atribuir-se a ele a característica de "união estável", para tratamento de vinculações próprias de direito de família, como o é o da obrigação alimentar, posto que não se pode transformar em casamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 208.437-4/00 - Comarca de Divinópolis - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Alimentos - Ex-companheiros - Relacionamento adulterino - Impossibilidade de conversão em casamento - Circunstância que inviabiliza o estabelecimento da obrigação alimentar, à míngua de preenchimento da hipótese do art. 1º da Lei 8.971/94. - Em preliminar, conhece-se do agravo retido reiterado em contra-razões da apelação para decretar a extinção do processo, sem exame de mérito.

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 AO AGRAVO RETIDO E EXTINGUIR O PROCESSO, PREJUDICADA A APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2001. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de apelação objetivando a reforma da r. sentença de grau inferior que julgou improcedente a pretensão deduzida pela apelante contra o apelado de haver dele alimentos, com supedâneo no art. 1º da Lei 8.971/94.

Sustenta, em síntese, a recorrente que, ao contrário da conclusão sentencial, enquanto perdurou a convivência *more uxore* entre a recorrente e o recorrido, satisfazia este as necessidades básicas dela e, com o rompimento do concubinato, ficou à mercê da caridade alheia, desde que não dispõe de

meios próprios para sua subsistência, fazendo jus ao pensionamento pelo ex-companheiro.

Em contra-razões, o apelado, preliminarmente, pugna pelo não-conhecimento da apelação, cujas razões se mostram ininteligíveis, equivalendo à inépcia da peça de interposição; ainda, em preliminar, pede se examine o agravo retido, manifestado em audiência, termo de fls. 48, contra a decisão que rejeitou a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido, afirmando que, sendo civilmente casado, não se insere no rol das pessoas enumeradas no art. 1° da Lei 8.971/94, não sendo, de conseguinte, devedor de alimentos à postulante, devendo o feito ser extinto sem apreciação do mérito; quanto a este, defende o acerto da decisão hostilizada, enfatizando a inexistência da alegada união estável entre o apelado e a apelante, além de que não é ela necessitada, desde que possui recursos e rendimentos suficientes à sua mantença.

O órgão do Ministério Público de primeiro grau, fundamentadamente, se exime de emitir parecer, argumentando tratar-se, nesta fase, de tarefa afeta à d. Procuradoria-Geral de Justiça. Esta se posiciona pelo desprovimento do recurso.

Do essencial, esta a exposição.

Decide-se:

Inocorre a alegada inépcia do apelo, porquanto as razões que o sustentam se acham satisfatoriamente colocadas, tendo, inclusive, possibilitado a impugnação pelo recorrido, transparecendo claramente os fundamentos do pedido de nova decisão.

Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Cumpre examinar, prefacialmente, o agravo retido, fls. 48, visando ao reexame da matéria atinente à impossibilidade jurídica do pedido e conseqüente extinção do processo.

Mostram os autos que, efetivamente, o acionado, apesar de separado de fato de sua esposa e de haver requerido o divórcio direto, desistiu desse pleito, mantendo íntegro o vínculo matrimonial com N.B.M. (autos em apenso), a quem presta alimentos.

A obrigação alimentar somente se estabelece entre familiares legítimos (esposa, filhos, pais, etc.) e, mais recentemente, por força da Lei 8.971/94, viabilizou-se o reconhecimento de tal direito entre ex-companheiros, desde que rompido o relacionamento com caractertísticas de entidade familiar, possível de converter-se em casamento.

Necessário traçar aqui algumas considerações sobre a evolução da disciplina jurídica do concubinato, mais modernamente tratado como união estável, e seus efeitos.

Mesmo antes da promulgação da Carta Política de 1988, a jurisprudência já admitia a dissolução de

sociedade de fato entre concubinos, com a exigência de demonstração do concurso pessoal na formação de patrimônio comum, com supedâneo no direito das obrigações, rechaçando a idéia de locupletar-se um dos companheiros da participação do outro na consecução de fortuna.

E, aí, por se situar a questão no âmbito das relações obrigacionais, nada impedia - e nem impede - que o companheiro casado forme com outrem sociedade de fato, quer negocial ou não, passível de dissolução e partilha.

O que a nova ordem constitucional veio a estabelecer foi o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar merecedora de proteção do Estado e de facilitação de sua conversão em casamento.

A expressão atinente à possibilidade dessa conversão em casamento é que estabelece o conceito de união estável, como entidade familiar, distinguindo-a do que se convencionou chamar de "concubinato impuro", consistente na convivência *more uxore* entre homem e mulher cuja situação de estado não permita aquela conversão, servindo de exemplo o relacionamento extraconjugal ou adulterino.

E, a título de regulamentação do dispositivo constitucional mencionado, foram editadas as Leis 8.971, de 29.12.94, com relação ao direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e 9.278, de 10.5.96, dispondo sobre outros direitos e obrigações dos conviventes, especialmente quanto à formação de patrimônio comum.

Ambos os diplomas buscam atribuir aos companheiros direitos e deveres próprios das relações de família.

Dessa forma, para o reconhecimento de direito a alimentos, sucessão e patrimônio comum, necessário se faz o reconhecimento de união estável passível de converter-se em casamento.

É que, relativamente a alimentos e sucessão, tem-se como requisitos (Lei 8.971/94, art. 1°) tratar-se o devedor ou o *de cujus* de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, e que a convivência tenha sido por mais de cinco anos. No tocante aos demais direitos e obrigações resultantes da união estável, nos termos da Lei 9.278/96, os pressupostos são a convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Vê-se, portanto, que, num como noutro caso, a relação adulterina, mesmo ostensiva, duradoura, com aspectos de fidelidade e exclusividade, não se alberga nos efeitos desses diplomas, pela simples razão de que persistindo o casamento anterior não se viabiliza a conversão dessa espécie de relação na formalização de outro, ou, em outros termos, não se está diante de união tendente à constituição de família legítima.

Assim, na espécie dos autos, mesmo que se pudesse reconhecer o relacionamento duradouro entre

apelante e apelado, é impossível atribuir-se a ele a característica de "união estável", para tratamento de vinculações próprias do direito de família, como o é o da obrigação alimentar.

Diante disso, impõe-se a extinção do feito, na forma postulada no agravo retido.

Frente ao exposto, em preliminar, conhecendo do agravo retido manifestado pelo recorrido e reiterado nas contra-razões de apelação, dou-lhe provimento para determinar a extinção do processo, sem apreciação do mérito, restando prejudicada a apelação.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E EXTINGUIRAM O PROCESSO, PREJUDICADA A APELAÇÃO.

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - DIREITO DE PREFERÊNCIA - TRIBUNAL DE ALÇADA - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 106, II, *C*, E 108, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- Em se tratando de ação ajuizada pelo herdeiro, na condição de condômino, a fim de concretizar o direito de preferência previsto no art. 1.139 do Código Civil, a competência para conhecer, processar e julgar apelação aviada contra a sentença exarada em seu bojo é do Tribunal de Alçada, a teor do art. 108, II, da Constituição Estadual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 210.224-2/00 - Comarca de Aiuruoca - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Apelação - Direito de preferência - Competência recursal - Tribunal de Alçada - Inteligência dos artigos 106 e 108 da Constituição Estadual. - Em se tratando de ação ajuizada pelo herdeiro, na condição de condômino, a fim de concretizar o direito de preferência previsto no art. 1.139 do Código Civil, a competência para conhecer, processar e julgar apelação aviada contra a sentença exarada em seu bojo é do Tribunal de Alçada, a teor do art. 108, II, da Constituição Estadual. - Competência declinada.

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 DECLINAR DA COMPETÊNCIA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2001. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza da Comarca de Aiuruoca, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por José do Carmo Magalhães Benfica em face de Paulo Fábio Bregalda do Carmo, declarou extinto o processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, em razão da decadência.

Alega o apelante principal, José do Carmo Magalhães Benfica, que o art. 1.139 do Código Civil assegura ao condômino o direito de preferência, desde que estejam presentes os requisitos da indivisibilidade, prazo e depósito do preço. Afirma a sua qualidade de condômino, em razão dos arrolamentos que tramitam na Comarca de Aiuruoca, de Mariana Mercedes do Carmo e Ana Aparecida Costa Carmo, sendo ele herdeiro da primeira e legatário da segunda. Aduz que o réu, ao tempo da aquisição objeto da demanda, era pessoa estranha ao condomínio, tanto assim que obteve de seus pais doação de parte do bem almejado, a qual só foi registrada aos 25 de novembro de 1998, e, portanto, posteriormente à mencionada alienação, registrada aos 15 de outubro de 1998. Acredita, ainda, que o prazo decadencial para a propositura da ação, tendo em vista o exercício do direito de preferência, somente se expirou em 24 de maio de 1999, e não em 15 de abril do mesmo ano, como entendeu a r. decisão de origem. Acrescenta que possui o maior quinhão no imóvel, afirmando, em conclusão, que depositou o valor referente ao preço do bem, apenas quanto à parte indivisível deste.

Contra-razões às fls. 74/83-TJ.

Recurso adesivo, às fls. 85/93-TJ, asseverando o apelante que sua defesa, em sede de contestação, continha mais de um fundamento, que deveriam ter sido analisados pela r. sentença objurgada, os quais passa a enumerar. Pleiteia, por derradeiro, a fixação dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da causa.

O apelante adesivo apresentou ainda a petição de fls., requerendo a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, por ser deste a competência recursal para o presente feito.

Ao exame dos autos, observo que a competência para conhecer o presente recurso, de fato, não é deste Tribunal.

Com efeito, segundo dispõe o art. 108, II, da Constituição do Estado, compete ao Tribunal de Alçada processar e julgar em grau de recurso causa não atribuída expressamente à competência do Tribunal de Justiça ou a órgão recursal dos juizados especiais.

Ora, a ação em exame diz respeito ao direito de preferência disciplinado pelo art. 1.139 do Código Civil, não envolvendo, pois, matéria cujo exame restou outorgado a este Tribunal.

É de se observar que o autor da demanda, na condição de herdeiro e legatário, busca, através da presente, concretizar o seu direito de preferência, como condômino, direito que, segundo ele, fora suprimido em razão da venda de parte do imóvel pelos também condôminos Jaime Rosental do Carmo, José Antônio Arantes Benfica e Ângela de Andrade ao réu Paulo Fábio Bregalda do Carmo.

Em contestação, por sua vez, alegou o réu a aquisição de direitos hereditários de Pedro do Carmo Magalhães Benfica, irmão do autor e herdeiro de Mariana Mercedes do Carmo. Aduziu, ainda, que se tornou proprietário de parte do imóvel em questão e, portanto, condômino, aos 13 de julho de 1998, em virtude de doação feita por seu pai, Mário Antônio do Carmo.

Todas essas alegações, contudo, não têm o condão de fixar a competência para o processamento do recurso de apelação neste Tribunal.

Vê-se que, embora tenha ocorrido cessão de direitos hereditários, doação de parte do bem objeto da ação, estando em trâmite, ainda, dois processos de arrolamento, tais questões em nada influem no objeto central da lide, isto é, o exercício do direito de preferência, seja ele contra estranho ou contra condômino. O fato é que não se cuida de hipótese ligada à sucessão. Efetivamente, tal matéria apenas permeia os autos, sem se constituir em ponto *sub judice*, vale dizer, a sucessão não vem aos autos como elemento central da lide, o qual não escapa, em momento algum, do mero direito de preferência, disciplinado pelo art. 1.139 do Código Civil.

Assim, não há como enquadrar o caso em comento na norma de competência trazida pelo art. 106, II, *c*, da Constituição Estadual, uma vez que não se cuida de causa relativa a sucessão, mas sim causa ligada ao direito de preferência, a ser exercido pelo condômino, nos contratos de compra e venda.

Logo, ao exame dos dispositivos constitucionais supracitados, pode-se afirmar que as ações de preferência não estão englobadas pela competência recursal do Tribunal de Justiça.

Desse modo, sendo este Tribunal incompetente para a apreciação da matéria, determino a remessa dos autos a uma das câmaras cíveis do egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

Custas, ao final.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - DECLINARAM DA COMPETÊNCIA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

GUARDA DE MENOR - PAI BIOLÓGICO QUE NUNCA DETEVE A GUARDA DO FILHO - HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO PARA TRANSFERIR A GUARDA AO PAI EXISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - PÁTRIO PODER E GUARDA - INCONFUNDIBILIDADE - MÃE SOLTEIRA - CASAMENTO POSTERIOR - FILHO MENOR - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DESTE DO MARIDO DA MÃE

- É incabível o pedido de homologação de acordo com a conseqüente transferência de guarda de menor formulado entre o pai biológico e o pai existencial, se a criança foi sempre criada pela mãe, que só veio a casar-se com o pai existencial mais tarde, e cujo pai biológico jamais teve a guarda, não havendo que se confundir o pátrio poder com a guarda. Assim, embora aquele ainda seja detentor do pátrio poder, mas jamais tendo tido a guarda, o ato traslativo dela é esdrúxulo e sem a menor proteção jurídica, posto que não se transfere o que não se tem, não se podendo falar em homologação do inexistente.

- Se uma mãe solteira se casa com um terceiro e dele passa a ser dependente econômica, seu filho menor - se não receber pensão do pai - passa também a ser dependente econômico do marido da mãe para fins legais, previdenciários e sociais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 211.944-4/00 - Comarca de Betim - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Menor - Guarda - Dependência econômica - Direitos. - Se uma mãe solteira casa-se com um terceiro e dele passa a ser seu dependente econômico, seu filho menor - se não receber pensão do pai - passa também a ser dependente econômico do marido da mãe para fins legais, previdenciários e sociais.

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, 10 de abril de 2001. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço do presente recurso, como tal formalizado, visto sua obediência às formalidades essenciais.

In casu, um cenário simples que restou controvérsia até dentro do Órgão Ministerial.

O enredo, como vimos, é o seguinte: o autor, solteiro, teve uma filha com uma jovem. Esta, por sua vez, mais tarde, refez a sua vida e casou-se com o segundo autor. Assim, os dois

varões, o pai biológico e o pai existencial, vieram à Justiça pedir "homologação de acordo com a conseqüente transferência de guarda de menor" e assinaram o termo de fl. 3.

Diz o pai existencial, ou o casado com a mãe da criança, que, tendo a guarda da menor, vários seriam os benefícios que ela teria e que está deixando de gozá-los.

A MMª Juíza *a quo*, de forma competente e objetiva, julgou extinto o feito, sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, item VI, do CPC, razão do presente recurso.

Antes de adentrarmos no exame deste recurso, é bom deixarmos definido que:

Pátrio poder é um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do *filho menor não emancipado*, exercido pelos *pais*, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Guarda é ter o "depósito" do menor, por quem lhe cabe velar e zelar. Podem ter a guarda os pais, ou terceiros. Quando se discute a guarda, tem somente que se ter em mente, *como primeira condição*, o *interesse do menor* (bem-estar dele).

Normalmente, quando se tem o pátrio poder, tem-se a guarda. Mas, pode acontecer que, com a separação do casal, o pátrio poder se reparta, mas a guarda fique só com um, com aquele que cuida da administração e do exercício da vida do menor.

Seria o mesmo que disséssemos, com um leve e despretensioso cunho didático, que, quando um casal se casa ou se une, temos um *regime presidencialista*. O pátrio poder é constitucionalmente regido pelos pais, bem como a guarda. Se o casal se separa, por qualquer razão, a guarda passa a ser só de um, e o pátrio poder continua a ser dos dois. É o que classificaria de *regime parlamentarista*. O rei reina, mas não governa. Quem governa é o primeiro ministro. Quando o casal se une, ambos os cônjuges são presidentes, governam e exercem o pátrio poder. Quando se separam, ambos continuam sendo reis em relação ao menor, mas *só um*, o primeiro ministro, é quem governa pela guarda.

Data venia, aqui e pelo visto, está-se confundindo *pátrio poder* com *guarda*.

O pai biológico tem o pátrio poder, em razão do registro de fl. 8 dos autos em apenso. Mas não tem - e nunca teve - a guarda.

A criança foi sempre criada pela mãe, que só veio a casar-se com outra pessoa mais tarde. Assim, não existem *duas* guardas, e o cenário nem cuida de *guarda compartilhada*, que é exercida por pais separados, quando o filho ora fica com um e ora com outro.

No caso, não houve separação e nem casamento. O pai nunca teve a guarda, razão pela qual o ato traslativo dela é esdrúxulo e sem a menor proteção jurídica. Primeiro, não se transfere o que não se tem!... Segundo, homologar o quê? Seria a heresia jurídica!...

Assim, de resto, cabe-nos analisar, somente, a participação e o interesse jurídico do esposo da mãe da menor, a quem chamamos de "pai existencial, afetivo" e em quem depositamos todo o nosso respeito e incentivo.

A questão do louvável objetivo do pai está por lei atendido. Não precisa do título da *guarda* para a solução do seu objetivo. Ele tem a da dependência econômica. Veja-se: *casou-se* (mais simples do que concubinato, que depende de prova) com a mãe da criança, que é sua dependente econômica. Ora, se a esposa tem uma filha menor que *nunca* foi sustentada pelo pai (fl. 4), esta menor é *congênita economicamente* (como sua mãe), dependente do segundo autor (o seu pai existencial ou verdadeiro) para todos os efeitos. Quer previdenciários, quer empregatícios, como abonos salariais. Quanto a presentes natalinos - que é opção voluntária -, a firma empregadora - se for inteligente, feito se supõe - terá motivos legais de sobra para concedê-los, salvo se não souber, também, o que seja, legalmente, dependência econômica.

Quanto ao clube, é direito da menor legalmente freqüentá-lo, pois o marido da sua mãe é sócio e ela é menor. Ela e a sua mãe são dependentes do sócio. A primeira, porque é sua esposa, e a segunda é filha menor dela (dependente). Nossa Câmara, nesses dias, julgou caso análogo, pelo Agravo nº 207.533-1/00. Não é ter guarda que vai resolver unicamente a questão, *data venia*. Tanto é que o pai biológico, *que não tem a guarda* da menor (porque ela é exercida, *in casu*, pela mãe), se um dia for sócio de um clube, poderá, mesmo nunca tendo dado um prato de comida à filha, colocá-la como sua dependente.

Uma situação é a dependência legal e a outra a dependência econômica advinda do casamento, ambas nada tendo a ver com a *guarda*.

A situação é simples demais. Tanto para efeitos previdenciários, laborais e sociais, um simples *atestado* de dependência econômica - com a sua razão de ser - emitido por uma autoridade local - a zelosa e competente MMª Juíza *a quo*, por exemplo - supre e muito bem a carência a esta malsinada ação. Este voto, modestamente, dá o embasamento legal para tanto e louva a atitude do pai existencial. Pai é o que cria, e não o que simplesmente inseminou. O primeiro (o marido da mãe da menor) é *homem* com toda a configuração da palavra; o segundo (o pai biológico que não assumiu o filho) é simples *macho*, onde as esquinas e os postes os concentram.

Nego provimento à apelação, com a anuência do Órgão Ministerial.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CASA PRÓPRIA - CONTRATO DE FINANCIAMENTO - CLÁUSULA DE REAJUSTAMENTO DAS PRESTAÇÕES E DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR - PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* - ART. 1.256 DO CÓDIGO CIVIL - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SEGURO HABITACIONAL - PACTUAÇÃO - PROVA DA ILEGALIDADE OU DO PREJUÍZO ÀS PARTES - AUSÊNCIA - TRANSFERÊNCIA PARA SEGURADORA DE PRESTAÇÕES MAIS BARATAS - IMPOSSIBILIDADE

- Válida é a cláusula contratual prevendo o reajustamento das prestações da casa própria calculadas sobre o saldo devedor corrigido no dia do pagamento da parcela amortizadora, estando o mutuário obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade (art. 1.256 do Código Civil), sujeitando-se as partes às condições pactuadas, consoante o princípio universal do *pacta sunt servanda*.

- Operações financeiras não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, mas às normas das relações creditícias e civis, eis que o crédito não constitui produtos utilizáveis por destinatário final, mas intermediário da troca nas relações econômicas.

- No que pertine a seguro habitacional, é de se negar provimento ao pedido que visa transferir o seguro pactuado para outra seguradora de prestações mensais mais baratas, se o autor não traz, no bojo da inicial, prova da ilegalidade da pactuação, nem de que o seguro contratado tenha trazido prejuízo à parte. Outrossim, sendo o seguro avençado benéfico a ambas as partes, já que contém cláusula prevendo a quitação do saldo devedor, em caso de morte ou invalidez, nesta hipótese, o seguro é imposição legal, conforme art. 14 da Lei nº 4.380/64. Não se pode correr o risco de seguradoras sem tradição, aventureiras, vendo-se muitas delas restadas inadimplentes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 212.367-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa: Processual e Civil - Contrato de financiamento da casa própria - Cláusula de reajustamento das prestações e da correção monetária do saldo devedor - Princípio do *pacta sunt servanda*: art. 1.256 do Código Civil - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. - Válida é a cláusula contratual prevendo o reajuste das prestações calculadas sobre o saldo devedor corrigido no dia do pagamento da parcela amortizadora, "*estando o mutuário obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade*" (art. 1.256 do Código Civil), sujeitando-se as partes às condições pactuadas, consoante o princípio universal do *pacta sunt servanda*. - Operações financeiras não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, mas às normas das relações creditícias e civis, eis que o crédito não constitui produtos utilizáveis por destinatário final, mas intermediário da troca nas relações econômicas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGÁ-LO À SEGUNDA.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2001. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de inconformismo dos pactuantes do financiamento para aquisição da casa própria, com sentença (fls. 160/166 e 187/190), que julgou parcialmente procedente pedido exordial, entendendo ser *legal* a aplicação da "TR" para o cálculo da correção monetária do saldo devedor do mútuo, para aquisição da casa própria; não ter sido demonstrada qualquer abusividade no valor das parcelas mensais cobradas a título de seguro; mas dever o financiador - BDMG - proceder à correção monetária do saldo devedor *após* a dedução da parcela mensal paga, e *não antes*.

O réu - BDMG - recorre (fls. 194/202-TJ), discordando do momento do cálculo da correção monetária do saldo devedor, entendendo dever-se calcular antes da amortização mensal, consoante entendimentos doutrinário e jurisprudencial colacionados.

Os autores, Runi Gomes da Silva Souza e seu marido (fls. 205/208), insistindo na abusividade do valor mensal do seguro pago.

Ponderadas as razões apelatórias, há que se concluir:

1. Proceder o inconformismo do agente financeiro BDMG.

Com efeito, o contrato de financiamento celebrado pelas partes (fls. 43/58-TJ) prevê correção monetária e a aplicação da *tabela price* no seu cálculo, acordo incontroverso, consoante item 18 do quadro-resumo de fls. 55, cláusula nona do contrato de financiamento, embasada no art. 15 da Lei nº 8.692/93 e art. 18, § 2º, da Lei nº 8.177/91, prevendo:

"*Art. 15. Os saldos devedores dos financiamentos de que trata esta lei serão atualizados monetariamente na mesma periodicidade e pelos mesmos índices utilizados para a atualização:*

I - das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, quando a operação for lastreada com recursos do referido Fundo;

II - dos depósitos em caderneta de poupança correspondentes ao dia da assinatura do contrato, nos demais casos".

Logicamente, a atualização monetária é dinâmica, ocorrendo a cada dia, incidindo sobre o valor atual do mútuo a amortização processada, procedimento necessário e absolutamente legal, consoante, aliás, *conclusão* tida no Seminário sobre os Aspectos Jurídicos e Econômicos do Crédito Imobiliário e da Poupança, realizado dias 11 e 12 de abril de 1997, com a participação da Escola Nacional da Magistratura, assim exposto pelo Matemático e Professor José Dutra Sobrinho, consoante transcrição de fls. 142 e 199-TJ, *verbis*:

"*Capitalização de juros/Planos de reajustamento.*

A correção monetária e a tabela price.

'Nos casos de empréstimo ou financiamentos com cláusula de correção monetária ou cambial, o procedimento adotado no Brasil é o de se corrigir monetariamente o saldo devedor até a data do pagamento da prestação (ou saldo), e em seguida subtrair o valor da amortização do saldo corrigido. E para se obter o valor da amortização, basta calcular a parcela de juros multiplicando-se a taxa contratual de juros pelo saldo devedor corrigido e em seguida subtrair do valor obtido o valor da prestação. Esse procedimento é absolutamente correto! A sua não utilização resultaria em distorções significativas'".

Realce-se o princípio universalmente aceito do *pacta sunt servanda*.

O apelo à proteção do "Código de Defesa do Consumidor", Lei nº 8.078/90, resta desvalido pela própria conceituação de consumidor constante do seu art. 2º: "*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final*" (grifou-se).

Ora, as operações financeiras são meros instrumentos intermediários da troca, da aquisição. Daí o parecer do Prof. Arnaldo Wald, sob o título de "O Direito do Consumidor e suas Repercussões em relação às Instituições Financeiras", visto em *RT*, 666/16, prelecionando:

"*... 4.1. A nova lei não se aplica às operações de produção, poupança e investimento, ou seja, no campo específico em que se colocou o parecer, à captação de recursos pelas instituições financeiras, sob qualquer forma;*

4.2. A nova lei também não se aplica às operações de empréstimos e outras análogas realizadas pelos bancos, pois o dinheiro e o crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo, ao contrário, instrumentos ou meios de pagamento, que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final (a não ser os colecionadores de moeda e o Banco Central quando retira a moeda da circulação).

4.3. O consumidor, de acordo com a Lei, é o destinatário final de bens e serviços consumíveis, absoluta ou relativamente, abrangendo as pessoas físicas, dentro dos limites em que se atendem às suas necessidades pessoais e familiares, e as pessoas jurídicas quando não atuam empresarial ou profissionalmente (associações civis, fundações etc.).

4.4. Assim sendo, as instituições financeiras, nas contratações de bens e serviços para a sua atividade empresarial, não são consideradas consumidores para os fins legais específicos.

4.5. Os serviços bancários aos quais se aplicam a lei, abrangem, tão-somente, atividades e comportamento, ou seja, obrigações de fazer - e não de dar - tais como a guarda de bens e documentos e outros, quando caracterizadas como relação de consumo...".

Neste jaez se pauta a jurisprudência, *v.g.*:

"*Código de Defesa do Consumidor - Relações creditícias - Inaplicabilidade. - Não é nula a cláusula contratual que em regime inflacionário prevê o reajuste das prestações e a repactuação com base no saldo devedor. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações creditícias e sim de consumo. Nos contratos de mútuo a regra a ser observada é a do art. 1.256 do Código Civil*" (TJRJ - ac. unânime - 3ª Câm. Cív. - reg. em. 21.7.95 - Ap. 4.950/94 - Rel. Des. Humberto Perri - Eny Caldas x Banco Econômico S.A.).

Há, pois, que se dar provimento ao apelo do BDMG, julgando-se correto o procedimento de primeiro atualizar-se o saldo devedor do mútuo habitacional, para depois abater-se a parcela mensal paga.

2. *Diversamente*, há que se negar provimento ao apelo da autora Runi Gomes da Silva Souza, pretendendo transferir o seguro pactuado para outra seguradora de prestações mensais mais baratas, estando escorreita a conclusão do ilustrado Juiz, às fls. 165/166:

"*No que pertine ao Seguro Habitacional, pretendem os autores sejam autorizados a buscar no mercado outro, de valor razoável, com as mesmas coberturas ofertadas pelo seguro do BDMG.*

Contudo, primeiramente deve ser esclarecido que ao contratar, originariamente, com o Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A, constou da avença (Cláusula Quarta, § primeiro) que visava garantir o sinistro morte/invalidez permanente e danos físicos, sendo que os Autores não trouxeram, no bojo da peça de ingresso, ou no decorrer da instrução processual, nenhum elemento que pudesse convencer o Juízo sobre a ilegalidade de sua pactuação, devendo permanecer, então".

Na decisão dos embargos declaratórios, o MM. Juiz voltou à matéria, nos seguintes termos:

"*Quanto ao Seguro Habitacional, mantenho a decisão recorrida, pelos fundamentos constantes da sentença (último § de f. 166 e primeiro de f.*

167). E, ainda completo: não houve indicação probatória concreta do prejuízo quanto ao seguro contratado, ressalvado que à parte cabe a prova do que é por ela alegado".

Alerte-se a ser o seguro pactuado benéfico a ambas as partes, como se extrai da cláusula décima quarta do contrato (fls. 47-TJ), sendo o saldo devedor quitado, em caso de morte ou invalidez. Aliás, o seguro em tais casos é imposição legal, conforme art. 14 da Lei nº 4.380/64. Nem se pode correr o risco de seguradoras sem tradição, aventureiras, vendo-se muitas delas restadas inadimplentes.

Também neste item é inaplicável o inciso I do art. 39 da Lei nº 8.078/90.

Assim, dou provimento ao recurso apelatório do BDMG e nego provimento ao recurso de Runi Gomes da Silva Souza, atribuindo as custas processuais totais à autora-apelante Runi, isentando-a do pagamento, por ser beneficiária da gratuidade judiciária, restando totalmente improcedentes os pedidos exordiais.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM-NO À SEGUNDA.

-:::-

LICITAÇÃO - CARTA-CONVITE - DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE - PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA - PROPOSTA QUE SUPERA O LIMITE DISPONÍVEL - LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- A desclassificação de licitante, lastreada na constatação de que a respectiva proposta supera o saldo disponível na previsão orçamentária específica, nada encerra de ilegal e tampouco de lesivo a qualquer direito do licitante desclassificado.

- A omissão do limite orçamentário, na carta-convite, não é motivo para obrigar a Administração a contratar o licitante que ofereçeu menor preço, mas superior àquele limite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 212.943-5/00 - Comarca de Itabirito - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Licitação - Carta-convite - Desclassificação - Legalidade do ato administrativo impugnado - Sentença denegatória - Recurso desprovido. - A desclassificacão de licitante, lastreada na constatação de que a respectiva proposta supera o saldo disponível na previsão orçamentária específica, nada encerra de ilegal e tampouco de lesivo a qualquer direito do licitante desclassificado.

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, 05 de junho de 2001. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Insurge-se o apelante contra a sentença que denegou mandado de segurança que impetrara contra ato do Prefeito Municipal de Itabirito, que desclassificou todos os participantes de uma licitação, promovida sob a modalidade de carta-convite, e o fez ao fundamento de que as propostas apresentadas superavam o saldo disponível na previsão orçamentária específica.

Criticando os fundamentos da decisão apelada, cuja Prolatora, por sua vez, invocou os argumentos lançados pelo douto representante do Ministério Público, diz o recorrente que o valor da licitação não está vinculado à dotação orçamentária, nem a contratação do licitante vencedor deve, necessariamente, respeitar o limite da verba disponível.

De qualquer modo, do edital não consta o valor da dotação orçamentária - até porque tal formalidade não é imposta por nenhum dispositivo legal -, mas a omissão desse detalhe demonstra a falta de fundamentação da decisão administrativa desclassificatória e seu efeito lesivo, relativamente ao apelante.

Acrescenta o apelante que não existe, na Lei de Licitações, disposição que autorize a sua desclassificação, pois ofereceu preço apenas cerca de 1% acima do limite de verba previsto, podendo essa verba ser suplementada por créditos orçamentários adicionais, ou podendo ser o preço reduzido mediante negociação direta com o proponente.

Argumenta que a Administração Municipal relegou o princípio constituticional da eficiência, uma vez que não lhe adjudicou o objeto da licitação, por ser o recorrente autor da melhor proposta, isto é, a de menor preço.

Neste sentido é sua pretensão recursal, muito embora, por equívoco, o apelante tenha pleiteado "*a reforma da r. decisão confirmando a improcedência total do pedido contido na inicial...*" (*sic*, fls. 83).

A ilustrada Procuradoria de Justiça opinou pela confirmação da sentença.

A apelação se apresenta como recurso adequado, tempestivo, devidamente preparado, estando a merecer conhecimento.

Não há dúvida de que, houvesse constado da carta-convite o limite orçamentário da obra a ser licitada, maior segurança haveria, tanto para a própria Administração Municipal, como também para os licitantes.

Entretanto, o próprio apelante reconhece e proclama, invocando o art. 40, X, da Lei nº 8.666, de 21.06.93, que a expressa referência ao preço máximo é facultativa.

A omissão do limite orçamentário, na carta-convite, não seria motivo para obrigar a Administração Municipal a contratar o licitante que ofereceu menor preço, mas superior àquele limite.

É que o art. 7º, § 2º, da mesma Lei 8.666/93, estabelece que:

"*As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando*:

(...)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma".

Se não havia recursos orçamentários suficientes para custear as obras, sendo as propostas apresentadas, mesmo a de menor valor, superiores ao saldo disponível, o caminho era mesmo o abortamento do processo licitatório, como acertadamente decidiu a Administração do Município.

A alternativa proposta pelo apelante, qual seja, a de lhe adjudicar a Administração as obras licitadas e, depois, tentar renegociar o preço, para adequá-lo ao limite orçamentário, é inteiramente fora de propósito, por razões óbvias.

Já a suplementação orçamentária, possível em tese, foi até sugerida pela Comissão de Licitação (fls. 15, infra), mas haveria de ser feita previamente, não tendo a concorrência iniciada condições de ser levada a termo, senão mediante a existência de verba suficiente.

Como não havia, no momento em que foram abertas as propostas, verba suficiente para o custeio da obra, a solução era mesmo o cancelamento do processo licitatório.

Também não é verdade que teria sido o apelante o vencedor da licitação, se não houvesse o seu cancelamento.

Houve várias impugnações à habilitação e qualificação dos licitantes, inclusive do atual recorrente.

A Comissão de Licitação deixou de examinar essas impugnações, que considerou prejudicadas ante a sua própria decisão, de desclassificar todos os licitantes, por terem ultrapassado os limites da verba orçamentária (fls. 15).

Não poderia, portanto, qualquer decisão judicial determinar a adjudicação ao autor, ora recorrente, já que não há decisão administrativa sobre aquelas impugnações.

Por essas razões, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo recorrente.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Jairon Willian Pereira Santos contra ato do Sr. Presidente da Comissão de Licitação, encampado pelo Sr. Prefeito Municipal de Itabirito, consubstanciado na desclassificação de todas as empresas participantes da licitação, para a cobertura de quadras poliesportivas municipais, na modalidade carta-convite, por terem as propostas apresentadas ultrapassado a dotação orçamentária, marcando-se nova data para a apresentação de outras propostas, obedecendo ao limite existente da dotação orçamentária.

Aduziu o impetrante não ser a razão apresentada suficiente à desclassificação ocorrida, entendendo caber-lhe direito à adjudicação compulsória.

A r. sentença denegou a ordem e revogou a liminar concedida parcialmente, embora reconhecendo ter sido omisso o processo licitatório, não mencionando nos editais o valor-limite da contratação, que seria o da dotação orçamentária. E concluiu que a omissão, "*caso tenha gerado prejuízos a terceiros, inclusive à impetrante, pode gerar obrigação de indenizar, mas nunca obrigação de contratar, mesmo porque não pode o Administrador ser obrigado a realizar contrato para o qual não tenha previsão orçamentária*" (fls. 66/67).

Apela o impetrante, reiterando suas razões exordiais (fls. 77/83), vindo as contra-razões às fls. 96/97.

Parecer recursal ministerial pelo improvimento (fls. 100/101), com endosso do douto Procurador de Justiça, Dr. Oliveira Salgado, pelas razões de fls. 107/110: "*As propostas com preços superiores ao da dotação orçamentária se caracterizam como não vantajosas, inconvenientes, para a administração, não estando a administração obrigada a contratar por preço superior ao que efetivamente pode suportar, pois, caso contrário, o processo licitatório perde uma de suas principais características, que é selecionar a proposta mais vantajosa*".

Afigura-se-me criteriosa e legal a r. sentença hostilizada, ante as razões mencionadas.

Assim, e acolhendo as razões dos pareceres ministeriais, nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ISSQN - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - RECOLHIMENTO - OMISSÃO PELO CONTRIBUINTE - PRAZO DECADENCIAL - INÍCIO A PARTIR DA NOTIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO - LOCAL DA EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - LANÇAMENTO FISCAL - FATO GERADOR

- Ocorrendo omissão do contribuinte quanto ao dever de informar o recolhimento do ISSQN, tributo lançado por homologação, o prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN começa a fluir do momento em que o contribuinte é notificado da infração cometida.

- Havendo claros indícios de localização simulada do contribuinte em outra base territorial, deve prevalecer o lançamento fiscal feito no local da efetiva prestação dos serviços.

- O fato gerador do ISSQN é o serviço prestado e o respectivo preço, não importando que o pagamento não seja feito, ou que seja feito no próprio mês da prestação, ou algum tempo depois, com ou sem reajuste.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 213.240-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: ISSQN. - Havendo omissão do contribuinte quanto ao dever de informar o recolhimento de tributo lançado por homologação, o prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN começa a fluir do momento em que o contribuinte é notificado da infração cometida. - Havendo claros indícios de localização simulada do contribuinte em outra base territorial, deve prevalecer o lançamento fiscal feito no local da efetiva prestação dos serviços.

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, 15 de maio de 2001. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Insurge-se a apelante contra a sentença que julgou improcedentes, em parte substancial, os embargos que opusera à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, só acolhendo a alegação de que não se pode aplicar a TR como fator de correção monetária dos débitos em execução.

Reiterando os termos da inicial dos embargos e invocando o art. 173 do Código Tributário Nacional, diz a apelante que grande parte do débito lançado, ou seja, aquela que corresponde a todo o período anterior ao mês de agosto de 1988, estaria coberta pela decadência do direito à constituição dos créditos tributários de que se afirma titular a apelada.

Insiste na argüição de nulidade da certidão de dívida ativa, por não indicar valores corretos e não estar acompanhada de demonstrativo dos acréscimos.

Rejeita a acusação de fraude, dolo e simulação que lhe fez a apelada, pois tem sede e endereço, na verdade, não em Belo Horizonte, mas no Município de Jaboticatubas, onde foram firmados os contratos e onde se deram os fatos que teriam originado as obrigações tributárias consubstanciadas nos títulos exeqüendos.

Argumenta que faz parte de um grupo de empresas que têm personalidades jurídicas e finalidades diversas, embora sediadas nos mesmos endereços e usando indistintamente os mesmos funcionários e operadores, para execução dos serviços contratados, pelo que não podem prevalecer os lançamentos feitos apenas contra a apelante e englobados num único estabelecimento, o que caracteriza, em seu entendimento, invasão de competência para lançar tributos.

Acrescenta que a Fazenda Municipal incorreu, ainda, em excesso de tributação, pois levou em conta o mês da prestação do serviço, e não o mês em que fora feito o pagamento, o que implicaria base maior de cálculo, uma vez que alguns contratos previam atualização monetária dos valores pactuados.

Pede a reforma da sentença e a total procedência dos embargos.

Em contra-razões, invocando o mesmo art. 173, c/c o art. 150 do CTN, impugna a apelada a alegação de decadência, pois, sendo o ISSQN um tributo que o próprio contribuinte deve lançar, para, depois, ser homologado pela Fazenda Municipal, e tendo o apelante omitido qualquer lançamento ou declaração, o prazo decadencial só começou a correr quando foi instaurado o procedimento de fiscalização.

Sustenta, a seguir, que estão cabalmente demonstradas, especialmente pelo volumoso processo administrativo tributário (PTA) apresentado, todas as irregularidades praticadas pela apelante, consistentes: a) no desdobramento apenas formal, ou seja, de simples nomes, da empresa em várias outras; b) na mudança, apenas no papel, de sua sede para o Município de Jaboticatubas, embora seja ali completamente desconhecida; c) na manutenção do mesmo endereço, das mesmas atividades, do mesmo pessoal, na "filial" de Belo Horizonte, onde eram praticados todos os atos de gestão e todos os fatos geradores do tributo, estabelecimento que, no entanto, nem estava regularmente inscrito.

Acrescenta que nenhuma irregularidade ocorreu nos atos de

lançamento e tampouco nos demonstrativos apresentados, pelo que se deve negar provimento ao recurso.

O presente recurso merece conhecimento.

Não há qualquer preliminar suscitada em relação à sentença, a qual, por sua vez, contém extenso e abrangente relatório, além de ampla e completa análise das diversas questões de fundo debatidas nestes autos.

As razões da apelação são uma repetição das alegações formuladas na inicial dos embargos e rejeitadas na sentença contra a qual se insurge a apelante.

Data venia, não pode prevalecer a interpretação que a apelante quer extrair do art. 173 do Código Tributário Nacional, invocando-o para sustentar que a apelada decaiu do direito de lançar débitos anteriores a agosto de 1988, considerando-se que os AITI remontam ao dia 28.9.93.

Como explicou didaticamente o ilustrado Juiz sentenciante, o lançamento fiscal se divide em duas fases distintas, uma oficiosa, "*onde a autoridade administrativa, de forma unilateral, buscará os elementos tendentes à integração dos fatos geradores à norma jurídica, buscando, desta forma, constituir o crédito tributário pelo lançamento...*", e a segunda fase, denominada contenciosa, "*onde a autoridade administrativa notificará o sujeito passivo da obrigação tributária do próprio lançamento, propiciando o necessário conhecimento do crédito formalizado, para o exercício do direito de ampla defesa...*" (fls. 231).

Mas o douto Julgador também ressalta que, sendo o ISSQN um tributo cujo lançamento se faz por homologação, depois que o próprio contribuinte comunica o cálculo e o recolhimento, e, não tendo a apelante feito qualquer recolhimento ou comunicação, o prazo decadencial não poderia ter início senão depois de verificada a obrigação fiscal, por via de um auto de infração do qual, segundo consta, o contribuinte fora intimado em 05.08.82 (fls. 239), a ele se seguindo, por longos anos, demorado e volumoso processo contencioso administrativo.

Não pode a apelante pretender que, durante o período de discussão, em sede de contencioso administrativo, estivesse correndo o prazo decadencial, não só porque a simples existência do processo já o teria impedido, mas também porque a demora na solução se deveu à sua renitência em sonegar do Fisco municipal os elementos de informação que se faziam necessários, tornando extremamente árdua e difícil a apuração do débito, conforme também está demonstrado nos autos.

Com efeito, há de prevalecer, em relação ao caso dos autos, o princípio de que ninguém pode invocar a seu favor a própria torpeza.

Rejeita-se, por conseguinte, a alegação de decadência ou prescrição de parte da dívida exeqüenda.

Quanto à alegação de que a apelante transferiu a sua sede para o Município de Jaboticatubas, não devendo, portanto, os tributos cobrados pelo Município de Belo Horizonte, basta recorrer, para refutá-la, ao processo contencioso administrativo, de cuja prova se pode concluir que a transferência se deu apenas no plano formal, vale dizer, somente no papel, tendo a apelante continuado a exercer todas as suas atividades em Belo Horizonte, numa clara demonstração de que a mudança foi simulada, pois em Jaboticatubas sequer se tem notícia da instalação e do funcionamento da empresa, nem se conhecem seus diretores e/ou funcionários.

A própria embargante já explicara, na inicial de seus embargos (fls. 9/10) - e o repete nas razões recursais -, que mudou de nome várias vezes, desdobrando-se em outras empresas de nomes semelhantes, integradas pelos mesmos sócios, acrescentando que:

"*A manutenção é realizada por um determinado estabelecimento, o contratado ou outro do grupo, mas como exposto retro não há uma separação clara entre as diversas empresas e seus estabelecimentos em Belo Horizonte, Jaboticatubas e São Paulo...*" (fls. 259).

Como, confessadamente, não há definição explícita nem discriminação dos serviços prestados por outros estabelecimentos da apelante, ou suas coligadas, e como todas as evidências levam à convicção de que os serviços, efetivamente, estavam concentrados em Belo Horizonte, não há como se negar legitimidade e competência tributária à Fazenda Púbica deste município, cujos lançamentos devem prevalecer.

Também não restou provada a alegação de que há excesso de tributação, por ter o exeqüente tomado por base valor reajustado, e não o valor original do serviço prestado.

Não discriminara a apelante - nem se preocupou em demonstrar - quais seriam esses valores, nem qual seria a diferença entre o valor original e o valor reajustado.

Além do mais, o fato gerador do imposto é o serviço prestado e o respectivo preço, pouco importando que o pagamento não seja feito, seja feito no próprio mês da prestação, ou algum tempo depois, com ou sem reajuste.

Trata-se de mais uma alegação vazia de conteúdo, lançada apenas para ocupar tempo e espaço, mas sem outro objetivo senão o de obscurecer o foco da execução.

A própria apelante admite que:

"*Tratam-se de relações complexas, entre as empresas e estabelecimentos do grupo, que numa análise grosseira, agravada pelos incidentes que dificultaram o relacionamento da fiscalização com a defendente, parecem repletas de ilegalidades, mas que numa* análise isenta se verifica legal..." (fls. 261).

Entretanto, embora admita a aparência de ilegalidades, não cuidou

de apagar essa aparência negativa, como ficou consignado na excelente fundamentação da sentença:

"*O embargante sequer se dignou a pretender a demonstração em Juízo das verdades que estaria pretendendo impor à Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, não podendo esperar que seja aceito o seu argumento de que os contratos de locação e manutenção fossem tidos como firmado em outra base territorial, quando toda a documentação estaria a indicar o contrário...*" (fls. 244, infra).

Em face do exposto, nego provimento à apelação, confirmando, por seus próprios e bem lançados fundamentos, a sentença hostilizada, da lavra do douto Juiz Judimar Martins Biber Sampaio.

Custas, pela recorrente.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta por Telesparker Digital Serviços Gerais Ltda., inconformada com sentença que julgou improcedentes os embargos por ela opostos à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública Estadual.

Alega a apelante, em síntese, ter havido a decadência de grande parte do crédito fiscal anunciado na Certidão da Dívida Ativa. Argúi a nulidade da CDA por não conter a mesma os valores corretos e estar desacompanhada dos demonstrativos dos acréscimos.

Insurge-se, ainda, contra a acusação de fraude, dolo ou simulação que lhe foi imputada pela Fazenda Pública, afirmando que de fato a sede da empresa é no Município de Jaboticatubas, e não em Belo Horizonte, não sendo legítima a atuação da Fazenda Pública deste município.

Por derradeiro, acrescenta que a Fazenda Pública Municipal incorreu em excesso de tributação, por ter levado em conta o mês da prestação do serviço, e não o mês em que foi feito o serviço.

Em contra-razões de fls. 279/288-TJ, a apelada bate-se pela manutenção da sentença.

Decisão.

Cabe ressaltar, inicialmente, como bem observou o eminente Des. Relator, que a sentença do MM. Juiz fez uma ampla e bem fundamentada análise das questões debatidas nos autos, não estando, pois, a merecer reparos.

Acompanho o voto do eminente Relator, a ele acrescentando apenas que:

Não houve, *in casu*, decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, como quer fazer crer o apelante, na interpretação dada ao art. 173 do CTN.

O ISSQN é um tributo cujo lançamento se faz por homologação.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido

de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário não tem início com a ocorrência do fato gerador, e sim, depois de 05 (cinco) anos contados do exercício seguinte àquele em que foi extinto o direito potestativo da Administração de rever e homologar o lançamento.

No caso dos autos, após a análise da Certidão da Dívida Ativa e do Processo Administrativo, pode-se concluir que os lançamentos tributários reportam à data de 01.81. Desse modo, o prazo decadencial se teria iniciado em 01.01.82, sendo que a atividade iniciada pelo Fisco decorreu da total ausência de informações e documentos apresentados pelo contribuinte, o que importa no reconhecimento da hipótese do art. 173, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, para efeito de decadência.

Ademais, verifica-se que o contribuinte foi intimado do Auto de Infração em 05.08.82. Aplicando-se o parágrafo único do art.173 do citado diploma legal não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário.

Vale citar o entendimento do STJ, que, em caso análogo ao presente, assim decidiu:

"*Finsocial - Compensação - Prescrição - Decadência - Correção monetária. - O prazo qüinqüenal deve ser contado a partir da homologação do lançamento do crédito tributário. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 05 (cinco) anos* (REsp 226.617/8-SP - DJ em 28.02.2000 - p. 00058).

Com relação à alegada nulidade do título, nenhuma razão assiste à apelante, eis que da CDA constam todos os requisitos legais.

E, conforme salientou o douto Sentenciante:

"*O exeqüente, às fls. 09 a 11, traz memórias de cálculo a respeito dos valores lançados nas três certidões juntadas aos autos da execução, não havendo a mais mínima prova de que falte algum elemento indispensável para a sua validade, impondo-se a presunção decorrente do art. 204 do CTN*".

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente Relator, para negar provimento à apelação.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SOCIEDADE DE FATO - ENTIDADE FAMILIAR - REQUISITOS

- Não basta o simples relacionamento sexual para a constituição de entidade familiar ou de sociedade de fato, exigindo-se também o decurso de tempo, a convivência, a estabilidade, o estabelecimento de objetivos comuns, a conjugação de esforços para concretizá-los.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 228.394-3/00 - Comarca de Itambacuri - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Sociedade de fato - Requisitos - Efeitos. - Não basta o simples relacionamento sexual para a constituição de entidade familiar ou de sociedade de fato, exigindo-se também o decurso de tempo, a convivência, a estabilidade, o estabelecimento de objetivos comuns, a conjugação de esforços para concretizá-los.

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, 05 de junho de 2001. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Insurge-se a apelante contra a sentença que julgou improcedente o pedido inicial, nos autos de ação que ajuizara com vistas ao reconhecimento de sociedade de fato que afirma ter mantido com um carreteiro, morto em acidente rodoviário.

Invocando os depoimentos de suas testemunhas, insiste em afirmar que, desde 8 de agosto de 1995 até o dia do falecimento de W.J.X., ocorrido em 6.12.98, com ele manteve relação de concubinato, acompanhando-o em viagens para o Norte do País, prestando-lhe assistência e dele recebendo a promessa de casamento, o que, em seu entendimento, caracteriza união estável a merecer proteção legal, inclusive a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum e os benefícios previdenciários.

Requer a reforma da sentença, com o reconhecimento de sua condição de companheira do falecido, do direito que se arroga em relação aos bens por ele deixados, de seus créditos trabalhistas, de beneficiária dos seguros, quer obrigatório (DPVAT), quer facultativos.

Pede também a condenação do apelado ao pagamento de custas e honorários.

Parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça pela confirmação da sentença recorrida.

O presente recurso merece conhecimento.

Os pedidos da autora, ora apelante, foram julgados improcedentes porque não atendeu ela, de modo satisfatório, ao ônus processual de provar os fatos que dariam suporte ao direito que se arroga.

Tendo alegado, sem a mais mínima prova, que seu concubinato com o falecido carreteiro teria começado precisamente em 8.8.95, foi desmentida por robusta prova documental, segundo a qual seu alegado sócio e parceiro, anteriormente a dezembro de 1997, só trabalhava em viagens intermunicipais nas vizinhanças da Cidade de São Paulo, SP (fl. 41).

Só a partir de dezembro de 1997, quando foi promovido a motorista carreteiro e começou a fazer viagens interestaduais, passando por Itambacuri, poderia o mencionado motorista ter iniciado o relacionamento amoroso com a apelante.

A própria documentação juntada aos autos pela apelante (fls. 49/84, ordens de transporte ou conhecimento de carga) diz respeito ao ano de 1988, confirmando, portanto, o teor da declaração de fl. 41.

Vê-se, pois, que o relacionamento entre a apelante e o falecido carreteiro alcançou, no máximo, o período de um ano, de dezembro de 1997 a dezembro de 1998, quando ocorreu o acidente que o vitimou.

Também não provou a apelante união estável, *more uxorio*, com o falecido, nem o estabelecimento de lar comum, nem a *affectio societatis*.

Suas testemunhas dão notícia, sim, de que, quando de passagem por Itambacuri, o carreteiro freqüentava a casa da apelante, ali pernoitava, e lhe levava "*uma feira de legumes e verduras*", podendo ser até que "*fazia todas as despesas da casa, pagava as contas de água, luz, entre outras*", pelo que se dizia (fl. 110).

Tal não significa, porém, que houvesse concubinato entre os dois, que vivessem sob o mesmo teto, que tivessem a intenção de constituir família ou de evoluir para um futuro casamento.

Além da prova documental, que dá o falecido carreteiro como residente e radicado na Cidade de São Paulo, testemunhas também depuseram no processo, dizendo que ele sempre morou naquela cidade, em companhia da mãe, cujo sustento provia.

Somente, pois, em suas ocasionais passagens por Itambacuri, no trajeto de suas longas viagens, e com as limitações de tempo que o cronograma lhe permitia, o carreteiro visitava a apelante, ou a apanhava para levá-la consigo no restante do percurso.

A própria apelante, em seu depoimento pessoal, deixa transparecer o caráter furtivo desses encontros e dessas viagens, quando confessa que "... *a empresa não sabia desse fato e não aceitaria se soubesse, inclusive nem me carregar como passageira a empresa concordava...*" (fls. 109).

O ilustrado Juiz sentenciante observou, com perspicácia, que, se houvesse mesmo a intenção de constituir uma relação estável, ou mesmo uma sociedade de fato, o falecido motorista teria indicado a apelante como sua beneficiária ou dependente, nos seus contratos de seguro ou na sua ficha funcional.

Não há nada, nos autos, que autorize as ilações que a apelante pretende extrair de seu relacionamento amoroso com a falecido carreteiro.

Não conviveram sob o mesmo teto, não estabeleceram um projeto comum de vida, não juntaram esforços e recursos para sua consecução; apenas viveram uma aventura que terminou tragicamente, mas que não produziu efeitos jurídicos de relevância nem gerou os direitos reclamados pela autora.

Nem a própria apelante parece convencida de suas alegações, porque propôs ação de indenização contra a empregadora de seu suposto concubino, atribuindo ao preposto e ao preponente a culpa pelos ferimentos que teria sofrido no acidente, quando "*foi-lhe oferecida uma carona, pelo sr. W.J.X., motorista das suplicadas...*" (fls. 99).

Em face do exposto, nego provimento à apelação, confirmando, por sua própria e bem lançada fundamentação, a r. sentença apelada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuidam os autos de ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato proposta por A.H.C. em face do espólio de W.J.X.

O MM. Juiz *a quo*, em decisão de fls. 130/134-TJ, julgou improcedente o pedido ao fundamento de inexistir nos autos prova da ocorrência de relacionamento duradouro e estável a ensejar o reconhecimento do pedido inicial.

Inconformada com referida decisão, a autora aviou o presente recurso alegando, em síntese, que viveu em concubinato com W.J.X. no período de 08 de agosto de 1995 até 06 de dezembro de 1998, quando este faleceu. Afirma que o conjunto probatório contido nos autos comprova a existência da relação *more uxorio*, autorizando o seu direito ao recebimento do seguro obrigatório, direitos trabalhistas e pensão do INSS.

Razão não assiste à apelante.

Para que se reconheça a existência de união estável, é preciso que o relacionamento se tenha aproximado o máximo possível do matrimônio, com intenção de se formar família e dirigir todos os seus atos para uma vida em comum, o que inocorreu na espécie.

No caso dos autos, após a análise das provas trazidas, em especial os depoimentos constantes de fls. 109/115-TJ, não se tem como chegar a uma certeza a respeito da existência da alegada convivência em comum, indispensável para a caracterização da sociedade de fato.

De mais a mais, não ficou demonstrada a efetiva contribuição da apelante para a formação de patrimônio comum, o que impossibilita o reconhecimento da sociedade de fato a ensejar o deferimento de proveito econômico. Para que haja o reconhecimento desta sociedade, é necessária a evidência de real contribuição ou esforço comum na aquisição e acréscimo do patrimônio e participação ativa nos negócios do concubino, o que sem dúvida não restou provado nos autos.

Portanto, o conjunto probatório contido nos autos não é suficiente para comprovar a existência da alegada sociedade de fato.

Pelo exposto, acompanho o eminente Relator, para negar provimento ao recurso interposto.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITO MODIFICATIVO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - LIMINAR - APRECIAÇÃO EM JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA E PROVISÓRIA - QUESTÕES RELEVANTES PARA O JULGAMENTO - EXAME - AUSÊNCIA - *PERICULUM IN MORA* - INEXISTÊNCIA - EXPLICITAÇÃO DAS RAZÕES - OMISSÃO DO JULGADOR - INOCORRÊNCIA

- Não se pode substituir o critério fundamentado do julgador por outro, ainda que também fundamentado, do litigante. Os embargos de declaração não são recurso idôneo para corrigir os fundamentos de uma decisão.

- Não se pode falar em omissão do julgador quando deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes, quando a apreciação da liminar se faz em juízo de cognição sumária e provisória e ali o julgador explicita as razões pelas quais teve por inexistente o *periculum in mora* e indeferiu a liminar.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 217.549-5/01 (no Agravo nº 217.549-5/00) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MURILO PEREIRA

Ementa oficial: Processo Civil - Embargos de declaração - Efeito modificativo não configurado. - Não se pode substituir o critério fundamentado do julgador por outro, ainda que também fundamentado, do litigante. - Os embargos de declaração não são recurso idôneo para corrigir os fundamentos de uma decisão. Perigo de demora não configurado - Não comprovada a possível existência de dano ao embargante em função da decisão embargada - Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR OS EMBARGOS.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2001. - *Murilo Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Murilo Pereira - Conheço do recurso, aos seus pressupostos.

Trata-se de agravo de instrumento com súplica de efeito suspensivo da r. decisão hostilizada, interposto pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros de Belo Horizonte - Setransp, a qual inadmitiu a intervenção do agravante em mandado de segurança, "*sob a escusa de que não havia condições deste desempenho*" (fls. 04).

O agravante faz uma sinopse dos fatos, cita a legislação que tem como própria à espécie, para afirmar a final que a manutenção da decisão agravada pelo desentranhamento da petição e documentos importará em grave lesão de difícil reparação ao mesmo.

Sustenta o agravante que, à vista dos elementos de informação dos autos, esta eg. Câmara certamente conhecerá do agravo e haverá de provê-lo, assegurando-lhe o ingresso nos autos do mandado de segurança, seja como litisconsorte, assistente ou, mesmo, como substituto processual.

O processo foi a nós distribuído em 21.12.2000 e à fl. 137 indeferimos a liminar rogada em face da inexistência do *periculum in mora*.

Inconformado com o indeferimento da liminar, o sindicato-agravante interpôs embargos declaratórios (fls. 159/163).

Sustenta o embargante que "*o perigo da demora configura-se no fato de que, por não haver dilação probatória, o mandado de segurança poderá subir em grau de recurso e ser julgada a apelação, antes mesmo do julgamento do agravo de instrumento, havendo, assim, dano irreparável ao embargante*" (fls. 161).

Cita julgados do eg. STJ e doutrina, para requerer a final que se utilize do efeito modificativo dos embargos, para conceder a liminar anteriormente denegada, "*atribuindo-se ao agravo de instrumento o efeito suspensivo, até decisão final do mesmo*" (fls. 163).

Data venia, não se caracteriza na espécie o *periculum in mora* porque, como disse o ilustre Juiz na r. decisão agravada de fls. 47, "*não há possibilidade de assistência em virtude de interesse meramente econômico, além de não se perceber a existência de interesse processual do agravante que lhes permita a assistência, ou então como substituto processual*" (fls. 18).

Certamente não ignora o embargante, por outro lado, que o julgamento do agravo de instrumento deverá ocorrer dentro da sistemática processual antes de julgada eventual apelação interposta no mandado de segurança.

Mas, se assim não acontecer, o que for decidido no agravo refletirá no julgamento de recurso apelatório que eventualmente for interposto em função do mandado de segurança.

Daí por que não se pode falar na possível existência de dano irreparável ao embargante em função da r. decisão agravada.

Esta conclusão já fora extraída na r. decisão ora embargada, de fls. 137.

Outrossim, não se pode falar em omissão do Julgador quando deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes, quando a apreciação de liminar se faz em juízo de cognição sumária e provisória, e ali o julgador explicita as razões pelas quais teve por inexistente o *periculum in mora* e indeferiu a liminar, como aconteceu na espécie, através da r. decisão de fls. 137.

O ora embargante fala que o recurso em apreço é aclaratório, mas, *data venia*, não se constata o que possa haver de indefinição a ser aclarada na r. decisão de fls. 137, que, embora concisa, expressa as razões do nosso convencimento ao indeferir a liminar.

O agravante fala também em contradições e obscuridades, para cabimento dos embargos declaratórios, mas certamente o fez para efeito apenas de argumentação, porque a r. decisão hostilizada não encerra contradição nem obscuridades.

A decisão de fls. na qual indeferimos o pedido de liminar bem explicitou o critério pelo qual entendemos inexistir perigo de demora, mas o ora embargante pretende substituir tal critério de valoração dos elementos de informação dos autos, em sede de liminar, por outro critério de apreciação e julgamento, que é o dele - agravante -, e que, embora respeitável, não faz divisar a presença de dano irreparável ao mesmo, em função da referida decisão monocrática.

Ocorre que não foi demonstrada a possibilidade de ocorrência de danos de difícil reparação ao agravado, em função do *decisum* hostilizado, porque em princípio não foi demonstrado o interesse processual do Setransp em ingressar no feito.

Outrossim, é sabido e ressabido que os embargos de declaração não se prestam ao reexame da matéria, como se fossem uma segunda apelação.

Está assente na jurisprudência que "*os embargos de declaração não constituem recurso idôneo para corrigir os fundamentos de uma decisão*" (*Bol. AASP*, 1.536/122, *in CPC e Legislação Processual em Vigor*, TEOTHONIO NEGRÃO, p. 560).

Por tais motivos, rejeitam-se os embargos.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - EXAME PSICOTÉCNICO - CRITÉRIOS SUBJETIVOS - REGRAS EDITALÍCIAS - ACEITAÇÃO PELO CANDIDATO

- Nos casos em que os pretendentes a ocupar cargos públicos aceitam as regras editalícias, não há como, posteriormente, contra elas se insurgirem.

- Se o exame psicotécnico é previsto em lei e é utilizado para fins de ingresso em concurso público, não há que se falar na presença de subjetividade na sua realização.

- V.v.: - A realização de exame psicotécnico deve-se submeter a critérios objetivos que permitam ao candidato conhecer o resultado do exame e dele recorrer, vedada qualquer forma subjetiva, sigilosa, inclusive entrevistas individuais. Critérios subjetivos estabelecidos em edital são incompatíveis com a nova ordem constitucional, devendo prevalecer nos concursos públicos, outrossim, o princípio da igualdade entre os candidatos. *(Des. Corrêa de Marins)*

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 159.967-9/01 (na Apelação Cível nº 159.967-9/00) - Comarca de Belo Horizonte - Relator para o acórdão: Des. MURILO PEREIRA

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR OS EMBARGOS, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2000. - *Murilo Pereira* - Relator para o acórdão. - *Corrêa de Marins* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra o Comandante-Geral da Polícia Militar porque, havendo o impetrante logrado êxito no concurso público para o Curso de Técnico em Segurança Pública, foi contra-indicado no exame psicotécnico e, por isto, impedido de ingressar no curso iniciado em 5.4.99.

Concedida a segurança em primeiro grau, esta eg. Câmara, por maioria, reformou a decisão, vencido o em. Des. Abreu Leite, Relator.

Daí os presentes embargos para que prevaleça o voto minoritário.

Vê-se que o apelado foi preterido na classificação dos candidatos, em razão de ter sido eliminado em exame psicotécnico.

A jurisprudência tem reiteradamente decidido pela ilegalidade da adoção, nos concursos públicos, de qualquer forma de aferição subjetiva, que possa criar discriminações nos critérios de admissão.

Assim decidiu o STJ:

"*Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Delegado de Polícia e Perito Criminal. Exame psicotécnico. Desdobramento. Impossibilidade. Caráter sigiloso. - Segundo firme entendimento jurisprudencial, ainda que o referido exame seja legalmente previsto, é vedado seu desdobramento em fase de entrevista, restritas as conclusões ao avaliador, com nítido caráter sigiloso e irrecorrível*" (REsp 194.261, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no *DJ* de 07.06.99).

Este Tribunal, na esteira do entendimento esposado pelo STJ, tem entendido não ser inconstitucional a exigência do exame psicotécnico para provimento de certos cargos, desde que a sua realização se submeta a critérios objetivos, que permitam ao candidato conhecer o resultado do exame e dele recorrer, vedada qualquer forma subjetiva e sigilosa, inclusive as entrevistas individuais.

No presente caso, o edital determina que os exames psicológicos, de caráter eliminatório, têm por objetivo avaliar os candidatos através da aplicação de técnica psicológica para a obtenção do perfil psicológico do candidato, que será posteriormente comparado com o perfil exigido para a função.

Assim, em razão dos critérios subjetivos estabelecidos pelo edital, que são incompatíveis com a nova ordem constitucional, e entendendo que nos concursos públicos deve prevalecer o princípio da igualdade entre os candidatos, acolho os embargos.

O Sr. Des. Murilo Pereira - Sr. Presidente. Esta Câmara e também as demais do Tribunal têm enfatizado que, em casos nos quais pretendentes a ocupar cargos públicos aceitam as regras editalícias, não há como, posteriormente, contra elas se insurgirem.

Ocorre, na espécie, que o impetrante não demonstrou, a nosso aviso, *data venia*, que os critérios dessa aferição sejam marcadamente subjetivos. E, se o fossem, certamente ele teria procurado anular essa norma editalícia, oportunamente, mas ele não o fez. Todos os demais se submeteram ao concurso, sem essa alegação, e não vejo, *data venia* do eminente Relator, a presença de subjetividade nesse exame, que é previsto

em lei e que é utilizado para fins de ingresso em concurso público.

Portanto, não vejo como se caracterizar, *data venia*, na espécie, o pretenso direito líquido e certo, pelo que estou divergindo do Relator, para rejeitar os interpostos embargos infringentes.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Eu também, *data venia*, rejeito os embargos e confirmo integralmente o voto que proferi por ocasião da apelação.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - Sr. Presidente. Um dos votos vencedores foi o de V. Exa., que eu acompanhei, denegando a segurança pela caducidade da impetração, sendo esse mais um motivo pelo qual mantenho o voto daquela ocasião e rejeito os embargos.

O Sr. Des. Abreu Leite - Sr. Presidente. Fui prolator do voto minoritário. Após proferir o voto, na apelação, vários outros recursos e mandados de segurança de fundamento idêntico foram distribuídos a mim, como Relator, e tive oportunidade de verificar que a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais cuidou de promover a legalização da exigência do exame psicotécnico.

Foi por necessidade disso que a Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais aprovou a Lei Complementar nº 5.093, que deu redação nova à Lei nº 5.031/69, dispondo expressamente sobre a realização do exame psicotécnico para o ingresso na Polícia Militar, à semelhança do que dispõe a nossa Lei de Organização Judiciária para o ingresso na Magistratura e à semelhança do que dispõe a Lei Orgânica da Polícia Civil para o ingresso nos quadros da Polícia Civil, e estabelecendo, nesta Lei Complementar, que tive oportunidade de examinar, critérios objetivos, razão por que não vejo como manter o meu voto minoritário.

Por isso, presto vênia ao douto Relator para também rejeitar os embargos.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

SIGILO BANCÁRIO - QUEBRA - ARTIGO 5º, X E XII, DA CF/88 - AFRONTA - INEXISTÊNCIA - ATO JUDICIAL - ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER - AUSÊNCIA - MODIFICAÇÃO POR RECURSO OU CORREIÇÃO - POSSIBILIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - DESCABIMENTO - TERCEIRO PREJUDICADO - INTELIGÊNCIA DO ART. 499 DO CPC

- A quebra do sigilo bancário, segundo a jurisprudência de nossos tribunais, inclusive Tribunais Superiores, não afronta a norma do art. 5º, X e XII, da CF/88, por não constituir um direito absoluto, podendo, quando demonstradas fundadas razões, ser desvendado por iniciativa do Ministério Público, em

medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciário, donde a impetração que se funda na suposta violação da quebra do sigilo bancário, que observara aquela interpretação jurisprudencial, não está amparada por direito líquido e certo.

- Não cabe mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial de que caiba recurso ou se possa modificar pela via da correição, desde que não contenha ilegalidade absurda ou abuso de poder.

- Não sendo parte no processo e tendo tomado conhecimento do fato, tanto que entrou com mandado de segurança, ainda assim os impetrantes poderiam recorrer da decisão, via agravo de instrumento, como terceiros prejudicados, na forma do art. 499 do CPC, restando, de igual modo, inviabilizada a impetração do *mandamus* por violação do art. 5º, II, da Lei Mandamental.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 194.129-3/00 - Comarca de Santa Luzia - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Mandado de segurança contra ato judicial. - Não cabe mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial de que caiba recurso ou possa ser modificado pela via da correição, desde que não contenha ilegalidade absurda ou abuso de poder. Inteligência do art. 5º, II, da Lei Mandamental.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2000. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral a Dra. Rosa Maria de Jesus Werneck.

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Minas Papel Indústria de Artefatos Ltda. e por seus sócios Cláudio Macedo Dias e Antônio Carlos Martineli contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Luzia, que, em processo de concordata preventiva de Indústria Santa Luzia Autocopiativo Ltda., que veio a se transformar em falência, atendendo relatório do síndico e pedido do Ministério Público, decretou a quebra do sigilo bancário e fiscal dos impetrantes e de outras pessoas.

Concedida a medida liminar para suspender o ato judicial pelo Desembargador plantonista, o MM. Juiz prestou informações às fls. 78 e seguintes.

Os autos foram à douta Procuradoria de Justiça, que, em parecer de fls. 103/108, opina pela denegação da ordem impetrada.

Decido:

A r. decisão judicial proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Luzia está suficientemente fundamentada e atende a requerimento do Ministério Público, após longo relato feito pelo síndico.

Objetiva analisar e verificar o envolvimento dos impetrantes com a empresa falida.

E, do que se depreende dos autos, a r. decisão não contém nenhum absurdo, abuso de poder, nem pode ser inquinada de teratológica.

Como apropriadamente registra o douto parecer ministerial, a jurisprudência de nossos tribunais, inclusive dos Tribunais Superiores, é toda ela no sentido de que a quebra do sigilo bancário e fiscal não afronta a norma do art. 5º, X e XII, da CF: "*não constitui o sigilo bancário um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministério Público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao poder judiciário*" (fls. 105/107).

Assim, e antes de mais nada, cumpre assinalar que os impetrantes não estão amparados por direito líquido e certo.

Por outro lado, o mandado de segurança não é meio instrumental para reformar decisões judiciais. Se os impetrantes não se conformam com a decisão judicial proferida nos autos de falência já referidos, poderiam ter aviado recurso próprio contra essa decisão, no caso, agravo de instrumento, em que poderiam de forma idêntica pleitear o efeito suspensivo da mesma.

Poder-se-ia argumentar que os impetrantes não são parte no processo falimentar, mas ainda assim poderiam recorrer da decisão como "terceiros prejudicados", na forma do art. 499 do CPC.

Aplica-se aqui, portanto, a norma do art. 5º, II, da Lei Mandamental:

"*Não se dará mandado de segurança quando se tratar:*

I - (...)

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição".

Tratando-se de decisão interlocutória, poderia ter sido atacada pelo agravo de instrumento.

A doutrina e a jurisprudência são uniformes a respeito, bastando aqui a transcrição de ementa de elucidativa decisão do col. Superior Tribunal de Justiça a respeito:

"*Somente a eiva de ilegalidade ou abuso de poder, acrescida da demonstração do* fumus boni iuris *e do* periculum in mora, *possibilitam a impetração de segurança contra ato judicial. Ausente qualquer desses requisitos, o mandado de segurança torna-se inevitável*" (*RSTJ*, 74/181).

Com tais considerações, denego a segurança e julgo extinto o processo, revogada a liminar.

Comunique-se ao Juízo impetrado com urgência.

Custas, pelos impetrantes.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Achei muito graves as alegações manifestadas da tribuna e acho até preocupante a questão de duas concorrentes - uma culpar a situação da outra. Realmente, é muito grave.

Mas, conforme já julgamos hoje, não podemos fazer do mandado de segurança um sucedâneo de recursos.

Por esta razão, de ordem exclusivamente processual, mas difícil de ser ultrapassada, eu, até de certa forma preocupado, mas com relação ao processo, sem dúvida nenhuma, também denego a segurança.

O Sr. Des. Murilo Pereira - Também, Sr. Presidente, ao denegar a segurança, com suporte nas palavras do eminente Des. Francisco Figueredo, entendo que o Juiz fundamentou suficientemente a decisão; de certo que acompanho o Relator, *data venia.*

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Gostaria de fazer uma indagação ao eminente Relator: essa impetrante faz parte da relação processual no processo principal, ou seja, no processo que deu origem?

O Sr. Des. Abreu Leite - Houve um processo de concordata de Santa Luzia e que foi transformado em falência.

No longo relatório feito pelo síndico, ele aponta esta imperante e várias outras pessoas como envolvidas no contorno falimentar de Santa Luzia e sugere que haja quebra do sigilo bancário da falida, que está sob sindicância, da impetrante e de várias outras pessoas. Os autos foram ao Ministério Público, o Promotor examinou e deu um longo parecer, analisando toda a situação, e um Juiz, fundamentando-se nestas provas levantadas pelo síndico, com aparência de bom direito e de risco até de fraude criminal, determinou a quebra do sigilo bancário, atendendo a pedido do Ministério Público.

No meu voto, sustento que todos esses que foram atingidos pela decisão judicial poderiam ter usado do agravo de instrumento, que poderia ter dado efeito suspensivo nos casos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; entretanto, preferiram a via mandamental.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - A minha dúvida é que, se essa impetrante não integra a relação processual...

O Sr. Des. Abreu Leite - Ela pode aviar recurso como terceiro prejudicado.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Ela chegou a ser intimada?

O Sr. Des. Abreu Leite - Tanto tomou conhecimento do fato que entrou com mandado de segurança antes de ser quebrado o sigilo bancário, e o Colega de plantão deu a liminar.

Então houve a suspensão da decisão antes que ela se consumasse. Se ela teve inequívoca ciência da decisão judicial, a ponto de entrar com mandado de segurança, ela poderia ter aviado o recurso próprio.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Estou satisfeito com a explicação e me ponho de acordo com o Relator.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO QUE DESAFIA RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, II, DA LEI Nº 1.533/51 - DESPACHO QUE DETERMINA SOBRESTAMENTO DE EXPEDIÇÃO DE FORMAL DE PARTILHA - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - RECURSO CABÍVEL

- A teor do art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51, é incabível mandado de segurança contra decisão que desafia recurso previsto no ordenamneto processual, não sendo, ainda, sucedâneo deste, quando já precluso o prazo.

- Constitui decisão interlocutória a desafiar recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC, o despacho do juiz que, nos autos de inventário, determina o sobrestamento de expedição de formal de partilha.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 195.382-7/00 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Decisão interlocutória - Inadmissibilidade. - Incabível mandado de segurança contra decisão que desafia recurso previsto no ordenamento processual, não sendo, ainda, sucedâneo desse, quando já precluso o prazo. - Lei nº 1.533/51, art. 5º, II. - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 08 de março de 2001. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Campos Oliveira - Trata-se de mandado de segurança impetrado por D.A.S. contra ato da MMª Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Ituiutaba, que determinou o sobrestamento da expedição dos formais de partilha, nos autos do inventário dos bens deixados por morte de seu marido A.R.S., a pedido de R.J.B., autor de ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, dizendo que o dito despacho é afrontoso e irregular, tecendo considerações outras a respeito.

Juntou os documentos de fls. 13/124, pedindo a concessão de liminar, que foi indeferida.

A autoridade dita coatora prestou informações, mas o litisconsorte passivo diz que a segurança é incabível, pois o despacho estava a desafiar recurso de agravo.

Juntou os documentos de fls. 160/189.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança, em parecer da lavra do Dr. Átilla de Castro Neves.

É o relatório.

Segundo a Lei nº 1.533/51, não se dará mandado de segurança na hipótese de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição (art. 5º, II).

Assim, falta interesse de agir à parte que interpõe mandado de segurança, numa dessas hipóteses, pois, como lembra o professor CELSO NEVES, colacionando Liebman, tal interesse "*é posto pela relação entre a situação antijuridica denunciada e ao provimento demandado para remediá-la, mediante a aplicação do direito, e essa relação deve consistir na* utilidade do provimento, *como meio para obter a proteção concedida pelo direito*" (grifei, *in Estrutura Fundamental do Processo Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 122),

ou ainda, como na definição do eg. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, "*implica a coexistência de necessidade concreta, atual e específica do recurso à jurisdição e da adequabilidade do provimento e procedimento desejados*" (*RT*, 599/139),

e, mais especificamente, a lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI, que diz: "*Para estudo do mandado de segurança, é importante a fixação do conceito de interesse de agir, pois a lei nº 1.533 especifica casos em que se reputa inexistir essa necessidade da sentença e, portanto, de falta de interesse de agir.*

(...)

No sistema do Código de Processo Civil, quando os despachos e

decisões do Juiz são impugnáveis, o interessado deve utilizar-se dos recursos, na forma e nos prazos ali previstos. Esse o meio 'normal' de corrigir os erros cometidos pelo magistrado.

'Excepcionalmente', porém, quando nem por recursos, nem por via de correção, possa o ato ser modificado, o citado inciso permite a utilização do mandado de segurança. Temos, então, mais um caso em que o 'interesse de agir', caracterizado pela 'necessidade' de amparo judicial, será a medida da ação. Entende a lei que não existe esse interesse, quando o ato pode ser atacado por recurso ou correição" (*Do Mandado de Segurança*, Forense, Rio, 2ª ed., p. 64/68).

A decisão de fl. 188 é um despacho interlocutório, pois decide um incidente e estava a desafiar recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC, cujo prazo foi perdido. Mas a segurança não é recurso e nem substituto de recurso, vendo-se que, quando de sua impetração, já estava precluso o direito de postular a reforma do referido despacho.

Incabível, portanto, a impetração, razão por que denego a ordem.

Custas, *ex lege*.

Os Srs. Desembargadores Aluízio Quintão, José Francisco Bueno, Hugo Bengtsson e Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA.

-:::-

3.2 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

TÓXICO - TRÁFICO - CONCURSO DE AGENTES - ASSOCIAÇÃO TEMPORÁRIA - MAJORANTE DO ARTIGO 18, INCISO III, DA LEI Nº 6.368/76 - INCIDÊNCIA - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES - QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA - PENA - FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - PENA PECUNIÁRIA - VALOR UNITÁRIO - MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO - INADMISSIBILIDADE

- O concurso de agentes no caso de tráfico de drogas, ainda que decorrente de um acerto transitório, determina a incidência da causa de aumento de pena constante do artigo 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76.

- Mesmo que o réu seja primário e sem antecedentes desabonadores, não se mostra elevada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, se consideradas a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, cerca de 400 gramas de cocaína, droga de grande poder entorpecente e altamente lesiva à saúde.

- Se a pena pecuniária foi fixada com observância aos mesmos parâmetros que orientam a aplicação da pena privativa de liberdade e se o magistrado, ao estabelecer o seu valor unitário no mínimo legal, atendeu às condições financeiras do acusado, inadmissível é a sua redução.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 162.575-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

Ementa oficial: Tráfico de entorpecentes - Co-autoria - Associação temporária - Majorante do art. 18, III, da Lei 6.368/76 caracterizada - Pena-base - Réus primários - Fixação acima do mínimo legal - Possibilidade, tendo em vista a natureza e quantidade da droga (400 gramas de cocaína) - Decisão fundamentada - Pena pecuniária - Critérios - Sentença mantida - Recursos improvidos.

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 A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2001. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Guido de Andrade - Eliete Ferreira Gonçalves e Willian Carreira da Silva viram-se condenados perante o d. Juízo da 12ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, ambos às penas de quatro anos e oito meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, e oitenta dias-multa, como incursos nas sanções do art. 12, c/c o art.18, inciso III, da Lei 6.368/76, em razão de haverem sido flagrados por policiais federais, em data de 7 de março de 1999, na Rua Manhumirim, esquina de Belmiro Braga, Bairro Caiçara, nesta Capital, transportando, com finalidade mercantil e em associação, cerca de 390 gramas de cocaína.

Inconformados, aviaram os presentes recursos apelatórios, pleiteando, ambos, a redução da reprimenda. Alegam que a pena-base foi injustificadamente fixada acima do mínimo legal, já que seriam eles primários e de bons antecedentes, não tendo restado configurada, por outro lado, a majorante da associação. O réu Willian insurge-se ainda contra a pena pecuniária, pugnando também pela sua redução, tendo em vista sua situação financeira precária.

Os apelos foram devidamente contra-arrazoados, opinando a ilustrada Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo desprovimento de ambos, *ut* parecer exarado às fls. 161/163.

Conheço dos recursos, próprios e tempestivos.

Não merece acolhida a pretensão esposada pelos apelantes. Réus

confessos, admitiram eles, lisamente, perante o MM. Juiz *a quo*, haverem sido contratados pelo traficante "Tequinha" para buscarem 500 gramas de cocaína, que este último iria repassar a uma outra pessoa no Bairro Caiçara, sendo que receberiam em pagamento pelo "serviço" 50 gramas da referida substância entorpecente.

Tranqüilo o entendimento de que o concurso de agentes, no caso de tráfico de drogas, ainda que decorrente de um acerto transitório, determina a incidência da causa de aumento do art. 18, III, da Lei 6.368/76 (*RT*, 658/361).

Por outro lado, embora primários e sem antecedentes desabonadores, a pena-base de quatro anos não se mostrou elevada, considerando a natureza e quantidade da substância apreendida (cerca de 400 gramas de cocaína), droga de grande poder entorpecente e altamente lesiva à saúde.

Irrepreensível, outrossim, a diminuição de seis meses pela atenuante da confissão espontânea, bem como o aumento de 1/3 (mínimo previsto em lei) pela majorante do art. 18, III, da Lei 6.368/76 - devidamente configurada nos autos, conforme já assinalado.

A pena pecuniária foi fixada em observância aos mesmos parâmetros que orientaram a aplicação da pena privativa de liberdade, sendo de se ver que, ao estabelecer o seu valor unitário no mínimo legal, atendeu o Magistrado às condições financeiras dos acusados.

Deve subsistir, portanto, a decisão, inclusive no tocante às reprimendas, razão por que nego provimento aos recursos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

-:::-

SENTENÇA - PENA - DISCRIMINAÇÃO PARA CADA DELITO PRATICADO - INDIVIDUALIZAÇÃO EM RELAÇÃO AOS CO-RÉUS - AUSÊNCIA - VÍCIO INSANÁVEL - NULIDADE

- De acordo com a norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, o juiz não está isento de discriminar, na sentença, as penas de cada delito praticado, individualizando-as em relação aos co-réus, para somente depois fazer incidir as causas modificadoras necessárias no caso concreto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 188.874-2/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Processual Penal - Preliminar - Nulidade da sentença - Decreto condenatório que não individualizou as penas dos co-réus - Vício insanável - Recursos prejudicados. - De acordo com a norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, o juiz não está isento de discriminar as penas de cada delito praticado, individualizando-as em relação aos co-réus, para somente depois fazer incidir as causas modificadoras necessárias no caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ANULAR, DE OFÍCIO, A SENTENÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 28 de dezembro de 2000. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Na Comarca de Sete Lagoas, Dalmir Lopes de Aquino e Roberto Tadeu Braga, já qualificados, foram denunciados, em co-autoria e em concurso material de delitos, pelos crimes do art. 148, *caput*, em continuidade delitiva; do art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II; e do art. 288, parágrafo único; tendo ao acusado Dalmir, ainda, sido imputado o crime do art. 329, todos do Código Penal.

Ao final, a sentença absolveu os réus pelo crime do art. 288, parágrafo único, e condenou-os pelos demais crimes comuns às penas individuais de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, sendo que o réu Dalmir ainda recebeu a pena de 04 (quatro) meses de detenção pelo crime de resistência, com a fixação do regime inicialmente fechado para ambos os réus.

A sentença desagradou as partes.

O Órgão Ministerial apela buscando a condenação, também, pelo crime do art. 288, parágrafo único.

Os condenados, cumprindo pena em penitenciárias no Estado de São Paulo, foram intimados via precatória e aternaram os seus recursos.

Na origem, o apelo ministerial foi contra-arrazoado e, em seguida, os autos vieram a esta instância revisora.

Atendendo à diligência proposta pela douta Procuradoria, os autos retornaram à origem para o devido processamento, com a apresentação de razões dos acusados, sendo as mesmas singelamente oferecidas, com o pleito de redução das penas para o mínimo legal.

Com as contra-razões abraçando a conclusão da sentença, os autos retornaram a esta Corte.

A douta Procuradoria de Justiça, após minucioso relatório, opina, em

preliminar, pela nulidade da sentença, que não detalhou as penas aplicadas, e, no mérito, pugnou pelo improvimento do recurso dos acusados e provimento do recurso ministerial.

No principal, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

A prefacial agilizada pela douta Procuradoria de Justiça impede o enfrentamento do mérito dos recursos, que, no caso, está nuclearizado na redução da pena (recurso da defesa) e ampliação da condenação, em razão de absolvição por um dos delitos (recurso ministerial).

Com efeito, a sentença padece do vício apontado, pois não individualizou as penas dos crimes de tentativa de roubo e cárcere privado.

Na forma estruturada, ela mostra-se confusa e incerta.

No excelente parecer da lavra da Procuradora Elba Rondino, o vício insanável está configurado pela seguinte motivação, *verbis*:

"*A incerteza sobre a que exatamente corresponde a pena-base de 05 anos de reclusão se mostra mais patente ainda, considerando que, ao final, foi acrescido um terço pela continuidade delitiva, muito embora esta só se referisse ao cárcere privado, este sim, praticado contra várias vítimas, sendo certo que entre os crimes de tentativa de roubo e cárcere privado, o concurso aplicável é o material de delitos (art. 69), conforme constou às fls. 04 da denúncia, e não o crime continuado, haja vista que entre estes delitos não há absolutamente como reconhecer que se tratam de crimes da mesma espécie, de acordo com a previsão do* caput *do artigo 71 do Código Penal.*

De qualquer maneira, ainda que se entendesse, no caso concreto, terem o roubo e o cárcere privado sido praticados em continuidade delitiva, de acordo com a norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, não estaria o juiz isento de discriminar as penas de cada um, para depois fazer incidir o referido aumento legal previsto na parte geral do Código Penal, até porque os aludidos tipos penais trazem sanções distintas em termos de quantidades mínima e máxima e, inclusive, um foi cometido na forma tentada com duas causas especiais de aumento de pena (roubo) e o outro na forma consumada simples (cárcere privado)" (fls. 118).

Do exposto, acolho a preliminar agilizada pela douta Procuradoria para anular a sentença, ficando prejudicado o exame de mérito dos recursos.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

Súmula - ANULARAM, DE OFÍCIO, A SENTENÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

JÚRI - OITIVA DE TESTEMUNHA - CARTA PRECATÓRIA - EXPEDIÇÃO - FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA - JULGAMENTO ADIADO - MOTIVO JUSTO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ACUSADO - DESNECESSIDADE DE CONVOCAÇÃO PARA NOVA SESSÃO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - PROTESTO EM ATA - INEXISTÊNCIA - PRECLUSÃO - DELAÇÃO PREMIADA - LEI Nº 9.807/99 - INAPLICABILIDADE - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - NÃO-OCORRÊNCIA - RETRAÇÃO DA CONFISSÃO - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - NÃO-INCIDÊNCIA - ATENUANTE DA MENORIDADE

- A ausência de intimação da defesa da expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas por ela arroladas não leva à nulidade do julgamento, se estas testemunhas nada sabiam de relevante sobre o fato, sendo apenas referenciais, e o depoimento delas nenhuma influência teve no desfecho da causa, não acarretando, portanto, nenhum prejuízo para o réu.

- Se a prorrogação do julgamento se deu por motivo justo, uma vez que não tinha sido juntado aos autos, sem que para isso concorresse o Ministério Público com qualquer culpa, o auto de corpo de delito (*acd*), peça que, se não imprescindível, é pelo menos necessária para comprovar a natureza da lesão, o que é importante para o perfeito enquadramento legal do delito, não há que se falar que o adiamento do julgamento importou em nulidade, especialmente quando a defesa não foi capaz de apontar qual foi o prejuízo sofrido pelo acusado em razão da transferência do dia da sessão.

- Não há necessidade de se convocar nova sessão, com sorteio de novos jurados apenas para o julgamento do réu, adiado do dia 01.12 para 13.12, se a transferência se deu para o primeiro dia útil desimpedido e apenas o dia não foi o mesmo. O fato de o último julgamento da sessão estar marcado para 10.12 e o julgamento do réu ter-se realizado no dia 13.12 não tem a menor importância e não constitui sequer irregularidade. A transferência do julgamento para uma outra sessão periódica seria, na realidade, absurda e prejudicial ao réu, que se encontrava preso.

- Não havendo protesto da irregularidade, em ata de julgamento, opera-se a preclusão.

- A delação premiada prevista na Lei nº 9.807/99 não pode ser reconhecida e aplicada ao réu, quando ele admite o delito somente porque, na fuga, fora deixado para trás pelos seus comparsas, tendo o mesmo, ainda, dificultado a ação da Polícia, na medida em que aponta como partícipe do crime pessoa inocente. Outrossim, não se podem aplicar ao acusado os benefícios da referida lei, se ele, em plenário do Júri, se retrata negando sua participação no crime, dizendo que foi incriminado por manobra da Polícia.

- Se a decisão dos jurados não se mostrou em descompasso com os elementos dos autos, no sentido de que o homicídio praticado foi em razão de disputa por pontos de venda de drogas, tendo o próprio réu admitido que receberia certa importância em dinheiro pela empreitada, o reconhecimento do motivo torpe não foi arbitrário e nem constituiu criação mental dos jurados, não havendo que se falar em decisão contrária à prova dos autos.

- Havendo retratação da confissão anteriormente feita, não incide a atenuante da confissão espontânea.

- A atenuante da menoridade, por se tratar de circunstância preponderante, prevalece sobre as circunstâncias objetivas contrárias.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 189.472-4/00 - Comarca de Betim - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Carta precatória - Expedição - Falta de intimação da defesa - Prejuízo não demonstrado - Testemunhas que nada de relevante sabiam sobre o fato - Ausência de protesto em ata - Julgamento - Adiamento - Medida que não importou em nulidade - Adiamento que se fazia necessário - *Acd* da vítima que ainda não havia sido juntado aos autos - Prorrogação que nenhum prejuízo trouxe ao acusado - Desnecessidade de se convocar nova sessão com o sorteio de novos jurados - Transferência, no caso, prejudicial ao réu, que se encontrava preso - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Decisão com base nos elementos de convicção existentes - Pena - Acusado que, embora ao cometer o delito se tenha mostrado perigoso, é primário e de bons antecedentes - Diminuição operada - Recurso parcialmente provido para esse fim.

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 NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2000. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Cristian Alves Teixeira foi julgado pelo Tribunal do Júri de Betim e condenado a cumprir pena de 30 anos de reclusão, em regime fechado, nos termos do art. 121, § 2º, inc. I, e art. 121, § 2º, inc. I, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, sendo 18 anos pelo crime de homicídio consumado e 12 anos pela tentativa, sob a acusação de haver, no dia 12 de abril de 1999, na Rua Vargem Grande, esquina com Duque de Caxias, Bairro Jardim Teresópolis, naquela cidade, juntamente com outros elementos, desferido diversos disparos de arma de fogo contra Antônio Alves Ramalho e Fernando de Almeida, matando o primeiro e causando lesões gravíssimas no segundo.

Inconformado, recorreu o réu, argüindo, em preliminar, a nulidade do julgamento, pelos seguintes motivos: a) não-intimação de seu advogado da expedição das cartas precatórias para a oitiva de testemunhas por ele arroladas na contrarieade ao libelo; b) adiamento do julgamento, sem motivo; c) não-observância do princípio do juiz natural, uma vez que a 2ª sessão ordinária de julgamento da Comarca de Betim foi prevista e os jurados convocados para servirem no Tribunal do Júri do dia 01.12.99 até o dia 10.12.99, sendo o feito julgado no dia 13.12.99, sem o sorteio de novos julgadores. No mérito, pretende a realização de um novo julgamento, alegando que o primeiro teve decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sendo ela no sentido de que se caracterizou, no caso, a delação premiada; a qualificadora do motivo torpe é inexistente, e a atenuante da confissão espontânea deveria ter sido reconhecida. Alternativamente, busca a redução da pena que recebeu, considerando-a injusta e exacerbada.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos, e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo parcial provimento, para o fim de se reduzir a pena aplicada.

É o relatório resumido.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Não procedem as preliminares.

A não-intimação da defesa da expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas por ela arroladas na contrariedade ao libelo (fls. 244) de modo algum tem como levar à nulidade do julgamento, porquanto não acarretou nenhum prejuízo para o réu. Essas testemunhas, que nada sabiam de relevante sobre o fato, são apenas referenciais, e o depoimento delas nenhuma influência teve no desfecho da causa.

Além do mais, não se vê da ata de julgamento reclamação alguma a respeito, estando, pois, preclusa a questão.

O adiamento do julgamento igualmente não importou em nulidade. A prorrogação deu-se por motivo justo. Não se havia juntado aos autos, sem que para isso concorresse o Ministério Público com qualquer culpa, o *acd* da vítima não fatal Fernando de Almeida, peça, se não imprescindível, pelo menos necessária, para se comprovar a natureza da lesão, o que era importante para o perfeito enquadramento legal do delito, no caso de desclassificação.

De qualquer maneira, justa ou não, não vejo em que a transferência do dia do julgamento prejudicou o acusado, tanto que a defesa não foi capaz de apontar qual foi o prejuízo por ele sofrido.

Finalmente, não havia necessidade de se convocar nova sessão, com o sorteio de novos jurados apenas para julgamento do réu, adiado do dia 01.12 para 13.12. A transferência deu-se para o primeiro dia útil desimpedido e apenas o dia não foi o mesmo. O fato de o último julgamento da sessão estar marcado para 10.12 e o julgamento do réu ter-se realizado no dia 13.12 não tem a menor importância e não constitui sequer irregularidade.

A transferência do julgamento para uma outra sessão periódica seria, na realidade, absurda e prejudicial ao réu, que se encontrava preso.

Não fosse isso, haveria de ser considerada a inexistência, a respeito, de protesto em ata, disso resultando, igualmente, a preclusão.

Rejeito as preliminares. Todas próprias de quem melhores argumentos não tem para a defesa.

Examino o mérito.

Não tem razão o apelante quando afirma que a decisão dos jurados contrariou a prova existente nos autos.

No caso, não poderia mesmo ser reconhecida e aplicada a delação premiada prevista na Lei 9.807/99. O acusado somente admitiu o delito porque, na fuga, fora deixado para trás pelos seus comparsas (fls. 124). Além do mais, procurou dificultar a ação da Polícia, na medida em que chegou a apontar como partícipe do crime pessoa inocente, no caso, o réu impronunciado Luiz Alves Lima de Oliveira.

E, se isso não bastasse, tem-se, ainda, que, em plenário do Júri, ele se retratou, negando sua participação no homicídio e na tentativa, dizendo que foi incriminado por "manobra" da Polícia (fls. 303-TJ).

Diante disso, não tinha como receber os benefícios da mencionada lei.

Quanto à qualificadora, tenho que o seu reconhecimento também não se mostrou em descompasso com a prova, tendo em vista que o crime foi praticado em razão de disputa por pontos de venda de drogas, além de o próprio réu ter admitido que receberia pela empreitada a importância de R$800,00 (oitocentos reais).

O reconhecimento da torpeza, portanto, não foi arbitrário e nem constituiu criação mental dos jurados.

No que diz respeito à atenuante da confissão espontânea, o meu entendimento, por mais de uma vez aqui manifestado, é no sentido da sua não-incidência, quando há, como no caso houve, retratação da confissão anteriormente feita.

Portanto, mais uma vez os jurados acertaram quando não a reconheceram.

Tenho, no entanto, que assiste razão à defesa quando se insurge contra a pena aplicada.

Embora o réu realmente tenha agido com dolo acentuado e se tenha revelado elemento perigoso, entendo que o MM. Juiz foi extremamente rigoroso ao estabelecer a básica para cada um dos delitos em 18 anos. Considerando a sua primariedade e bons antecedentes, 14 anos de reclusão, patamar que supera em dois anos o mínimo cominado para a espécie, atenderia com perfeição ao critério da suficiência e da necessidade.

Além disso, a redução pela menoridade poderia ser estabelecida no *quantum* de um ano, até porque se trata de circunstância preponderante, que prevalece sobre as circunstâncias objetivas contrárias.

Assim, levando em conta as modificações agora operadas, fica a pena do delito previsto no art. 121, § 2º, inc. I, CP, em 13 anos de reclusão, e a do homicídio tentado em 08 anos e 06 meses de reclusão, esclarecendo que estes patamares foram alcançados reduzindo-se de 01 ano a nova pena-base de cada um dos delitos, em razão da incidência da atenuante acima mencionada, e a do crime tentado em mais 1/3 (art. 14, II), ou seja, 04 anos e 04 meses, ficando esclarecido, ainda, que a redução pela tentativa foi mantida no mínimo, tendo em vista que o réu percorreu praticamente todo o *iter criminis*, chegando bem próximo da consumação.

Isto posto, dou parcial provimento ao recurso, para os fins constantes deste voto.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NO MÉRITO DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

SURSIS PROCESSUAL - RÉU PROCESSADO POR OUTRO CRIME - CONCESSÃO - PRORROGAÇÃO DO PRAZO ATÉ DECISÃO DEFINITIVA DO OUTRO PROCESSO - POSSIBILIDADE - ART. 81, § 2º, DO CP - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA - REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO - CONDENAÇÃO DO RÉU A CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - *BIS IN IDEM* - INOCORRÊNCIA

- Se o acusado não fazia jus ao *sursis* processual, já que estava sendo processado por outro crime, mas, mesmo assim, tal benefício lhe foi concedido, é possível a prorrogação do mesmo, até decisão definitiva proferida no outro processo a que responde o réu, aplicando-se subsidiariamente o disposto no § 2º do art. 81 do CP, eis que, a teor do art. 92 da Lei nº 9.099/95, o Código Penal deve ser aplicado subsidiariamente quando com ela não houver incompatibilidade.

- Sendo revogado o *sursis* processual, prosseguindo o processo até a sentença que condenou o réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade, não há falar-se que a sentença condenatória impôs ao acusado o cumprimento de outra pena no mesmo processo, pois a suspensão condicional do processo não é aplicação de pena, mas tão-somente a verificação do cumprimento de certas condições aceitas pelo réu, para que não seja processado e julgado por um delito de pequeno porte. Tem esta medida natureza de transação, através da qual o Ministério Público abre mão do seu direito de ação, enquanto o réu abdica do devido processo legal, submetendo-se às condições propostas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 191.320-1/00 - Comarca de Lambari - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: *Sursis* processual - Prorrogação do prazo até decisão definitiva em processo distinto a que responde a ré - Possibilidade - Aplicação subsidiária, na Lei dos Juizados Especiais, do art. 81, § 2º, 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, 13 de março de 2001. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Perante o Juízo Criminal da Comarca de Lambari, Rosicléia de Andrade foi denunciada como incursa nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76 porque, segundo narra a denúncia, no dia 06 de junho de 1997, por volta das 16h30m, policiais civis, de posse de um mandado de busca e apreensão, dirigiram-se à casa da denunciada, situada na Rua Principal, nº 56, fundos, Bairro Vila Brasil, na citada Comarca, e lograram êxito em encontrar 14 papelotes de cocaína, bem como diversos saquinhos plásticos, usualmente utilizados para embalar drogas.

Concluída regularmente a instrução do processo, na fase de alegações finais, pugnou o RMP pela desclassificação do delito para o crime capitulado no art. 16 da Lei 6.368/76 e conseqüente designação de audiência preliminar de conciliação, nos termos da Lei 9.099/95.

Designada a audiência, foram propostas e aceitas pela denunciada as condições para a suspensão do processo, pelo prazo de dois anos, a partir de 20.08.97 (fls. 66).

Em outubro de 1998, o RMP, com fulcro no art. 81, § 3º, do CP, pleiteou a prorrogação do *sursis* processual, tendo em vista que a acusada havia sido condenada, sem trânsito em julgado, em outro processo na Comarca (fls. 71).

O pedido foi deferido, prorrogando o MM. Juiz *a quo* o prazo da suspensão deste processo até o trânsito em julgado da decisão no outro feito (fls. 72), que se deu em 01.09.99, certificando-se de que a ré havia sido condenada à prestação de serviços à comunidade e multa (fls. 79).

A RMP requereu, então, a revogação do benefício, em face da condenação sofrida pela ré, requerendo o andamento do feito (fls. 80-v.). Deferido o pedido, abriu-se vista às partes para alegações finais (fls. 81) e, após a sua apresentação, foi proferida a sentença de fls. 97/105, que desclassificou o delito para o capitulado no art. 16 da Lei Antitóxicos, condenando a ré a uma reprimenda de 01 ano e 01 mês de detenção, a ser cumprida em regime aberto e ainda ao pagamento de 20 dias-multa.

Inconformada, aviou a ré o recurso apelatório de fls. 109, com fincas no art. 593, I, do CPP. Nas razões recursais de fls. 111/117, pleiteia a extinção da punibilidade, já que a suspensão do processo foi indevidamente prorrogada, tendo ela cumprido todas as condições impostas. Diz, ainda, que não poderia ter havido revogação da suspensão, já que o fato narrado no outro processo se deu em data anterior à audiência conciliatória. Salienta que, tendo que cumprir a pena, estará configurado o *bis in idem*, eis que a recorrente cumprirá duas penas originárias do mesmo processo.

A RMP da Comarca contra-arrazoou o recurso às fls. 119/122.

Nesta instância revisora, manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça pelo não-provimento do apelo.

É, em síntese, o relatório.

Recurso próprio e tempestivo, pelo que merece ser conhecido.

Pleiteia a recorrente a declaração da extinção de punibilidade, com base no § 5º do art. 89 da Lei 9.099/95, ao argumento de que já cumpriu todas as condições impostas na audiência conciliatória, constituindo a condenação *bis in idem*, pois a recorrente terá duas penas oriundas de um mesmo processo. Argumenta, ainda, que a prorrogação do período de prova não está prevista na Lei 9.099/95.

Razão não lhe assiste.

Primeiramente, cumpre salientar que a suspensão do processo jamais poderia ter sido proposta à acusada, tendo em vista que esta não preenchia os requisitos legais previstos no art. 89 da Lei 9.099/95, pois já respondia a outro processo na Comarca, conforme atesta a certidão de fls. 38.

Mesmo assim, beneficiando a acusada, foi o *sursis* processual concedido, prorrogando-se posteriormente o período da suspensão até o trânsito em julgado da decisão proferida no outro processo a que respondia, aplicando-se subsidiariamente o disposto no § 2º do art. 81 do CP.

É que, a teor do que dispõe o art. 92 da Lei dos Juizados Especiais, o

Código Penal deve ser aplicado subsidiariamente onde com ela não houver incompatibilidade. Portanto, sendo omissa a referida lei, correta a aplicação da norma prevista no § 2º do art. 81 do CP, no caso, determinando-se a prorrogação do *sursis* até decisão definitiva, já que a ré estava sendo processada por outro crime, inexistindo qualquer incompatibilidade desta norma com a Lei 9.099/95.

Em caso semelhante, já se manifestou o nosso STJ, decidindo que "*Não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente da decisão que,* dando à lei interpretação extensiva, *prorroga o período de suspensão condicional do processo, ao invés de revogar o benefício...*" (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *in DJU* de 08.11.99, p. 09).

Desta forma, inatacável a decisão que prorrogou o *sursis* processual até decisão definitiva em processo a que a ré respondia, devendo ser salientado que foi ela devidamente intimada dessa decisão, mas não manejou a tempo e modo o recurso adequado, para manifestar seu inconformismo.

Certificando-se a condenação da apelante no outro processo, o benefício foi corretamente revogado. Aliás, como já ressaltei, a suspensão do processo sequer poderia ter sido proposta à acusada, pois ela já respondia a outro processo criminal na data em que foi proposto o *sursis*.

De outro lado, ao proferir a sentença condenatória, não se impôs à acusada o cumprimento de outra pena no mesmo processo, pois a suspensão do processo não é aplicação de pena, mas tão-somente a verificação do cumprimento de certas condições aceitas pela ré, para que não seja ela processada e julgada por um delito de pequeno porte. Tem esta medida natureza de transação, através da qual o Ministério Público abre mão do seu direito de ação, enquanto o réu abdica do devido processo legal, submetendo-se às condições propostas.

Como a acusada sequer poderia ter sido beneficiada com a suspensão, a aplicação da pena privativa de liberdade era imperiosa, sendo inabalável a r. sentença de primeiro grau.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão *a quo*.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO - COMPATIBILIDADE - CRIME HEDIONDO - CONCURSO FORMAL, MATERIAL E CRIME CONTINUADO

- As circunstâncias qualificadoras contidas no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal são objetivas e dizem respeito ao modo de execução do crime, sendo perfeitamente conciliáveis com o homicídio privilegiado, praticado em face de violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima, de natureza subjetiva.

- O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo.

- Havendo mais de uma ação com desígnios distintos, não há que se falar em concurso formal de delitos.

- Sendo as mesmas as condições de tempo, lugar e maneira de execução, prevalece a regra contida no art. 71 do CP, restando afastado o concurso material pretendido pela acusação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 192.002-4/00 - Comarca de Unaí - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Homicídio ao mesmo tempo privilegiado e qualificado - Compatibilidade das duas modalidades - Crime hediondo - Concurso formal, material e crime continuado. - As circunstâncias qualificadoras contidas no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal são objetivas e dizem respeito ao modo de execução do crime, sendo perfeitamente conciliáveis com o homicídio privilegiado, praticado em face de violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima, de natureza subjetiva. - O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo. - Havendo mais de uma ação com desígnios distintos, não há que se falar em concurso formal de delitos. - Sendo as mesmas as condições de tempo, lugar e maneira de execução, prevalece a regra contida no art. 71 do CP, restando afastado o concurso material pretendido pela acusação.

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 DO RÉU, NEGANDO-O AO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Belo Horizonte, 06 de março de 2001. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - João Alves de Freitas Filho foi pronun-

ciado perante o MM. Juiz da Comarca de Unaí como incurso nas sanções do art. 121, § 2°, inc. IV, do CP, por duas vezes, por ter ceifado a vida de Anilde Teixeira Rodrigues e Adilon Furtado de Jesus.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o réu foi condenado nas sanções do art. 121, §§ 1° e 2°, inc. IV, e art. 70, ambos do CP, recebendo pena definitiva de 12 (doze) anos de reclusão a ser cumprida em regime integralmente fechado.

Contra essa decisão o réu ofereceu recurso de apelação, com fundamento no art. 593, inc. III, letras *b* e *c*, do CPP.

Sustenta que o Tribunal Popular reconheceu, concomitantemente, o privilégio previsto no § 1° do art. 121 do CP (violenta emoção logo após injusta provocação da vítima) e a qualificadora do recurso que tornou impossível a defesa do ofendido, sendo certo que tais circunstâncias são incompatíveis.

Alega, ainda, que o regime de pena não poderia ser o integralmente fechado, visto que o homicídio privilegiado não é considerado crime hediondo.

Por fim, sustenta que a majoração da pena, em face da aplicação das disposições contidas no art. 70 do CP, não poderia se dar no grau máximo, como procedeu o douto Magistrado, já que primário e de bons antecedentes o recorrente.

O Ministério Público também interpõe recurso de apelação contra a v. sentença, com fundamento no art. 593, inc. III, letra *c*, do CPP.

Alega que o MM. Juiz, equivocadamente, reconheceu o concurso formal (art. 70 do CP), quando, na verdade, o que ocorreu foi concurso material ou mesmo concurso formal imperfeito, visto ter havido desígnios autônomos. Pleiteia, conseqüentemente, o somatório das penas.

Há contra-razões a ambos os recursos.

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 180/182, opina pelo provimento do recurso ministerial e parcial provimento do apelo oferecido pela defesa.

É o sucinto relatório.

Conheço de ambos os recursos, porque presentes os pressupostos de admissibilidade dos mesmos.

Passo a analisar o primeiro recurso, oferecido pela defesa.

A materialidade dos fatos restou comprovada pelos *acd* de fls. 37 e 54. A autoria, por outro lado, foi confessada pelo recorrente.

Incensurável, pois, a condenação lançada. Inclusive, ao que se vê das razões recursais, cinge-se o presente apelo a apenas três tópicos:

1°) compatibilidade entre o privilégio da violenta emoção e a qualificadora do recurso que tornou difícil ou impossível a defesa da vítima;

2°) o homicídio privilegiado-qualificado não é crime hediondo;

3°) redução do *quantum* do aumento relativo ao concurso formal reconhecido.

No tocante ao primeiro tópico, não tem razão a defesa.

O que leva o agente a agir não é o simples ato injusto da vítima, mas a emoção gerada no mesmo por esse ato. Daí por que a doutrina e a jurisprudência têm apontado essa causa especial de redução de pena como de natureza subjetiva e, conseqüentemente, compatível com a qualificadora objetiva do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Esse é o entendimento de Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso e Paulo José da Costa Jr., citados por ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, *verbis*:

"*... reconhecendo a aplicabilidade das condições de privilégio às duas formas, simples e qualificada, do homicídio - e esta parece ser a posição mais correta - opina Aníbal Bruno: 'Circunstâncias privilegiadoras podem concorrer com as qualificativas. As causas de privilégio são subjetivas. Motivo de relevante valor social ou moral, ou emoção violenta justificada pela provocação da vítima não podem concorrer com as circunstâncias qualificativas de caráter subjetivo que logicamente as contradizem, mas admitem concurso com qualificadoras objetivas'. Não é diverso o parecer de Heleno Cláudio Fragoso: 'Não será possível considerar-se a hipótese de concurso em relação às circunstâncias subjetivas de qualificação do homicídio, ou seja quando o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime. Todavia, em relação às circunstâncias objetivas, que dizem com os meios ou modos de execução (art. 121, § 2°, III e IV) pode haver concurso com as circunstâncias que autorizam a diminuição de pena (art. 121, §1°)'. Assim, seriam perfeitamente compatíveis a privilegiadora do motivo de relevante valor social ou moral e a qualificadora do meio insidioso ou cruel ou do modo de execução que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima. Do mesmo teor, a manifestação de Paulo José da Costa Jr.: 'Nada impede que as circunstâncias agravantes objetivas, que dizem respeito aos meios de execução do delito, concorram com as circunstâncias subjetivas, que autorizam a diminuição da pena (violenta emoção). A incompatibilidade se põe quando ambas as circunstâncias tiveram natureza subjetiva*'" (*in Teoria e Prática do Júri, RT*, 5ª ed., p. 376/377).

Também é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Homicídio ao mesmo tempo privilegiado e qualificado. Compatibilidade das duas modalidades: a) o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta*

provocação da vítima (CP, art. 121, § 1º) e b) o crime foi praticado de maneira a tornar difícil ou impossível a reação da vítima (CP, art. 121, §2º, IV)" (*RSTJ*, 26/274).

Bem como o do excelso Supremo Tribunal Federal:

"*Homicídio privilegiado. Quesitos que não se podiam considerar prejudicados pelo reconhecimento, pelos jurados, da qualificadora da surpresa, que com eles não guarda incompatibilidade. Nulidade do julgamento pelo júri.* Habeas corpus *concedido*" (*Habeas Corpus* nº 56.777-MG, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *RTJ*, 89/440).

Ainda:

"Habeas corpus - *Júri - Quesitos - Homicídio privilegiado - Qualificadora objetiva - Nulidade. - Quesitos que não se podiam considerar prejudicados pelo reconhecimento, pelos jurados, da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, que com eles não guarda incompatibilidade. Nulidade do julgamento pelo Júri.* Habeas corpus *concedido, de ofício, a um dos acusados. Recurso extraordinário, todavia, não conhecido*" (RE nº 90.268/6-MG - Relator: Min. Xavier de Albuquerque, *RF*, 277/258).

E, no mesmo sentido, o entendimento deste Tribunal de Justiça:

"*Podem coexistir as circunstâncias do homicídio privilegiado com o qualificado, porém o privilégio pode concorrer com as qualificadoras de natureza objetiva, não com as subjetivas, sendo esta posição mais lógica e sensata*" (Ap. Crim. nº 37.690/5, Rel. Des. José Arthur, "*Jurisprudência Mineira*", 131/501).

"*As circunstâncias qualificadoras contidas no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal são objetivas e dizem respeito ao modo de execução do crime, sendo perfeitamente conciliáveis com o homicídio privilegiado*" (Revisão nº 2.819/1, Rel. Des. Guimarães Mendonça, "*Jurisprudência Mineira*", 108/272).

"*Não implica contradição o reconhecimento concomitante de homicídio privilegiado e do qualificado, desde que identificadas duas circunstâncias diferentes, sendo uma de natureza subjetiva e outra objetiva. Assim, reconhecida a hipótese privilegiada do relevante valor moral, não pode o Juiz entender prejudicado o quesito da qualificadora da traição, sob pena de nulidade insanável do veredicto popular*" (Ap. Crim. nº 21.450/2, Rel. Des. Elisson Guimarães, "*Jurisprudência Mineira*", 107/356).

Conforme se vê, não há que se falar na incompatibilidade posta pela defesa, de vez que a hipótese privilegiada da violenta emoção, sendo condição subjetiva, pode concorrer com a qualificadora do recurso que dificulta ou torna impossível a defesa do ofendido, de natureza objetiva.

Relativamente ao tópico em que alega que o homicídio privilegiado-qualificado não é crime hediondo, tem razão o recorrente.

Essa matéria já foi reiteradamente decidida por esta Câmara, sempre se entendendo que o homicídio privilegiado-qualificado não é crime hediondo.

É como leciona DAMÁSIO DE JESUS:

"*Reconhecida a figura híbrida do homicídio qualificado-privilegiado, certamente surgirá corrente no sentido da hediondez, sob o argumento de que as circunstâncias do art. 121, § 1º, do CP, interferem na quantidade da pena e não na qualidade do delito. Além disso, dir-se-á, o art. 1º, da Lei n. 8.072, contém uma qualificação legal absoluta de hediondez, pouco importando a quantidade concreta da pena. Assim, considerada essa natureza, a eventual incidência de uma causa de diminuição da quantidade da resposta penal em face de circunstâncias subjetivas não tem força excludente da qualificação legal. Não obstante a sedução dessa tese, entendemos que o homicídio qualificado-privilegiado não é hediondo. Uma segunda corrente deverá surgir, de nossa preferência, alegando que, nos termos do art. 67 do CP, havendo concorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes, dá-se preponderância às de natureza subjetiva, com fundamento nos motivos determinantes do crime. Extrai-se da disposição o princípio de que, em nossa legislação, havendo simultaneidade de circunstâncias, as subjetivas preponderam sobre as objetivas. Ora, o homicídio privilegiado, que apresenta circunstâncias subjetivas, só é compatível com as qualificadoras objetivas. Logo, se no caso concreto são reconhecidas ao mesmo tempo uma circunstância do privilégio e outra da forma qualificada, de natureza objetiva, aquela sobrepõe-se a esta, uma vez que o motivo determinante do crime tem preferência sobre a outra. De forma que o reconhecimento do privilégio descaracteriza o homicídio qualificado. Assim, quando o inciso I do art. 1º da Lei 8.072 menciona o 'homicídio qualificado', refere-se somente à forma genuinamente qualificada. Não ao homicídio qualificado-privilegiado. Tanto que, entre parênteses, indica os incisos I a V do § 2º do art. 121. Suponha-se um homicídio eutanásico cometido mediante propinação de veneno; ou que o pai mate de emboscada o estuprador da filha. Reconhecida a forma híbrida, não será fácil a tarefa de sustentar a hediondez do crime. Tanto mais quando, havendo bons argumentos em favor das duas posições, tratando-se de norma que restringe o direito subjetivo de liberdade, o intérprete deve dar preferência à que beneficia o agente*" (*in Código Penal Anotado*, Saraiva, 5ª ed., 1995, p. 327/8).

Por fim, pede o apelante que seja reduzido o *quantum* do acréscimo relativo ao concurso formal de crimes reconhecido pelo MM. Juiz *a quo*.

Aqui merece um pequeno reparo a v. sentença, *data venia*.

Na realidade, no caso, não há que se falar em concurso formal, mas crime continuado.

Há concurso formal de delitos quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (art. 70, CP).

Já a continuidade delitiva configura-se quando o autor, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro (art. 71, CP).

No caso, o recorrente, ao ver sua amásia Anilde Teixeira Rodrigues nos braços de Adilon Furtado de Jesus, desferiu *em ambos* vários golpes de faca que lhes causaram a morte.

Data venia, não se pode dizer que a ação foi única. O acusado desferiu os golpes que ceifaram a vida de uma vítima, voltando-se à outra e desferindo outros golpes que a levaram também à morte.

Ocorreram, assim, duas ações distintas de matar, composta cada uma de vários atos.

Essas ações foram praticadas em continuidade, já que as condições de tempo, lugar e maneira de execução eram as mesmas e delas se pode inferir essa continuidade.

Abro um parêntese aqui para ressaltar que, após a reforma penal de 1984, admite-se, sem dúvida, a possibilidade de reconhecimento de crime continuado nas hipóteses de delitos de homicídio praticados contra vítimas diferentes.

A respeito, lecionam ALBERTO SILVA FRANCO e outros:

"*A questão relativa à aplicabilidade do crime continuado em relação a bens personalíssimos deu azo a acirrada divergência jurisprudencial, em face do § 2º, do art. 51 da PG/40. De um lado, posicionam-se os que entendiam impossível, nesse caso, a caracterização do crime continuado, posto que 'não é admissível, sem ofensa do bom senso, que diversas as pessoas, a lesão praticada contra uma seja continuação da praticada contra outra' (*RT, *436/358). Além disso, 'nos crimes que visam diretamente a pessoas, a passagem de uma para outra ofensa implica mudança de resolução criminosa'(*RT, *393/410). De outro lado, colocaram-se os que defendiam a tese da plena adaptação da figura do crime continuado no tocante aos bens personalíssimos, não só porque, em nível legal, inexistia restrição ao alcance do instituto, como também porque a norma penal reguladora do crime continuado não exigia a unidade de desígnio como um dos elementos imprescindíveis à sua conceituação.*

O dissenso jurisprudencial ficou, contudo, superado, em face do parágrafo único do art. 71 que admite o crime continuado nos crimes dolosos contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa. O texto legal mostra, portanto, à evidência que a diversidade de vítimas, em relação a crimes dolosos em que houve o emprego de violência ou de grave ameaça à pessoa, comporta a hipótese da continuidade delitiva. Em resumo, o legislador de 84 consagrou a tese de que, presentes os requisitos objetivos exigidos pelo art. 71 da PG/84, o crime continuado pode ser reconhecido em relação às ofensas de quaisquer bens jurídicos, inclusive, de caráter personalíssimo" (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, v. I, Tomo I, Parte Geral, RT, 6ª ed., p. 1.119).

Considerando, então, que, no caso, houve continuidade delitiva, tomo a pena de um dos delitos, já que idênticas ambas, no importe de 8 (oito) anos de reclusão, e acresço de 1/4 (considerando que os crimes são dolosos e que algumas das circunstâncias judiciais não são favoráveis ao réu, conforme análise feita pelo MM. Juiz *a quo*), tornando definitiva a pena do acusado em 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, em face do que dispõe o art. 33 do CP.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso da defesa para, considerando a continuidade delitiva e a inexistência de crime hediondo, reduzir a pena do acusado a 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Passo à análise do recurso oferecido pelo Ministério Público.

Pretende esse recorrente, conforme se vê de suas razões recursais, tão-somente que seja reconhecido o concurso material de delitos.

Data venia, não lhe assiste razão.

Em face do que ficou decidido quando da apreciação do recurso interposto pela defesa do réu João Alves de Freitas Filho, cuja fundamentação fica aqui adotada, não há que se falar em concurso material, mas continuidade delitiva.

Assim, considerando as razões expostas na decisão do recurso de defesa, nego provimento ao apelo oferecido pela acusação.

Em síntese, dou parcial provimento ao recurso oferecido pelo réu João Alves de Freitas Filho e nego provimento ao recurso oferecido pelo Ministério Público.

Custas, pelo acusado.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO RÉU, NEGANDO-O AO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

-:::-

TÓXICO - TRÁFICO - FILHO TRAFICANTE - AUSÊNCIA DE DELAÇÃO PELA MÃE - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - CULPABILIDADE - EXCLUSÃO - MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO - EXPEDIÇÃO

- O fato de o mandado de busca e apreensão ser expedido em desfavor do apelante não implica sua participação no delito, já que, no endereço dele constante, situa-se a sua residência.

- Ainda que sabedora da condição de traficante de seu filho, a mãe não tem o dever jurídico de denunciá-lo à Polícia. Ausentes provas de sua participação no crime, seu silêncio não implica co-autoria, em face da inexigibilidade de conduta diversa e da conseqüente exclusão de sua culpabilidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 192.453-9/00 - Comarca de Cataguases - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Crime de tráfico de entorpecentes - Filho traficante - Ausência de delação pela mãe - Inexigibilidade de conduta diversa - Culpabilidade - Exclusão. - Ainda que sabedora da condição de traficante de seu filho, a mãe não tem o dever jurídico de denunciá-lo à Polícia. Ausentes provas de sua participação no crime, seu silêncio não implica co-autoria, em face da inexigibilidade de conduta diversa e da conseqüente exclusão de sua culpabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, COM EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA.

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2001. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Condenada a quatro anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração do artigo 12, c/c 18, III, da Lei nº 6.368/76, recorre a sentenciada, postulando sua absolvição.

Conheço do recurso.

Na casa da apelante, na Cidade mineira de Dona Euzébia, foram encontradas 18 buchas de *Cannabis sativa lineu*, acondicionadas em pequenas embalagens plásticas.

Foram presos, na oportunidade, a apelante e seu filho, Maurício, também denunciado e já condenado por tráfico.

A negativa de autoria, pela apelante, foi uma constante na fase policial e no decorrer da instrução.

Seu filho, também denunciado, ouvido na Polícia, confessou-se usuário, mas alegou que desconhecia o proprietário da droga apreendida em sua residência (fls. 11) e de outras duas buchas de maconha, em seu poder apreendidas, quando de sua autuação em flagrante.

Os denunciados não estavam, efetivamente, exercendo o comércio de drogas. Logo, o núcleo do tipo do artigo 12 da Lei 6.368/76, seria "ter em depósito" ou "guardar" para fins de mercancia.

Noticiam os autos um antigo entrevero entre o policial militar Paulo Henrique Carpinetti, comandante do destacamento policial do Município, que solicitou a expedição do mandado, e a apelante, em razão de denúncia desta contra aquele.

Os policiais militares, encarregados da diligência, esclarecem que a droga estaria numa caixa, localizada sobre o guarda-roupas.

O soldado Carpinetti, em seu depoimento de fls. 61-TJ, asseverou:

"... *que, no momento em que a droga foi encontrada, o informante ainda se encontrava na entrada da residência lendo e exibindo o mandado para os acusados...*".

O policial João Batista da Rocha - fls. 64-TJ - noticiou:

"... *que o policial que encontrou a droga é lotado na cidade de Astolfo Dutra...*".

Não se discute a materialidade delitiva, consubstanciada no laudo de fls; nem a destinação mercantil da droga, acondicionada em diversos invólucros plásticos, normalmente utilizados para o repasse a terceiros.

Por tal delito, já foi condenado Maurício, com quem, quando de sua prisão, foram encontradas mais duas buchas de maconha e contra quem existem sólidas provas da traficância.

Todavia, não se vislumbra, nos autos, a existência de qualquer prova incriminatória da apelante.

A prova colhida sinaliza o exercício do tráfico por seu filho, Maurício.

O fato de o mandado de busca e apreensão ser expedido em desfavor da apelante não implica sua participação no delito, já que no endereço dele constante situa-se a sua residência.

Assim, não bastasse antiga rixa com policiais militares, é óbvio que o mandado seria expedido em nome do proprietário do imóvel em que seria exercido o tráfico de substância causadora de dependência.

Baseou-se o Magistrado, para condenar a apelante, na co-autoria e também no fato de conhecer maconha, por ser viúva de tenente do exército.

Duas hipóteses se apresentam e ambas são favoráveis à apelante.

Na primeira, a droga estaria numa caixa sobre o guarda-roupas.

Inexiste comprovação de que a apelante soubesse de sua existência, e a dúvida lhe é benéfica.

Na segunda, mesmo que soubesse que seu filho, Maurício, exercesse o tráfico de drogas, não estaria obrigada a denunciá-lo.

O seu silêncio, no caso, não pode ser havido como participação no delito, porquanto a omissão somente é relevante quando há o dever de agir, inexistente na hipótese em apreço.

- Como responsabilizar a mãe que silencia sobre a conduta ilícita de seu filho?

- Como exigir que essa mãe denuncie o próprio descendente?

A culpabilidade, a despeito da divergência doutrinária sobre ser integrante do conceito de crime ou pressuposto da pena, é, como ensina a melhor doutrina, composta pela imputabilidade, pela potencial consciência da ilicitude e pela exigibilidade de conduta diversa.

Do cotejo dos fatos, extrai-se, induvidosamente, a ausência de um dos elementos da culpabilidade, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa.

Inobstante o conhecimento, pela apelante, imputável, de que seu filho participasse de ação delituosa, não tem ela a obrigação legal de denunciá-lo.

Se a omissão da apelante, por não ter o dever de agir, não a compromete, e se "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei*" (artigo 5º, II, CF), não há falar em exigibilidade de conduta diversa e, em conseqüência, em culpabilidade.

O concurso de agentes, previsto no Código Penal, artigo 29, e transplantado para o artigo 18, III, da Lei 6.368/76, embora eventual, para ser reconhecido, reclama requisitos: pluralidade de condutas; relevância causal de cada uma; liame subjetivo e identidade de infração.

A conduta omissiva da apelante não implica sua responsabilização, por não ter o dever de agir, existente somente nos crimes comissivos por omissão.

DAMÁSIO E. JESUS, em seu *Código Penal Anotado*, 7ª adição, p. 118, em nota ao artigo 29, leciona:

"*Coopera-se por omissão com a mesma exigência devida nos delitos omissos impróprios: é necessário que o comportamento negativo constitua infração de dever jurídico: Para que alguém seja partícipe mediante omissão, basta que não tenha impedido a prática do crime, infringindo um dever jurídico. (...) A participação mediante omissão ocorre quando existe a obrigação de impedir o delito, que o omitente permite ou procede de forma que ele se realize*".

Afigura-se-nos presente uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

O mesmo penalista acima mencionado, em seu *Direito Penal*, Parte Geral, 10ª edição, p. 421, leciona:

"*Por mais previdente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não-exigibilidade de comportamento ilícito. (...) Se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa.*

A aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade encontra apoio na integração da lei penal".

Sobre a matéria, eis a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, v. II, p. 229/230:

"*... Em face, pois, de situação semelhante em que a inexigibilidade está patente, deve ser excluída a culpabilidade, muito embora a hipótese não se enquadre nos dispositivos que tratam expressamente de formas específicas da inexigibilidade*".

"*Comungamos, por isso, da opinião de BETTIOL a respeito do assunto: a inexigibilidade de outra conduta pode ser invocada, apesar de não haver texto expresso de lei, como forma genérica de exclusão da culpabilidade, visto que se trata de princípio imanente no sistema penal... Quando a conduta não é culpável, a punição é iníqua, pois a ninguém se pune na ausência de culpa...*".

Se ausente o dever de agir, na conduta omissiva, evidentemente, nenhuma relevância causal pôde resultar do silêncio da apelante.

Não há falar em vínculo ou liame subjetivo, pois tal silêncio não pode ser interpretado como incentivo ao tráfico de drogas.

Ausente a prova do tráfico pela apelante, e ausente o dever legal de denunciar seu próprio filho, resta caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa, excludente da culpabilidade.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso e, com base no artigo 386, III e IV, do CPP, absolvo a apelante.

Expeça-se, em seu prol, alvará de soltura *se por al não estiver presa.*

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Em abono à tese esposada pelo ilustre Relator, é de se anotar que, ainda que a apelante tivesse agido, e não apenas se omitido para proteger o filho, não teria praticado fato punível, seja em concurso de pessoas - já que não se pode falar em tal, após a consumação do crime, salvo, é claro, se essa participação posterior tivesse sido combinada antes, não havendo nos autos qualquer prova nesse sentido -, seja como favoreci-

mento pessoal, nos termos do art. 348, § 2º, do Código Penal, cujo fundamento é a própria inexigibilidade de outra conduta.

Com essas considerações, coloco-me de acordo com o voto do douto Relator.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA.

-:::-

CRIME DE PECULATO E USO DE DOCUMENTO FALSO - NULIDADE DA SENTENÇA - PRELIMINAR - INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO NA APLICAÇÃO DA PENA - IMPROCEDÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DO ART. 61, II, *B*, DO CP - CONFIGURAÇÃO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - INADMISSIBILIDADE - CRIMES AUTÔNOMOS - CONCURSO MATERIAL DE INFRAÇÃO

- Inocorrente a alegada transgressão à norma prevista no art. 68 do Código Penal, sendo a pena estabelecida com a necessária observância do critério trifásico, se o juiz sentenciante, ao fixar a pena-base analisou, à luz das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o crime do art. 312, punido com pena mais severa; numa segunda fase, aumentou a pena, considerando a agravante de que o segundo delito foi praticado para ocultar a existência de crime anterior; e, num terceiro momento, aumentou a pena em 1/3 (um terço), por força do concurso formal.

- Pela própria exegese do art. 70 do CP, reconhecido o concurso formal de crimes; não se exige a fixação penal para cada crime concorrente, competindo ao juiz sentenciante estabelecer a pena fulcrado exclusivamente no delito punido com a pena mais grave, sendo que a individualização da pena se opera sobre a mais grave das penas cabíveis.

- Em caso de possível prescrição, tratando-se de crime formal, não se leva em conta apenas o acréscimo decorrente do concurso formal.

- No caso de peculato, a finalidade principal do legislador, a par de tutelar o dinheiro e o patrimônio público, é garantir a moralidade administrativa, sem a qual se torna impossível o regular desenvolvimento da atividade estatal.

- Caracterizado está o crime de peculato, na sua configuração central, a impor a condenação nos termos do art. 312 do CP, quando comprovado induvidosamente nos autos que a apelante, no cargo de contadora-tesoureira *ratione officii*, recebeu certa quantia em dinheiro referente a pagamento de multa, dela se apropriando em proveito próprio.

- Se a apelante, consumado o peculato, resolveu utilizar-se de guia falsamente autenticada, para encobri-lo, juntando-a aos autos, evidenciado está o crime do art. 304 do CP.

- Inaplicável a consunção do crime de *falsum* pelo delito de peculato, tratando-se de delitos autônomos com objetividade jurídica distinta, sem relação de meio e fim.

- Ocorrendo condutas distintas, impõe-se a regra do concurso material. Presentes os elementos do concurso material, aplicam-se cumulativamente as penas cominadas a cada infração penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 194.300-0/00 - Comarca de Aimorés - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crime de peculato e uso de documento falso - Preliminar de nulidade da sentença - Inobservância do critério trifásico na aplicação da pena - Improcedência - Sentença condenatória que considerou os critérios previstos no art. 59, CP, aplicando a agravante do art. 61, II, *b*, e aumentando-a, numa 3ª fase, em 1/3, por força do concurso formal - Observância do preceito contido no art. 68, CP - Individualização que se operou sobre a pena mais grave, em face do concurso formal de infrações - Possibilidade - Nulidade rejeitada - Crime de peculato - Acusada que, no exercício do cargo de contadora-tesoureira do Fórum, *ratione officii*, recebe certa quantia em dinheiro referente a pagamento de multa conseqüente de condenação judiciária, dela se apropriando em proveito próprio - Autoria induvidosa - Materialidade comprovada - Delito caracterizado - Insignificância da quantia apropriada - Irrelevância - Moralidade pública - Objetivo maior da lei - Crime de *falsum* (art. 304, CP) - Uso de guia de arrecadação falsificada - Delito caracterizado - Autoria comprovada - Acusada que, esgotado o crime de peculato, se utilizou de guia falsamente autenticada, anexando-a aos autos, para encobrir o crime anterior - Circunstância agravante do art. 61, II, *b* - Configuração - Aplicação do princípio da consunção - Inadmissibilidade - Crimes autônomos - Concurso material de infração - Recurso da defesa desprovido - Recurso ministerial - Provimento parcial.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR. NEGAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DAR PROVIMENTO PARCIAL À SEGUNDA. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2001. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Após regularmente processada, foi Rosângela Teixeira condenada à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 40 dias-multa, no seu valor mínimo, como incursa nas sanções dos arts. 312 e 304, c/c o art. 70 do Código Penal, pelo fato de, em 10.04.97, nas dependências do Fórum, na Comarca de Aimorés, onde exercia o cargo de contadora judicial, ter-se apropriado de importância destinada ao Fundo Penitenciário, confiada à mesma para depósito bancário.

Após a apropriação, juntou ao Processo Criminal nº 5.764/96, no qual Adelson Barbosa da Silva foi condenado ao pagamento de multa, uma guia falsa, para que fosse declarada extinta a punibilidade e, conseqüentemente, arquivados os autos.

Inconformados com a condenação, interpõem o RMP e a acusada recurso de apelação, argüindo o primeiro, em preliminar, a nulidade do processo a partir da sentença, por ter sido proferida sem a observância do critério trifásico exigido no art. 68, CP, para a fixação da pena, e, alternativamente, se ultrapassada a questão preliminar, pela aplicação do concurso material, em face da presença de duas condutas criminosas distintas, conforme reconhecido na própria sentença, com a exasperação da reprimenda imposta pelo Juiz sentenciante.

Por sua vez, pretende a acusada, através de seu defensor, a sua absolvição, por insuficiência de provas, e, alternativamente, a absorção do delito do art. 304, CP (*falsum*), pelo crime previsto no art. 312, CP (peculato), com a imposição da pena mínima e com a concessão do *sursis*.

Argumenta que a prova se restringe às palavras da testemunha Edmilson Barbosa da Silva, total e completamente contraditórias, não havendo prova concreta do suposto depósito em sua integralidade na conta da apelante, não se caracterizando, portanto, o crime de peculato.

Alega, ainda, que a última pessoa que manuseou os presentes autos foi o escrivão Jeferson, inimigo reconhecido da acusada, pessoa que detinha o controle das guias, do maquinário do Fórum e das chaves das repartições, sendo indiscutível que sua condenação se sustentou em indícios fracos e absolutamente insuficientes.

Alternativamente, pleiteia a aplicação do princípio da consunção, sendo o peculato o crime-fim e o *falsum*, tão-somente, o crime-meio por aquele absorvido.

Por derradeiro, pleiteia seja aplicada, apenas, a pena do crime de peculato, em seu mínimo, com a concessão do *sursis*.

Por outro lado, argumenta o Órgão de Acusação, em suas razões recursais, em preliminar, que o ilustre Magistrado deixou de fixar a pena para cada crime, entendendo tratar-se de concurso formal, para só depois operar o aumento no *quantum* fixado para cada delito concorrente, além de, na fixação da pena-base, ter analisado, equivocadamente, as circunstâncias agravantes e atenuantes, com a indevida supressão de uma etapa, sendo que a inobservância do método trifásico é causa de nulidade da sentença.

Argumenta, ainda, que a pena aplicada em delito formal foi pequena, o que desvaloriza a atuação estatal e torna-se fonte de impunidade.

Os recursos foram contrariados, manifestando-se ambos os apelantes pelo desprovimento dos recursos.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em preliminar, pela nulidade da sentença, conforme argüido no recurso ministerial, e, no mérito, pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do apelo da defesa.

Ab initio, há que se analisar a preliminar suscitada pelo representante do Ministério Público.

Da análise da sentença, verifica-se que, ao fixar a pena-base, o MM. Juiz sentenciante analisou, à luz das circunstâncias judiciais do art. 59, CP, o crime do art. 312, punido com pena mais severa, fixando a pena-base em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa. Numa segunda fase, aumentou a pena em 03 meses, considerando a agravante de que o segundo delito foi praticado para ocultar a existência de crime anterior, e, num terceiro momento, aumentou a pena em 1/3, por força do concurso formal.

Assim, a pena foi estabelecida com a necessária observância do critério trifásico, não havendo, portanto, a alegada transgressão à norma prevista no art. 68, CP.

Ademais, reconhecido o concurso formal de crimes, não se exige a fixação penal para cada crime concorrente, pela própria exegese do art. 70, CP, competindo ao Juiz sentenciante estabelecer a pena fulcrado exclusivamente no delito punido com a pena mais grave, sendo que a individualização da pena se opera sobre a mais grave das penas cabíveis.

Neste sentido, confira-se a orientação jurisprudencial, consubstanciada na ementa *in verbis*:

"*Por curial à exegese do art. 70 do Código Penal, compete ao magistrado estabelecer a pena fulcrado exclusivamente no delito punido com pena mais grave (homicídio culposo) e não igualmente fixá-la quanto ao delito punido com pena mais branda (lesões corporais culposas), concluindo-se, daí, que a individualização da pena operaliza-se sobre a mais grave das penas cabíveis, influindo o número de vítimas ou o delito concorrente apenas para balizar o aumento do acréscimo*

no concurso formal" (TJSC - AC - Rel. Alberto Costa - *RC*, 73/604).

Em caso de verificação de possível prescrição, conforme preocupação demonstrada pelo douto Procurador de Justiça em seu parecer, em se tratando de crime formal, conforme pacífica orientação pretoriana, não se leva em conta apenas o acréscimo decorrente do concurso formal.

Assim sendo, ausente a alegada nulidade processual, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, por questão de ordem técnica, há que ser analisado, primeiro, o recurso da apelante Rosângela Teixeira.

Consta dos autos que a acusada, no dia 10.04.97, no exercício de sua função de contadora-tesoureira do Juízo da Comarca de Aimorés, recebeu a quantia de R$37,30 de Edimilson Barbosa da Silva, como pagamento de multa destinada ao Fundo Penitenciário.

Em seu depoimento na instrução criminal, confirma Edimilson que, naquela data, dirigiu-se ao Fórum local, a pedido de seu irmão Adelson, para pagar uma multa imposta àquele pelo Juízo criminal. Na oportunidade, foi atendido por Rosângela (a apelante), que lhe informou que o banco só abriria às 12h30m, e, estando com pressa, esta, solicitamente, se ofereceu para efetuar o referido pagamento, sendo que "*o depoente providenciou dinheiro trocado e entregou a quantia certa à ré*" (fls. 629).

Todavia, a acusada, ao receber o dinheiro, não lhe deu o fim a que se destinava, dele se apropriando, conforme demonstrado nestes autos.

O Bemge, em auditoria solicitada por aquele Juízo, confirmou que tal pagamento não se realizou, relacionando, às fls. 85/172, cópias de todas as fitas magnéticas com os pagamentos realizados no dia 10.04.97, onde consta, às fls. 137 e 138, um único pagamento no valor de R$37,30, mas feito em face de fatura de conta de energia elétrica à Cemig, o que é confirmado às fls. 309/310, em documento emitido por aquela empresa, comprovando que o único pagamento efetuado naquela data e neste valor, na agência local do Bemge, refere-se ao pagamento de conta de energia elétrica, e não ao pagamento que deveria ter sido efetuado pela apelante.

Posteriormente, em 16.04.97, conforme consta da certidão de fls. 641-TJ, o processo de Adelson Barbosa da Silva foi arquivado.

Neste mesmo dia, coincidentemente, a apelante depositou em sua conta corrente um valor correspondente a R$37,25, quase a mesma quantia que recebera indevidamente (R$37,30), como se verifica do extrato bancário de fls. 479-TJ.

Na verdade, não se pode afirmar ser esta a mesma quantia da qual se apropriou, fato que, no caso, se mostra irrelevante.

Conforme demonstrado *quantum satis* pela prova testemunhal (depoimento de Edimilson Barbosa da Silva), confirmado plenamente pela prova material, na verdade, a apelante, como funcionária pública, no exercício de sua função de contadora-tesoureira, recebeu, em nome da Administração Pública, quantia a ser depositada judicialmente, não o fazendo. Ao receber o dinheiro, agiu como *longa manus* da Administração, não podendo dele apropriar-se.

Igualmente irrelevante tratar-se, de certa forma, de quantia irrisória.

Na hipótese, a finalidade principal do legislador, a par de tutelar o dinheiro e o patrimônio público, é garantir a moralidade administrativa, sem a qual se torna impossível o regular desenvolvimento da atividade estatal.

"*No caso de peculato, a objetividade jurídica de maior relevância não é tanto a defesa dos bens da Administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade da Administração. O dano, mais que material, é moral e político*" (*RJTJSP*, 81/500-503).

Em seu interrogatório na instrução criminal, afirma a acusada não se recordar dos fatos descritos nestes autos, relatando, todavia, que costumava receber valores judiciais a serem depositados, repassando-os a terceiros, funcionários do Fórum ou do Bemge para tal fim, não conferindo, posteriormente, se tal recolhimento tinha sido feito corretamente (fls. 604).

Por sua vez, a testemunha Jefferson Dias Batista, mesmo diante de sua notória inimizade com a ré, se comprometeu a dizer a verdade, não sendo a mesma contraditada, não se podendo, portanto, desacreditar seu depoimento, como quer a apelante. Esclarece esse depoente que o procedimento comum no caso é que, quando o sentenciado comparece para efetuar o pagamento, o processo é remetido à contadora, esta efetua os cálculos e devolve o processo já com a guia preenchida e paga para a escrivania, procedimento este não adotado, no caso, pela apelante (fls. 621/622).

Assim, comprovado induvidosamente nos autos que a apelante, no exercício de seu cargo de contadora-tesoureira, *ratione officii*, recebeu certa quantia em dinheiro referente a pagamento de multa oriunda de condenação judiciária, dela se apropriando em proveito próprio.

No caso, perfeitamente caracterizado o crime de peculato, na sua configuração central, a impor a condenação da acusada nos termos do art. 312 do Código Penal, como corretamente decidido pelo MM. Juiz de primeiro grau.

Quanto ao crime de *falsum* (art. 304, CP), ressai do conjunto probatório que, consumado o peculato, a apelante resolveu fazer uso de uma guia falsificada para encobri-lo, juntando-a aos autos.

A guia falsificada encontra-se acostada à fl. 29, sendo que o laudo pericial de fls. 245/246 constata que a

mesma foi falsificada com a utilização de uma máquina de escrever "Facit", plaqueta patrimonial nº 79079, coincidentemente, a mesma máquina que era utilizada pela apelante, conforme comprovado na certidão de fls. 299, ratificada na certidão de fls. 639-TJ.

A acusada, em seu interrogatório, afirma evasivamente desconhecer qual tipo de máquina vinha utilizando nos últimos meses no seu serviço no Fórum.

Todavia, a testemunha Jefferson Dias Batista, em seu depoimento na instrução criminal, afirma que a máquina referida foi entregue aos cuidados pessoais da ré, sendo recolhida em 03.11.97, e que, na condição de escrivão judicial, recebeu o processo com a guia falsificada juntada aos autos e, quando analisou a guia de forma mais apurada, pôde perceber que a mesma tinha sido preenchida fraudulentamente no campo da autenticação mecânica, destinado à entidade bancária (fls. 621/622-TJ).

De resto, instaurado processo administrativo-disciplinar contra a apelante, concluiu-se que Rosângela vinha apropriando-se de valores do Estado e falsificando guias de recolhimento desde 04.04.91, até 27.05.97, quando cumprido o mandado de prisão preventiva em seu desfavor, conforme consta do relatório final de fls. 505/507 e certidão de fls. 638, razão pela qual foi exonerada do cargo, por ato do Exmo. Presidente deste Tribunal de Justiça.

Assim, também caracterizado o crime do art. 304, CP, não subsistindo as alegações da apelante de insuficiência de provas para a sua condenação.

Quanto à consunção do crime de *falsum* pelo delito de peculato, trata-se, *in casu*, de delitos autônomos, com objetividade jurídica distinta, sem relação de meio e fim.

Esgotado o crime de peculato, valeu-se a apelante da guia falsificada para encobrir a sua conduta criminosa, anexando-a aos autos e possibilitando o arquivamento do feito.

Aliás, este fato foi admitido pelo próprio Juiz sentenciante, ao considerar a agravante do art. 61, II, *b*, do Estatuto Penal.

E, tratando-se de condutas distintas, há que se impor a regra do concurso material. Presentes os elementos do concurso material, aplicam-se cumulativamente as penas cominadas a cada infração penal.

Em conformidade com as circunstâncias judiciais já bem analisadas pelo MM. Juiz sentenciante, que não desfavorecem a acusada, fixo a pena do crime previsto no art. 304, CP (*falsum*) em seu mínimo, ou seja, 02 anos, que, *ex vi* da circunstância agravante prevista no art. 61, II, *b*, do CP (ocultar o crime de peculato), fica acrescida em 03 meses. Considerando-se o concurso material (art. 69, CP), fica a pena, ao final, concretizada em 04 anos e 03 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, o que afasta a pretendida concessão do *sursis* e mesmo a aplicação de penas restritivas de direito, a teor do art. 44, CP.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, nego provimento ao recurso da apelante, e dou provimento parcial ao recurso ministerial, para condenar a acusada à pena de 04 anos e 03 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, como incursa nas sanções dos arts. 312 e 304, c/c o art. 61, II, *b*, e 69, todos do Código Penal.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL À SEGUNDA. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

LEGÍTIMA DEFESA - CESSAMENTO DA AGRESSÃO - UTILIZAÇÃO DE MEIOS DESNECESSÁRIOS - AFASTAMENTO DA EXCLUDENTE - VÍTIMA AFASTADA DAS OCUPAÇÕES HABITUAIS POR MAIS DE TRINTA DIAS - LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE - CONFIGURAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA LESÃO SIMPLES - INADMISSIBILIDADE

- Ainda que estivesse o apelante em momento inicial de legítima defesa, deixou, *a posteriori*, de estar amparado pelo tipo permissivo, quando, durante a discussão, chutou a perna da vítima, derrubando-a, e, estando esta ainda ajoelhada, dilacerou-lhe, com um facão, a orelha, constituindo tal ato utilização de meio desnecessário, descaracterizador da excludente.

- Resultando dos autos que a vítima ficou afastada por mais de trinta dias de suas ocupações habituais, não há falar-se em desclassificação para lesão simples.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 195.042-7/00 - Comarca de Caratinga - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Processual penal - Lesões corporais - Natureza grave - Legítima defesa - Inexistência. - Ainda que em momento inicial de legítima defesa, afasta-se a excludente quando o acusado livra-se da suposta agressão com um chute (até então meio necessário) e, em seguida, com a vítima ajoelhada, desfere-lhe uma facada na orelha (meio desnecessário e porque já cessada a agressão). - Se resulta dos autos que a vítima ficou afastada mais de 30 dias de suas ocupações habituais, não há falar em desclassificação para lesão simples.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2001. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Preso, apela o sentenciado contra sua condenação a 02 anos, 03 meses e 02 dias de reclusão, no regime inicialmente fechado, por infração do artigo 129, § 1º, II, c/c o artigo 61, I, ambos do Código Penal.

Pretende o apelante a absolvição (pela excludente da legítima defesa) ou, pelo menos, a desclassificação do fato para o *caput* do artigo 129 do CP.

Conheço do recurso.

A materialidade delitiva encontra-se estampada nos laudos de fls. 10/12/16/18-TJ.

O apelante, em suas declarações de fls. 40/41, admite:

"... *que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, todavia, tem a esclarecer que assim agiu em sua legítima defesa;... que já foi preso anteriormente, sendo condenado em vários processos por crimes de lesões corporais, furto e tentativa de homicídio e porte de arma...*".

Alexandre Alves do Carmo, ouvido às fls. 48-TJ, noticiou:

"*Que presenciou os fatos narrados na denúncia; que os fatos aconteceram no dia 27/08/98, por volta das 13h, em um bar ao lado do bar Ponto Quente, na Praça da Estação, em Caratinga/MG; que acusado e vítima bebiam no bar ao lado do Ponto Quente, sendo que o depoente fazia um lanche no bar Ponto Quente; que, em dado momento, o acusado e a vítima começaram a brigar e foram para o meio da rua, sendo que eles estavam bastante embriagados; que o acusado desferiu um chute na perna da vítima, fazendo com que essa caisse e em ato contínuo sacou do facão que estava em sua cintura e desferiu um golpe na vítima, quando esta ainda estava ajoelhada, acertando a orelha da mesma...*".

Restou demonstrado que acusado e vítima, então companheiros de bebedeira, desentenderam-se e começaram a discutir.

Sustenta a defesa que o apelante foi, primeiro, agredido.

Todavia, a excludente da legítima defesa não ficou caracterizada.

Do testemunho de Alexandre, acima referido, extrai-se que, ainda que estivesse o apelante em momento

inicial de legítima defesa, deixou, *a posteriori*, de estar amparado pelo tipo permissivo.

Com efeito, durante a discussão, o apelante chutou a perna da vítima, derrubando-a, e esta, ainda ajoelhada, foi atingida pelo facão daquele, que lhe dilacerou a orelha.

Se a vítima, mesmo que em atitude agressiva, quedou com o chute e foi ao chão, a facada posterior constitui utilização de meio desnecessário, descaracterizador da excludente.

Ademais, pelas próprias palavras do apelante, vê-se que se trata de pessoa dada a resolver suas pendências com agressividade.

Correta a decisão condenatória, porquanto, ainda que imbuído o apelante, inicialmente, pela autodefesa, deixou de sê-lo ao, *desnecessariamente*, esfaquear a vítima ajoelhada, embora *já cessadas as eventuais agressões*.

Quanto à desclassificação pretendida, desassiste razão ao apelante, eis que, pelo laudo de fls. 16, demonstrada a incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias (resposta ao Quesito Complementar nº 01, artigo 129, § 1º, I, do CP).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - REMISSÃO - CUMULATIVIDADE - ACEITAÇÃO PELO MENOR E SEU REPRESENTANTE LEGAL - NECESSIDADE - APLICAÇÃO DA MEDIDA - COMPETÊNCIA DO JUIZ - INTIMAÇÃO DA SENTENÇA - CERTIDÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - CIENTE - AUSÊNCIA - RECURSO - PRAZO

- Se na certidão de intimação da sentença não há a aposição do ciente pelo Ministério Público, nem o certificado de sua recusa em apô-lo, dela não pode começar a fluir o prazo do Órgão Ministerial para interposição de recurso.

- A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz. Não compete ao Ministério Público promover transações com o menor infrator para a aplicação de tais medidas, competindo-lhe, tão-somente, a teor do art. 180 do Estatuto da

Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para propor a aplicação dessas medidas.

- A cumulação da remissão com medida socioeducativa deve ocorrer em casos eventuais, e não sistematicamente, ou seja, apenas quando haja comprovação da necessidade de tal cumulatividade, sendo necessário, ainda, para a ocorrência dessa cumulação, que a mesma seja aceita, previamente, pelo menor e seu representante legal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 195.866-9/00 - Comarca de Alfenas - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Estatuto da Criança e do Adolescente - Prática de ato infracional - Concessão pelo RMP da remissão, pretendendo também a aplicação de medida socioeducativa - Hipótese em que o magistrado homologou a remissão, recusando a medida de advertência - Admissibilidade. - A competência para representar o magistrado, propondo a aplicação da medida, é do Ministério Público, mas a decisão, por expressa disposição do ECA, é da autoridade judiciária. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2001. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Cuida-se de apelação interposta pelo Órgão Ministerial com assento na Vara da Infância e da Adolescência da Comarca de Alfenas, visando desconstituir a decisão daquele Juízo, que, embora tenha homologado a remissão por ele concedida ao menor N.J.S., apreendido por agressão, não acatou o seu pedido, de cumulação da mesma com a medida socioeducativa de advertência, ao argumento de não ser isso possível.

Aduz o representante do *Parquet*, em síntese, como razões recursais, ser de amplo conhecimento que a referida cumulação é perfeitamente possível, uma vez que esta transação, assim como a transação penal da Lei 9.099/95, visa antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo, também, desta forma, o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo. Por isso, alega ter-se equivocado o Magistrado de primeiro grau, quando entendeu que o Ministério Público não poderia conceder a remissão cumulada com qualquer das medidas socioeducativas previstas em lei. Lembra, inclusive, que à autoridade judiciária cabe apenas homologar o referido pedido formulado pelo representante do Ministério Público. Traz à colação decisões pretorianas neste sentido.

Salienta, pois, que, em face do acima exposto, justificada está a sua indignação com a decisão de primeiro grau, uma vez que o Julgador *a quo*, nas suas atribuições, negou-se a dar provimento ao requerimento por ele feito, alegando não ser passível de cumulação a remissão e a aplicação de medida socioeducativa, pelo que requer seja reformada a referida decisão, corrigindo-a e adequando-a ao procedimento correto previsto na legislação em vigor.

Após as contra-razões recursais, em despacho de fls. 18, manteve o Juiz monocrático a decisão guerreada.

Em parecer de fls. 24/27, opina a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relatório, no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A preliminar de intempestividade do mesmo, invocada em contra-razões recursais, não merece acolhida.

É que, muito embora exista nos autos a certidão de intimação da sentença, datada do dia 28.04.2000, conforme se verifica à fl. 05-v.-TJ, na mesma não há a aposição de ciente, por parte do representante do Ministério Público. E, de acordo com a orientação pretoriana, inclusive dos Tribunais Superiores, "*a simples certidão do escrivão de que intimou as partes, sem que haja a aposição do 'ciente' pelo Órgão do Ministério Público, nem se tenha certificado a sua recusa em opô-la, não é suficiente para que dela comece a fluir o prazo da acusação para interposição de recurso*". (Nesse sentido, *RTJ*, 75/440, *RSTJ*, 54/457 e 85/344-5.)

Sendo, pois, próprio, tempestivo e regularmente processado, conheço do presente recurso.

Contudo, carece de razão o combativo Órgão recorrente.

Conforme tivemos oportunidade de afirmar no julgamento da Apelação 195.868-5/00, que tratava de questão idêntica à presente:

"*Dispõe o art. 180 do ECA que cabe ao representante do Ministério Público, ao receber o boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial (art. 179), promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para a aplicação de medida socioeducativa. Todavia, a decisão sobre essa representação, por expressa disposição do próprio estatuto, é da autoridade judiciária, que apreciará a sua conveniência ou não, eis que a aplicação de medida socioeducativa é um ato tipicamente jurisdicional.*

Inclusive, de conformidade com as Súmulas 22 deste Tribunal e 108 do STJ:

'A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz'.

Não compete, data venia, *ao Ministério Público, promover transações com o menor infrator para a aplicação de tais medidas, sendo certo que, no presente caso, não há sequer comprovação no sentido de que tal transação se tenha verificado.*

Quanto à cumulação da remissão com medida socioeducativa, conforme reiteradamente temos decidido, deve ocorrer em casos eventuais, e não sistematicamente, ou seja, apenas quando haja comprovação da necessidade de tal cumulatividade, o que aqui não se demonstrou.

A propósito, conforme expresso no art. 127 do ECA:

'A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente *a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação de regime de semi-liberdade e a internação' (o grifo é nosso).*

Ademais, se fosse o caso de se cumular a remissão concedida pelo Dr. Promotor de Justiça com a aplicação de medida socioeducativa, conforme sua pretensão, seria necessário que tal fosse aceito pelo menor e seu representante legal. E não poderia realmente ser de outra forma, pois, nesse caso, viria o perdão acompanhado de uma medida que não deixa de ser uma sanção.

Conforme bem colocou o Des. Kelsen Carneiro, no julgamento da Apelação nº 106.839/4, que tratava de caso análogo a este, 'não tem sentido - em hipótese que está a excluir a movimentação do processo contra o adolescente, quando concedida a remissão pelo Ministério Público - o magistrado aplicar-lhe medida socioeducativa, sem a sua aceitação e de seu representante legal, quando, se se desenvolvesse normalmente o procedimento, poderia o mesmo, a final, ser julgado improcedente'.

No caso em tela, não se tem qualquer notícia de que tenha havido prévia aceitação do menor e do seu representante legal sobre a pretensão ministerial de se cumular a remissão com a medida socioeducativa da advertência, sendo certo que não se pode atropelar as garantias processuais e constitucionais postas à disposição do adolescente pelo Estatuto".

Por tudo isso, agiu com acerto o digno Magistrado de primeiro grau, quando somente homologou a remissão concedida ao menor N.J.S., pelo representante do Ministério Público, não aceitando a cumulação da mesma com a medida socioeducativa da advertência.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SENTENÇA *ULTRA PETITA* - RECONHECIMENTO DE QUALIFICADORA NÃO ARTICULADA NA DENÚNCIA - INOBSERVÂNCIA DO ART. 384, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

- É *ultra petita* a sentença que reconhece qualificadora não cogitada pelo Ministério Público, aplicando pena maior que a proposta na denúncia.

- As qualificadoras são da essência dos delitos e integram o seu conceito típico. O crime simples é uma realidade penal e o qualificado é outra. Por isso, é vedado ao juiz agir de ofício, injetando matéria estranha na peça de acusação, considerando qualificadora não enunciada na denúncia. O que se admite é que se alerte o Ministério Público sobre a possibilidade de uma nova leitura do fato para o devido aditamento permitido pelo art. 384, parágrafo único, do CPP, abrindo-se para o réu oportunidade de rever, modificar, restringir ou ampliar sua defesa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 196.164-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Acolhe-se preliminar e anula-se a sentença.

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 PARA ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2001. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Denunciado e processado como incurso nas sanções do art. 10 da Lei nº 9.437/97, foi Edmilson Martins Lisboa condenado como incurso nas sanções do art. 10, § 3º, inciso IV, da referida lei, sendo apenado com dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e dez (10) dias-multa, tudo porque, em 25 de março do corrente ano, na confluência do Anel Rodoviário com a Av. Amazonas, na Cidade Industrial, portava ele uma pistola IMBEL, cal. 380, com cinco (05)

cartuchos intactos, sem a devida autorização legal.

Inconformado, apelou Edmilson, alegando preliminar de nulidade da sentença por ser *ultra petita*, pois considerou qualificadora não enunciada na denúncia.

Quanto ao mérito, criticou o apelante a reincidência e defendeu a tese de cabimento, no caso, de pena alternativa, restritiva de direitos, bem como o reconhecimento da atenuante do art. 65, inciso III, letra *d*, do Código Penal.

Contra-razões, às fls. 78 e 79-TJ.

Emitindo parecer às fls. 85/88-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da preliminar e, no mérito, pelo não-provimento do recurso.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

De fato, a r. sentença condenatória transpôs os limites da acusação ao reconhecer uma reincidência não cogitada pelo Ministério Público e que é causa de qualificação.

Com isso, agiu o douto Sentenciante *ultra petita*, aplicando ao ora apelante pena maior que a proposta na denúncia.

As qualificadoras são da essência dos delitos, integram seu conceito típico. O crime simples é uma realidade penal; o crime qualificado, outra. Por isso, é vedado ao sentenciante agir de ofício, injetando matéria estranha na peça de acusação. O que se admite e se pode admitir é que se alerte o Ministério Público sobre a possibilidade de uma nova leitura do fato para o devido aditamento, aditamento permitido pelo art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal, abrindo-se para o réu oportunidade de rever, modificar, restringir ou ampliar sua defesa.

Inegavelmente, a r. sentença está nula e, por isso, acolho a preliminar e decreto a nulidade da mesma para que outra se prolate.

Custas, *ex lege*, pelo Estado.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Peço vista.

Súmula - O RELATOR DÁ PROVIMENTO. PEDIU VISTA O DES. REVISOR.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (*Des. Odilon Ferreira*) - O julgamento desse feito foi adiado na sessão do dia 06.02.2001, a meu pedido, como Revisor, após votar o Relator, dando provimento ao recurso.

Meu voto é o seguinte:

Pedi vista destes autos, na sessão anterior, para uma análise mais

tranqüila da preliminar de nulidade da sentença levantada pela defesa do recorrente Edmilson Martins Lisboa.

Estou a acompanhar o entendimento do em. Des. Relator, vez que, na espécie, a nulidade apontada é patente.

Efetivamente, implica decisão *extra petita* a inclusão na condenação de circunstância qualificadora modificadora do tipo e exacerbadora da pena, não articulada na denúncia.

Ora, tendo sido o réu denunciado unicamente no *caput* do art. 10 da Lei nº 9.437/97 (delito simples de porte ilegal de arma de fogo), o culto Magistrado não poderia transpor os limites da acusação para condenar o acusado no delito de porte ilegal de arma qualificado pela reincidência, previsto no art. 10, § 3º, inc. IV, da referida lei, sem aplicar o disposto no art. 384, parágrafo único, do CPP, eis que, na espécie, a reincidência, além de não ter constado sequer implicitamente na denúncia, funciona como circunstância elementar do delito do art. 10, § 3º, inc. IV, da Lei nº 9.437/97, alterando toda a estrutura do tipo, que, de simples, passa a ser qualificado, com aplicação de pena e regime de cumprimento mais graves.

Nesse sentido doutrina JÚLIO FABBRINI MIRABETE: "*Quanto às qualificadoras, que a lei por vezes inclui genericamente como 'circunstâncias', é pacífico que não podem ser elas reconhecidas se não alegadas, pois são elas alteradoras do próprio tipo penal que, de simples, passa para qualificado. Nem mesmo o reconhecimento de causa especial de aumento de pena, que equivale a uma qualificadora, em sentido amplo, se tem permitido quando não articulada na denúncia ou no eventual aditamento da inicial. Nessas hipóteses, deve o Juiz utilizar-se do disposto no art. 384*" (*Código de Processo Penal Interpretado*, 2ª ed., 1995, p. 445).

Ainda que esta circunstância (reincidência) tenha sido convenientemente esclarecida no decorrer da instrução, não poderia o MM. Juiz reconhecê-la na sentença sem a prévia observância do disposto no art. 384 do CPP, pois pacífico é o entendimento jurisprudencial no sentido de que:

"*Não pode o juiz na sentença reconhecer a tipificação de qualquer causa de aumento da pena não prevista na peça inaugural do processo, sem antes recorrer à providência do art. 384 do CPP, sob pena de afrontar o princípio do contraditório, cuja principal função é disciplinar a atividade das partes* (TAMG - AP - Rel. Sílvio Coimbra - *RT*, 423/462).

Assim sendo, nula é a sentença que, em flagrante desrespeito ao parágrafo único do art. 384 do CPP, não apresenta correlação com a acusação imputada e dá nova classificação ao fato, valendo-se de circunstância não narrada na denúncia, se a nova definição do fato importa na aplicação de pena mais grave ao acusado, sem que houvesse aditamento da inicial acusatória e sem se proceder a complementar

instrução pela defesa, como ocorreu, no presente caso.

Acompanho, portanto, o judicioso voto para também acolher a preliminar de nulidade da sentença.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR PARA ANULAR A SENTENÇA.

-:::-

CONCURSO FORMAL - ROUBO - DOIS CRIMES - CONDUTA ÚNICA - APLICAÇÃO - PENA PECUNIÁRIA - OMISSÃO NA SENTENÇA - NÃO-ABORDAGEM DA QUESTÃO DO RECURSO - MAJORAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - QUADRILHA OU BANDO - *SOCIETAS IN CRIMINE* - DESCONFIGURAÇÃO DO DELITO

- Perpetrados dois crimes de roubo através de uma só conduta delitiva, embora com dois resultados puníveis, é de se aplicar ao agente a regra preconizada no art. 70 do CP (concurso formal).

- Se a pena pecuniária foi omitida na sentença, não constituindo tal omissão objeto do recurso interposto pela acusação, não há como cuidar-se de sua majoração.

- O crime de quadrilha, tanto em face da doutrina como da jurisprudência, possui conceituação própria, exigindo-se, para a sua configuração, uma organização permanente. Se a hipótese estampada nos autos configura tão-somente a chamada *societas in crimine*, e não uma *societas delinquentium*, não há que se falar em crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 196.445-1/00 - Comarca de Divino - 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 PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de março de 2001. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Guido de Andrade - Por sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Divino, viu-se ali condenado Delvan Henrique Coelho à pena de cinco anos como incurso no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, vindo referida decisão, a absolvê-lo do delito previsto no art. 288, parágrafo único, que fora também capitulado pela denúncia.

Irresignado, recorreu o Órgão do Ministério Público, pleiteando que, na aplicação da pena quanto ao crime de roubo, seja observada a regra do concurso formal (art. 70), bem como sua condenação também no delito de quadrilha (art. 288) e, finalmente, com referência a ambos os delitos, aplicado o concurso material (art. 69).

Com o recurso contra-arrazoado, subiram os autos, manifestando-se nesta instância, a ilustrada Procuradoria de Justiça pelo seu provimento.

Conheço da apelação, dando-lhe parcial provimento.

Verifica-se dos autos que o apelante e demais co-réus praticaram dois crimes de roubo - um, contra o caseiro José Gonçalves de Oliveira, em cuja casa furtaram diversos utensílios domésticos, e outro contra os fazendeiros Nicodemos Ângelo dos Reis e sua irmã Olímpia Leal dos Reis, dos quais subtraíram também utensílios diversos.

Tais crimes foram perpetrados através de uma só conduta delitiva, embora com dois resultados puníveis, sendo, pois, de se aplicar a regra preconizada no art. 70 do Código Penal (concurso formal).

De se prover, portanto, quanto a este aspecto, o recurso interposto, o que me leva a majorar a pena imposta ao apelado (cinco anos e seis meses) em um sexto (onze meses), correspondente ao concurso formal, concretizando-a em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

Quanto à pena pecuniária, desde que omitida pelo *decisum* - não constituindo tal omissão objeto do recurso interposto pela acusação -, não há como cuidar-se de sua majoração.

Mantenho, no mais, a r. sentença, inclusive no que se refere à absolvição do apelado no delito capitulado no art. 288, parágrafo único, pelos fundamentos ali expendidos.

É que o crime de quadrilha, tanto em face da doutrina como da jurisprudência, possui conceituação própria, exigindo-se, para a sua configuração, uma organização permanente, que não é, a toda evidência, a hipótese dos autos, no qual se vê, tão-somente estampada, a chamada *societas in crimine* e não uma *societas delinquentium*.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Preliminar de nulidade - Cerceamento de defesa - Interrogatório. - Não se pode falar em cerceamento de defesa no indeferimento do pedido de novo interrogatório do réu, se o magistrado entendeu dispensável a repetição do ato.

- Supressão de quesito da defesa - Inexistência de protesto em momento oportuno - Preclusão - Inteligência do artigo 571, inciso VIII, do CPP - Preliminares rejeitadas - Decisão dos jurados com supedâneo em uma das versões do autos, - Súmula 28 do TJMG - 1° recurso desprovido (réu Manoel Henrique Filho) - Preliminar de nulidade - Leitura de documento durante o julgamento pelo Tribunal do Júri - Comunicação à parte contrária dentro do prazo legal e na forma determinada pela lei - Quesitação - Tese da participação de menor importância defendida na tréplica - Negativa do magistrado em incluí-la no questionário - Plenitude de defesa assegurada pela Constituição - Possibilidade de inovação de quaisquer teses em tréplica - Preliminar acolhida - Julgamento anulado - 2° recurso provido (réu Ronivon Gomes).

APELAÇÃO CRIMINAL N° 197.691-9/00 - Comarca de Manhuaçu - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Júri - Homicídio qualificado - Preliminar de nulidade - Cerceamento de defesa - Interrogatório. - Não se pode falar em cerceamento de defesa no indeferimento do pedido de novo interrogatório do réu, se o magistrado entendeu dispensável a repetição do ato. - Supressão de quesito da defesa - Inexistência de protesto em momento oportuno - Preclusão - Inteligência do artigo 571, inciso VIII, do CPP - Preliminares rejeitadas - Decisão dos jurados com supedâneo em uma das versões do autos - Súmula 28 do TJMG - 1° recurso desprovido (réu Manoel Henrique Filho) - Preliminar de nulidade - Leitura de documento durante o julgamento pelo Tribunal do Júri - Comunicação à parte contrária dentro do prazo legal e na forma determinada pela lei - Quesitação - Tese da participação de menor importância defendida na tréplica - Negativa do magistrado em incluí-la no questionário - Plenitude de defesa assegurada pela Constituição - Possibilidade de inovação de quaisquer teses em tréplica - Preliminar acolhida - Julgamento anulado - 2° recurso provido (réu Ronivon Gomes).

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, REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE MANOEL HENRIQUE FILHO E DAR PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO, PARA ANULAR O JULGAMENTO DE RONIVON GOMES.

Belo Horizonte, 15 de março de 2001. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo 2° apelante, o Dr. Rogério Del-Corsi.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pelas sentenças de fls. 886/887 e 1.091/1.092, dando acolhimento às decisões proferidas pelos Conselhos de Sentença, o MM. Juiz condenou os réus Manoel Henrique Filho e Ronivon Gomes, qualificados nos autos, como incursos nas sanções do artigo 121, § 2°, incisos I, III, IV e V, c/c o 211, ambos do Código Penal, respectivamente ao cumprimento de 30 anos de reclusão e 30 dias-multa e 29 anos de reclusão e 30 dias-multa.

Inconformados com as decisões, os réus aviaram recursos de apelação, respectivamente pelas razões de fls. 1.106/1.113 e 1.122/1.130.

O primeiro apelante argúi preliminar de nulidade ao argumento de que teria havido cerceamento de defesa e supressão de quesito obrigatório. No mérito alega que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos.

O segundo apelante sustenta a nulidade posterior à pronúncia, por infringência ao artigo 475 do CPP, bem como supressão de quesito obrigatório. No mérito alega que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos e injustiça no tocante à aplicação da pena.

As contra-razões foram oferecidas às fls. 1.114/1.117 e 1.133/1.138.

Devidamente processados, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 1.140/1.149, manifestou-se pelo acolhimento das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Conhece-se dos recursos, presentes os requisitos de admissibilidade.

1 Do recurso interposto por Manoel Henrique Filho

1.1 Das preliminares

1.1.1 Cerceamento de defesa

O apelante alega que teve seu direito de defesa cerceado, uma vez que, durante a instrução processual, solicitou a realização de um novo interrogatório (fls. 586/587), mas seu pleito foi indeferido.

Como se verifica dos autos, o direito de audiência foi concedido ao apelante nos termos do artigo 185 do CPP, tendo o mesmo apresentado sua versão a respeito do fato. Consoante a norma insculpida no artigo 196 do referido estatuto processual, a repetição do ato poderá ocorrer se, a juízo do

magistrado, houver necessidade da sua realização. É o que também se verifica no acórdão abaixo colacionado:

"*O Juiz,* se necessário, *interrogará o acusado mais de uma vez. Não se pode dizer que houve negativa de vigência do disposto no art. 196 do CPP, se a providência era desnecessária e somente foi alegada nas razões de apelação, sem prova de prejuízo para defesa*" (STJ - *RT*, 692/333-4) (grifamos).

Assim, como se verifica à fl. 597, o insigne Juiz, fundamentando sua decisão, deixou de utilizar-se da faculdade legal. Ressalte-se que, durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, o réu foi ouvido em interrogatório (fls. 712/713 e 881/882), tendo exercido novamente (e em duas ocasiões) o seu direito de autodefesa, o que afasta qualquer possibilidade de prejuízo.

Preliminar rejeitada.

1.1.2 Da supressão de quesito obrigatório

O apelante assevera que houve supressão de quesito da defesa.

De fato, conforme se verifica no questionário de fls. 883, não se encontra inserido o quesito da participação de menor importância. Não obstante, vê-se que, após a leitura dos quesitos formulados, o Magistrado perquiriu as partes a respeito de alguma reclamação, sendo negativa a resposta da defesa (fl. 877).

Consoante a norma do artigo 571, inciso VIII, do CPP, as nulidades ocorridas em plenário devem ser argüidas logo após a sua ocorrência, sob pena de restarem convalidadas. Assim, encontra-se precluso o direito do apelante de insurgir-se contra a inexistência ou suposta má formulação de determinado quesito.

Preliminar rejeitada.

1.2 Do mérito

O apelante alega que a decisão dos jurados se encontra manifestamente contrária à prova dos autos.

Da análise da prova, verifica-se que os jurados optaram pela versão contida no processo de que o advogado Valter de Oliveira Gomes contratou o apelante e demais réus para matarem sua secretária. Às fls. 577/579, descrevendo o *modus operandi*, o co-réu Valdeci Mendes do Amaral informa ao Juízo a respeito da participação do apelante:

"*... que recebeu um telefonema do co-réu Manoel Henrique filho; que Manoel disse que tinha uma 'parada' para o interrogando fazer juntamente com Manoel e seu primo Ronivon; que Manoelzinho lhe disse que o advogado Valter de Oliveira Gomes havia oferecido dez mil reais para que o interrogando, Manoelzinho e Ronivon matassem sua secretária Maria Aparecida...*

... que Manoelzinho e Ronivon já tinham combinado o local onde Maria Aparecida seria morta...

... que ficou combinado que no Sábado iriam matar Maria Aparecida; que Manoelzinho conseguiu encontrar-se com Maria Aparecida e a levou em seu Fiat vermelho até a cachoeira chata; que o interrogando e Ronivon seguiram Manoelzinho e Maria Aparecida...".

Assim, não se encontrando a decisão popular dissociada da prova dos autos, nos termos da Súmula nº 28 do TJMG e da regra constitucional da soberania dos veredictos, mantém-se a decisão guerreada.

2 Do recurso interposto por Ronivon Gomes

2.1 Das preliminares

2.1.1 Da leitura de documentos em desconformidade com o artigo 475 do CPP

Como é cediço, a prova produzida ou lida em plenário que não tiver sido comunicada à parte contrária com antecedência mínima de três dias é considerada ilegítima, por violar disposição de natureza processual (artigo 475 do CPP).

Verifica-se às fls. 1.061-v. e 1.073 que a defesa, na pessoa do Dr. Francisco Rogério Del-Corsi, foi comunicada da juntada dos documentos de fls. 933/1.061, em 16 de abril de 2000. Havendo ocorrido o julgamento em 26 de abril daquele ano, o requisito temporal de 3 dias foi obedecido.

Logo, a questão em tela versa sobre a forma em que a intimação foi praticada, pois alega o apelante que deveria ter sido pessoalmente intimado da produção de novas provas.

Prevê a lei, na nova redação dada ao artigo 370, § 1º, do CPP, que, como regra geral, o advogado constituído deve ser intimado para os atos do processo pela imprensa.

Leciona FERNANDO CAPEZ, *in Curso de Processo Penal*, 3ª edição, p. 517:

"*Essa intimação só pode ser realizada por meio de publicação no* Diário da Justiça *(órgão oficial) e somente diz respeito aos advogados que atuam no processo, não cabendo para os réus, testemunhas, para os quais persiste a obrigatoriedade da intimação pessoal. Da mesma forma, o órgão do Ministério Público e o defensor nomeado, os quais também deverão ser intimados pessoalmente*".

Não obstante, após assumir a defesa do apelante (fls. 738), o Dr. Rogério Corsi recebeu intimação pessoal (fls. 797, 849 e 929) para comparecer ao julgamento do réu pelo Tribunal do Júri. Tal fato, entretanto, ocorrido provavelmente em razão dos inúmeros adiamentos das sessões do Júri, não afasta a regra do mencionado dispositivo legal, nem o seu dever de diligência. Note-se à fl. 600 que o primeiro advogado do réu já vinha recebendo comunicação dos atos processuais via Imprensa Oficial.

Quanto ao fato de o Ministério Público ser intimado pessoalmente, faz-se importante lembrar que, expressamente, a Lei federal nº 8.625/93 lhe confere tal direito por exercer um *munus publico*.

Considerando-se desarrazoada a pretensão de anular-se o julgamento do Júri a pretexto de ausência de intimação, não se acolhe a preliminar.

2.1.2 Da ausência no questionário de tese defensiva sustentada em plenário

Conforme se verifica, a defesa inovou no momento da tréplica, pleiteando a diminuição da pena, sob a alegação de que a participação do apelante seria de menor importância.

Em que pese ao pedido da defesa de que se fizesse constar no questionário o quesito referente à tese aludida, deixou o Magistrado de incluí-lo, incorrendo em nulidade processual. É o que se verifica na Súmula 156 do STF:

"*É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri por falta de quesito obrigatório*".

Ressalte-se que, conforme ata do julgamento de fls. 1.074/1.075, após a leitura do questionário, houve protesto da defesa, o que afasta a preclusão.

Fazendo-se uma leitura do artigo 473 do CPP, verifica-se que nele não há qualquer impedimento expresso que vede a alegação de teses novas na tréplica. Uma vez que a defesa sempre se manifesta por último, pode acrescentar ou reformular suas teses em sua derradeira manifestação. É o que também já se decidiu em outros tribunais:

"*Os debates no júri compreendem, além da acusação e da defesa, a réplica e a tréplica. Lícito é à defesa, na tréplica, inovar a tese sustentada anteriormente, devendo, nesse caso, o juiz formular quesito a respeito, sob pena de nulidade do julgamento*" (TJSP - *RT*, 630/303). No mesmo sentido, TJSP - *RT*, 661/268-9, 696/330.

Tribunal de Justiça de São Paulo: "*Júri - Nulidade - Ocorrência - Solicitação do Juiz aos jurados para que desconsiderassem a nova tese apresentada pela defesa na tréplica - Inadmissibilidade - Possibilidade de inovar os fundamentos do pedido de absolvição - Obrigatoriedade da imputação ser certa e determinada que não se aplica à defesa - Recurso parcialmente provido para esse fim. - Nenhum artigo existe no estatuto processual penal que proíba a apresentação de nova tese da defesa na tréplica, pelo que o MM. Juiz não poderia solicitar aos jurados que desconsiderassem a nova tese apresentada pela defesa, do que resulta a nulidade do processo*" (Relator: Celso Limongi - Apelação Criminal nº 130.336/3-SP, 09.12.92).

Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão 7.554. Descrição: Apelação crime. Relator: Juiz Milani de Moura. Comarca: Prudentópolis - Vara única.

Órgão: Segunda Câmara Criminal. Publicação: 06.03.1995. Decisão: "*Acordam os integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso interposto pelos réus, a fim de submetê-los a novo julgamento, face ao reconhecimento das nulidades expedidas, na forma explicitada. Ementa: Apelação crime - Júri - Nulidades aventadas em razão de defeitos na quesitação - Alegação de falta de submissão de quesito obrigatório; contradição de respostas; não-inclusão de quesitos referentes a tese de defesa desenvolvida na tréplica - Nulidades reconhecidas - Novo julgamento ordenado - Recurso provido. Decisão unânime*".

Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo: 0009419-DF. Tipo: Apelação criminal. Acórdão: 51.915. Julgamento: 28.05.1990. Órgão julgador: Turma Criminal. Relator: Desembargador João Carneiro de Ulhôa. Publicação: *Diário da Justiça* - Seção II/Seção III data: - página: -: "*Processual penal - Júri - Não-formulação de quesitos - Cerceamento. - Não pode o Presidente do Júri negar a formulação de quesito, sob a alegação de que a tese foi sustentada apenas na tréplica, impedindo à acusação de contrariá-la. Tal entendimento vai de encontro ao disposto no inc. 3, do art. 484 do CPC, constituindo cerceamento de defesa. Decisão: preliminarmente, dar provimento à apelação do réu, prejudicado o recurso do ministério público, para anular o julgamento do tribunal do júri. Decisão unânime*". Referências legislativas. Doutrina.

Assim, configurado o cerceamento de defesa, por falta de quesito obrigatório, formulado pela defesa, dá-se provimento ao segundo recurso para declarar nulo o julgamento do réu Ronivon, negando-se provimento ao primeiro.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Quanto à preliminar de nulidade processual argüida pela defesa do réu Manoel Henrique Filho, ao fundamento da ausência de formulação de quesito obrigatório, pertinente à participação de menor importância, estou a entender não deva ser acolhida, conforme bem decidiu o i. Relator, porquanto é de se constatar que não houve o necessário protesto em ata, conforme determinação do art. 571, VIII, do CPP, não se tratando o quesito pertinente à referida matéria defensiva, à toda evidência, de formulação obrigatória, não padecendo, por tal motivo, de nulidade insanável o julgamento, diante da ausência de sua formulação.

Assim, ainda que admitida como matéria defensiva a tese de participação de menor importância, o Juiz-Presidente não teria necessariamente de questionar o Conselho de Sentença a respeito, em face da tácita concordância da defesa com o conteúdo da ata de julgamento.

No mesmo sentido, o julgado a seguir transcrito:

"*Quesito sobre a menor participação do réu no crime, objetivando a diminuição da pena, com base no § 1º do art. 29 do CP, deve ser requerido pela defesa, a teor do inciso IV do art. 484 do CPP, mormente quando esta se fundamenta na negativa de autoria. Não requerendo, não pode alegar nulidade do julgamento pelo Júri, eis que o juiz não está obrigado a fazê-lo* ex officio" (STJ - REsp - Rel. Flaquer Scartezzini - *RSTJ*, 5/370).

Não se pode olvidar, entretanto, que o questionário sobre o concurso de pessoas deva ser elaborado admitindo-se ambas as hipóteses, co-autoria e participação, todavia desde que suscitada a segunda modalidade como matéria de defesa, o que no caso dos autos não ocorreu.

Quanto ao mérito, da mesma forma, entendo que o recurso não deva ser provido, eis que não se verifica contrariedade à prova dos autos na decisão colegiada que deu pela condenação do réu.

No que tange ao recurso interposto pelo réu Ronivon Gomes, entendo pertinente a argüição de nulidade de julgamento, pela ausência de formulação de quesito referente à participação de menor importância, cuja falta fora objeto de protesto em ata, conforme se vê às fls. 1.074/1.075-TJ, o que, evidentemente, transformou-o em quesito obrigatório, afastando a preclusão reconhecida em relação ao recurso anterior, exsurgindo daí a necessidade imperiosa de sua elaboração e submissão à consideração dos jurados, sob pena de cerceamento de defesa.

Por essas razões, acompanhando o Relator, nego provimento ao recurso do primeiro apelante e dou provimento ao segundo, declarando-se a nulidade do julgamento, a fim de que seja este último réu submetido a outro.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE MANOEL HENRIQUE FILHO E DERAM PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO, PARA ANULAR O JULGAMENTO DE RONIVON GOMES.

-:::-

FURTO QUALIFICADO - PROVA - RECONHECIMENTO DOS RÉUS EM JUÍZO PELAS VÍTIMAS - DESNECESSIDADE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Sendo robusta a prova de que os réus foram os autores do furto a eles imputado, havendo o reconhecimento dos mesmos na Delegacia de Polícia pelas vítimas, é absolutamente desnecessário o reconhecimento em juízo, mostrando-se impossível o atendimento de suas súplicas no sentido de absolvê-los da acusação da prática do referido crime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 199.079-5/00 - Comarca de Monte Sião - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Furto qualificado - Absolvição - Impossibilidade - Ausência de reconhecimento dos réus pelas vítimas em juízo - Desnecessidade. - Sendo robusta a prova de que os réus foram os autores do furto a eles imputado, havendo o reconhecimento dos mesmos na Depol pelas vítimas, absolutamente desnecessário o reconhecimento em juízo. Condenação mantida. Recurso não 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2001. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - A respeitável sentença de fls. 146/157-TJ condenou Alba Alves da Silva e Ronaldo Antônio dos Santos, qualificados nos autos, como incursos nas sanções do artigo 155, § 4º, IV, do CP, por duas vezes, uma na forma consumada e outra na forma tentada, e nas do art. 1º da Lei nº 2.252/54, também por duas vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, aplicando-lhes uma pena total de 03 anos e 06 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e 24 dias-multa, 02 anos e 04 meses e 12 dias-multa, pelos crimes de furto, praticados em continuidade delitiva, e 01 ano e 02 meses de reclusão e 12 dias-multa, pelos de corrupção de menores, também praticados em continuidade delitiva, sendo que as penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direitos, para ambos os sentenciados, conforme art. 44 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.714/98.

Conforme narrado na exordial do processo, no dia 19.06.99, por volta das 09h30m, na Malharia Triângulo, situada na Rua Padre Cornélio, nº 131, no Município e Comarca de Monte Sião, os acusados, "*agindo em conluio e com identidade de ações e propósitos, utilizando-se da filha S.M.S.S., menor inimputável, subtraíram, para todos, várias sacolas contendo roupas em malhas de propriedade de Lucimar Nascimento Máximo de Moraes e de Maria Eurides Rodrigues de Souza, ora vítimas, tudo conforme auto de apreensão de fls. 11 e de avaliação de fls. 12.*

II - Conforme apurado, os denunciados, aproveitando o intenso movimento comercial nos finais de semana nesta cidade, ingressaram no referido estabelecimento simulando a intenção de adquirir mercadorias diversas. Enquanto os increpados distraíam os funcionários da loja, a menor S., previamente orientada e induzida pelos

pais, ora denunciados, perpetrava a subtração de sacolas contendo mercadorias, levando-as até o carro que se encontrava estacionado nas proximidades.

III - Apurou-se que, em dado momento, as ofendidas sentiram falta das sacolas furtadas fazendo com que o proprietário da loja, Fernando Costa, saisse ao encalço da menor, logrando encontrá-la na posse das mercadorias no interior do veículo automotor marca VW, modelo Voyage, placas de identificação BPJ-6452 - São Paulo, de propriedade dos denunciados.

IV - Apreendida a menor S., esta afirmou categoricamente ter, de fato, praticado o furto mediante ordem e indução dos pais, ora denunciados, que, por sua vez, foram presos em flagrante delito.

V - Consta do inquérito policial, outrossim, que os denunciados e a menor, agindo com idêntico 'modus operandi', no mesmo dia dos fatos, ingressaram no estabelecimento comercial denominado 'Big Malhas', situado no Shopping Resende, Box 16, em Jacutinga-MG, de propriedade de Suely Silva, de onde subtraíram, para todos várias roupas em tricô.

VI - Por fim, apurou-se que os denunciados, por duas vezes, facilitaram a corrupção da própria filha S.M.S.S., menor de dezoito anos, induzindo-a a praticar as infrações penais acima descritas".

Inconformados com o decreto condenatório, a tempo e modo apelaram os sentenciados. Em suas razões recursais acostadas às fls.168/172-TJ, pleiteiam a reforma parcial da sentença, para que dela seja decotada a condenação dos mesmos, pelo furto ocorrido na Cidade de Jacutinga, por ausência de provas, a sustentar, neste ponto, a decisão de primeiro grau, eis que não foram reconhecidos em juízo pelas vítimas deste crime.

As contra-razões recursais foram apresentadas pelo membro do *Parquet* às fls. 174/183-TJ.

Nesta instância revisora, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo total improvimento do recurso.

É o relatório, no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Como já ressaltado, pugnam os apelantes pela reforma parcial da sentença de primeiro grau, apenas para que seja dela decotada a condenação dos mesmos pelo crime de furto consumado, ocorrido na Cidade de Jacutinga, sustentando para isso, em síntese, não haver nos autos prova para ensejar um decreto condenatório, já que não foram sequer reconhecidos em juízo pelas vítimas deste crime, pois não estiveram presentes na audiência de inquirição das mesmas.

Razão não assiste aos apelantes, eis que na verdade a prova contra eles

é farta, estando suficientemente demonstrado nos autos que os mesmos praticaram todos os delitos pelos quais se viram condenados, inclusive este de furto consumado, ocorrido em Jacutinga, que originou o presente reclamo, aliás única razão de ser deste recurso.

Ora, com relação ao referido crime, tem-se que a materialidade se encontra estampada nos autos de apreensão de fls. 17 e de avaliação de fls. 18.

Quanto à autoria, em que pese à insistente negativa da acusada Alba, os demais elementos probatórios, inclusive as declarações de sua filha prestadas no *apf* às fls. 10/11 e a confissão de seu marido de fls. 39-TJ, comprovam, à saciedade, que foram os réus os autores deste delito, assim como dos outros descritos na exordial.

De acordo com a prova colhida no curso do processo, absolutamente desnecessário o reconhecimento dos réus pelas vítimas em juízo, pois este reconhecimento já se havia dado na Delegacia de Polícia.

A vítima Vilma Silva, na Depol, afirmou: "*Que nesta Delegacia avistou o casal e reconheceu imediatamente sendo o casal que tinha ido em sua loja*" (fls. 10), confirmando, em juízo, o que havia dito (fls. 78).

Suely Silva, proprietária da loja de Jacutinga, em juízo, também disse: "*Que na parte da tarde do dia em que se deram os fatos, a depoente recebeu uma ligação da Polícia Militar local pedindo que a mesma, em companhia de sua irmã, comparecessem à Delegacia de Polícia de Monte Sião; Que naquela oportunidade, então, localizou os pacotes que estavam no interior de sua loja, reconhecendo-os, da mesma forma que reconheceu o casal que há pouco atrás estivera em sua loja*" (fls. 77-TJ).

O próprio réu Ronaldo confessou que "*na cidade de Jacutinga, de fato, sua esposa tirou umas mercadorias da loja Big Malhas*" (fls. 39-TJ).

Além disso, os réus foram descritos pelas vítimas e não houve qualquer discordância da defesa quanto às características dos mesmos por elas relatadas.

Não bastasse tudo isso, exatamente as roupas que tinham sumido da loja de Jacutinga foram encontradas no interior do veículo dos réus.

Assim, restou totalmente desnecessário o reconhecimento dos réus pelas vítimas em juízo, já que não há qualquer dúvida, pelos demais elementos colacionados, de que foram eles também os autores do furto ocorrido em Jacutinga e do mesmo modo que fizeram naquele praticado em Monte Sião, que não se consumou por circunstâncias alheias às suas vontades, utilizaram-se da menor S., filha dos mesmos, para sua realização.

Em face, pois, de tão robustas provas contra os acusados, mostra-se impossível o atendimento de suas súplicas no sentido de absolvê-los da acusação da prática do crime de furto qualificado ocorrido em Jacutinga.

Quanto aos demais delitos, as provas contra os apelantes são tão claras, tão incontestes, que eles sequer reclamaram de suas condenações pela prática dessas infrações.

Isto posto, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESISTÊNCIA - OPOSIÇÃO AO CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PENHORA - CONFIGURAÇÃO DO DELITO - DOLO - CARACTERIZAÇÃO - QUALIFICADORA - INCIDÊNCIA - PORTE ILEGAL DE ARMA - CONSUMAÇÃO - PROVA EMPRESTADA - PENA - FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- A oposição efetivada a cumprimento de mandado judicial de penhora e remoção, inclusive com emprego de arma de fogo, configura o delito de resistência, mesmo que, em decisão posterior, o juiz reformule seu posicionamento, decotando a determinação da remoção dos bens. Configurado o delito de resistência, a posterior alteração da decisão não tem o condão de afastar a conduta típica já consumada.

- Fica caracterizado o dolo no crime de resistência, quando o agente, após tomar conhecimento do mandado de penhora e remoção, conscientemente, impede o cumprimento da diligência, mediante violência e ameaça às pessoas que auxiliam o oficial de justiça.

- A qualificadora do crime de resistência prevista no § 1º do artigo 329 do Código Penal deve prevalecer, se a diligência não se realizou exclusivamente em face da oposição oferecida pelo agente.

- O crime de porte ilegal de arma se consuma com o simples fato de o agente possuir arma sem o devido registro e permissão de uso, independentemente de estar ela municiada ou não.

- A inexistência de auto de apreensão e laudo de eficiência da arma, em relação ao delito de porte ilegal de arma, justifica-se em face da tentativa de homicídio praticada pelo réu, com emprego da mesma arma, restando esse instrumento apreendido nos autos do processo relativo ao crime contra a vida. A prova emprestada, na hipótese, torna-se necessária.

- É permitido ao juiz, no curso da instrução, até a prolação da sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, nos termos do que dispõe o art. 156 do CPP.

- Não se justifica a posse de arma sem o devido registro e porte, não socorrendo a defesa do réu a alegação de residir o mesmo em local perigoso, visto ser necessário, para caracterizar a excludente, o perigo atual ou iminente, o que não ocorre na hipótese.

- O porte ilegal de arma é crime autônomo, que já se havia consumado quando da ocorrência da resistência, não havendo que se falar na sua absorção.

- Improcede a alegação da defesa do réu de que o mesmo agiu por motivo de relevante valor moral, ao defender seu patrimônio e o direito de propriedade, quando impediu o cumprimento do mandado de penhora, se esta é decorrente de processo de execução instaurado contra o acusado. Outrossim, não se pode dizer que agiu sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, eis que ao credor da dívida cobrada em processo de execução é assegurado o devido processo legal para reaver seu crédito, não podendo ser considerada essa cobrança ato injusto.

- Se a pena foi fixada no mínimo legal, não há possibilidade de a atenuante da confissão espontânea reduzir o *quantum* aquém desse mínimo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 199.208-0/00 - Comarca de Araguari - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Resistência - Dolo - Porte de arma - Prova. - A oposição efetivada a cumprimento de mandado judicial de penhora e remoção, inclusive com emprego de arma de fogo, configura o delito de resistência, mesmo que, em decisão posterior, o MM. Juiz reformule seu posicionamento, decotando a determinação da remoção dos bens. Configurado o delito de resistência, a posterior alteração da decisão não tem o condão de afastar a conduta típica já consumada. - A qualificadora deve prevalecer, visto que a diligência não se realizou exclusivamente em face da oposição oferecida. - A inexistência de auto de apreensão e laudo de eficiência da arma, em relação ao delito de porte ilegal de arma, justifica-se em face da tentativa de homicídio praticada pelo réu, com emprego da mesma arma, restando esse instrumento apreendido nos autos do processo relativo ao crime contra a vida.

A prova emprestada, na hipótese, torna-se necessária. - Ao MM. Juiz é permitido, no curso da instrução, até a prolação da sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. - Não se justifica a posse de arma sem o devido registro e porte, não socorrendo a defesa do réu a alegação de residir o mesmo em local perigoso, visto ser necessário, para caracterizar a excludente, o perigo atual ou iminente, o que não ocorre na hipótese. - O porte ilegal é delito autônomo, que já havia se consumado quando da ocorrência da resistência, não havendo que se falar na sua absorção.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 22 de maio de 2001. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Marcos Inácio Araújo e Oliveira, e assistiu ao julgamento, também pelo apelante, o Dr. Nílvio de Oliveira Batista.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Trata a espécie de recurso de apelação oferecido por Antônio João Rodrigues da Cunha contra a sentença do MM. Juiz da Comarca de Araguari, que o condenou como incurso nas sanções do art. 329, § 1º, do Código Penal; e art. 10 da Lei nº 9.437/97, tendo recebido pena de 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, com direito ao *sursis*, pelo prazo de dois anos, e 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída pela restritiva de direitos, concernente à prestação de serviços à comunidade, e multa de 10 (dez) dias, à base de 3/30 do salário mínimo vigente o valor do dia-multa, respectivamente.

Sustenta o apelante não ter agido com dolo, de vez que, ao chegar no local, não tendo o oficial se apresentado como funcionário da Justiça e vendo Alexandre, representante da empresa credora, em suas terras, pensou que este agia por conta própria e arbitrariamente, quando, então, se opôs ao ato. Todavia, cessou imediatamente a resistência, ao tomar conhecimento do mandado que portava o oficial. Alega que em momento algum apontou a arma para o oficial de justiça ou esboçou qualquer resistência ao cumprimento do mandado por ele portado.

Afirma que, por essas mesmas razões, haveria isenção de pena por erro de fato.

Sustenta que o ato funcional consistente na determinação da penhora e remoção pretendidas se revestia de evidente ilegalidade, eis que desatendido o preceito legal que ordena proceder à execução pelo meio menos

gravoso ao devedor. Tanto isso é verdade que o próprio Juiz do feito, em despacho prolatado no dia seguinte ao dos acontecimentos em questão, voltou atrás, modificando sua decisão.

Alega, por fim, que o cumprimento do mandado não ocorreu em virtude do desentendimento havido entre Alexandre e os chapas quanto ao pagamento dos serviços destes, não havendo que se falar na qualificadora reconhecida pelo MM. Juiz.

Sustenta, ainda, a inexistência do delito de porte ilegal de arma.

Afirma, primeiramente, o recorrente, que a arma era portada com o objetivo de se proteger, já que mora em zona rural, freqüentemente sujeita à ação de ladrões.

Alega, ainda, que não há laudo de eficiência da arma, não se podendo aceitar prova emprestada de outro processo, não havendo, então, demonstração da materialidade do fato.

Além disso, afirma que não há comprovação de que a arma estava municiada no momento dos fatos.

Sustenta que, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, tratando-se de delito que deixa vestígios, não basta a confissão do acusado, sendo necessária, conforme dispõe o art. 175 do citado Código, a existência do exame pericial, sob pena de nulidade processual.

Alega que a juntada tardia do exame pericial não pode ser admitida, visto que contraria o que dispõe o art. 525 do CPP, que diz que a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

Ressalta que o próprio representante do Ministério Público, em suas alegações finais, requereu a absolvição do apelante no delito de porte ilegal de arma.

Afirma que o porte de arma é absorvido pela elementar "violência" da resistência, não subsistindo como infração autônoma. Adota-se, aqui, o princípio da consunção.

Sustenta o recorrente que, em seu favor, militam circunstâncias atenuantes: agiu por motivo de relevante valor moral, ao defender o seu patrimônio e o direito de propriedade; agiu sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, eis que não houve identificação oportuna do oficial; e confessou espontaneamente a autoria do fato.

Pede a absolvição.

Há contra-razões em prol da manutenção da v. decisão.

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 295/302, opina pelo desprovimento do apelo.

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

Conforme se vê dos autos, no dia 12 de maio de 1998, por volta das 17 horas, o oficial de justiça João Batista da Silva Parreira, munido de mandado expedido pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Araguari, dirigiu-se à Fazenda Cunhas, situada no Município de Araguari, de propriedade de Antônio João Rodrigues da Cunha, a fim de proceder à penhora e remoção dos bens descritos no mandado de fls. 25-TJ.

Consta dos autos a existência de processo de execução instaurado por Irrigabem Indústria e Comércio de Irrigação Ltda. contra o recorrente Antônio João Rodrigues da Cunha, o qual deu ensejo à expedição do aludido mandado de penhora e remoção.

Em cumprimento à ordem judicial, o oficial de justiça João Batista da Silva Parreira, na companhia do representante da firma credora, Sr. Antônio Alexandre Chinelato, e mais quatro pessoas contratadas para a realização do serviço, localizou, no interior da Fazenda Cunhas, os bens a serem penhorados e removidos e, antes mesmo de dar início à execução de seu dever funcional, foi impedido pelo recorrente, que, bastante nervoso e descontrolado, chegou ao local e sacou de uma arma de fogo, apontando-a para o representante legal da firma credora, impedindo a retirada do material.

Diante da oposição do acusado, inclusive com emprego de arma de fogo, conforme visto, a diligência de penhora e remoção dos bens não se realizou, configurando o delito de resistência imputado ao recorrente.

Esses fatos restaram sobejamente comprovados nos autos pela confissão do próprio recorrente (fls. 80, 92 e 117), corroborada pela prova oral produzida (fls. 94, 128, 131, 139, 155/156 e 177).

A alegação de que não houve dolo ou de que teria havido erro de fato, por não ter o oficial se apresentado como funcionário da Justiça, não pode ser acolhida, *data venia.*

Conforme se vê do depoimento do oficial de justiça, às fls. 94/96-TJ, este, ao dar cumprimento ao mandado de penhora e remoção de bens, fazendo-se acompanhar do Sr. Alexandre, representante da empresa que promovia a ação de execução contra o apelante e que conhecia o equipamento e sabia como desmontá-lo, além de um caminhoneiro e três chapas contratados para ajudar no serviço, foi impedido de cumprir a diligência, em face da oposição feita pelo recorrente, que, armado, ameaçou o Sr. Alexandre de morte, caso dali fosse retirado qualquer equipamento.

Embora tenha dito o oficial que, num primeiro momento, não teve tempo de se apresentar como funcionário da Justiça, de vez que o recorrente, em face de seu nervosismo, já chegou ao local falando ininterruptamente, alega

que, posteriormente, foi ao réu mostrado o mandado de penhora e remoção, tendo ele tomado conhecimento da ordem judicial, fato, contudo, que não afastou a oposição imposta por ele ao cumprimento da ordem judicial.

Acrescentou, ainda, o depoente, que o motorista e os chapas ficaram temerosos e deixaram o local dos fatos, o que também impediu o cumprimento do mandado.

Afirmou, mais, o oficial, na certidão de fls. 29, que o recorrente somente baixou a arma, guardando-a em seu bolso da calça, depois que teve convicção de que a diligência não seria levada a cabo naquele momento.

A vítima - Alexandre -, por seu turno, às fls. 155/156, alega ter sido ameaçado de morte pelo acusado, caso não deixasse suas terras imediatamente.

Ora, diante desses relatos, não há como ser acolhida a alegação de que inexistiu dolo na conduta do acusado ou mesmo de que ele teria agido por erro de fato.

O dolo é patente, vez que, conscientemente, o réu impediu o cumprimento, pelo oficial de justiça, do mandado de penhora e remoção, expedido pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Araguari.

Preceitua o art. 329 do CP que comete o delito de resistência quem se opõe à "*execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou* a quem lhe esteja prestando auxílio" (grifo deste Relator).

Apesar de não ter o apelante apontado a arma de fogo para o oficial de justiça, apontou-a para o representante legal da credora, que conhecia a aparelhagem e sabia como desmontá-la e, por essa razão, acompanhava o meirinho na diligência.

Por outro lado, se inicialmente o oficial não se apresentou como tal, esse fato não socorre a defesa do acusado, visto que, durante a diligência, o funcionário da Justiça chegou a mostrar ao réu o mandado judicial, quando, então, passou o acusado a ter consciência da ilegalidade de sua oposição, tendo a violência real por ele desferida somente cessado em face da certeza do não-cumprimento da diligência pelo meirinho.

E, nessas condições, não há que se falar em absolvição ou mesmo em isenção de pena por erro de fato.

A qualificadora também deve prevalecer, visto que a diligência não se realizou exclusivamente em face da oposição oferecida pelo recorrente ao cumprimento do mandado pelo oficial de justiça.

E, mesmo que fosse pelo motivo de terem deixado o local os trabalhadores que fariam o carregamento do caminhão, ainda assim persistiria a qualificadora, de vez que tais elementos deixaram o local por receio à reação do acusado, conforme relato do próprio oficial.

No tocante à alegação de que o ato funcional era ilegal, também não há qualquer procedência.

Data venia, não é ilegal a decisão do MM. Juiz que determinou a realização da penhora e remoção dos bens descritos no mandado de fls. 25-TJ.

A decisão é formalmente perfeita, e o fato de a ter reformado o MM. Juiz parcialmente para decotar a determinação da remoção (fls. 30-TJ) não a torna ilegal. A injustiça na decisão não se confunde com a sua ilegalidade.

A revogação parcial da decisão, em provimento a recurso de agravo interposto nos autos do processo principal, restando decotada a determinação da remoção dos bens, não isenta de pena o recorrente. Uma vez configurado o delito, a posterior alteração da decisão, não tendo sido essa decisão, em nenhum momento, *contra legem*, não afasta a conduta típica já configurada.

Assim, comprovada a resistência, não há como ser acolhido o pedido de absolvição.

Quanto ao porte ilegal de arma, também restou sobejamente comprovado nos autos.

Em primeiro lugar, deve-se analisar a alegação de inexistência de prova da materialidade, de vez que o auto de apreensão de fls. 248 e o exame de eficiência da arma acostado às fls. 249/250 são provas emprestadas.

Embora, em regra, não se admita, no processo penal, a prova emprestada, já que nem sempre é elaborada com a observância do princípio do contraditório, no caso isso não pode ser observado.

É que, no mesmo dia em que ocorreu o delito de resistência, com emprego de arma de fogo, o apelante, fazendo uso do mesmo instrumento, também cometeu tentativa de homicídio, contra a vítima Cláudio José de Carvalho, quando, então, teve essa arma apreendida nos autos daquele processo.

Ora, diante desses fatos, justificada está a inexistência de auto de apreensão e eficiência da arma nos presentes autos, visto não ser possível dois autos de apreensão do mesmo objeto.

A prova emprestada, neste caso, é não apenas admitida como necessária.

Tendo o MM. Juiz dado vista às partes para se manifestarem sobre essa prova, observado está o princípio do contraditório.

Além disso, não alegou o apelante não ter sido a arma mencionada no auto de fls. 248 a mesma utilizada no delito de resistência. Ao contrário, em seu depoimento de fls. 92, afirmou ser a mesma a arma utilizada nos dois delitos, não deixando, pois, qualquer dúvida sobre a relação do revólver mencionado no auto de fls. 248 com o caso presente.

Por outro lado, a alegação de que não há prova de estar essa arma devidamente municiada no momento do

cometimento do delito de resistência é totalmente irrelevante, visto que o crime se consuma com o simples fato de o acusado possuir arma sem o devido registro e permissão de uso, independentemente de estar ela municiada ou não.

No caso, não há registro, conforme o próprio acusado admite (fls. 92).

Assim, fica totalmente afastada a pretensão da defesa em não se dar valor ao auto de apreensão e laudo de eficiência da arma acostados às fls. dos autos.

No tocante ao momento em que vieram aos autos as referidas provas, também não favorece a defesa do apelante.

Isso porque, nos termos do que dispõe o art. 156 do CPP, ao juiz é permitido, no curso da instrução, até antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Daí ser possível a determinação do MM. Juiz *a quo* no sentido de virem aos autos as provas aqui impugnadas pela defesa.

Quanto à alegação de que a arma se destinava à defesa própria, em face da periculosidade do local em que reside o recorrente, também não tem qualquer procedência.

Embora se possa admitir a existência de um provável perigo, conforme relatado pela defesa, esse fato não isenta o acusado do necessário registro e autorização para o porte da arma.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência, em caso que pode ser tomado como exemplo:

"*Residência em local ermo e despoliciado não elimina necessidade de autorização para andar armado*" (SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI, *Contravenções Penais*, EDIPRO, 4ª ed., 1991, p. 96).

Além disso, não há que se falar em estado de necessidade, uma vez que inexistente a situação de perigo atual, necessária à caracterização da excludente alegada.

Por fim, o argumento de que o porte é absorvido pela elementar "violência" da resistência, não podendo subsistir como infração autônoma, sendo adotado o princípio da consunção, *data venia*, não procede.

Isso porque o delito de porte ilegal de arma já se havia consumado antes mesmo da ocorrência do crime de resistência, não sendo aquele fase de execução deste último.

Assim sendo, não há como ser acolhido o pedido de absolvição deduzido pelo recorrente, mesmo que o Promotor de Justiça, em alegações finais, tenha entendido pela absolvição. Uma vez comprovado o delito, a condenação se impõe.

No tocante à alegação de que o réu agiu por motivo de relevante valor moral, ao defender seu patrimônio e o direito de propriedade, mais uma vez não procede.

Não há que se falar em motivo de relevante valor moral ou mesmo defesa de patrimônio, em face de uma penhora decorrente da existência de processo de execução instaurado contra o acusado.

Por outro lado, também não se pode dizer que o réu agiu sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

Ao credor da dívida cobrada em processo de execução é assegurado o devido processo legal para reaver seu crédito, não podendo ser considerada essa cobrança ato injusto.

A inicial falta de identificação do oficial de justiça também não justifica a conduta do réu, visto ter, ainda no momento em que se tentava cumprir a diligência, o acusado tomado conhecimento do mandado judicial de penhora e remoção de bens, fato que não foi capaz de afastar a sua oposição.

A confissão espontânea, embora seja circunstância que milita em favor do acusado, em nada altera a sua defesa, de vez que as penas foram fixadas no mínimo legal, não havendo possibilidade de uma atenuante reduzir o *quantum* aquém desse mínimo.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso interposto pela defesa.

Custas, pelo recorrente.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ESTUPRO SEGUIDO DE MORTE - PROVA - AUTORIA ADMITIDA EM INQUÉRITO POLICIAL - DEPOIMENTO EXTRAJUDICIAL ACOMPANHADO POR TESTEMUNHAS QUE ATESTAM A LISURA DO INTERROGATÓRIO E A ESPONTANEIDADE DAS DECLARAÇÕES - RETRATAÇÃO EM JUÍZO - IRRELEVÂNCIA - ART. 10 DA LEI Nº 9.034/95 - INEXISTÊNCIA DE CONFLITO COM A LEI Nº 8.072/90 - CRIME HEDIONDO - REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO

- Tratando-se de estupro seguido de morte, em que sequer a palavra da vítima pode ser colhida, é suficiente para a condenação do agente a prova consistente no seu depoimento extrajudicial, realizado perante a autoridade policial e na presença de testemunhas que atestam a lisura do interrogatório e a espontaneidade das declarações prestadas, através das quais o acusado confessa o crime, com riqueza de detalhes de toda a dinâmica dos fatos.

Nesta hipótese, é irrelevante a retratação do réu em juízo, alegando ter sofrido coação para assumir a autoria do crime, mormente se inexistem nos autos quaisquer indícios nesse sentido.

- Inadmite-se o acolhimento das argumentações expendidas no sentido de se conceder o regime prisional apenas inicialmente fechado a réu que cometeu crime de estupro seguido de morte, permitindo-lhe o direito à progressão, com fundamento no art. 10 da Lei nº 9.034/95. Não há conflito entre o referido diploma legal e a Lei nº 8.072/90. Se o crime resultante de ações de quadrilha ou bando for um daqueles de que trata a Lei dos Crimes Hediondos, sujeitar-se-ão os seus integrantes aos rigores desta, inclusive quanto ao disposto em seu art. 8º e à exigência de cumprimento da pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado. Do contrário, se outro for o delito, não abrangido pela Lei nº 8.072/90, deverão os agentes, seja qual for o *quantum* da pena aplicada, iniciar em regime fechado o cumprimento da referida pena - além de estarem impedidos de recorrer em liberdade (art. 9º da Lei nº 9.034/95).

- Não se cuidando de crime decorrente de ação de quadrilha ou bando, mas de crime de estupro seguido de morte perpetrado por um único réu, tal crime é alcançado pelo disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 202.411-5/00 - Comarca de Cataguases - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

Ementa oficial: Estupro seguido de morte - Retratação do réu quanto à autoria do delito, por ele admitida no inquérito - Depoimento extrajudicial acompanhado por testemunhas, que depuseram em juízo, atestando a lisura do interrogatório policial e a espontaneidade das declarações ali prestadas pelo acusado - Constatação da existência de lesões corporais na pessoa do réu, compatíveis com a natureza do crime que lhe foi imputado - Prova suficiente - Pena corretamente dosada - Crime hediondo - Regime integralmente fechado - Recurso improvido.

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, 28 de dezembro de 2000. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Guido de Andrade - José Carlos Rocha Hipólito viu-se condenado, na Comarca de Cataguases, à

pena de dezoito anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, incurso nas sanções do art. 213, c/c o art. 223, parágrafo único, todos do Código Penal, por haver, em data de 7 de março de 2000, abordado a vítima Maria José da Silva nas imediações da Usina Paraíso, em Astolfo Dutra, naquela Comarca, obrigando-a, mediante violência, a entrar em um matagal e a manter com ele relações sexuais, causando-lhe diversas lesões, acabando por ocasionar-lhe a morte.

Irresignado, aviou o presente recurso, pleiteando sua absolvição, ao argumento de que sua condenação se fundou exclusivamente em seu depoimento extrajudicial, obtido mediante coação. Alternativamente, pugna pela redução da reprimenda, que julga excessiva para a espécie.

Com as contra-razões de fls. 142/145, subiram os autos, manifestando-se nesta instância a ilustrada Procuradoria de Justiça, *ut* parecer exarado às fls.155/163, pelo provimento parcial do recurso, apenas para que se reconheça a possibilidade de progressão do regime prisional, com fundamento na Lei de Organizações Criminosas - Lei 9.034/95.

Atendidos que se acham os requisitos exigidos à sua admissibilidade, conheço do recurso, negando-lhe, contudo, provimento.

Tendo em vista a natureza do crime perpetrado - estupro seguido de morte -, em que sequer a palavra da vítima pôde ser colhida, não seria de se exigir, para a condenação do agente, prova mais contundente do que a que foi produzida nestes autos.

Perante a autoridade policial, dois dias após a prática do crime em questão, confessou o apelante lisamente, com riqueza de detalhes, toda a dinâmica dos fatos, na presença das testemunhas Eduardo Luiz Barroso e Benito Mussulini Mana Valério, bem como do advogado Geraldo dos Santos, militante naquela Comarca (fls. 25/28). Esclareceu ele haver seguido a vítima até as imediações da Usina Paraíso, Município de Astolfo Dutra, onde, mediante violência, compeliu-a a entrar num matagal, atirando-a ao chão. A fim de vencer sua resistência, estrangulou-a até que viesse a mesma a desfalecer, quando então manteve com ela cópulas vagínica e anal. Consumadas as relações sexuais, achando-se já inerte a ofendida, desferiu-lhe ainda o acusado golpes no peito com um pedaço de madeira e, em seguida, na cabeça, usando um tijolo, deixando o local após cobrir o corpo da desditosa vítima com uma caixa de papelão que encontrou nas proximidades.

Em Juízo, como comumente ocorre, o réu veio a se retratar, alegando ter sido coagido por um detetive a assumir a autoria do crime. Contudo, não há nos autos quaisquer indícios nesse sentido. Ao contrário, as testemunhas que presenciaram as declarações do recorrente na Delegacia, quando ouvidas na instrução do feito, atestaram o seu ânimo calmo naquela

oportunidade e a espontaneidade de sua confissão. Eduardo Luiz Barroso afirmou que "*o acusado prestou declarações espontaneamente e contou tudo direitinho, da forma que quis; que, em nenhum momento o acusado foi chamado atenção para mudar ou retificar suas declarações; que, o acusado demonstrava estar consciente do que dizia; que, não conhecia o acusado e muito menos a vítima; que, assistiu as declarações do acusado do princípio ao fim*; (...)" (fls. 108). Benito Mussulini Mana Valério, a seu turno, asseverou "*que, assistiu as declarações prestadas pelo acusado do início ao fim; que o acusado prestou as declarações de livre e espontânea vontade sem qualquer tipo de coação, estando até muito tranqüilo*; (...)" (fls. 109).

De se ver, por outro lado, que o exame a que se submeteu o apelante, realizado três dias depois do fato, constatou a presença de escoriações nos antebraços e lesões na face interna das coxas, "*provavelmente produzidas por unhas*" (fls. 38 e 40-v.), o que veio a reforçar as fartas evidências contra ele apuradas nos autos e que o incriminam, inequivocamente, como autor do bárbaro crime descrito na denúncia.

Aliás, o prontuário do réu (fls. 50/58) registra o seu envolvimento em diversos delitos, inclusive contra os costumes, comprovando a certidão de fls. 63 haver sido o mesmo anteriormente condenado pela prática de crimes de estupro tentado, uso de drogas e furto.

Merece subsistir, portanto, a condenação, inclusive quanto à reprimenda, fixada em dezoito anos de reclusão, plenamente justificada não só pelos péssimos antecedentes do acusado, mas principalmente pela acentuada culpabilidade de sua conduta, revelada pelo modo insidioso e cruel como agiu.

Finalmente, no tocante aos argumentos expendidos no douto parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça, no sentido de que seja concedido ao réu o regime prisional apenas inicialmente fechado, permitido o direito à progressão, com fundamento no disposto no art. 10 da Lei nº 9.034/95, entendo que não podem ser acolhidos.

A meu ver, não há conflito entre o referido diploma legal e a Lei 8.072/90. Se o crime resultante de ações de quadrilha ou bando for um daqueles de que trata a Lei dos Crimes Hediondos, sujeitar-se-ão os seus integrantes aos rigores desta, inclusive quanto ao disposto em seu art. 8º, e à exigência de cumprimento da pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado. Do contrário, se outro for o delito, não abrangido pela Lei 8.072, deverão os agentes, seja qual for o *quantum* da pena aplicada, iniciar em regime fechado o cumprimento da referida pena - além de estarem impedidos de recorrer em liberdade (art. 9º da Lei 9.034/95). Esta, a meu sentir, a melhor orientação. Outro entendimento conduziria ao paradoxo a que se refere o culto Procurador oficiante.

No caso em apreço, porém, não se cuida de crime decorrente de ação

de quadrilha ou bando, mas de crime de estupro seguido de morte perpetrado por um único réu, alcançado pelo disposto no art. 2°, § 1°, da Lei 8.072/90.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a respeitável decisão monocrática.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - EXIBIÇÃO DE JORNAIS OU REVISTAS EM PLENÁRIO NOTICIANDO ERROS JUDICIÁRIOS - AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS DOS JURADOS - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO DESVESTIDA DE PROVA - ABSOLVIÇÃO COM BASE NA NEGATIVA DA AUTORIA - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - CASSAÇÃO

- A leitura ou exibição de jornais ou revistas em plenário, noticiando erros judiciários, não tem o poder de anular o julgamento, uma vez que a proibição estampada no art. 475 do CPP diz respeito a documentos que afetam a prova.

- Não ocorre contradição na resposta aos quesitos quando as séries são distintas, para situações distintas, inclusive com vítimas diversas.

- Admitida a autoria do crime na fase extrajudicial e retratada no juízo, vindo a retratação desvestida de adminículo probatório, havendo versão fluente na prova testemunhal da afirmação da autoria imputada ao réu, mas se o Júri decide pela sua absolvição, com base na tese de negativa da autoria, é de se cassar a decisão, por contrária à prova dos autos, determinando-se que outro Conselho de Sentença examine a prova.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 204.398-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Processual penal - Preliminares - Exibição de jornais e revistas em plenário sem conhecimento da parte contrária - Contradição nas respostas dos jurados - Rejeição - Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Confissão extrajudicial - Retratação desvestida de provas - Vítima sobrevivente que atesta ser o réu autor dos crimes - Recurso provido. - A leitura ou exibição de jornais ou revistas, noticiando erros judiciários, não tem o poder de anular o julgamento, vez que a proibição estampada no art. 475 do CPP diz respeito a documentos que afetam a prova. - Não ocorre contradição na resposta aos quesitos quando as séries são distintas, para situações distintas, inclusive com vítimas diversas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES, DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA SUBMETER O APELADO A NOVO JULGAMENTO, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2001. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Ércio Quaresma Firpe.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - No II Tribunal do Júri da Capital, Paulo Antunes de Oliveira, já qualificado, foi pronunciado incurso nas penas do art. 121, § 2°, I, III e V, c/c o art. 61, II, letra *e*, e art. 121, § 2°, III e IV, c/c os arts. 61, II, e 14, II, c/c o art. 69, todos do Código Penal, porque, em data de 08 de maio de 1998, na Rua Dr. Benedito Xavier, n° 315, Bairro Aarão Reis, nesta Capital, utilizando-se de uma faca, desferiu golpes nas vítimas Maria da Conceição Trindade e Jasmira Barbosa Santos, ocasionando a morte da primeira e não consumada a morte da segunda, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Submetido a julgamento popular, foi absolvido pelo crime do homicídio consumado, com base na tese negativa de autoria, sendo que foi desclassificado o crime de tentativa de homicídio, e o digno Sentenciante acabou por absolvê-lo da imputação desclassificatória.

Irresignado, apela o Dr. Promotor de Justiça, conforme registro na própria ata de julgamento, sustentando a ocorrência de duas nulidades, a saber:

a) exibição de documentos pela defesa, em plenário, sem o conhecimento da acusação, mesmo porque aludidas peças haviam sido desentranhadas dos autos;

b) contradição nas respostas dos jurados relativamente aos primeiros quesitos de ambas as séries.

No mérito, o recurso sustenta que a decisão afrontou a prova coligida.

As contra-razões repelem as preliminares e afirmam o acerto da decisão.

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo acolhimento da segunda preliminar e, no mérito, pelo provimento.

No principal, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes de admissibilidade, conheço do recurso.

Examino as preliminares argüidas.

A leitura ou exibição de jornais ou revistas em plenário, noticiando erros judiciários, não tem o condão de nulificar o julgamento, pois não vinculada a matéria de fato constante do processo.

A proibição estampada no art. 475 do Digesto Processual Penal diz respeito a documentos que afetam a prova, e, indemonstrada esta correlação, improcedente é a argüição.

Do exposto, rejeito a preliminar.

A segunda prefacial sustenta a contradição entre as respostas dadas pelos senhores jurados que negaram a autoria, por maioria simples, quanto ao homicídio consumado, e a afirmaram, ainda por maioria simples, em relação à tentativa de homicídio.

Conquanto defeituosa a redação do primeiro quesito da segunda série, a resposta não traduz a contradição invocada.

Evidentemente que a redação não poderia ser feita nos termos lavrados: "*no mesmo local e data, logo após o cometimento do crime descrito na série anterior...*".

Ora, se o Júri negou a autoria do crime anterior, impensável a redação proposta, pois, sendo absolvido pela negativa de autoria, obviamente o réu não cometeu o crime anterior.

Todavia, as partes concordaram com a quesitação e, ao meu aviso, ela não induziu o Júri a erro ou traduziu perplexidade, mesmo porque o Conselho afirmou a autoria e, se prejuízo existiu, este seria da defesa, e não da acusação.

O recurso ministerial, entretanto, busca a nulidade pela contradição entre as respostas das séries distintas, quando a contradição só se apresenta a quesitos da mesma série.

Não ocorre contradição na resposta aos quesitos quando as séries são distintas, para situações distintas, inclusive com vítimas diversas (*RT*, 525/399 e 513/371).

A matéria diz respeito à íntima convicção de os jurados afirmarem a autoria em relação a uma vítima e negarem-na em relação à outra.

As ações, as séries de quesitos e as vítimas são distintas, motivos pelos quais rejeito a preliminar, ainda que reconheça o defeito da redação do quesito.

No mérito, acolho o recurso, pois a decisão, efetivamente, agrediu a unanimidade da prova coligida.

A autoria foi admitida na fase inquisitorial e retratada em juízo, forte na exculpação de "*não lembrar-se de ter prestado as declarações, pois na época dos fatos fazia uso de* crack" - fls. 106.

A retratação vem desvestida de qualquer adminículo probatório, e, no mais, a testemunha Moacir Pereira Coimbra, em juízo, fls. 119/120, afirmou que a vítima sobrevivente noticiou que o apelado era o autor dos crimes.

A depoente Sueli Martins - fls. 122 -, na fase judicial, declarou que sua irmã Maria de Lourdes avistou o réu encostado no muro da casa das vítimas e, depois, sair correndo do local, sendo que aludida testemunha confirmou o fato em juízo - fls. 131.

Destarte, a versão fluente na prova é a afirmação da autoria, imputada ao apelado, pelos crimes perpetrados.

Do exposto, impõe-se a cassação do Júri para que outro Conselho de Sentença examine a prova, pelo que rejeito as preliminares, mas dou provimento ao recurso para submeter o apelado a novo julgamento, recomendando ao digno Juiz reformular a redação do primeiro quesito da segunda série, repetida a situação dos autos.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA SUBMETER O APELADO A NOVO JULGAMENTO, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

-:::-

SONEGAÇÃO FISCAL - NOTA FISCAL - FORNECIMENTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO - ART. 1°, V, DA LEI N° 8.137/90 - VIOLAÇÃO - DELITO CARACTERIZADO - MATERIALIDADE COMPROVADA - AUTORIA INDUVIDOSA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DOSIMETRIA DA PENA - MANUTENÇÃO - APLICAÇÃO DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

- Estando a nova desclassificação contida expressamente no texto da denúncia, sendo que, no nosso sistema penal, o acusado se defende da *imputatio facti*, não há falar-se em surpresa ou prejuízo à defesa do apelante.

- Perfeitamente caracterizada a conduta descrita no artigo 1°, item V, da Lei n° 8.137/90, uma vez que, a par do prejuízo causado ao Fisco com a supressão

do ICMS em uma das transações comerciais, a tutela jurídica se prende à lisura da documentação fiscal, resguardando-a de defeitos de forma e conteúdo fraudados pelo apelante, na sua condição de comerciante/contribuinte, em operação ardilosamente engendrada, utilizando, nas notas fiscais, a denominação de outras empresas, suas clientes, e não da empresa de sua propriedade, e deixando de fornecer essa documentação em seu nome quando da revenda a terceiros.

- A teor do art. 44, I, do Código Penal, deve-se aplicar ao apelante, em substituição à pena corporal, uma pena restritiva de direitos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 205.654-7/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crime de sonegação fiscal - Acusado que fez inserir em notas fiscais denominação comercial e registro de seus clientes, em lugar do "Aviário" de sua propriedade, utilizando-se de documentação que sabia ser inexata para eximir-se do recolhimento ao Fisco do ICMS, devido em toda transação comercial - Violação da norma inserida no inciso V do art. 1º da Lei nº 8.137/90 - Delito caracterizado - Materialidade comprovada - Autoria induvidosa - Absolvição - Impossibilidade - Dosimetria da pena - Manutenção - Aplicação do art. 44, I, do Código Penal - Imposição de uma pena restritiva de direitos - Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2001. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Após regular instrução criminal, foi o acusado Túlio Ricardo Diniz Camargos condenado à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, e 105 dias-multa, no seu valor mínimo, como incurso nas sanções do art. 1º, V, da Lei nº 8.137/90, pelo fato de, na qualidade de sócio da empresa "Aviário Camargos Ltda.", ter adquirido para revenda frangos da empresa "Fazenda do Sol", sendo que das notas fiscais constavam como compradores os clientes para os quais o acusado revendia o produto adquirido, deixando de recolher, portanto, o ICMS em cada operação comercial.

Inconformado, interpõe, por seu defensor, o presente recurso de apelação, pleiteando a sua absolvição, por insuficiência de provas, e, alternativamente, a redução da reprimenda imposta, que entende excessiva, com a concessão do *sursis*.

Argumenta, em síntese, que a questão versa sobre produção, comércio e consumo de frangos abatidos e vivos, envolvendo uma série de pessoas e empresas, muitas delas atuando nestes autos como testemunhas, tendo sido o apelante escolhido como "bode expiatório" de um possível crime de sonegação fiscal e "atravessamento", condutas estas não comprovadas suficientemente nestes autos.

Alega, ainda, que na compra, venda e transporte de frangos vivos ou abatidos foram recolhidos impostos, não importando em nome de quem as notas fiscais foram emitidas, sendo comum, no mundo dos negócios, a emissão de notas fiscais em nome do vendedor final.

Argumenta, mais, que não há como sustentar uma condenação por sonegação, se as notas fiscais foram emitidas, em sua maioria, pela própria Administração Fazendária, conforme demonstrado nestes autos.

Por derradeiro, sendo o apelante primário e de bons antecedentes, a jurisprudência de nossos tribunais recomenda aplicar-se a pena no mínimo e, a sua atenuação, no máximo, conforme ementas que colaciona.

O recurso foi contrariado, manifestando-se o Dr. Promotor de Justiça pela confirmação *in totum* da sentença hostilizada.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

De início, verificamos que o apelante foi denunciado nas sanções do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90 (omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias), sendo, na sentença, a conduta criminosa desclassificada para o inciso V da mesma lei - "*negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação*", o que não trouxe nenhuma surpresa ou prejuízo à defesa do apelante, em razão de a nova desclassificação estar contida expressamente no texto da denúncia, sendo que, no nosso sistema penal, o acusado se defende da *imputatio facti*.

Feitas tais considerações, passo ao exame do mérito.

Conforme se verifica do depoimento da testemunha Júlio César Alves, proprietário da "Fazenda Pôr do Sol", na fase extrajudicial, a granja, dentre vários clientes, comercializava com o "Aviário Camargos", de propriedade do apelante, e que este, muitas vezes, comprava frangos solicitando que a nota fiscal fosse emitida em nome de seus clientes, fornecendo os

dados cadastrais destes, ficando o transporte das aves sob a responsabilidade do acusado, que buscava a mercadoria na granja e a entregava aos clientes (fls. 12/13).

Todavia, uma dessas compras não foi honrada pelo apelante, o que obrigou o vendedor Júlio César a protestar aqueles títulos emitidos em nome de "Congeflor Comércio de Alimentos Ltda.", um dos clientes de Túlio Ricardo Diniz Camargo, que, por este motivo, representou contra este junto à Delegacia Especializada de Crimes Contra a Fazenda e Administração Pública (fls. 07 e documentos de fls. 08 a 11), o que deu causa à presente ação penal.

Na verdade, em seu interrogatório no inquérito policial (fls. 32/33), confirma o apelante ter negociado frangos com a granja "Fazenda Pôr do Sol", que fazia o transporte das mercadorias, e que a empresa "Congeflor Comércio de Alimentos Ltda." figurava entre seus clientes. Todavia, nega que tenha solicitado ao proprietário da granja a emissão de notas fiscais em nome de seu cliente.

Em juízo, afirma que apenas é o encarregado do transporte das diversas mercadorias adquiridas naquela granja até os clientes, negando a acusação contida nestes autos (fls. 648).

Não obstante, sua palavra é contrariada pelas demais provas.

A testemunha Geremias R. Lemos, em seu depoimento na instrução criminal, relata que adquiria frangos do "Aviário Camargos Ltda.", que eram entregues pelo próprio aviário, que certa vez recebeu uma cobrança da granja "Fazenda Pôr do Sol", sendo que jamais havia adquirido frangos de tal empresa (fls. 676).

De igual modo, declara a testemunha Djalma Andrade Castro, em juízo, que foi acionado por Júlio César, proprietário da granja "Fazenda Pôr do Sol", para pagar uma dívida referente à aquisição de frango naquela granja, sendo que jamais tinha feito transação comercial com aquela, sabendo, posteriormente, que tal compra era referente ao aviário do apelante, e "*que jamais autorizou Túlio a fazer compras junto a terceiros utilizando-se do CGC do depoente*" (fls. 725).

Por derradeiro, na instrução criminal, confirma Júlio César Alves, proprietário da granja "Fazenda Pôr do Sol", que "*a responsabilidade por emissão de notas fiscais, em nome de terceiros, foi e é dos representantes do Aviário, que comprado* (sic) *e assim determinaram*" (fls. 692).

Também demonstrado nos autos que a atividade-fim da empresa "Aviário Camargos Ltda." é a comercialização de aves, vivas e abatidas, e, não, simples transporte, como alega o apelante, o que ressai claro de cláusula 3ª do contrato social fornecido a estes autos pela Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (fls. 64-TJ).

Assim, demonstrado, *quantum satis*, que o apelante, na condição de sócio-proprietário do "Aviário Camargos Ltda.", adquiria aves vivas e abatidas, que eram revendidas às várias empresas, fazendo consignar nas notas fiscais, como compradores, os nomes dos clientes para os quais revendia a mercadoria, fornecendo documentação em desacordo com a legislação e omitindo-se de fornecer nota fiscal em relação às aves revendidas a terceiros, na clara intenção de se isentar do pagamento do ICMS, devido neste tipo de transação.

No caso, a conduta do apelante, em consonância com o princípio da reserva legal, do qual emana o princípio da tipicidade, se enquadra na norma prevista no item V do art. 1º da Lei nº 8.137/90, como corretamente decidido na sentença recorrida.

Na hipótese, a par do prejuízo causado ao Fisco com a supressão do ICMS em uma das transações comerciais, a tutela jurídica se prende à lisura da documentação fiscal, resguardando-a de defeitos de forma e conteúdo fraudados pelo apelante, na sua condição de comerciante/contribuinte, em operação ardilosamente engendrada, utilizando, nas notas fiscais, a denominação de outras empresas, seus clientes, e, não, do aviário de sua propriedade, e deixando de fornecer esta documentação em seu nome quando da revenda a terceiros.

No caso, perfeitamente caracterizada a conduta descrita no art. 1º, item V, da Lei nº 8.137/90, como consignado na sentença de primeiro grau.

Quanto à dosimetria da pena, observa-se que o MM. Juiz sentenciante bem analisou as circunstâncias judiciais, fixando a pena-base em 03 anos de reclusão e aumentando-a em 1/6, *ex vi* da continuidade delitiva, concretizando-a, ao final, em 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, além da multa pecuniária.

Todavia, ao contrário do entendimento manifestado pelo douto Magistrado, há que ser aplicado ao apelante, em substituição à pena corporal, uma pena restritiva de direitos, a teor do art. 44, I, do Código Penal.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso, para manter a condenação do apelante Túlio Ricardo Diniz Camargo à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, e 105 dias-multa, no seu valor mínimo, todavia determinando a substituição da pena corporal por uma restritiva de direitos, a teor do art. 44, I, do Código Penal, na forma a ser estabelecida pelo juízo de execução, em audiência admonitória.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

MENOR - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME PREVISTO NO ART. 213, C/C O ART. 224, *A*, DO CPB

- Menor que leva a namorada menor de 14 anos a morar consigo na casa de seus pais.

- Interpretação teleológica dos dispositivos do Código Penal, considerado o art. 6° do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- Inocorrência de ato infracional ante a incolumidade do bem jurídico tutelado pelo legislador.

- Apelação criminal. Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 207.447-4/00 - Comarca de Resplendor - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Apelação criminal - Menor - Ato infracional análogo ao crime previsto no art. 213 c/c o art. 224, *a*, do CPB - Menor que leva a namorada menor de 14 anos a morar consigo na casa de seus pais - Interpretação teleológica dos dispositivos do Código Penal, considerado o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente - Inocorrência de ato infracional ante a incolumidade do bem jurídico tutelado pelo legislador - 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, 08 de março de 2001. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela sentença de fls. 25/27, o MM. Juiz da Comarca de Resplendor absolveu o menor E.J.T. da prática do ato infracional análogo ao crime capitulado no art. 213, c/c o art. 224, *a*, do CPB.

Irresignado, o Órgão Ministerial interpôs o presente apelo, buscando a condenação do menor, sob o argumento de que, sendo a vítima menor de quatorze anos, a violência da prática do ato infracional é presumida.

Contra-razões da defesa lançadas às fls. 34/36.

À fl. 36-v., o Magistrado monocrático manteve a decisão atacada.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 40/44, manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

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

Narra a exordial de fls. 11/12 que o representado levou a menor J.V.L. para morar consigo na residência de seus pais, passando a viver maritalmente com a mesma.

Segundo alega o *Parquet*, a menor, que ainda vive na companhia do representado, não possui consciência e capacidade de consentimento para a manutenção de relações sexuais.

Não se vislumbra, porém, a situação fática narrada pelo combativo representante do Ministério Público.

As testemunhas são uníssonas em afirmar que a vida do casal é tranqüila e harmoniosa e que a família do adolescente mantém uma relação de afeto e respeito com a menor.

Em depoimento prestado na fase judicial (fls. 20), afirma a suposta vítima:

"*Que a depoente vai completar 14 anos em abril próximo, era vizinha do representado e morava com a mãe e o avô; que a mãe da depoente está morando em Manhumirim; que foi com o representado que a depoente teve a sua primeira relação sexual e mora com ele há 1 ano e 2 meses e* tem feito uso de anticoncepcional; *que o representado trabalha com o próprio pai e quando foi morar com o representado sua mãe estava aqui;* que seu avô aqui hoje presente foi partidário desta união; *que a depoente cursou o primário completo; que já trabalhou ajudando o companheiro na apanha de café;* que está feliz na companhia do representado" (grifos nossos).

Consta, ainda, do acervo probatório que a mãe da menor a abandonou à própria sorte, dizendo que a mesma iria "atrapalhá-la" em sua nova vida em Manhumirim com o companheiro. Para solucionar o "problema", ordenaria à filha que fosse morar com o pai - que esta mal conhecia.

Ao que se observa, não restou outra alternativa à menor senão pedir que o namorado - ora representado - a recebesse em sua casa.

Em nada merece reforma o *decisum* de primeiro grau.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 6°, preceitua: "*Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento*".

Ora, ao punirmos o adolescente E.J.T. pela conduta que, no ambiente em que foi criado, é absolutamente natural, estaríamos realizando mera vingança estatal, sem atentarmos às exigências do bem comum. A menor está feliz em companhia do representado e sua família.

Não se pode simplesmente aplicar o art. 213, c/c o art. 224, *a*, do CPB sem antes atentar para o valor a que visou o legislador proteger ao insculpir tal norma. Ou seja, *se não há ofensa ao bem jurídico que o legislador objetivou garantir, não há que se falar em ato infracional e, conseqüentemente, em causa de exclusão da antijuridicidade.*

Para se chegar a esta conclusão, basta proceder a uma interpretação teleológica da norma, tendo em vista os fins sociais da incriminação da conduta em tela.

Ademais, ao que indicam as provas carreadas, cuida-se de menor com desenvolvimento suficiente para manter relações sexuais. Ora, a suposta vítima previne-se de uma gravidez indesejada através do uso de anticoncepcionais - o que é, no mínimo, demonstração de maturidade -, possuindo compleição física apta à procriação, como bem ressaltou o culto Magistrado de primeiro grau em seu *decisum*.

Não está a se tratar o caso com condolência, mas com bom senso, de modo a se buscar a solução que melhor atenda aos interesses da menor, que, frise-se, é veemente em afirmar que está feliz ao lado do representado.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CORRUPÇÃO PASSIVA - OFICIAL DE JUSTIÇA - COBRANÇA DE DILIGÊNCIAS REALIZADAS - CRIME FORMAL E FUNCIONAL - CONFIGURAÇÃO - CONDENADO - MAUS ANTECEDENTES - CONCESSÃO DO *SURSIS* - IMPOSSIBILIDADE

- O crime de corrupção passiva previsto no art. 317 do CP é formal e funcional, bastando para a sua configuração a simples solicitação da vantagem indevida, sendo indiferente o seu recebimento e, por conseguinte, desnecessária a existência de corrupção ativa, ou seja, que aquele a quem foi solicitada a vantagem aquiesceu e a entregou.

- O oficial de justiça que exige da parte importância em dinheiro, como cobrança de diligências realizadas, bem como lhe cobra, diretamente, valores relativos a reembolso de verbas indenizatórias, comete o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal.

- Sendo péssimos os antecedentes do condenado, correta é a decisão que lhe nega a concessão do *sursis*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 207.598-4/00 - Comarca de Ouro Branco - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Corrupção passiva - Oficial de Justiça - Preliminar de nulidade por cerceamento da defesa rejeitada - Autoria e materialidade comprovadas - Crime funcional e formal - Péssimos antecedentes - Recurso improvido.

RELATÓRIO

Gleyvian Cunha Saldanha, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 317, *caput*, c/c o art. 71, ambos do CP, porque, na condição de oficial de justiça lotado na Comarca de Ouro Branco, solicitou e recebeu, para si, vantagem indevida, quando cobrou do Sr. Mozart Nunes Ferreira, no cumprimento de mandado expedido em autos de execução fiscal, a importância de R$ 36,00 (trinta e seis reais), bem como solicitou junto ao Banco Real o valor de R$150,00 (cento e cinqüenta reais) para diligências de citação, avaliação e penhora.

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Ouro Branco, julgando procedente o pedido contido na denúncia, condenou-o a cumprir a pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, mais o pagamento de dez dias-multa, além de decretar a perda do cargo de oficial de justiça.

Inconformado, recorreu, pugnando, em preliminar, pela nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, e, no mérito, pela absolvição e, alternativamente, pela concessão do *sursis* e a não-decretação da perda do cargo.

Contra-arrazoado o recurso, o RMP local se bate pela confirmação da sentença. No mesmo sentido o entendimento da Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do Procurador Ronaldo César de Faria.

À douta revisão do eminente Des. Zulman Galdino.

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2001. - *Edelberto Santiago* - Relator.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2001. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - (Lê o relatório nos autos.)

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

A defesa suscitou a preliminar de nulidade da decisão, sob a alegação de que o Juiz *a quo* cerceou o direito à ampla defesa ao se omitir sobre dois pedidos: um, para que a Contadoria do Foro se manifestasse sobre o depoimento da testemunha Ângela Maria Fernandes Pereira Bernardes; e o outro, para que a Secretaria certificasse se houve o pagamento do preparo para o arresto. Vê-se, entretanto, que tais pedidos foram apresentados na petição de fls. 213/215 e indeferidos por falta de amparo legal pelo Julgador monocrático (fls. 224-verso), ou seja, ao contrário do alegado pela defesa, houve, sim, manifestação expressa. Ademais, nas alegações finais, apresentadas após o indeferimento dos pedidos, a defesa não registrou o suposto cerceamento, o qual, se ocorrido, não representou qualquer prejuízo para a defesa e tampouco interferiu na apuração da verdade substancial.

Rejeito, pois, a preliminar.

No mérito, a meu sentir, merece subsistir o r. *decisum* hostilizado, cujos fundamentos fáticos e jurídicos sequer foram abalados nas razões recursais.

Consta dos autos que o ora apelante, oficial de justiça na Comarca de Ouro Branco, conhecido pelo comportamento inadequado no exercício de suas funções, em diversas ocorrências anteriores, algumas das quais resultaram em processo criminal, sendo que nos Autos de nº 3.107-2/98 o acusado foi condenado pela prática do mesmo crime deste recurso, foi indiciado em face da representação oferecida pelo Juiz de Direito que determinara a abertura de processo disciplinar contra o servidor.

Apurou-se o cometimento de duas infrações penais. Na primeira, o réu, ao cumprir mandado expedido nos Autos de Execução Fiscal nº 3.842-4 e nº 4.345-7, notificou o Sr. Mozart Nunes Ferreira e dele cobrou a importância de R$36,00, por conta de diligências realizadas, negando-lhe, contudo, recibo. Na segunda, solicitou ao Banco Real, exeqüente nos Autos de Execução de nº 4.799-3, mediante recibo (!), a importância de R$150,00, a título de diligências de arresto.

É sabido que o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do CP, é crime funcional e formal, bastando para sua configuração a simples solicitação da vantagem indevida, sendo indiferente o seu recebimento, por conseguinte desnecessária a existência da corrupção ativa, ou seja, que aquele a quem foi solicitada a vantagem aquiesceu e a entregou. *In casu*, ficou comprovada a conduta ilícita nas duas oportunidades acima descritas.

A materialidade delitiva está comprovada através dos documentos

de fls. 33/171 (que compõem o processo administrativo disciplinar) e 174/176, nos quais se encontra um recibo feito em formulário com timbre do Tribunal de Justiça, num curioso exemplo de solicitação por escrito, lembrando que é defeso ao oficial de justiça receber diretamente das partes qualquer valor relativo ao reembolso de verbas indenizatórias, regra esta reiteradamente descumprida pelo ora apelante, conforme noticiam os autos, contra dezenas de outras vítimas que, por ignorância ou pela vulnerabilidade da intimidação judicial, se sujeitavam ao procedimento criminoso do acusado.

A autoria, por sua vez, ficou sobejamente provada através do depoimento das testemunhas Mozart Nunes Ferreira (fls. 11, 113/114, 208/209) e Ângela Maria Fernandes Pereira Bernardes (fls. 172/173 e 210/211).

Acertada, pois, a condenação imposta ao réu, desmerecendo acolhida seu pedido de absolvição. A negativa da concessão do *sursis* se mostrou correta em razão dos péssimos antecedentes do condenado, bem como a decretação da perda do cargo de oficial de justiça. Mister expurgar das fileiras da Administração Pública tal elemento, cuja atuação só desmoralizou e denegriu o Poder Judiciário na Comarca de Ouro Branco.

Mercê de tais considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

-:::-

CONCURSO DE INFRAÇÕES - USO DE DOCUMENTO FALSO E FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO

- Artigo 32 da LCP, que se encontra implicitamente revogado pelo artigo 309 do Código Nacional de Trânsito.

- Crime de uso de CNH falsa, que, mais severamente apenado, já contém em si a segunda prática delituosa.

- Fenômeno jurídico da consunção caracterizado.

- Solicitação do documento pela autoridade de trânsito. Súmula 48 do TJMG. Caracterização do crime tipificado no artigo 304 do CP.

- Recurso parcialmente provido para decretar a absolvição quanto à contravenção.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 207.760-0/00 - Comarca de Botelhos - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Concurso de infrações - Uso de documento falso e falta de habilitação para dirigir veículo - Artigo 32 da LCP, que se encontra implicitamente revogado pelo artigo 309 do Código Nacional de Trânsito - Crime de uso de CNH falsa, que, mais severamente apenado, já contém em si a segunda prática delituosa - Fenômeno jurídico da consunção caracterizado - Solicitação do documento pela autoridade de trânsito - Súmula 48 do TJMG - Caracterização do crime tipificado no artigo 304 do CP - Recurso parcialmente provido para decretar a absolvição quanto à contravenção.

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 PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 08 de março de 2001. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela sentença de fls. 85/88, o insigne Juiz julgou procedente a denúncia e condenou José Marcos da Silva como incurso nas sanções do artigo 304 do Código Penal, c/c o 32 da LCP, ao cumprimento de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, substituindo-se aquela por outra restritiva de direitos concernente à prestação de serviços à comunidade.

Não se conformando com a r. decisão, o réu interpôs o presente apelo, primeiramente argumentando que houve cerceamento de defesa. No mérito pleiteia sua absolvição, por desconhecer a falsidade do documento, por ausência do *animus* de prejudicar outrem e por não haver apresentado a carteira de habilitação espontaneamente.

Contra-razões às fls. 103/104.

Devidamente processado o recurso, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se em parecer de fls. 109/112, por seu conhecimento e desprovimento.

É o relatório.

Conhece-se do recurso, presentes os requisitos de sua admissibilidade.

1 Da condenação pela contravenção penal por falta de habilitação para dirigir veículo (artigo 32 da LCP).

O apelante alega cerceamento de defesa, por haver sido denunciado tão-somente pelo crime de uso de documento falso, mas condenado também pela contravenção tipificada no artigo 32 da LCP, sem que, para tanto, tivesse oportunidade de se defender dessa última acusação.

Note-se, entretanto, que, consoante a norma contida no artigo 383 do CPP, estando o fato descrito na denúncia, o juiz pode dar-lhe definição jurídica diversa na sentença, sem a necessidade de ser aberta vista à defesa para manifestar-se a respeito (*emendatio libelli*).

Não obstante, afastado o cerceamento de defesa, verifica-se que, por regularem a mesma conduta típica, o artigo 32 da LCP foi implicitamente revogado pelo artigo 309 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito), inexistindo, *in casu*, contravenção penal.

Ademais, o crime de uso de CNH falsa (delito mais grave) pressupõe a direção de veículo automotor sem a devida habilitação, ficando por aquele absorvido, consoante o princípio da consunção (conflito aparente de normas).

É o que se verifica nas decisões abaixo colacionadas, embora anteriores à vigência do Código Nacional de Trânsito:

Tribunal de Justiça de São Paulo:

"*Contravenção penal - Artigo 32 - Absorção - Ocorrência - Condenação por uso de documento falso - Aplicação do princípio da consunção - Jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal - Pena reduzida - Recurso parcialmente provido para esse fim. - A contravenção do artigo 32 fica absorvida pelo crime de uso de documento falso, atendendo-se ao princípio da consunção, conforme jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal*" (Apelação Criminal nº 135.912/3 - Itu - Relator: Franco de Godói - CCrim. 3 - v.u. - 21.11.94).

"*Uso de documento falso - Alegação de ignorância quanto à origem do documento não acolhida - Contravenção de dirigir sem habilitação absorvida pelo crime - Recurso parcialmente provido para afastar absolvição pelo crime de falso*" (Apelação Criminal nº 147.217/3-SP - 4ª Câmara Criminal - Relator: Cristiano Leite - 07.08.95 - v.u.).

Afasta-se, pois, a condenação pela contravenção penal, fazendo-se necessário o decote da pena de multa imposta.

2 Da condenação pelo crime de uso de documento falso (artigo 304 do CP).

Depreende-se dos autos que o apelante foi abordado durante uma fiscalização de veículos, quando conduzia sua motocicleta Honda, XL 250. Solicitada a carteira de habilitação pela autoridade de trânsito, teria apresentado o

documento de fls. 13, como se fosse autêntico. Constatada a suspeita a respeito da sua autenticidade, foi realizada a sua apreensão (auto de apreensão de fls. 12).

Submetida a carteira de habilitação a exame pericial, constatou-se a falsidade, conforme laudo de fls. 11.

Resta, pois, satisfatoriamente comprovada a materialidade do delito.

O apelante pleiteia sua absolvição, ao fundamento de que não possuía o dolo de prejudicar outrem. Entretanto, como é cediço, o elemento subjetivo do tipo em análise é a vontade livre e consciente de fazer uso do documento falso, utilizando-se do mesmo como se fosse verdadeiro.

Como se verifica nos depoimentos prestados pelo réu, este, sabedor da dificuldade de se tirar carteira em Minas Gerais, pagou pela mesma o valor correspondente a R$250,00 (duzentos e cinqüenta reais), conhecendo da sua falsidade e da necessidade de realização de exames:

"*... que João ao saber que o declarante era de Minas Gerais, perguntou ao declarante se em Minas era difícil tirar CNH; que o declarante respondeu que era; que João ao ouvir a resposta do declarante, disse ao mesmo que um indivíduo conhecido por Geré, morador de Ribeirão do Pinhal-PR, tinha CNH para vender; que o declarante disse então que gostaria de comprar uma CNH...*

... que o declarante ao se encontrar com Geré, pagou-lhe R$250,00 (duzentos e cinqüenta reais), para que o mesmo lhe entregasse sua CNH; que o declarante não fez nenhum tipo de exame para adquirir sua CNH..." (fls. 15-v.).

"*... que realmente esse documento apreendido é falso; que adquiriu o documento no ano de 1998...*

... que o interrogando não fez nenhum exame prático ou teórico para habilitar-se...

... sabia que para habilitar-se como motorista, era necessária a realização de exames para tal..." (fls. 61).

Em conformidade com o Código de Trânsito, a CNH é documento de porte obrigatório por quem conduz o veículo. Assim, ao contrário do que foi alegado pelo réu, a solicitação da sua apresentação pelos policiais não afasta o tipo legal. Com efeito, empregada em sua específica destinação, ainda que solicitada pela autoridade policial, haverá crime de uso de documento falso. Ademais, encontra-se sumulado por este Tribunal o entendimento de que:

"*Comete crime de uso de documento falso o motorista surpreendido na direção de veículo automotor portando carteira de habilitação falsa, sendo irrelevante o fato de ter a autoridade de trânsito solicitado a apresentação do documento ou se esse for exibido voluntariamente pelo agente*" (Súmula nº 48).

Logo, encontrando-se presentes os requisitos necessários à tipificação do delito do artigo 304 do CP, a manutenção desta condenação se impõe.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para cancelar a condenação pelo artigo 32 da LCP, decotando-se a pena de multa imposta.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

SURSIS PROCESSUAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - CONDENAÇÃO - FASE DECISÓRIA - INOPORTUNIDADE DA PROPOSTA

- Se, por ocasião do julgamento de crime da competência do Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença proceder à desclassificação do delito originalmente capitulado na denúncia, para outro cuja pena mínima, abstratamente considerada, seja igual ou inferior a um ano, tal como ocorre no caso de crime de homicídio qualificado desclassificado para o de homicídio culposo, não caberá a proposta de suspensão condicional do processo, uma vez que o processo já chegou a termo, estando preclusa esta oportunidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 210.981-7/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Processual Penal - Suspensão condicional do processo - Desclassificação do delito de homicídio qualificado para o de homicídio culposo - Condenação - Fase decisória - Inoportunidade da proposta. - Se, por ocasião do julgamento de crime da competência do Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença proceder à desclassificação do delito originalmente capitulado na denúncia, para outro cuja pena mínima, abstratamente considerada, seja igual ou inferior a um ano, tal como ocorre no caso de crime de homicídio qualificado desclassificado para o de homicídio culposo, não caberá a proposta de suspensão condicional do processo, uma vez que o processo já chegou a termo, estando preclusa esta oportunidade.

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, 29 de março de 2001. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público, com fulcro no art. 593, III, *b* e *c*, do CPP, contra a r. decisão de fls. 166/167-TJ, que, a par de ter condenado o réu Iran Francisco Nogueira como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, do CP, à pena de 01 ano de detenção, a ser cumprida em regime aberto, após procedida à desclassificação do crime previsto no art. 121, § 2º, I, do CP, pelo Tribunal Popular.

O Órgão Acusatório asseverou, em síntese, que o MM. Juiz singular não poderia ter concedido ao réu a suspensão condicional do processo, quando a marcha processual já tinha atingido o seu fim, com a condenação pela prática de homicídio culposo, inclusive com a inflição de pena privativa de liberdade; que a suspensão condicional do processo nem mesmo poderia ter sido de ofício autorizada pelo Magistrado, ainda que tal benefício fosse cabível à espécie, mormente porque, sendo instituto jurídico de natureza consensual, não prescinde da aquiescência do denunciado, o que não se verificou; que o momento processual adequado à proposta de suspensão é juntamente com o oferecimento da denúncia; e, finalmente, que houve equívoco na própria fixação das condições da suspensão do processo, a impor a reforma da sentença.

Contra-razões às fls. 184/187-TJ, pugnando-se pela manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do recurso interposto (fls. 192/194-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

O réu Iran Francisco Nogueira restou condenado como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, do CP, após regular desclassificação, pelo Conselho de Sentença, do delito capitulado no parágrafo 2º, inciso I, do referido dispositivo legal, cingindo-se a irresignação recursal do *Parquet* estadual à impossibilidade de ser realizada, após proceder-se à mencionada desclassificação, a proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do que dispõe o art. 89 da Lei nº 9.099/95, inclusive diante da condenação reconhecida.

Com efeito, está a merecer provimento o recurso ora interposto tangente à declaração de nulidade da decisão, diante da concessão ao réu da suspensão condicional do processo, eis que, tendo havido nova adequação típica à infração capitulada originalmente na denúncia, por oportunidade do julgamento plenário, não se mostra plausível a concessão da suspensão, por preclusa tal oportunidade, já que a ação penal chegou a seu termo.

É que, decorrido todo o processo, se os jurados consideraram tipo penal menor, como *in casu* se reconheceu

o delito de homicídio culposo, que tem como pena mínima o limite estipulado para a proposta de suspensão, não poderia o Magistrado proceder à aplicação do instituto, eis que em sede decisória não há espaço a eventuais acordos, uma vez que a fase instrutória já se completou, possuindo o julgador, no caso dos autos o Júri, subsídios suficientes para proferir um decreto condenatório ou absolutório, conforme a situação, pelo que se mostra incompatível qualquer proposta no sentido de se suspender o trâmite processual.

Neste mesmo diapasão confira-se a doutrina do proeminente Magistrado DOORGAL GUSTAVO B. DE ANDRADA, *in A Suspensão Condicional do Processo Penal*, 2ª ed., Ed. Del Rey, p. 83:

"*... Aí, mesmo que o novo delito permita, estará precluса a oportunidade de proposta de suspensão, pois a ação penal propriamente dita já terminou, estando na última fase.*

Não se pode suspender um processo que não mais existe e está se encerrando com a sentença.

Na sentença, o réu não é mais chamado a uma transação, pois ficaria uma decisão condenatória ou absolutória descumprida. Isso a lei não autorizou.

A sentença constitui o derradeiro ato do processo de conhecimento, e a Lei instituiu a suspensão para vir proposta junto à denúncia, no início da ação, evitando, se homologada, que se prossiga com seus constrangimentos.

Ademais, com a sentença desclassificando o tipo penal, virá a condenação ou absolvição. Então soará como um conluio a suspensão da sentença que, já se percebe pelas provas colhidas, deverá ser condenatória".

Assim, a decisão tal como estampada não condensou a realidade do julgamento, ao conceder a suspensão condicional do processo a réu que teve a condenação nesta mesma oportunidade reconhecida, porquanto as provas jungidas ao processo e que constituíram objeto de análise pelos jurados autorizaram o decreto condenatório, afigurando-se, por conseguinte, imperiosa a inflição de pena, como inclusive ocorreu, o que arreda a possibilidade de ser o réu beneficiado com a suspensão, porquanto tal situação se mostraria de todo incongruente, em face dos fundamentos que determinam o instituto em confronto com a condenação que se apresentou concreta na fase decisória.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso ministerial, anulando-se a decisão proferida pelo i. Juiz-Presidente, determinando-se que outra seja proferida, inclusive para que o Julgador tenha oportunidade de se manifestar sobre a viabilidade da substituição da pena ou da concessão do *sursis*.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - INEXISTÊNCIA DE ADULTERAÇÃO GROSSEIRA - ESTELIONATO - TENTATIVA - CRIME IMPOSSÍVEL - NÃO-OCORRÊNCIA - DELITO CONFIGURADO - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - REDUÇÃO DO *QUANTUM* IMPOSTO

- Se o documento era apto a iludir o *homo medius*, sendo potencialmente hábil para lograr a fé pública e o particular, tendo sido identificado, pelo policial, devido à sua experiência e conhecimento específico da profissão, não pode ser tido como grosseiramente falsificado.

- Não há que se falar em crime impossível, consistente na absoluta impropriedade dos meios para a obtenção de vantagem ilícita prevista no delito de estelionato, se o apelante só não conseguiu o fim almejado por circunstâncias alheias à sua vontade.

- Exercendo o réu a profissão de servente de pedreiro, não possuindo, pois, condições econômicas para arcar com o *quantum* imposto na sentença, deve-se reduzir ao mínimo legal a prestação pecuniária.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 212.201-8/00 - Comarca de Leopoldina - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Falsificação de documento público - Substituição de fotografia em carteira de identidade - Confissão do agente - Materialidade comprovada - Inexistência de adulteração grosseira - Capacidade de iludir uma pessoa comum - Constatação policial devido à experiência e aos conhecimentos específicos próprios da profissão - Tentativa de estelionato - Crime impossível - Não-ocorrência - Cheque com valor adulterado por procedimento químico - Falsidade constatada apenas pericialmente - Agente que não conseguiu descontá-lo por não haver provisão de fundos - Vantagem ilícita não obtida por circunstâncias alheias à sua vontade - Delito configurado - Decisão mantida - Penas restritivas de direitos - Limitação de fim de semana e prestação pecuniária - Valor desta fixado em 30 salários mínimos - Réu que exerce a profissão de servente de pedreiro - Falta de condições econômicas para arcar com o *quantum* imposto - Redução da prestação ao mínimo legal - Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 27 de março de 2001. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cláudio Alves dos Santos, qualificado, foi condenado como incurso nas sanções dos arts. 297 e 171, *caput*, c/c os arts. 14, II, e 70, todos do CP, a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e multa, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de fim de semana, por seis horas diárias, e prestação pecuniária de 30 (trinta) salários mínimos.

Inconformado com a sentença condenatória de fls. 257/267, apelou o acusado, requerendo a absolvição, sob a alegação de ter havido tentativa impossível de estelionato, dada a absoluta impropriedade do meio empregado (fls. 295/297).

O recurso foi respondido, pugnando o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo seu desprovimento (fls. 299/302 e 307/314).

A materialidade dos crimes está comprovada pelo auto de apreensão (fls. 17), pelos laudos de exames periciais documentoscópicos (fls. 177/179 e 252/254) e pelos documentos falsificados (fls. 180 e 250).

Ao ser abordado pelo policial Vanor Nunes Marreiro, o réu identificou-se como sendo Flávio dos Reis Silva, apresentando carteira de identidade em que havia substituído a foto deste pela sua. Também foi encontrado em seu poder um cheque no valor de R$1.800,00, personalizado em nome de Athayde Ferreira Pontes (fls. 7/8 e 121/122).

O acusado confessa a adulteração da carteira de identidade, mas nega a falsificação do cheque, dizendo que o adquiriu da venda de uma motocicleta, em Muriaé. Entretanto, apenas mencionou o nome Luiz Manoel, como sendo o do comprador, sem saber qualificar os seus dados (fls. 9 e 54/55).

A vítima Athayde Ferreira Pontes declarou haver preenchido o cheque no valor de R$100,00 (cem reais), e não de R$1.800,00 (hum mil e oitocentos reais), em consonância com o que restou apurado pela prova técnica. Disse, também, que não conhecia o réu (fls. 24/25 e 102/107).

Se não foi o acusado quem adulterou o valor do cheque, com certeza sabia dessa falsidade, tanto que disse tê-lo recebido em Muriaé e somente foi descontá-lo em Leopoldina, além de ter-se utilizado de uma carteira de identidade por ele mesmo falsificada.

Cumpre ressaltar que os documentos tinham aptidão para iludir o *homo medius*, sendo potencialmente hábeis para lograr a fé pública e o particular, não se tratando de falsificações grosseiras. O policial apenas constatou a falsidade da carteira de identidade devido à sua experiência e conhecimentos específicos da profissão (fls. 7/8 e 121/122).

Nesse sentido:

"*Não pode ser havido como grosseiramente falsificado o documento que é capaz de enganar o homem comum, assim não considerado o experiente policial que, em sua repartição e diante de seus conhecimentos específicos e das condições pessoais do portador, suspeita da autenticidade em virtude de um pormenor que a outrem passaria despercebido*" (TJMS - AC nº 2.347/89 - Rel. José Riskallah - pub. 26.4.89).

Já a falsificação do cheque somente pôde ser constatada através de sucessivas análises técnicas, com a utilização de aparelhagem óptica e de luzes ultravioleta e rasante (fls. 253).

Assim, não há que se falar em crime impossível, consistente na absoluta impropriedade dos meios para a obtenção da vantagem ilícita prevista no delito de estelionato. O apelante só não conseguiu o fim almejado por circunstâncias alheias à sua vontade, qual seja, o cheque não tinha provisão de fundos, e, por isso, não foi pago pelo caixa do banco.

Nesse sentido:

"*Há de se reconhecer a tentativa de estelionato, e não o crime impossível, quando o agente, de posse do cheque ardilosamente obtido, não consegue descontá-lo e convertê-lo em dinheiro por circunstâncias alheias à sua vontade*" (TACRIM-SP - Rel. Albano Nogueira - *RT*, 561/366).

Todavia, merece reparo a sentença recorrida, no tocante à prestação pecuniária imposta. Foi ela estabelecida no valor de 30 (trinta) salários mínimos. O réu exerce a profissão de servente de pedreiro (fls. 9 e 54), não possuindo, pois, condições econômicas para arcar com esse *quantum*.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir ao mínimo legal a prestação pecuniária imposta ao apelante, estabelecendo-a, destarte, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente (art. 45, § 1º, do CP).

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

FALSO TESTEMUNHO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - DEPOIMENTOS - MERAS CONTRADIÇÕES - INSUSCETIBILIDADE - CARACTERIZAÇÃO - DELITO

- Meras contradições constatadas, não só nos depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa como também naqueles prestados pelas da acusação, são insuscetíveis de caracterizar, em relação a qualquer delas, o delito de falso, previsto no art. 342, § 1º, do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 217.295-5/00 - Comarca de Candeias - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Penal - Falso testemunho - Absolvição mantida - Depoimentos - Meras contradições - Insuscetibilidade - Caracterização - Delito. - Meras contradições constatadas não só nos depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa como também naqueles prestados pelas da acusação são insuscetíveis de caracterizar, em relação a qualquer delas, o delito de falso, previsto no art. 342, § 1º, do CP.

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, 08 de março de 2001. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público, em face da decisão de fls. 72/77-TJ, em razão da qual foram os réus Landerson Vicente de Andrade, Vicentina Mônica de Andrade Silva e Vanderlei Mizael da Silva absolvidos da imputação que lhes recaía pela prática do crime de falso testemunho, descrito no art. 342, § 1º, do CP.

O Órgão Acusatório asseverou, em suma, que o decreto absolutório pelo delito praticado pelos apelados contra a administração da Justiça não deveria prevalecer, eis que as suas declarações prestadas em Juízo não se revestiram de meras contradições insuscetíveis de alterar a verdade dos fatos, mas realmente traduziram inverdades, na medida em que não se encontravam no local dos fatos - lugar onde se deu flagrante a motorista inabilitado -, não se podendo, pois, admitir que os apelados tivessem visto, percebido ou ouvido alguma coisa relacionada ao crime de direção inabilitada imputado a Geraldo Magela dos Reis, se não estavam no referido local, impondo-se, por conseguinte, a reforma da sentença, a fim de que sejam os apelados condenados nas penas do art. 342, § 1º, do CP.

Contra-razões às fls. 87/89-TJ, pugnando-se pela manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do conhecimento e do provimento da apelação interposta (fls. 96/98-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Com efeito, o recurso interposto pelo órgão acusatório não merece lograr êxito, visto que da análise dos elementos de prova trazidos à colação não é lícito concluir pela condenação dos denunciados pela prática do crime previsto no art. 342, § 1°, do CP, na medida em que não se pode afirmar, com segurança, que as suas declarações prestadas no bojo do processo deflagrado contra Geraldo Magela dos Reis tiveram por escopo o falseamento da verdade, a despeito de conterem algumas contradições.

Realmente, meras contradições detectadas nos depoimentos prestados por testemunhas não têm o condão de caracterizar o delito de falso, impondo-se, por outro lado, que a falsidade verse sobre circunstância juridicamente relevante, de modo que impossibilite ou dificulte a atuação do Magistrado. *In casu*, conforme bem pontificou o d. Magistrado singular, as contradições não se verificaram somente nos depoimentos dos apelados, mas também nos depoimentos dos policiais militares que procederam ao flagrante do réu Geraldo, em face de estar o mesmo possivelmente dirigindo sem habilitação, o que torna sem relevância, para efeito de caracterização do delito de falso, a ocorrência das indigitadas discrepâncias.

No mesmo sentido, os julgados a seguir transcritos:

"*A simples diversidade de declarações sobre determinado fato não significa que um dos depoentes esteja mentindo ou falseando a verdade, de maneira a incorrer nas sanções do art. 342 do CP*" (*RT*, 564/328).

"*A simples divergência entre depoimentos prestados por testemunhas a respeito de determinado fato dificilmente justifica atribuir-se a uma delas, sem provas concretas, que esteja falseando a verdade*" (*RT*, 499/316).

Não fosse por isso, releva salientar que o d. Juiz monocrático, na qualidade de presidente da instrução criminal, bem aquilatou a prova testemunhal carreada aos autos, apontando de forma percuciente e precisa as contradições que se verificaram não só nos depoimentos dos apelados, mas também, de se repetir, naqueles prestados pelos policiais militares, fato que arreda a tipicidade do delito previsto no art. 342, § 1°, do CP, devendo-se, neste caso, prestigiar a valoração procedida a respeito da referida prova.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo-se, por via de conseqüência, a bem-lançada sentença de primeiro grau, por seus jurídicos e próprios fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - APELAÇÃO - AFASTAMENTO DE UMA DAS QUALIFICADORAS RECONHECIDAS PELO CORPO DE JURADOS - REDUÇÃO DA PENA SEM CASSAÇÃO DO VEREDICTO POPULAR - POSSIBILIDADE

- Pode o Tribunal de Justiça, quando do julgamento da apelação, decotar umas das qualificadoras reconhecidas pelo Júri, se entender que a mesma não encontra apoio na prova dos autos, sendo possível, em conseqüência, reduzir a pena, fixando nova apenação pela instância revisora, sem que isso implique a cassação do veredicto do Conselho de Sentença e/ou atentado à sua soberania.

- VV.vv.: - Se afastada, em grau de apelação, uma das qualificadoras admitidas pelos jurados, por manifestamente contrária à prova dos autos, impõe-se a cassação do Júri, para que sua soberania não seja vulnerada pela redução da pena na instância recursal, após o decote da qualificadora, determinando-se que o réu seja submetido a novo julgamento. A qualificadora é elemento do crime, e não circunstância da pena. Se reconhecida pelo Júri, não pode o Tribunal excluí-la e retificar a pena. (*Desembargadores Kelsen Carneiro e Mercêdo Moreira*)

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 177.637-6/01 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Processual Penal - Afastamento, em grau recursal, de qualificadora aceita pelo Júri - Redução da pena sem cassação do Júri - Possibilidade. - Não se cassa o julgamento popular quando apenas uma das qualificadoras acolhidas não encontra supedâneo na prova. - A solução mais adequada, em casos tais, é o reajustamento da pena, excluindo-se a referida qualificação. - VV.vv.: - Se afastada, em grau de apelação, uma das qualificadoras admitidas pelos jurados, por manifestamente contrária à prova, impõe-se a cassação do Júri, para que sua soberania não seja vulnerada pela redução da pena na instância recursal, após o decote da qualificadora.

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, EM REJEITAR OS EMBARGOS, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES MERCÊDO MOREIRA E KELSEN CARNEIRO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2001. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Levado a Júri, foi o embargante condenado a dezoito anos de reclusão, pela prática de homicídio duplamente qualificado, pela fútil motivação e pelo emprego de meio cruel.

Quando do julgamento da apelação, interposta pela defesa (acórdão às fls. 248/255), o Relator, Des. Gomes Lima, e o Revisor, Des. Odilon Ferreira, davam-lhe provimento parcial, vencido o Des. Kelsen Carneiro (Vogal) e prevalecendo, como voto médio, o do Relator.

Em resumo, assim se posicionou a Turma Julgadora:

1) O Relator (Des. Gomes Lima), cujo voto médio prevaleceu, deu provimento parcial ao recurso, decotando da condenação a qualificadora do meio cruel (art. 121, § 2º, inciso III, do CPB), fixando a pena a ser cumprida pelo apelante em 12 (doze) anos de reclusão, observado o regime integralmente fechado;

2) o Revisor (Des. Odilon Ferreira) acompanhou o Relator no que pertine ao decote da qualificadora, dele divergindo na reprimenda, que ficou em 14 anos;

3) vencido, o Des. Kelsen Carneiro (Vogal) votou pela "*cassação do julgamento, por manifestamente contrária à prova uma das qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença*", salientando, em seu voto, que não se pode, "*em exame de recurso de apelação, (...) decotar qualificadora e, em razão disso, reduzir a pena*".

Pretende a defesa do apelante, com o manejo dos presentes embargos infringentes (fls. 259 e segs.), a prevalência do voto minoritário, com a conseqüente cassação do Júri, por decisão manifestamente contrária à prova, no que pertine à acolhida da qualificadora do "meio cruel".

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela acolhida dos embargos, com a conseqüente submissão do embargante a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

É o relatório.

Conheço dos embargos.

Segundo os votos majoritários, pode-se, no julgamento do recurso apelatório, decotar uma das qualificadoras reconhecidas pelo Júri, com a conseqüente redução da reprimenda, fixada nova apenação pela instância revisora, sem que isso implique a cassação do veredicto do Conselho de Sentença e/ou atentado à sua soberania.

Para o voto minoritário, o reconhecimento de que a admissão de uma das qualificadoras implique decisão manifestamente contrária à prova deságua na cassação do veredicto popular e na submissão do réu a novo julgamento.

Ambos os posicionamentos encontram respaldo jurisprudencial.

O majoritário, no entanto, foi objeto de pedido expresso nas razões de apelação, como se vê à fl. 221, com todas as letras e com grifo nosso:

"Como as qualificadoras poderão ser diretamente decotadas pela instância superior, *a penalidade poderá ser ainda bem inferior e situar-se* perto do mínimo...".

Foi isso o que, ainda que em caráter alternativo, pediu o apelante, ora embargante.

Isso foi o que obteve.

Se, inconformado em obter exatamente o que pleiteou, o apelante oferta embargos de infringência, duvidoso é seu próprio interesse de recorrer, já que somente recorre aquele que sucumbe.

De se salientar, ainda, que a pena mínima do homicídio qualificado é doze anos de reclusão, piso que não foi ultrapassado com o afastamento de uma das qualificadoras (meio cruel) e a mantença da outra (motivação fútil).

O caminho dos votos majoritários afigura-se-me o mais acertado, porque obediente à capitulação do Júri: homicídio qualificado, pena de doze a trinta anos de reclusão, veredicto em nada alterado se, afastada uma das qualificadoras, foi a reprimenda situada no piso legal - o que também poderia ocorrer se, mesmo com a admissão, pelo Júri, de ambas as qualificadoras, optasse o Juiz-Presidente pela mínima apenação.

Ao contrário do que sustentam a Procuradoria-Geral de Justiça e o embargante (que, no particular, olvida o pedido expresso nas razões - fls. 221), farta jurisprudência, inclusive do STF, respalda os judiciosos votos majoritários, a respeito da *possibilidade de afastamento da qualificadora, pelo tribunal, em grau de recurso*, como se vê das seguintes ementas de acórdãos:

"*O julgamento não deve ser renovado quando as qualificadoras acolhidas não encontrem apoio na prova. Em casos tais, a solução adequada é o reajustamento da pena, excluindo-se a qualificação*" (TJSP, *RJTJSP*, 102/417).

"*Júri. Decisão contrária à prova dos autos. Ocorrência. Reconhecimento de qualificadora. Solução adequada, entretanto, que não é a renovação do julgamento, bastando cancelar-se o acréscimo da pena decorrente da acolhida da qualificadora. Art. 593, inc. III, c, do CPP. Apelação parcialmente provida para esse fim. - É duvidoso que a qualificadora do motivo fútil é norma pertinente a agravamento da reprimenda, e não regra que diga com o aspecto material da conduta proibida. A qualificadora do motivo fútil não mais traduz que uma circunstância, um dado de natureza subjetiva, que não diz com elementos do delito, apenas influindo sobre o juízo de culpabilidade sobre a fixação da pena*" (TJSP, *RJTJSP*, 112/494).

"*Júri. Nulidade. Inocorrência. Qualificadoras sem apoio na prova colhida. Cancelamento. Desnecessidade da renovação do julgamento. Reajustamento de pena, a solução de melhor praticidade e mais útil à efetiva prestação jurisdicional. Recurso provido parcialmente. Precedentes do STF neste sentido*" (TJSP, *RJTJSP*, 116/458).

"*Em acolhendo o júri mais de uma qualificadora, pode o Tribunal de*

Justiça, em reconhecendo ser uma delas manifestamente contrária à prova dos autos, cancelar a mesma, com retificação da pena, sem violar a soberania daquele, uma vez que o crime continua sendo qualificado, sem qualquer alteração na figura típica e nos limites da pena-base, tanto mais quando o presidente, na aplicação da pena, considera todos como elementares. Não se utilizando, no entanto, nenhuma delas como circunstância judicial e nem como agravante, inexiste, em conseqüência, prejuízo ao condenado, e a pena final deve permanecer a mesma" (TJMS, *RT*, 733/646).

"*A qualificadora de motivo fútil reconhecida pelo Conselho de Sentença diz com juízo inscrito no domínio da fixação da pena, podendo ser desautorizada pelo Tribunal de Justiça, ante apelação fundada no art. 593, III,* c, *do CPP*" (STF, *RTJ*, 123/338).

Pelo exposto, pedindo vênia ao culto Prolator do voto minoritário e ao ilustrado Subscritor do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, *rejeito os embargos.*

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - A circunstância qualificadora é elemento constitutivo de um tipo penal não grave, não podendo, *data venia*, ser considerada como mera circunstância agravante de pena e que, portanto, interessa tão-somente à dosimetria da reprimenda votada assim, afirmativamente, pelo Tribunal do Júri, uma circunstância qualificadora e considerada pelo Tribunal, em grau de recurso, como manifestamente contrária às provas dos autos; não poderá este, simplesmente, decotá-la da sentença. Terá que cassar a decisão do Júri que a reconheceu.

Nestas condições, pedindo vênia ao douto Relator desses embargos, estou dando provimento aos mesmos para acompanhar, nesta oportunidade, o voto vencido do Desembargador Kelsen Carneiro, por ocasião do julgamento da apelação, determinando que o embargante seja submetido a novo julgamento.

O Sr. Des. Gomes Lima - Sr. Presidente. Não tenho como negar a surpresa de que fui tomado quando tive conhecimento dos embargos de que ora cuidamos. É que não divisei nos mesmos objetivo maior, interesse mesmo, por parte do embargante. Seja como for, após ouvir o voto bem lançado, bem fundamentado do em. Relator, convenci-me por completo de que motivo não tenho, *data venia*, para modificar o posicionamento que adotei quando do julgamento da apelação, motivo por que acompanho o voto do em. Relator.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Reiteradas vezes tenho salientado nesta egrégia Câmara que, quando uma qualificadora estatuída na Parte Especial do Código Penal, na espécie o parágrafo 2°, II, do art. 121 do Código Penal, também esteja escrita na Parte Geral do Código Penal, art. 61, II, *a*, essa qualificadora funcionará, na aplicação da pena, como circunstância agravante e, sendo assim, ela pode ser perfeitamente decotada pelo Tribunal quando do recurso interposto contra

decisão do Júri, sem necessidade alguma de se mandar o réu a novo julgamento, mesmo porque, se o homicídio é qualificado por outra circunstância, como, na espécie, o emprego de meio cruel, e a pena foi aplicada no mínimo legal, não há, absolutamente, nulidade alguma na decotação da circunstância agravante do motivo fútil, razão pela qual estou a acompanhar o voto do em. Relator e também rejeito os embargos.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Em que pese à excelência dos argumentos adotados pelo em. Relator, Des. Roney Oliveira, ilustrados com jurisprudência a respeito da matéria, ouso discordar de S. Exa., entendendo que o cancelamento de qualificadora somente cabe ao Tribunal do Júri.

Tenho, *data venia*, que entendimento em contrário fere mortalmente a soberania do Júri, valendo, a respeito do assunto, considerar que a consagração de tal tese, como já ficou judiciosamente consignado em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, "*levaria ao absurdo de a segunda instância poder majorar a pena reconhecendo qualificadora, na hipótese de o Júri não a acolher*" (*RJTJSP*, 121/313).

Existem, sim, julgados admitindo a tese, como bem explicou o Des. Roney Oliveira, mas a jurisprudência em contrário, a respeito da tese, é majoritária, seguindo, inclusive, doutrina uniforme a respeito do assunto.

Sabendo-se que a qualificadora é elemento do crime, integrando o tipo, e não circunstância da pena, não há como o Tribunal excluí-la e retificar, como fizeram os votos majoritários da apelação e agora o do Relator do presente recurso, a sanção que deverá ser cumprida pelo réu.

Segundo assinala NELSON HUNGRIA, "*no § 2° do art. 121, apresenta-se, como indica a respectiva rubrica lateral, o homicídio qualificado, isto é, o homicídio qualificado de alguma dentre certas circunstâncias agravantes que a lei, no tocante a essa entidade criminal, toma em especial consideração, para o efeito de majoração* a priori *da pena, dado o maior grau de criminosidade que revelam. Não se dá mudança do título do crime, nem da espécie ou qualidade da pena; mas esta é independente (cominada dentro de novos limites) e quantitativamente superior à pena ordinária ou editada* in abstrato *para o homicídio simples. De simples* accidentalia *dos crimes em geral, tais circunstâncias passam a ser a* essentialia *ou elementos constitutivos do homicídio, na sua forma qualificada. Chamadas agravantes qualificativas ou elementares, estão elas alinhadas nos inc. I a V do parágrafo acima citado. Dizem umas com certos motivos determinantes, indiciários de maior intensidade da* mens rea *(incs. I, II e V), e outras com o modo especialmente perverso da ação ou da execução do crime (incs. IV e III)*" (*Comentários ao Código Penal*, v. 5/163, Forense, 1958).

A título único de ilustração, vale trazer à colação os seguintes julgados:

"*A qualificadora do homicídio não é mera circunstância da pena, mas do crime. Reconhecida pelo Júri, o tribunal não pode, ainda que sob o fundamento de considerá-la contrária à prova dos autos, desclassificar o crime e retificar a pena, no julgamento da apelação. Preserva-se a soberania do Júri, ocorrendo a hipótese, submetendo-se o réu a novo veredicto popular*" (STJ - REsp - Rel. William Patterson - j. 18.09.95 - *DJU* de 13.11.95, p. 38.711).

"*Reconhecida pelo Júri a qualificadora do motivo torpe, não pode o Tribunal de Justiça, em apelação da defesa, simplesmente, reformar o veredicto popular, para cancelá-la, já que isso implicaria em malferir a soberania do Júri (art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição)*" (*RT*, 683/371).

"*A qualificadora é elemento do crime, e não circunstância da pena, pelo que, na hipótese de o Júri acolhê-la, contrariamente à prova dos autos, a conseqüência é a submissão do réu a novo julgamento popular, não podendo o tribunal simplesmente excluí-la e retificar a pena*" (*RSTJ*, 14/429).

"*Se o reconhecimento da qualificadora do crime de homicídio se reputa contrário à evidência dos autos, deve-se anular o julgamento para que outro seja proferido pelo tribunal popular, sendo vedada, em sede recursal, a sua exclusão*" (*RT*, 753/599).

Com estas considerações e, no mais, com a devida permissão, adotando como razão de decidir os judiciosos fundamentos do parecer da douta Procuradoria de Justiça, de autoria do Dr. Renato Martins Jacob, mantenho o voto que proferi na apelação e dou provimento aos presentes embargos, fazendo-o para cassar a decisão do Júri e mandar o recorrente a novo julgamento popular.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES MERCÊDO MOREIRA E KELSEN CARNEIRO.

-:::-

COMPETÊNCIA CRIMINAL - DENÚNCIA - RECEBIMENTO EM COMARCA DIVERSA DA QUE CONDENOU O RÉU - REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE - RATIFICAÇÃO DOS ATOS PROBATÓRIOS - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO - INEXISTÊNCIA

- Se o juiz reconhecer sua incompetência, durante o processo, poderá dela declinar e, no juízo competente, os atos probatórios serão ratificados. Somente os atos decisórios serão refeitos, não sendo assim considerado o recebimento da denúncia.

HABEAS CORPUS Nº 211.300-9/00 - Comarca de Lavras - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Nulidade processual - Incompetência do juízo - Recebimento da denúncia em comarca diversa da que condenou a ré - Inadmissibilidade da alegação - Atos processuais ratificados no juízo declinado - Ordem denegada. - Se o juiz reconhecer sua incompetência durante o processo poderá dela declinar e, no juízo competente, os atos probatórios serão ratificados.

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, 28 de dezembro de 2000. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - O advogado Lúcio Adolfo da Silva, militante nesta Capital, impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Luciene Almeida dos Santos, já qualificada, sustentando que a paciente sofre constrangimento ilegal por parte da digna Juíza da Comarca de Lavras, pois a mantém segregada desde 19 de maio deste ano e a condenou à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, em processo totalmente nulificado, dada a flagrante incompetência do Juízo.

A impetração aduz, ainda, que a prisão da paciente ocorreu na Comarca de Perdões, tendo este juízo recebido a denúncia e, posteriormente, os autos foram remetidos para a Comarca de Lavras, que proferiu a condenação sem que houvesse a ratificação dos atos processuais anteriormente praticados.

Indeferida a liminar rogada, a digna autoridade apontada coatora prestou as informações de fls. 55, fazendo a remessa de cópias do processado.

A douta Procuradoria de Justiça opina pela denegação da ordem.

No essencial, é o relatório.

Exsurge dos autos que a paciente e outros co-réus foram incursos nos artigos 12 e 14 da Lei Antitóxicos e encontram-se condenados à pena de 06 (seis) anos de reclusão.

Existe recurso de apelação em processamento.

O relatório da sentença prolatada na Comarca de Lavras demonstra que, "*em razão da competência territorial, os autos vieram para esta Comarca, onde os atos já praticados foram ratificados*" - fls. 60.

Como se sabe, caso o juiz reconheça a incompetência durante o processo, pode declinar dela e, no juízo competente, os atos probatórios serão ratificados.

Ao contrário do alegado, somente os atos decisórios serão refeitos e, no caso concreto, nenhum ato decisório foi praticado, pois o recebimento da denúncia não é assim considerado.

Assim sendo, inexistindo o alegado constrangimento ilegal, denego a ordem impetrada.

Sem custas.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - **VÍCIO DE CITAÇÃO - INCIDÊNCIA DA *NOVATIO LEGIS IN PEJUS* - TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - NULIDADE DA DECISÃO - EXCESSO NA IMPOSIÇÃO DA PENA - APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DO *HABEAS CORPUS* - IMPOSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO - IMPOSIÇÃO - LEI Nº 8.072/90 - INAPLICABILIDADE - PACIENTE ENFERMO - PRISÃO DOMICILIAR - QUESTÕES A SEREM DIRIMIDAS NO JUÍZO DA EXECUÇÃO - DENEGAÇÃO DA ORDEM**

- A matéria referente à citação, se válida ou não, foge do âmbito restrito do *habeas corpus*.

- Depois de transcorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, não há como, em *habeas corpus*, alegar *novatio legis in pejus* e buscar a sua nulidade.

- O simples fato de o sentenciante ter inserido em sua decisão a frase "*delito dessa espécie, um dos inscritos na lista dos hediondos*" não significa que a condenação se deu nos termos da Lei nº 8.072/90; ao contrário, se o regime prisional imposto foi o semi-aberto, isso basta para verificar que tal lei não presidiu a decisão hostilizada, uma vez que a Lei nº 8.072/90 estatuiu o regime integralmente fechado para o cumprimento de penas decorrentes de prática de crimes hediondos.

- O excesso na imposição de pena não é matéria para ser decidida em *habeas corpus*, e, se o fosse, não ensejaria nulidade, mas simples adequação da mesma.

- Se o paciente se encontra doente, estando a necessitar de tratamento médico adequado ou especializado, e se o caso aconselha a prisão domiciliar, tais questões devem ser submetidas ao juízo da execução, e, se se pretender ir a fundo no exame do processo, o caso, seguramente, é de revisão criminal, jamais de *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS Nº 213.707-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Ação penal transitada em julgado - Vício de citação - Incidência de *novatio legis in pejus* - Nulidade da sentença - Paciente enfermo - Prisão domiciliar. - Simples menção da expressão "crime hediondo" não significa aplicação da Lei nº 8.072/90. - Comprovação de residência, declaração de vizinhos e atestado médico são documentos a serem examinados no juízo da execução ou em revisão criminal, se se trata de prova nova. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2000. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo paciente, o Dr. Ércio Quaresma Firpe.

O Sr. Des. Gomes Lima - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, a sustentação oral produzida da tribuna e valho-me desse início de manifestação para agradecer ao Dr. Ércio os votos que acaba de formular, dizendo a S. Exa. que também nós nos sentimos felizes e satisfeitos quando profissionais de sua estirpe ocupam esta tribuna.

Desejo a S. Exa. que esse início de milênio que se avizinha lhe seja também repleto de realizações pessoais, familiares e profissionais.

Ércio Quaresma Firpe, advogado, OAB/MG nº 54.311, às fls. 02-15-TJ, impetrou ordem de *habeas corpus*, pedindo concessão de liminar e dispensa de requisição de informações, a favor de Walter Graciano Alves, instruindo a impetração com os documentos de fls. 17-130-TJ, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Belo Horizonte e alegando que o paciente se encontra preso desde 14 de novembro do corrente ano, condenado que foi como incurso nas sanções do art. 214 do Código Penal, tendo sido apenado com seis (6) anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e vinte (20) dias-multa.

Disse o impetrante que o processo determinante da prisão do paciente contém vícios, merecendo destaque "*vício de citação, a incidência da* novatio legis in pejus *na r. sentença e a nulidade da r. decisão*".

Pretende o impetrante a restauração da liberdade do paciente devido às nulidades apontadas, concessão de prisão domiciliar ou internação hospitalar do paciente e, para tanto, trouxe para os autos comprovação de residência,

declaração de vizinhos e atestados médicos que informam sobre o atual estado de saúde do paciente.

À fl. 04-TJ, o impetrante alinhou o histórico processual do feito, que culminou com a condenação do paciente, iniciando com a denúncia de 10 de maio de 1985 e findando com o trânsito em julgado da condenação, a 02 de setembro de 1992, e com a prisão do paciente, ocorrida a 14 de novembro do corrente ano.

À fl. 134 e v.-TJ, indeferi o pedido de liminar, optei pela desnecessidade de requisição de informações e determinei a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, donde adveio o parecer de fls. 137-140-TJ, em que se opinou pela denegação da ordem.

Este, o relatório.

O fato referente à nulidade de citação e, a partir dela, de nulidade do processo, não tem essa conotação simples de se ter às mãos declaração de vizinhos, quando os autos registram, primeiro, que o paciente não foi encontrado no endereço indicado, e, segundo, que, tendo sido procurado, via precatória, em Carajás, lá se informou que o mesmo por lá passava, mas não se encontrava.

Desse modo, entendo que a matéria referente à citação, se válida ou não, tal como se apresenta, é matéria que, *data venia*, foge do âmbito restrito do *habeas corpus*.

Com essas considerações, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Peço vista.

Súmula - O RELATOR REJEITA A PRELIMINAR. PEDIU VISTA O DES. PRIMEIRO VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dra. Juliana de Carvalho Procópio Alves.

O Sr. Presidente (*Des. Odilon Ferreira*) - O julgamento deste feito foi adiado, na sessão do dia 05.12.2000, a meu pedido, após o Des. Relator rejeitar preliminar.

Meu voto é o seguinte:

Quanto à preliminar suscitada pela douta defesa de Walter Graciano Alves de nulidade do processo por cerceamento de defesa pela inexistência de citação, verifica-se dos autos da ação penal que lhe foi movida e que redundou na sua condenação à pena de 06 anos de reclusão pela prática de atentado violento ao pudor contra a menor A.D.R., de 09 anos de idade, que razão não lhe assiste.

Verifica-se dos autos que o paciente foi procurado no endereço que forneceu em suas declarações prestadas no inquérito policial, constantes de fls. 11/12, como sendo residente na Rua Granito, nº 29, Esplanada, Estação Itabira, neste Estado, mas viera para esta Capital, cinco dias antes, hospedando-se na Rua Clóris, Bairro Santa Inês, não se sabendo o número.

Após a prática dos fatos, o paciente escondeu-se na casa de um seu conterrâneo, mas, como foi visto por um garoto de 12 anos, foi preso por um detetive, depois de ter tentado fugir saindo pela porta dos fundos da casa e saltando um muro, como disseram Geraldo Odilon de Assis (fls. 33-v.-TJ) e José Francisco Rodrigues (fls. 58-v.-TJ).

Ele estava hospedado na casa de Marco Antônio, numa rua ao lado da rua onde morava a vítima, e tinha vindo a Belo Horizonte, cinco dias antes, para tirar documentos para trabalhar na Cia. Vale do Rio Doce. Foi solto posteriormente.

Como, naquela época, eu era o Juiz que dirigia o processo, recebi a denúncia e designei data para o interrogatório, determinando a expedição de mandado de citação dele na Rua Clóris, Bairro Santa Inês, e na Pantobe, da Rua Caetés, nesta Capital, onde ele queria trabalhar (fls. 41), mas o oficial de justiça certificou (fls. 41-v.-TJ) que ele não foi encontrado naqueles endereços.

Determinei, então, a expedição de carta precatória para que se procedesse à sua citação em Itabira, no endereço fornecido - Rua Granito, 29 - Esplanada. O oficial de justiça daquela Comarca certificou que ali lhe forneceram o endereço do paciente como estando em Carajás, residente à Quadra 107, casa 22, Núcleo Urbano de Carajás.

A casa onde o paciente foi procurado era residência de seu pai, Benedito Geraldo Alves - conta de luz da Cemig à fl. 114 -, e foi ali que o oficial de justiça obteve informação do novo endereço dele em Carajás.

Por despacho de fls. 48-TJ, marquei data e determinei a citação do paciente, sendo expedida a carta precatória para a Comarca de Marabá (fls. 50), Estado do Pará, e ali cumprida, certificando o oficial à fl. 68:

"*Certifico que, em cumprimento ao respeitável mandado da Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal, desta Comarca, expedido nos autos da Carta Precatória oriunda da Comarca de Belo Horizonte, do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal daquela Comarca, extraída dos autos da ação penal, que move a Justiça Pública contra Walter Graciano Alves, com endereço da Quadra 107, casa 22, Núcleo Urbano de Carajás, no interior desta Comarca, e aí sendo, dirigi-me ao referido endereço e fiz várias investigações, até mesmo ao Departamento de Segurança Patrimonial daquele local, e fui informado de que o suplicado não mais reside naquele núcleo e nem tão pouco sabem informar do atual endereço do suplicado, e por este motivo deixei de proceder a citação do mesmo*".

Como eu já tinha sido promovido para o Tribunal de Alçada, o MM. Juiz substituto determinou a citação, via edital, do paciente (fls. 76/77) em 03.03.89, e, não tendo comparecido para interrogatório, foi decretada sua revelia.

Constata-se, então, que o paciente fugira do distrito da culpa

para lugar incerto e não sabido, baldados todos os esforços da Justiça para citá-lo.

Agora, traz aos autos as declarações de duas testemunhas dizendo que ele residia no citado endereço fornecido à Polícia, durante 25 anos, o que não representa a verdade.

Tanto essas declarações não valem absolutamente nada, que, prolatada a sentença e expedido mandado, em 30.04.92, para a sua prisão no endereço fornecido pelo paciente, só foi preso em 14.11.2000 (fls. 128), mais de 8 anos depois.

Assim, empreendidos todos os esforços pela Justiça para a citação do paciente em todos os endereços constantes dos autos, não há falar em cerceamento de defesa e nem em nulidade processual.

Rejeito esta preliminar, acompanhando o em. Relator.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Sr. Presidente. Pelo que pude perceber do voto, V. Exa. pôde examinar com cuidado os autos, inclusive os originais. Também não vejo nenhum defeito na citação do ora paciente, razão pela qual, ainda que se tratando de *habeas corpus*, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Gomes Lima - Rejeitada a preliminar, no mérito, a Ação Penal a que respondeu o paciente, de nº 02485228652-5, culminou com a r. sentença de fls. 103 e 104-TJ, que o deu como incurso nas sanções do art. 214 do Código Penal e o apenou com seis (6) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e vinte (20) dias-multa, isentando-o do pagamento das custas processuais.

Esta sentença foi prolatada a 30 de março de 1992, transitando em julgado a 02 de setembro seguinte, conforme se vê às fls. 104 e 108-TJ.

Mostram os autos que o delito imputado ao paciente ocorreu a 25 de março de 1985, o que significa dizer que o mesmo foi condenado sete (7) anos depois e preso somente agora, quinze (15) anos e oito (8) meses depois, o que é uma lástima.

Como observou e salientou a Procuradoria-Geral de Justiça, pretende o paciente, unilateralmente, e valendo-se tão-só de "declaração", provar que nunca empreendeu fuga.

Ora, o caso presente envolve coisa julgada e não pode ser enfocado com a simplicidade que lhe quer emprestar o paciente; ademais, depois de ocorrido o trânsito em julgado da r. sentença condenatória, não há como, em *habeas corpus*, alegar *novatio legis in pejus* e buscar sua nulidade.

O simples fato de o douto Sentenciante ter inserido em sua decisão a frase "delito dessa espécie, um dos inscritos na 'lista dos hediondos'" (fl. 104, *caput*) não significa que a condenação se deu nos termos da Lei nº 8.072/90; ao contrário, basta atentar para o regime prisional imposto, o semi-aberto, para se ver que tal lei não presidiu a decisão hostilizada - é que a Lei nº 8.072/90 estatuiu o regime integralmente fechado para o cumprimento de penas decorrentes de prática de crimes hediondos.

Se houve excesso na imposição da pena, isso não é matéria para ser decidida em *habeas corpus* e, se o fosse, não ensejaria nulidade, mas simples adequação da mesma.

Enfim, se o paciente se encontra doente, se está a necessitar de tratamento médico adequado ou especializado, deve-se submeter a questão ao Juízo da Execução; se o caso aconselha prisão domiciliar, também isso deve ser submetido ao Juízo da Execução e, se se pretender ir a fundo no exame do processo, o caso, seguramente, é de revisão criminal, jamais de *habeas corpus*.

Com essas considerações, denego a ordem.

Sem custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. NO MÉRITO, DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - INQUÉRITO POLICIAL - TRANCAMENTO - INVENTÁRIO - PRESTAÇÃO DE CONTAS - RESPONSABILIDADE DO INVENTARIANTE - OMISSÃO - INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA PRESTAR TAIS CONTAS - NÃO-ATENDIMENTO - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - INOCORRÊNCIA - CONCESSÃO DA ORDEM

- Constitui constrangimento ilegal, a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus* para o trancamento de inquérito policial, a instauração do mesmo contra advogado para apurar prática de crime de desobediência, por não ter o causídico, quando intimado em processo de inventário, providenciado a prestação de contas, omitida pelo inventariante. Tal providência, nos termos do inciso VII do art. 991 do CPC, é de responsabilidade pessoal do inventariante, e não de seu procurador, o qual age em nome da parte que representa e não pode sofrer sanção em razão de ato comissivo ou omissivo de seu representado.

HABEAS CORPUS Nº 222.902-9/00 - Comarca de Mantena - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Advogado procurador de inventariante - Autorização para alienação de bens do espólio - Omissão do dever de prestação de contas - Inquérito policial mandado instaurar contra advogado pela prática de crime de desobediência

- Constrangimento ilegal caracterizado, tendo em vista que a responsabilidade pela prestação de contas é pessoal da inventariante, e não do advogado que a representa - Ordem concedida para trancar o inquérito policial.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2001. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Ary Rocha de Amorim em causa própria sob a alegação de que sofre constrangimento ilegal, tendo em vista que no inventário de Antônio Garcia foi deferida alienação de gado à inventariante, Maria Rosária da Penha; que o paciente é procurador da inventariante e foi intimado para prestar contas; que as contas não foram prestadas pela inventariante, tendo em vista que o gado não fora vendido; que a Juíza mandou instaurar inquérito para apurar o cometimento de crime de desobediência, praticando erro grosseiro, pois o paciente é procurador, e não parte, pelo que pediu que lhe fosse concedida a ordem para o trancamento do inquérito (fls. 02/06-TJ). Instruiu a petição com cópias de peças processuais (fls. 08/31-TJ).

As informações foram prestadas, acompanhadas de documentos (fls. 38/39-TJ e fls. 40/57-TJ). O parecer da d. Procuradoria de Justiça é pela concessão da ordem (fls. 60/62-TJ).

O art. 991 do CPC, em seus vários incisos, discrimina as atribuições do inventariante: a primeira delas, contida no inciso I, é a de administrar o espólio; e a do inciso VII, a de prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz o exigir. De outra parte, o art. 992, I, do mesmo diploma legal, prevê que cabe ao inventariante alienar os bens do espólio, após ouvidos os interessados e com autorização do juiz.

Um dos meios de compelir o inventariante a agir com regularidade e presteza é sancioná-lo com a remoção, se se negar a prestar contas ou, se as prestar, não forem consideradas boas, como posto no art. 995, V, do CPC.

Assim, sendo responsabilidade da inventariante a prestação de contas, ao procurador não se há de exigir que o faça, sob pena de se entender que esteja desobedecendo a ordem legal. É que o procurador age em nome da parte que representa e não pode sofrer sanção em razão de ato comissivo ou omissivo de seu representado.

Agindo o advogado como representante da inventariante, constitui constrangimento ilegal a abertura de inquérito para apurar prática de crime de desobediência pela omissão de providência que a esta cabia, e não a ele, que agia como procurador da parte. Destarte, sendo o advogado representante do responsável pela prestação de contas, mostra-se ilegal a determinação para que se instaure inquérito para apurar-se prática de crime que não lhe pode ser imputado.

Do exposto, concedo a ordem para trancar o inquérito policial.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - PACIENTE QUE NÃO CUMPRIU AS CONDIÇÕES IMPOSTAS - CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO - TRANCAMENTO DA AÇÃO E RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Incabível o reconhecimento de ocorrência de prescrição em face do § 6º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, ao asseverar que, durante o prazo de suspensão do processo, não ocorrerá a prescrição. E, isto considerando, como não decorreu lapso de tempo suficiente entre as causas interruptivas, em momento algum foi o paciente alcançado pelo instituto legal.

- Se o pedido de trancamento da ação penal, ao que tudo indica, tem como fundamento único a alegação de que, cumpridas as condições impostas, estaria extinta a punibilidade, inadequada a via escolhida, incompatível com discussão e exame aprofundado da prova.

- O descumprimento de uma das obrigações assumidas pelo paciente acarreta revogação do benefício e conseqüente retomada da marcha processual.

HABEAS CORPUS Nº 225.981-0/00 - Comarca de Alfenas - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Suspensão condicional do processo - Paciente que não cumpriu as condições impostas - Cassação do benefício - Trancamento da ação e reconhecimento da prescrição - Impossibilidade - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM, REVOGADA A LIMINAR. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2001. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Pedro Mário Ribeiro, por intermédio de seu advogado, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, objetivando o trancamento da ação penal que visa apurar infração do art. 304 do Código penal ou o reconhecimento da prescrição.

Entende que, beneficiado pela suspensão do processo prevista na Lei 9.099/95, tendo cumprido as condições que lhe foram impostas, constituiria constrangimento ilegal o prosseguimento da ação.

Deferida a liminar, com a suspensão do processo até o julgamento final do presente *mandamus*, foram solicitadas as informações de praxe, prontamente prestadas pela digna autoridade tida como coatora às fls. 41/42-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 46/48-TJ pela denegação da ordem.

É o sucinto relatório.

Segundo consta dos autos, foi o paciente denunciado pelo Ministério Público Estadual por infração do art. 304 do CP (uso de CNH falsa). Recebida a denúncia em 20.10.94, foi o processo suspenso em 25.03.96, mediante determinadas condições - dentre elas a de o réu comparecer mensalmente em juízo e prestar serviços comunitários.

Tomando conhecimento de que uma das condições impostas não vinha sendo cumprida (prestação de serviços comunitários), determinou o Magistrado a intimação do paciente a fim de que justificasse sua falta.

Ocorre, porém, que o Sr. Oficial de Justiça informa ter deixado de cumprir o mandado porque o paciente, mudando de endereço sem prévia comunicação ao Juízo, encontrava-se, àquela época, em local incerto e não sabido.

Diante deste fato - e agora considerando incabíveis os benefícios do art. 89 da Lei 9.099/95 no caso concreto em que a pena mínima é de dois anos de reclusão -, atento à manifestação ministerial, o MM. Juiz *a quo* proferiu decisão revogando o benefício e determinando o prosseguimento do processo.

Ora, diante deste quadro fático, observa-se claramente não estar a merecer amparo o presente *writ*.

Não tem cabimento o desejo de ver-se reconhecida a ocorrência da prescrição.

É que o § 6° do art. 89 da Lei 9.099/95 é categórico ao asseverar que, durante o prazo de suspensão do processo, não ocorrerá a prescrição. E, isto considerando, como não decorreu lapso de tempo suficiente entre as causas interruptivas, em momento algum foi o paciente alcançado pelo instituto legal.

O pedido de trancamento da ação penal, ao que tudo indica, tem como fundamento único a alegação de

que, cumpridas as condições impostas, estaria extinta a punibilidade.

Ora, discussão aprofundada deste tema demandará um exame aprofundado da prova, o que é incompatível com a via eleita.

Em princípio, o paciente descumpriu uma das obrigações assumidas, o que implica revogação do benefício e, por conseguinte, acarreta a retomada da marcha processual.

Destarte, não vislumbrando o propugnado constrangimento ilegal, denego a ordem.

Fica revogada a liminar anteriormente concedida.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM, REVOGADA A LIMINAR. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

HABEAS CORPUS - **MANDADO DE PRISÃO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO ADMITIDO - COMANDO DA DECISÃO CONDENATÓRIA - ORDEM CONCEDIDA**

- A regra geral é no sentido de que a interposição dos recursos especial e extraordinário não impede a expedição imediata de mandado de prisão contra o condenado. Entretanto, se no acórdão constou expressamente que o mandado de prisão só seria expedido após seu trânsito em julgado, não poderia o juiz, recebendo os autos, determinar a prisão imediata.

HABEAS CORPUS N° 226.412-5/00 - Comarca de Varginha - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Mandado de prisão - Recurso extraordinário admitido - Comando da decisão condenatória. - A regra geral é no sentido de que a interposição dos recursos especial e extraordinário não impede a expedição imediata de mandado de prisão contra o condenado. Entretanto, se no acórdão constou expressamente que o mandado de prisão só seria expedido após seu trânsito em julgado, não poderia o juiz, recebendo os autos, determinar a prisão imediata. 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

CONCEDER A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2001. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gudesteu Biber - O Dr. Frederico Campos, ilustre advogado inscrito na OAB/MG, sob o nº 76.668, impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Marcelo Toledo Silva, já qualificado, visando desconstituir despacho do MM. Juiz de Direito da Comarca de Varginha, que, recebendo os autos da Apelação Criminal nº 166.622/1, determinou a imediata expedição de mandado de prisão contra o paciente, condenado à pena de três anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por crime de tráfico de drogas. Alega que o v. acórdão determinou que o mandado de prisão só fosse expedido após o trânsito em julgado do mesmo, havendo constrangimento ilegal na expedição antecipada, antes de acontecer a condição ali imposta. Pede a concessão da ordem para suspender a ordem de prisão até o julgamento do recurso extraordinário admitido e atualmente em processamento perante o egrégio Supremo Tribunal Federal.

Nas informações que presta, esclarece o digno Magistrado que realmente determinou a expedição imediata de mandado de prisão, posto que os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo.

A douta Procuradoria de Justiça opina pela concessão da ordem.

É, em síntese, o relatório.

Decide-se:

Como os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo, os Tribunais Superiores têm entendido, reiteradamente, não haver ilegalidade na prisão determinada pelo Tribunal de segundo grau, quando do julgamento da apelação, ainda que a sentença tenha disposto em contrário - STF: *HC* nº 76.181/6-MG, Rel. Min. Sydney Sanches, (*DJU* de 03.04.98, p. 05); *HC* nº 74.972/1-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (*DJU* de 20.06.97, p. 28.472); *HC* nº 74.396/0-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti (*DJU* de 07.02.97, p. 1.339); *HC* nº 80.093/9-RS, Rel. Min. Octávio Gallotti (*DJU* de 18.08.2000, p. 83); *HC* nº 77.501/4-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (*DJU* de 05.02.99, p. 9); *HC* nº 73.100/7-MT, Rel. Min. Moreira Alves (*DJU* de 31.05.96, p. 18.801); *HC* nº 78.726/0-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão (*DJU* de 07.05.99, p. 4); *HC* nº 76.592/6-SC, Rel. Min. Maurício Corrêa (*DJU* de 30.10.98, p. 3); *HC* nº 71.699/7-MG, Rel. Min. Paulo Brossard (*DJU* de 19.12.94, p. 35.183); *HC* nº 70.448/4-MG, Rel. Min. Néri da Silveira (*DJU* de 06.05.94, p. 10.487); *HC* nº 72.288/1-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão (*DJU* de 04.08.95, p. 22.447); *HC* nº 71.100/6-BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (*DJU* de 24.06.94, p. 16.650); *HC* nº 69.039/4-PE, Rel. Min. Carlos Velloso (*DJU* de 10.04.92, p. 4.798); STJ: *HC* nº 3.008/7-MG, Rel. Min. Assis Toledo (*DJU* de 20.03.95, p. 3.196); *HC* nº 5.362-MG, Rel. Min. William Patterson (*DJU* de 09.06.97, p. 25.567/68); *HC* nº 11.739-RS, Rel. Min. Edson Vidigal (*DJU* de 03.04.2000, p. 162); *HC* nº 10.916-MG, Rel. Min. Felix Ficher (*DJU* de 21.02.2000, p. 146); *HC* nº 9.004-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves (*DJU* de 07.06.99, p. 133); *HC* nº 13.388-SP, Rel. Min. Gilson Dipp (*DJU* de 30.10.2000, p. 171); *HC* nº 12.589-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves (*DJU* de 27.11.2000, p. 189; etc.).

No caso específico, entretanto, o v. acórdão foi taxativo e explícito no sentido de que o mandado de prisão só deveria ser expedido após seu trânsito em julgado.

Na medida em que o recurso extraordinário foi admitido e está sendo processado, vedado seria a este Tribunal, ou ao MM. Juiz, ditar em sentido contrário, sob pena de se alterar a execução do título executivo penal.

Assim, e acolhendo na íntegra a manifestação da douta Procuradoria de Justiça, concedo a ordem impetrada para se determinar o recolhimento do mandado de prisão expedido contra o paciente, até o julgamento do recurso extraordinário, que, repita-se, foi admitido.

Façam-se as devidas comunicações.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

HABEAS CORPUS - REGIME PENITENCIÁRIO - PROGRESSÃO - LIVRAMENTO CONDICIONAL - PRISÃO DOMICILIAR - MEIO INIDÔNEO - PRECEDENTES - ORDEM DENEGADA

- Em princípio, o *habeas corpus* não é meio idôneo para se obter a progressão do regime penitenciário nem o livramento condicional, muito menos a prisão domiciliar, já que, nesses casos, há necessidade de verificação de circunstâncias de ordem subjetiva.

HABEAS CORPUS Nº 227.381-1/00 - Comarca de Ribeirão das Neves - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Regime penitenciário - Progressão - Livramento condicional - Prisão domiciliar - Meio inidôneo. - Em princípio, o *habeas corpus* não é meio idôneo para se obter a progressão do regime penitenciário, nem o livramento condicional, muito menos a prisão domiciliar, já

que, nesses casos, há necessidade de verificação de circunstâncias de ordem subjetiva. - Precedentes - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Através de petição inicial de difícil compreensão, Cristiano Rodrigues de Oliveira, já qualificado, impetra a presente ordem de *habeas corpus* reclamando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Comarca de Ribeirão das Neves, já que "*... preso... em data de 28/05/99, não teve nenhuma progressão de regime por desídia dos órgãos competentes...*". Assevera, outrossim, estar "*... com efetiva prisão há vinte meses na data de hoje, e diga-se de passagem, expiação de pena esta que fere os dispositivos sentenciais e o art. 185 da LEP. Portanto o paciente já tem direito a sua condicional*" (*sic*). Dizendo já ter direito também ao regime domiciliar, pede a concessão da ordem "*... para que o mesmo tenha a condicional, isto liminarmente, e que a liminar seja transformada em definitiva*".

O pedido foi dirigido ao egrégio Tribunal de Alçada, tendo sido indeferida a liminar pelo eminente e culto Juiz Alexandre Victor de Carvalho.

Nas informações que presta, esclarece o MM. Juiz que o paciente tinha realmente um processo naquela Vara, que foi remetido ao egrégio Tribunal de Alçada em grau de recurso.

A douta Procuradoria de Justiça conseguiu localizar, via Internet, o processo existente contra o paciente e opinou pela remessa dos autos a este Tribunal.

A egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada declinou da competência para este Tribunal, conforme se vê do v. acórdão de fls. 26/28.

Pela certidão de fls. 39 constatou-se que houve desistência do recurso aviado pelo paciente, com retorno dos autos à comarca de origem.

A douta Procuradoria de Justiça requereu diligências, e novas informações oficiais foram prestadas, desta feita dando conta de que o paciente havia sido condenado à pena de quatro anos e sete meses de reclusão por roubo qualificado e porte ilegal de armas, além de duas outras condenações, na 11ª e na 6ª Varas Criminais desta Capital (fls. 50/77).

A Procuradoria de Justiça, através de parecer do sempre ilustre e culto Dr. Renato Martins Jacob, opina pela denegação da ordem (fls. 80/82).

O feito me veio concluso nesta data.

É, em síntese, o relatório.

Decide-se:

A postulação, tal como foi posta, não merece ser deferida.

A uma, porque, como de sabença geral, "*a passagem de um regime a outro pressupõe o atendimento de requisitos de caráter objetivo e subjetivo. Quanto a estes últimos, impossível é pretender, na via estreita do* habeas corpus, *o exame respectivo*". (STF - *HC* 68.251/1-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 03.12.90, p. 14.640, *RT*, 665/368; *HC* 65.735/4-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 06.05.88, p. 10.628; *HC* 66.253/6- SP, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* de 02.12.88, p. 31.897; *HC* 66.141/6-SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 17.06.88, p. 15.253; *HC* 69.382/2-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 18.09.92, p. 15.409. STJ - *HC* 113-RJ, Rel. Min. Costa Leite, *DJU* de 13.11.89, p. 17.027; R*HC* 780-SP, Rel. Min. William Patterson, *DJU* de 01.10.90, p. 10.457; *HC* 497-SP, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, *DJU* de 03.12.90, p. 14.328; *HC* 7.651-SP, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 30.08.99, p. 75; *HC* 8.498-MS, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 09.08.99, p. 174; etc.)

Tantas têm sido as decisões a tal respeito que este Tribunal já sumulou em sua jurisprudência criminal: "*50 - O* habeas corpus *não é via adequada para decidir sobre progressão de regime prisional, pela necessidade de análise de questões subjetivas*" (*Minas Gerais* de 29.08.2000).

A duas, como reiteradamente têm decidido todos os tribunais do País, o *habeas corpus* não comporta decisão a respeito do livramento condicional, posto que há necessidade de verificação de elementos de ordem subjetiva. No caso, segundo se depreende das informações, o benefício sequer foi pleiteado no Juízo da execução.

A três, porque o benefício do livramento condicional deve ser feito no Juízo da execução, após unificação das penas. A concessão do benefício abarcará o pedido de progressão de regime, por ser mais amplo. Em caso de indeferimento, caberá recurso de agravo (art. 197 da LEP) para a instância superior.

A quatro, porque a prisão domiciliar só pode ser deferida a condenado que esteja em regime aberto, assim mesmo nas hipóteses restritas do artigo 117 da LEP. Aliás, esta Câmara já cristalizou em sua jurisprudência predominante: "*28 - O regime albergue domiciliar só é cabível nas hipóteses estabelecidas no art. 117 da LEP*".

Assim, e acolhendo o parecer ministerial, denego a ordem impetrada.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

HABEAS CORPUS - DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 90 E 96 DA LEI Nº 8.666/93 - PROCEDIMENTO PRÓPRIO - DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ART. 104 DA CITADA LEI ESPECIAL - NÃO-APLICAÇÃO DO RITO PREVISTO NOS ARTS. 513 E SEGUINTES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

- Havendo procedimento próprio para os crimes previstos na Lei nº 8.666/93, deve ser o mesmo adotado em razão do princípio da especialidade, uma vez que o CPP somente tem aplicação subsidiária.

HABEAS CORPUS Nº 229.499-9/00 - Comarca de Buenópolis - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Delitos previstos nos arts. 90 e 96 da Lei nº 8.666/93 - Procedimento próprio - Disposição expressa do art. 104 da citada lei especial - Não-aplicação do rito previsto nos arts. 513 e seguintes do CPP - Notificação para defesa preliminar somente cabível nos casos de crimes funcionais típicos - Constrangimento ilegal inexistente - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2001. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Marcos Antônio Mendes Nadu, que alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da MMª. Juíza de Direito da Comarca de Buenópolis.

Consta da impetração que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 90 e 96 da Lei nº 8.666/93, c/c os arts. 29 e 69 do CP. Houve recebimento da denúncia, tendo sido marcado o interrogatório para o dia 4.4.01. Aduz tratar-se de crime de responsabilidade de funcionário público, motivo pelo qual o procedimento a ser seguido é o previsto nos arts. 514 e seguintes do CPP. Requer, liminarmente, a suspensão da realização do interrogatório e, ao final, a concessão da ordem, com a anulação do recebimento da denúncia e a notificação do paciente para apresentar defesa preliminar no prazo de 15 (quinze) dias (fls. 2/7).

O pedido veio instruído com os documentos de fls. 8/21.

Indeferida a liminar, foram requisitadas informações da indigitada autoridade coatora (fls. 27/28), as quais foram prestadas às fls. 30/38.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 40/42).

Não assiste razão ao impetrante.

O paciente foi denunciado por infração dos arts. 90 e 96 da Lei nº 8.666/93, acusado de haver fraudado procedimento licitatório, em prejuízo da Administração Pública. Trata-se de lei especial que possui procedimento próprio, ao passo que o rito dos arts. 513 e seguintes do CPP somente se aplica aos casos de crimes funcionais típicos (arts. 312 a 326 do CP).

A Lei nº 8.666/93, expressamente, dispõe em seu art. 104 que, *recebida a denúncia e citado o réu, terá este o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de defesa escrita, contado da data do seu interrogatório, podendo juntar documentos, arrolar as testemunhas que tiver, em número não superior a 5 (cinco), e indicar as demais provas que pretenda produzir.*

Assim, havendo procedimento próprio para os crimes previstos na Lei nº 8.666/93, deve ser o mesmo adotado em razão do princípio da especialidade, uma vez que o CPP somente tem aplicação subsidiária. Inexiste, pois, o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, denego a ordem.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL - AUSÊNCIA DE DOLO OU DE MÁ-FÉ - ESTELIONATO - ALEGADA FALTA DE PREJUÍZO - FRAUDE PROCESSUAL - CASO CONCRETO - ORDEM DENEGADA

- Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo preparatório para a ação penal e que tem por objetivo apenas a apuração do fato tido como delituoso, não deve ser sumariamente trancado pela via estreita do *writ*, sob pena de se coarctarem as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

- Para se dizer da presença ou não de dolo ou de má-fé, é necessário exame aprofundado, crítico e comparativo da prova, e isso é incomportável no âmbito restrito do *writ*.

- Por não possuir o *habeas corpus* largo espectro cognitivo, não se podem para ele transferir questões cíveis intrincadas, envolvendo altas cifras econômicas. O deslinde de tais questões está afeto ao juízo cível e nesse campo deve permanecer.

HABEAS CORPUS Nº 230.744-5/00 - Comarca de Araxá - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Trancamento de inquérito policial - Ausência de dolo ou de má-fé - Estelionato - Alegada falta de prejuízo - Fraude processual - Caso concreto. - Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo preparatório para a ação penal e que tem por objetivo apenas a apuração de fato tido como delituoso, não deve ser sumariamente trancado pela via estreita do *writ*, sob pena de se coarctar as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público. - Para se dizer da presença ou não de dolo ou de má-fé é necessário exame aprofundado, crítico e comparativo da prova, e isso é incomportável no âmbito restrito do *writ*. - Por não possuir o *habeas corpus* largo espectro cognitivo, não se pode para ele transferir questões cíveis intrincadas, envolvendo altas cifras econômicas. - O deslinde de tais questões está afeto ao juízo cível e nesse campo devem permanecer. - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Por intermédio do ilustre e culto advogado Dr. Fausto Júlio de Mesquita, impetra Yolanda Afonso de Ávila, já qualificada, a presente ordem de *habeas corpus* visando ao trancamento de inquérito policial, requisitado pelo Ministério Público e deferido pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araxá, visando à apuração de crime de estelionato e fraude processual que teriam ocorrido na tramitação do inventário dos bens que ficaram por falecimento de Cacildo Afonso Ribeiro. Alega que se trata de inventário envolvendo apenas interesse de maiores e capazes, não podendo, pois, o Ministério Público nele funcionar. Diz que não foi nominada a pessoa ou pessoas contra as quais se estaria instaurando o mencionado inquérito, mesmo porque "*inexistiu prejuízo alheio e muito menos para o espólio, vez que a importância colocada à disposição da Justiça Especializada não foi sacada pelo reclamante*", pois, "*no ato da audiência e mesmo nas anteriores, ninguém induziu alguém a erro e muito menos não houve uso de ardil ou qualquer outro meio fraudulento*" (*sic*), não se podendo falar em estelionato. Com relação ao delito de fraude processual, diz faltarem "*... os pressupostos objetivos e o subjetivo, ou seja, a vontade livre e consciente de inovar, modificar ou alterar com o fim de induzir a erro o juiz*" (*sic*). Pede a concessão de liminar e, a final, da ordem impetrada "*... determinando-se o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa, dada a ausência de provas concretas da existência de crimes e de indícios veementes de autoria, sobretudo, pela atipicidade da conduta da paciente...*" (*sic*).

O pedido de liminar foi indeferido.

Nas informações que presta, esclarece o MM. Juiz que realmente determinou a instauração de inquérito policial, a requerimento do Ministério Público, para apurar crime de falsidade ideológica contra Yara Afonso Borges, que, sem estar compromissada como inventariante, "*... compareceu perante a Justiça do Trabalho e se declarou falsamente ser inventariante do espólio demandado, dando-se por representante legal, firmando acordo na vultuosa quantia supra mencionada*" (*sic*). Mais adiante indaga: "*Como pleitear R$150.000,00 (CENTO E CINQÜENTA MIL REAIS), em um caso que já estava constitucionalmente prescrito, e que foi objeto de 'acordo', firmado por inventariante que declinou de sua designação perante o Juízo, mas que paralelamente se apresentou na Justiça do Trabalho como inventariante, acompanhada da MD. Advogada de Yolanda Afonso de Ávila...*" (*sic*. Maiúsculas do original). Aventa a possibilidade de ter havido, inclusive, delito de tergiversação por parte de advogado e diz já ter havido recurso de agravo de instrumento para este Tribunal, parcialmente provido, e existir na Comarca ação ordinária de anulação de testamento movida pela ora paciente. Remete xerocópia das principais peças do processo de inventário.

A ilustrada Procuradoria de Justiça, através de parecer do sempre culto Dr. Renato Martins Jacob, opinou pela denegação da ordem.

É, em síntese, o relatório.

Decide-se:

Em tese, é viável o trancamento de inquérito policial quando o fato investigado evidentemente não constituir crime, nem mesmo em tese, ou quando restar provado *prima oculi* a não-participação direta ou indireta do paciente.

A regra geral, entretanto, é a de que não se deve trancar inquérito policial, que nada mais é que simples procedimento administrativo preparatório de ação penal e que tem por único objetivo a apuração de fatos tidos como delituosos. Como o *habeas corpus* não se presta a exame de matéria fática controvertida, seu uso para o trancamento de inquérito policial sempre carrega o risco de coarctar atividades naturais da Polícia Judiciária, ou do Ministério Público.

"*Processual Penal - Recurso de* habeas corpus - *Trancamento de inquérito policial - Inexistência de justa causa.*

- Inexiste constrangimento ilegal na abertura de inquérito policial para apuração de falso ideológico, mormente quando os elementos informativos obtidos, geram justificada suspeita da consumação do delito.

- Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo

preparatório para a ação penal, tem por objeto a apuração do fato tido como delituoso e a respectiva autoria, não devendo ser obstados pela restrita via do habeas corpus, *para que não se incorra no risco de coarctar as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público.*

- Recurso improvido" (Superior Tribunal de Justiça, R*HC* nº 74-SP, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, *DJU* de 16.10.89, p. 15.858; *RSTJ*, 9/108).

"Habeas corpus - *Pedido de trancamento de inquérito policial .*

- Em se tratando de pedido de trancamento de inquérito policial, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, visando ele a apuração de fatos que, em tese, são crime, só deve ser ele trancado se for insusceptível de qualquer dúvida a falta de justa causa no que diz respeito ao acusado.

- No caso, para se chegar à conclusão de que o inquérito policial deveria ser trancado, seria mister exame aprofundado e complexo dos elementos probatórios já existentes no inquérito que ainda não terminou, para o que o habeas corpus *não é meio idôneo.*

- Recurso ordinário a que se nega provimento" (Supremo Tribunal Federal, R*HC* nº 66.081/9-SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 26.08.88, p. 21.035).

No caso concreto, contrariando o que se afirma na inicial, diz o Magistrado que determinou a instauração do inquérito "*... tamanha a má-fé e conluio em que alguns herdeiros agiram em detrimento do espólio*" (*sic* - fls. 48).

Se houve ou não conluio, má-fé ou prejuízo para o espólio ou para terceiros, só o exame analítico e crítico da prova poderá dizer. Necessário salientar, entretanto, que o *habeas corpus* não dispõe de espaço processual capaz de permitir a escarafunchação de provas para se afirmar ou negar a existência de fatos intrincados e duvidosos. Pode ser que a paciente esteja realmente agindo de boa-fé e não tenciona prejudicar ninguém. Pode ser que o indigitado acordo trabalhista esteja dentro dos limites do razoável e não seja uma maneira espúria de dilapidar o patrimônio deixado pelo falecido Cacildo Afonso. Pode ser que as partes, por serem maiores e capazes, transijam ou se componham na esfera cível. O que não é recomendável, nem salutar, é o trancamento, puro e simples, do inquérito nesta quadra, pois isso seria, no mínimo, solução temerária, mesmo porque não se sabe se a paciente será ou não indiciada. Mesmo que seja, "*o mero indiciamento em inquérito policial, por ser figura desprovida de conseqüência jurídica, sequer prevista no ordenamento jurídico como ato processual formal, não constitui constrangimento ilegal passível de reparação por via do* habeas corpus, *pois é insusceptível de afetar a liberdade de locomoção*" (STJ, REsp 71.123-DF, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 27.04.98, p. 221).

Afinal, a questão é meramente civil e na área cível deverá ser deslindada, tanto que já houve interposição de recurso com provimento parcial, tanto que já existe ação visando à anulação do testamento. Ela só escapará para a esfera criminal caso haja configuração de algum delito, como certamente está a supor o MM. Juiz do inventário.

O fato de ter o Ministério Público interferido nos autos de inventário entre maiores e capazes é irrelevante, mesmo porque o Juiz poderia, de ofício, determinar a instauração de inquérito se verificasse a possibilidade de ocorrência de crime de ação pública incondicionada. Forçoso convir, entretanto, que é sempre muito difícil distinguir onde começa a fraude penal e onde termina a fraude civil.

Assim, e acolhendo, na íntegra, o parecer ministerial, denego a ordem impetrada.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

FALSO TESTEMUNHO - INQUÉRITO POLICIAL POR CRIME DE HOMICÍDIO - DENÚNCIA ÚNICA ENGLOBANDO O PACIENTE E O AUTOR DO FATO PRINCIPAL - AUSÊNCIA DE CONEXÃO - INADMISSIBILIDADE - POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO DO DEPOIMENTO PARA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO

- Constitui constrangimento ilegal a denúncia do paciente conjuntamente com o autor do homicídio por falso testemunho praticado no inquérito policial e sem que haja conexão entre os crimes. Ainda que se admitisse que a ação penal pudesse ser intentada antes de proferida a sentença no processo onde ocorreu o depoimento acoimado de falso, a denúncia respectiva seria objeto de outro processo, no qual se deveria aguardar a prolação daquela decisão.

HABEAS CORPUS Nº 231.557-0/00 - Comarca de Pompéu - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Falso testemunho praticado em inquérito policial por crime de homicídio - Denúncia única englobando o paciente e o autor do fato principal - Ausência de conexão - Ação penal iniciada antes de proferida sentença no processo em que teria sido constatada a falsidade - Inadmissibilidade - Possibilidade de retratação do depoimento, para extinção da punibilidade - Constrangimento ilegal configurado - Trancamento da ação penal - 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 CONCEDER A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Arther Campos Dutra, que alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da MMª. Juíza de Direito da Comarca de Pompéu.

Consta da impetração que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 342, § 2°, do CP, antes de ser proferida sentença no processo em que teria praticado falso testemunho. Alega não haver justa causa para a ação penal, diante da possibilidade de retratação do seu depoimento a qualquer momento, antes da sentença, razão pela qual requer a concessão da ordem e o trancamento da referida ação (fls. 2/6).

O pedido veio instruído com os documentos de fls. 7/22.

Requisitadas as informações da indigitada autoridade coatora (fls. 27), foram as mesmas prestadas às fls. 29/31.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 68/71).

Primeiramente, cumpre ressaltar que o paciente foi denunciado conjuntamente com o autor do delito de homicídio, por falso testemunho praticado no inquérito policial e sem que haja conexão entre os crimes, o que por si só já constitui uma coação ilegal. Ainda que se admitisse que referida ação penal pudesse ser intentada antes de proferida a sentença no processo onde ocorreu o depoimento acoimado de falso, a denúncia respectiva seria objeto de outro processo, no qual se deveria aguardar a prolação daquela decisão.

Várias são as correntes de entendimento tanto na doutrina quanto na jurisprudência a respeito do momento adequado para início da ação penal por crime de falso testemunho.

A meu ver, somente se poderá valorar o depoimento acoimado de falso por ocasião da sentença proferida no processo que lhe deu causa, quando, então, haverá possibilidade de ser instaurada a respectiva ação penal, independentemente do trânsito em julgado daquela. Isso porque, a qualquer momento, antes da sentença, poderá o agente retratar-se de seu depoimento e ver extinta a sua punibilidade (art. 342, § 3°, do CP, c/c art. 211 do CPP).

Nesse sentido é a jurisprudência:

"*O momento em que se pode iniciar a ação penal com o oferecimento da denúncia, no crime de falso testemunho (art. 342, § 1°, do CP), é após a sentença final, não se exigindo, por outro lado, o trânsito em julgado da mesma. Interpretação conjunta dos arts. 342, § 3°, do CP, e 211 do CPP. Jurisprudência da Corte. Recurso conhecido e improvido*" (*RSTJ*, 47/218; *RT*, 708/385; e *JSTJ*, 49/344).

"*Denúncia - Falso testemunho - Obrigatoriedade do oferecimento da peça acusatória somente após a sentença no processo em que tenha ocorrido o crime - Desnecessidade do trânsito em julgado dessa decisão*" (STJ - R*HC* 5.539-SP - 5ª T. - j. 18.6.96 - Rel. Min. Edson Vidigal - *DJU* de 29.9.97).

"*O exame em conjunto dos artigos 342, § 3°, do CP, e 211 do CPP recomenda não se inicie a ação penal por falso testemunho antes de proferida a sentença no processo onde o depoimento tido por falso foi produzido*" (STF - R*HC* - Rel. Assis Toledo - *RSTJ*, 12/141).

"*Nos crimes de falso testemunho, a denúncia não deve ser oferecida antes de prolatada a sentença no processo onde se prestou o depoimento acoimado de falso*" (TJSP - *HC* - Rel. Adriano Marrey - *RT*, 498/293).

Assim, enquanto não proferida a sentença no processo em que teria sido constatada a falsidade, não se pode sujeitar o agente ao constrangimento de uma ação penal por crime de falso testemunho.

Ante o exposto, concedo a ordem para trancar a ação penal instaurada contra o paciente Arther Campos Dutra, sem prejuízo, no entanto, de que outra seja iniciada, após cumprida a exigência de sua admissibilidade.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

A Sra. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

HABEAS CORPUS - EXCESSO DE PRAZO - RÉU PRONUNCIADO - SÚMULA Nº 21 DO STJ - SÚMULA Nº 4 DO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS DO TJMG - VÍCIOS NÃO PROVADOS NA AÇÃO PENAL - MÁ CONDUTA CARCERÁRIA DO PACIENTE - ORDEM DENEGADA

- Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução, a teor da Súmula nº 21 do STJ.

- A teor da Súmula nº 4 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, o réu que se encontrava preso por força de flagrante ou preventiva deve continuar preso após a pronúncia, mesmo que seja primário e de bons antecedentes, especialmente se as demais alegações do paciente, de vícios na ocasião do interrogatório, não estão acompanhadas de qualquer adminículo de prova, além de não ter ele boa conduta carcerária.

HABEAS CORPUS Nº 232.450-7/00 - Comarca de Pará de Minas - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Excesso de prazo - Réu pronunciado - Súmula nº 21 do STJ - Súmula nº 4 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG - Vícios não provados na ação penal - Má conduta carcerária do paciente - Ordem denegada. - A teor da Súmula nº 21 do STJ, uma vez pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. - A teor da Súmula nº 4 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, mesmo primário e de bons antecedentes, o réu que se encontrava preso por força de flagrante ou preventiva deve continuar preso após a pronúncia, especialmente se as demais alegações do paciente, de vícios na ocasião do interrogatório, não estão acompanhadas de qualquer adminículo de prova, além de não ter ele boa conduta carcerária.

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, 17 de maio de 2001. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Romildo Martins de Moura alega estar preso há sete meses pela prática do crime de homicídio; diz que não assinou seu interrogatório, tomado sem a presença de advogado; afirma que, na ocasião, o MM. Juiz mal o ouviu e alegou que o paciente seria condenado a 30 anos de prisão; que sua família está em dificuldades e poderia ser mantida se ele, o paciente, respondesse ao processo em liberdade.

Vieram aos autos as informações do MM. Juiz e o parecer da Procuradoria de Justiça, que opina pela denegação da ordem.

Segundo o MM. Juiz, que nega ter-se conduzido como afirmado pelo paciente, este foi denunciado e pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incs. II e IV, c/c os arts. 224, letra *a*, e 226, incs. II e III, na forma do art. 26, todos do CPB. Houve recurso, a ser apreciado pelo TJMG, e o comportamento do paciente não o recomenda, segundo, ainda, as informações do Magistrado (fls. 8/9).

Os fatos se passaram no dia 17 de setembro de 2000; a prisão data do dia 2 de outubro, na palavra do Julgador; a denúncia tem a mesma data, isto é, 2 de outubro de 2000; a sentença de pronúncia veio a ser proferida no dia 19 de dezembro, três meses depois, portanto.

Não há falar em excesso de prazo.

A teor da Súmula nº 21 do STJ, uma vez "*pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução*".

A Súmula nº 4 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal, aprovada por unanimidade, diz que "*mesmo primário e de bons antecedentes, o réu, que se encontrava preso por força de flagrante ou preventiva, deve continuar preso após a pronúncia, salvo casos especiais e justificados*".

Não há qualquer prova das "acusações" feitas à pessoa do MM. Juiz, desacompanhada que está a inicial de qualquer documento.

De qualquer forma, não seria fundamento válido, por si só, para ensejar a concessão da ordem.

Com efeito, o Tribunal do Júri, pelo qual será ele julgado, é que irá ditar a sorte do paciente, caso confirmada a sentença de pronúncia.

E o interrogatório mal feito ou não realizado, se é que verdadeira a afirmação (não provada, repita-se), é questão a ser levantada nos autos da ação penal, nunca com o fim de concessão de *HC*, *data venia*.

E a má conduta do paciente, afirmada e provada pelo MM. Juiz (fls. 8, item 6, e 22/23) é mais um dado a desaconselhar o acolhimento do pedido.

Diante disso, denego a ordem.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - **FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - TIPICIDADE DO FATO - ACUSAÇÃO - VEROSSIMILHANÇA - PROVAS - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM - CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA - FIANÇA - DESCABIMENTO - PRISÃO PREVENTIVA - REQUISITOS - PRESENÇA - PERICULOSIDADE DO AGENTE - CLAMOR PÚBLICO - DECRETO PRISIONAL MANTIDO**

- Se as peças existentes nos autos traduzem a convicção de que a denúncia está lastreada em elementos que fazem verossímil a acusação, sendo típicos os fatos imputados ao réu, a fundamentação de inexistência de justa causa para a ação penal não se presta à concessão do *habeas corpus*, eis que tal fundamentação somente é reconhecida em sede do remédio heróico quando o fato não constituir crime, ou então quando se verificar, *prima facie*, que não

se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas, capazes de serem produzidas somente no decorrer da instrução criminal.

- O crime cometido com violência contra pessoa é inafiançável.

- Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes da sua autoria, constatado que a custódia cautelar se destinou a garantir a ordem pública, presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, dada a periculosidade do agente e o clamor público, é de se manter a prisão decretada, que não fica elidida pela circunstância de ter o réu bons antecedentes.

HABEAS CORPUS Nº 232.773-2/00 - Comarca de São João Evangelista - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Falta de justa causa - Impossibilidade de exame aprofundado de prova em sede de *habeas corpus* - Fiança - Descabimento em face do art. 323 e seguintes do Código de Processo Penal - Prisão preventiva - Presentes os requisitos autorizadores da medida extrema devido à periculosidade do paciente - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2001. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sra. Desª. Márcia Milanez - O advogado Hermes Brandão Vilela, OAB/MG 520-A, impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Hélio Pereira Guimarães, em ataque à custódia preventiva decretada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de São João Evangelista, alegando, em síntese, que:

1 - o paciente foi preso em flagrante delito por suposta infração do art. 10 da Lei 9.437/97, e sua prisão provisória se revela um capricho das autoridades policial e judicial;

2 - que contra o paciente não existe culpa formada, faltando, inclusive, justa causa para o prosseguimento da pretendida incriminação.

Sustenta o impetrante que o suposto crime é afiançável, nos termos do art. 321 do Código de Processo Penal, e que, sendo o paciente pessoa de boa índole e com bons antecedentes, deverá se beneficiar da Lei 5.941/73, permitindo responder ao processo em liberdade.

Requer, com base na documentação acostada, que o paciente seja posto em liberdade, por falta de justa causa para prosseguimento da ação penal, e, alternativamente, arbitramento de fiança, ou o direito de responder ao processo em liberdade.

O pedido vem escoltado com os documentos de fls. 06/22-TJ.

Solicitadas as informações, foram prestadas pelo ofício de fls. 57/61-TJ, acompanhadas dos documentos de fls. 62/79-TJ.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 53/54-TJ, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Três são os fundamentos da presente impetração:

a) ausência de justa causa para instauração da *persecutio criminis*;

b) direito à concessão de fiança;

c) ausência de motivos autorizadores da prisão preventiva.

O impetrante, sem justificar juridicamente, fundamenta sua postulação na alegada ausência de justa causa para persecução penal instaurada contra o ora paciente.

No magistério doutrinário de DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código de Processo Penal Anotado*, p. 430/431, 10ª ed., 1993, Saraiva), com apoio na jurisprudência dos tribunais (*RT*, 527/355; *RT*, 665/342):

"*Em sede de* habeas corpus *só se reconhece a falta de justa causa para a ação penal, sob fundamento de divórcio entre a imputação fática contida na denúncia e os elementos de convicção em que ela se apóia, quando a desconformidade entre a imputação feita ao acusado e os elementos que lhe servem de supedâneo for incontroversa, translúcida e evidente, revelando que a acusação resulta de pura criação mental de seu autor.*

O Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre esse específico tema, tem enfatizado que a questão pertinente à ausência de justa causa para o procedimento penal deve constituir objeto de rígido controle por parte dos Tribunais e Juízes, pois ao Ministério Público não se dá o arbítrio de contrariar a realidade para, por excesso de zelo ou por outro qualquer motivo, oferecer denúncia em total discordância com a realidade" (*RTJ*, 43/484, Rel. Min. Evandro Lins).

A leitura das minuciosas informações prestadas pelo MM. Juiz, bem como das demais peças constantes dos autos, traduz convicção de que a denúncia está lastreada em elementos que fazem verossímil a acusação.

Como salientado no *RHC* 1.715-MG (910024483-0, 5ª T., Rel. Min. Flaquer Scartezzini, j. 19.02.1992, *DJU* 2.589, de 09.03.1992), com efeito:

"*a fundamentação de inexistência de justa causa para a ação penal,*

não se presta à concessão do remédio heróico, a não ser quando nem mesmo em tese o fato constituir crime ou então quando se verifica prima-facie *que não se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal*".

O paciente está incursado, nos termos da denúncia, nas sanções do art. 129, § 1°, II; art. 147 do Código Penal; e art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97, c/c o art. 69 do CPB.

Narra a denúncia que:

"*no dia 05 de fevereiro de 2001, no trevo da estrada de Coluna-MG, a vítima Afonso Tolentino de Almeida, vulgo Neim, que ali se encontrava à espera de uma carona por parte de seu cunhado Célio Barroso de Aguiar, vulgo Celinho, foi surpreendido pela pessoa do denunciado Hélio Pereira Guimarães, que chegou ao local em seu veículo Fiat 147, acompanhado de terceira pessoa.*

Naquele momento, o denunciado saiu de seu veículo empunhando um revólver calibre 38, cor preta, bem como uma taca (instrumento de couro, semelhante ao relho, utilizado para surrar animais), dizendo à vítima: procurei você ontem o dia todo e não te achei e agora te encontrei (fls. 06).

Ato contínuo, depois de xingar muito a vítima, passou a golpeá-la violentamente com a taca, causando-lhe lesões corporais graves, descritas no laudo médico de fls. 05 e ilustradas às fls. 09/13 - IP 002/01.

Na mesma ocasião o denunciado proibiu a vítima até mesmo de passar próximo à residência daquele, além de ameaçá-la de morte utilizando-se de palavras e das armas que portava. Houve representação da vítima quanto a tais fatos, conforme consta às fls. 06-v.

O denunciado confessou a autoria das agressões, esclarecendo que decorreram as mesmas de uma bebedeira da vítima, ocasião em que esta se portou de maneira inconveniente, inclusive xingando o denunciado. Contudo, negou possuir qualquer arma de fogo, dizendo ter se valido, na ocasião, tão somente de uma taca e de um facão (fls. 07 e 14 - IP 002/01).

Por tal razão, e por ser o denunciado tido como valente e ameaçador na cidade de Coluna-MG, portando arma de fogo com constância, representou a autoridade policial no sentido de ser expedido mandado de busca e apreensão na casa do denunciado para localização de possíveis armas de fogo, o que, após a oitiva ministerial, foi deferido às fls. 16-v.

Procedida à busca na casa do denunciado pela Polícia Civil, foi encontrado com o mesmo um revólver calibre 38, marca Taurus, municiado com seis cartuchos intactos e especiais (balas dum dum), bem como 69 (sessenta e nove) cartuchos calibre 38, intactos. Tais objetos foram apreendidos, conforme auto de fls. 07 - IP 007/01.

O denunciado não possuía porte nem tampouco registro da mencionada arma, conforme preconiza a Lei 9.437/97, sendo preso em flagrante delito (fls. 02/03 - IP 007/01)".

Os fatos imputados ao paciente são típicos, mereceram correta capitulação pela denúncia, que não só atende ao disposto nos arts. 41 a 43 do CPP, como também está coberta por inequívoco *fumus boni iuris*.

Da mesma forma, não há que se falar em arbitramento de fiança.

O crime cometido com violência contra pessoa é inafiançável.

Cumpre-nos, pois, examinar com detalhes se o caso dos autos se enquadra na moldura delineada no art. 312 do CPP.

Observa-se que há indícios suficientes da autoria do crime.

Os documentos dos autos não deixam dúvida quanto à existência de crime em tese.

Estão presentes os requisitos autorizadores da imposição da custódia preventiva, dada a periculosidade do paciente e o clamor público.

A autoridade judicial sustentou, no decreto prisional, que a conduta do paciente é perversa, sendo este pessoa violenta, dada a fazer justiça com as próprias mãos.

O paciente "chicoteou" um seu concidadão como se estivesse nas trevas medievais da colonização e da servidão pré-abolicionista.

As circunstâncias de ter o réu bons antecedentes não elidem a necessidade de ser preso preventivamente.

Consoante se extrai da leitura do decreto constritório bem fundamentado e revestido dos requisitos legais, ficou ali demonstrada a materialidade do delito, indícios de autoria e a constatação de que a custódia cautelar se destina a garantir a ordem pública, ante a periculosidade demonstrada pelo paciente.

Em face do exposto, conheço do pedido para denegar a ordem.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

REGIME PRISIONAL - RÉU CONDENADO EM REGIME ABERTO - PERMANÊNCIA EM DELEGACIA EM REGIME FECHADO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - *HABEAS CORPUS* - CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM

não se presta à concessão do remédio heróico, a não ser quando nem mesmo em tese o fato constituir crime ou então quando se verifica prima-facie *que não se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal*".

O paciente está incursado, nos termos da denúncia, nas sanções do art. 129, § 1°, II; art. 147 do Código Penal; e art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97, c/c o art. 69 do CPB.

Narra a denúncia que:

"*no dia 05 de fevereiro de 2001, no trevo da estrada de Coluna-MG, a vítima Afonso Tolentino de Almeida, vulgo Neim, que ali se encontrava à espera de uma carona por parte de seu cunhado Célio Barroso de Aguiar, vulgo Celinho, foi surpreendido pela pessoa do denunciado Hélio Pereira Guimarães, que chegou ao local em seu veículo Fiat 147, acompanhado de terceira pessoa.*

Naquele momento, o denunciado saiu de seu veículo empunhando um revólver calibre 38, cor preta, bem como uma taca (instrumento de couro, semelhante ao relho, utilizado para surrar animais), dizendo à vítima: procurei você ontem o dia todo e não te achei e agora te encontrei (fls. 06).

Ato contínuo, depois de xingar muito a vítima, passou a golpeá-la violentamente com a taca, causando-lhe lesões corporais graves, descritas no laudo médico de fls. 05 e ilustradas às fls. 09/13 - IP 002/01.

Na mesma ocasião o denunciado proibiu a vítima até mesmo de passar próximo à residência daquele, além de ameaçá-la de morte utilizando-se de palavras e das armas que portava. Houve representação da vítima quanto a tais fatos, conforme consta às fls. 06-v.

O denunciado confessou a autoria das agressões, esclarecendo que decorreram as mesmas de uma bebedeira da vítima, ocasião em que esta se portou de maneira inconveniente, inclusive xingando o denunciado. Contudo, negou possuir qualquer arma de fogo, dizendo ter se valido, na ocasião, tão somente de uma taca e de um facão (fls. 07 e 14 - IP 002/01).

Por tal razão, e por ser o denunciado tido como valente e ameaçador na cidade de Coluna-MG, portando arma de fogo com constância, representou a autoridade policial no sentido de ser expedido mandado de busca e apreensão na casa do denunciado para localização de possíveis armas de fogo, o que, após a oitiva ministerial, foi deferido às fls. 16-v.

Procedida à busca na casa do denunciado pela Polícia Civil, foi encontrado com o mesmo um revólver calibre 38, marca Taurus, municiado com seis cartuchos intactos e especiais (balas dum dum), bem como 69 (sessenta e nove) cartuchos calibre 38, intactos. Tais objetos foram apreendidos, conforme auto de fls. 07 - IP 007/01.

O denunciado não possuía porte nem tampouco registro da mencionada arma, conforme preconiza a Lei 9.437/97, sendo preso em flagrante delito (fls. 02/03 - IP 007/01)".

Os fatos imputados ao paciente são típicos, mereceram correta capitulação pela denúncia, que não só atende ao disposto nos arts. 41 a 43 do CPP, como também está coberta por inequívoco *fumus boni iuris*.

Da mesma forma, não há que se falar em arbitramento de fiança.

O crime cometido com violência contra pessoa é inafiançável.

Cumpre-nos, pois, examinar com detalhes se o caso dos autos se enquadra na moldura delineada no art. 312 do CPP.

Observa-se que há indícios suficientes da autoria do crime.

Os documentos dos autos não deixam dúvida quanto à existência de crime em tese.

Estão presentes os requisitos autorizadores da imposição da custódia preventiva, dada a periculosidade do paciente e o clamor público.

A autoridade judicial sustentou, no decreto prisional, que a conduta do paciente é perversa, sendo este pessoa violenta, dada a fazer justiça com as próprias mãos.

O paciente "chicoteou" um seu concidadão como se estivesse nas trevas medievais da colonização e da servidão pré-abolicionista.

As circunstâncias de ter o réu bons antecedentes não elidem a necessidade de ser preso preventivamente.

Consoante se extrai da leitura do decreto constritório bem fundamentado e revestido dos requisitos legais, ficou ali demonstrada a materialidade do delito, indícios de autoria e a constatação de que a custódia cautelar se destina a garantir a ordem pública, ante a periculosidade demonstrada pelo paciente.

Em face do exposto, conheço do pedido para denegar a ordem.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

REGIME PRISIONAL - RÉU CONDENADO EM REGIME ABERTO - PERMANÊNCIA EM DELEGACIA EM REGIME FECHADO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - *HABEAS CORPUS* - CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM

- Ao paciente condenado no regime aberto, que se encontra recolhido em Delegacia de Polícia, em regime fechado, à espera de transferência para estabelecimento prisional adequado, deve-se conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* para o cumprimento da pena em prisão domiciliar, mediante as condições fixadas pelo juiz da vara de execuções criminais, até que surja vaga em casa de albergado ou estabelecimento próprio, para continuidade do cumprimento da pena.

HABEAS CORPUS Nº 233.088-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Réu condenado no regime aberto, aguardando, em Delegacia de Polícia, em regime fechado, a transferência para estabelecimento prisional adequado para o cumprimento de sua pena - Constrangimento ilegal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM, REMETENDO-SE CÓPIA DO VOTO DO RELATOR AO MM. JUIZ.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2001. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Trata a espécie de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Aldeires Nunes Pereira, condenado nesta Comarca à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime previsto no artigo 121, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Visa a impetração, em síntese, à concessão da ordem para que o paciente, condenado à pena acima descrita, em regime aberto, possa cumpri-la em prisão domiciliar, ante a inexistência de vaga na casa de albergado.

Alega não poder a Portaria nº 003/98, de autoria do Juízo da Vara de Execuções Criminais desta Comarca, sobrepor-se ao disposto no art. 116 da Lei de Execução Penal, quando da ausência de estabelecimento próprio ao cumprimento da pena cominada ao réu.

Liminar indeferida à fl. 19-TJ.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações que lhe foram requisitadas (fls. 26/27-TJ), e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 30/32-TJ, opina pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

Passo a decidir.

Vê-se da inicial e das informações prestadas que o paciente se encontra recolhido em uma das celas da

Delegacia de Polícia Metropolitana desta Capital, enquanto aguarda a transferência alhures requerida.

O art. 33, § 1º, *c*, do CP dispõe que a execução da pena em regime aberto se dará em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

É de se lamentar que nesses estabelecimentos não haja vaga suficiente à real necessidade da Justiça.

Por outro lado, a concessão de prisão domiciliar pura e simples ao paciente, além de não se enquadrar perfeitamente nas hipóteses taxativas previstas no art. 117 da LEP, importaria, pela impossibilidade de fiscalização, em verdadeira impunidade, o que não se pode aceitar.

Enquanto, porém, novas casas de albergado ou novos estabelecimentos adequados não são construídos e não se podendo conceder, pura e simplesmente, prisão domiciliar ao condenado, cabe ao Juiz da Execução tentar contornar essa desídia governamental, de forma a conciliar o cumprimento da lei com a realidade, evitando injustiças e absurdas ilegalidades.

Deve, pois, o Juiz da Execução dar à questão a solução mais próxima da realidade e o menos afastada possível da ilegalidade.

Parece-me que a solução que já vem sendo adotada, de forma louvável, pelo digno Juiz da Vara de Execuções Criminais de Belo Horizonte, é a melhor, ou seja, conceder a prisão domiciliar, mediante determinadas condições, dentre as quais se inserem a prestação de serviços à comunidade e cursos a serem realizados, bem como o comparecimento obrigatório ao Juízo de Execuções, em datas periódicas e próximas.

Nessas condições, concedo parcialmente a ordem, para que o paciente cumpra pena em prisão domiciliar mediante as condições fixadas pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais, até que surja vaga em casa de albergado ou estabelecimento adequado, para continuidade do cumprimento da pena.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM, REMETENDO-SE CÓPIA DO VOTO DO RELATOR AO MM. JUIZ.

-:::-

HABEAS CORPUS - **CONSTRANGIMENTO ILEGAL - PRISÃO PREVENTIVA - DECRETO SEM FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE - NEGATIVA DA AUTORIA - MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - APRECIAÇÃO NA ESTREITA VIA DO *WRIT* - IMPOSSIBILIDADE - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA**

- Consubstancia constrangimento ilegal, susceptível de ataque por via de *habeas corpus*, a ordem de prisão preventiva sem fundamentos suficientes que demonstrem de modo objetivo a presença de uma das circunstâncias inscritas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

- A apreciação da negativa da autoria é inviável na estreita via do *writ* por demandar estudo aprofundado de matéria fático-probatória.

HABEAS CORPUS Nº 235.440-5/00 - Comarca de Contagem - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Constrangimento ilegal - Prisão preventiva - Decreto sem fundamentação suficiente. - Consubstancia constrangimento ilegal, susceptível de ataque por via de *habeas corpus*, a ordem de prisão preventiva, sem fundamentos suficientes que demonstrem de modo objetivo a presença de uma das circunstâncias inscritas no art. 312 do Código de Processo Penal. - Matéria probatória - Impossibilidade de apreciação na estreita via do *writ*. - A apreciação da negativa de autoria é inviável na estreita via do *writ* por demandar estudo aprofundado de matéria fático-probatória. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM CONCEDER A ORDEM, PARCIALMENTE, COM RECOMENDAÇÃO. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2001. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sra. Desª. Márcia Milanez - A ilustrada advogada Marilda de Alencar Travassos, OAB/MG 74.990, impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de José Hélio Rodrigues, devidamente qualificado, sustentando que o paciente está preso preventivamente na Comarca de Contagem, por decisão do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal, e que não há motivo para sua custódia cautelar, eis que não teria cometido o crime de homicídio, pelo qual indiciado, enfatizando que, na realidade, apenas teria sido testemunha do delito e que "... *somente evadiu-se do local do crime... juntamente com os demais por desespero momentâneo...*".

Assevera que a testemunha Edmirson não o reconheceu como sendo o José que matou seu companheiro...

Acentua ser o paciente primário, ter residência fixa, bons antecedentes, ser trabalhador, com ocupação habitual e honesta...

Reclama que o decreto de prisão preventiva não teria explicitado os fundamentos autorizadores da medida constritiva.

A inicial - fls. 02/07 - vem acompanhada de documentos - fls. 08/91.

A autoridade coatora prestou informações - fls. 97/98 - acostando peça do processo - fls. 99/100.

A Procuradoria de Justiça opina - fls. 102/103 - pela denegação da ordem.

Tudo visto e bem examinado.

A representação do Delegado de Polícia Dr. João da Silva Lisboa, cuja cópia está lançada às fls. 55/56, onde a autoridade policial representa acerca da prisão preventiva do paciente, noticia a morte de André Fernandes de Almeida, na Rua José Rodrigues Guilherme, 76, ponto de tráfico de drogas do Bairro Fonte Grande, em Contagem, alvejado por três bandidos, dentre eles "Zé Bodinho"; a autoridade policial identifica e qualifica "José Bodinho" como sendo José Hélio Rodrigues, o paciente. Entende a autoridade que a prisão do paciente constitui uma garantia da ordem pública e é capaz de assegurar a aplicação da lei penal e que com a prisão do paciente será possível identificar os outros autores do crime; aponta a periculosidade dos autores do crime pela maneira da prática do delito. A autoridade apontada coatora nas informações prestadas, como se vê do ofício de fls. 97/98, esclarece que "*o decreto de prisões preventivas por este juízo é que tem contribuído para a elucidação de homicídios praticados por grupos criminosos, e que tão somente as declarações de Edmirson Felipe Ribeiro comparadas com o interrogatório do paciente já recomendam a custódia cautelar*".

Informa que as declarações de Edmirson Felipe Ribeiro estão anexadas em suas informações, o que efetivamente não ocorreu, já que acostou tão-somente o termo de interrogatório do paciente.

A apreciação da negativa de autoria, como quer a impetrante, é inviável na estreita via do *writ*, por demandar estudo aprofundado de matéria fático-probatória.

As declarações do paciente não podem ser analisadas através do remédio heróico, por ser este um recurso que não admite o contraditório e o exame da prova.

Acentue-se que:

"*É inviável na via estreita do* writ, *por demandar análise de matéria fático-probatória, a apreciação da questão referente à negativa de autoria... Precedentes do STJ. Recurso desprovido*" (*RHC* 10.790-SP; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2000/0136756-0 - *DJ*, 04.06.2001 - p. 00190 - Min. José Arnaldo da Fonseca - Quinta Turma).

Com relação à primariedade, bons antecendentes, residência fixa, ocupação habitual e honesta que o paciente afirma possuir, não são eles impeditivos da medida cautelar. Tais circunstâncias não inviabilizam a custódia preventiva quando fundada nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a impetrante sustenta que a prisão preventiva decretada contra o paciente não estaria suficientemente fundamentada quanto aos motivos ensejadores da medida constritiva da liberdade.

Examine-se o teor da decisão:

"*Vistos, etc.*

Acolho a representação de fls. 74/75, adoto o seu conteúdo como parte desta decisão e decreto a prisão preventiva de José Hélio Rodrigues.

Defiro também o mandado de busca a ser cumprido com as cautelas de estilo e retorno a este Juízo.

Expeçam os mandados.

Intime-se.

Contagem, 24.04.2001".

Percebo um vício insanável na decisão que decretou a prisão preventiva do paciente. A nosso entendimento, não está suficientemente motivada e fundamentada. A motivação das decisões judiciais está positivada ante o princípio constitucional de que:

"*Todos os julgamentos serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*" (art. 93, IX, CF).

No estágio atual do Direito Penal, é inconcebível que qualquer restrição efetiva ou potencial da liberdade humana não seja fundamentada.

A necessidade de motivar um decreto de segregação cautelar é imprescindível, para que todos saibam os motivos que levaram o juiz a firmar seu convencimento.

O art. 381 do Código de Processo Penal, referindo-se à motivação, prevê, no inciso III, "*a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão*".

Embora amparado pelo princípio do livre convencimento, deve o juiz exteriorizar o desenvolvimento de seu raciocínio para chegar à conclusão, ou seja, fornecer as razões que o levaram à decisão, possibilitando que dela tomem conhecimento as partes e o Tribunal em apreciação de eventual recurso.

O livre convencimento não significa falta de motivação legal. Impõe-se demonstrar sua convicção mediante a análise da prova. É imperativo constitucional que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (art. 92, IX, CF).

A motivação é exigida por todas as legislações modernas e funciona contra o arbítrio do juiz.

Interessa à sociedade e, em particular, à parte saber se a decisão foi ou não acertada.

O Ministro Edson Vidigal - no julgamento do *Habeas Corpus* nº 3.871-RS - 5ª Turma - j. 02.10.95 - assim se pronunciou:

"*Tenho dito que a liberdade é a regra no Estado de Direito Democrático; a restrição à liberdade é a exceção, que deve ser excepcionalíssima, aliás.*

Ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença final condenatória; ou seja, ainda que condenado por sentença judicial, o acusado continuará presumidamente inocente até que se encerrem todas as possibilidades para o exercício do seu direito à ampla defesa.

Assim, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá finalidade meramente cautelar. A lei define as hipóteses para essa exceção e a Constituição Federal nega validade ao que o Juiz decidir sem fundamentação".

O decreto de prisão preventiva desses autos padece de fundamentação, requisito essencial para que possa gerar eficácia.

Conheço do pedido e, em face da falta de fundamentação da decisão, concedo em parte a ordem, determinando a expedição do competente alvará de soltura em favor de José Hélio Rodrigues, se por al não estiver preso.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Acompanho a Relatora e concedo a ordem.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM, PARCIALMENTE, COM RECOMENDAÇÃO. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

PENA PECUNIÁRIA - EXECUÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - JUÍZO CRIMINAL - COMPETÊNCIA - INDEFERIMENTO DO PEDIDO - RECURSO CABÍVEL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 197 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

- Tendo o Ministério Público ingressado com pedido de execução de multa criminal, junto a vara criminal, sendo o mesmo indeferido por ilegitimidade ativa, cabe contra esta decisão o agravo, nos termos do art. 197 da LEP, que é o recurso próprio contra decisão do juiz da execução penal. O recurso de apelação somente seria cabível se a execução fosse proposta perante o juízo cível, caso em que a competência para apreciá-lo seria de uma da câmaras cíveis do Tribunal de Justiça.

- O fato de a Lei nº 9.268/96 ter considerado a pena de multa como dívida de valor não implicou alteração de seu caráter, que continua sendo penal, e não fiscal.

- O Ministério Público era e continua sendo parte legítima para intentar execução de sanção pecuniária, e é o juízo criminal o competente para processar e julgar a ação, não o juízo cível, especializado ou comum, de acordo com a comarca.

- V.v.: - Se, no exame do pedido de execução de multa criminal, o juiz extingue o processo, sem julgamento do mérito, para considerar a ilegitimidade ativa do Ministério Público, baseando-se na regra do art. 267 do CPC, contra essa decisão cabe apelação, que é o recurso próprio contra toda e qualquer decisão terminativa, com ou sem julgamento do mérito, segundo o art. 513 do CPC. Neste caso, não se pode conhecer do recurso de agravo interposto com base no art. 197 da LEP, por inadequado à espécie, sendo incabível a aplicação do princípio da fungibilidade, porquanto grosseiro o equívoco, além da impossibilidade de exame, em face da competência recursal diversa da turma julgadora de matéria criminal, e não cível. *(Des. Roney Oliveira)*

RECURSO DE AGRAVO Nº 184.126-1/00 - Comarca de Itaúna - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Execução criminal - Pena de multa - Competência do juízo criminal para sua execução, nos termos do art. 164 da LEP. - A pena de multa (art. 32, inciso III, do C. Penal), com o advento da Lei nº 9.268/96 e que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, não sofreu alteração na sua natureza jurídica, permanecendo o caráter de sanção penal e a legitimação ativa do Ministério Público para a respectiva execução. - Provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR, VENCIDO O DES. PRIMEIRO VOGAL. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2000. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Trata-se de recurso de agravo em execução apresentado pelo Promotor de Justiça da 1ª Vara Criminal de Itaúna contra a respeitável decisão de fls. 12, que indeferiu pedido por ele formulado de execução da pena pecuniária imposta ao condenado Soter da Fonseca Filho, fazendo-o com a justificativa de que o Ministério Público não tem mais legitimidade ativa para tanto.

Contrariado o recurso e mantida a decisão agravada pelo MM. Juiz *a quo*, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo seu provimento.

É, no que interessa, o relatório.

Conheço do agravo, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

A matéria tratada no presente recurso já foi amplamente discutida e apreciada pela Corte Superior deste Tribunal, quando do julgamento da Dúvida de Competência de nº 96.041/9, da Comarca de Governador Valadares, sendo suscitante a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e suscitada a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, resultando da discussão o entendimento de que a pena de multa não foi equiparada à dívida ativa da Fazenda Pública, mas apenas adotado o rito da Lei de Execução Fiscal como procedimento complementar ao previsto na Lei de Execução Penal.

Assim, o Ministério Público era e continua sendo parte legítima para intentar execução de sanção pecuniária, e é o juízo criminal o competente para processar e julgar a ação, não o juízo cível, especializado ou comum, de acordo com a comarca.

Vale, pela importância, trazer à colação a ementa do voto vencedor proferido naquele julgamento pelo Des. Orlando Carvalho, Vogal e Relator do acórdão, que é a seguinte:

"O fato de a Lei nº 9.268/96 ter considerado a pena de multa como dívida de valor não implicou alteração do seu caráter, que continua sendo penal, e não fiscal, sujeitando-se a execução da sanção pecuniária ao procedimento híbrido previsto nos arts. 164 a 166 da LEP, cujo rito complementar é aquele previsto na Lei nº 6.830/80. Assim, competente para conhecer e julgar o agravo de execução de pena pecuniária em grau recursal é o egrégio Tribunal de Alçada, por meio de suas câmaras criminais, ex vi *do disposto no art. 108, II, da Constituição Estadual"* (*"Jurisprudência Mineira"*, v. 143, p. 216).

A respeito do assunto, vale também acrescentar o voto proferido pelo Des. Gudesteu Biber, quando do julgamento, pela Corte Superior deste Tribunal, da Dúvida de Competência nº 174.340/0, ocasião em que, pedindo eu vênia a todos os Ministros do Superior Tribunal de Justiça que têm entendimento em contrário, acompanhei o ilustre Colega no seu judicioso e irrespondível pronunciamento, *in verbis*:

"... Realmente, após a edição da Lei 9.268/96, tem o colendo Superior Tribunal de Justiça entendido que é 'pacífica orientação desta Corte no sentido de que o Ministério Público não tem mais legitimidade para propor execução de pena de multa, tendo em vista a nova sistemática dada pela Lei 9.268/96, que deu nova redação ao artigo 51 do Código Penal. A titularidade para promover a execução passou a ser da Fazenda Pública' (REsp nº 202.276-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 08.03.2000, p. 141).

É preciso nova reflexão daquele augusto Tribunal a respeito do tema, sob pena de se ver totalmente desmoralizada a própria Justiça criminal, reduzido a pó o princípio constitucional inserido no inciso I do art. 129 da Carta Magna e totalmente bloqueada a

ação jurisdicional resultante da aplicação das Leis 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas). Por isso, insisto no tema e peço a compreensão dos meus eminentes Pares.

A execução da pena de multa resultante de sentença condenatória criminal era e continua sendo do juízo das execuções penais. Ao editar a Lei 9.268/96, o legislador apenas explicitou as regras de execução que o Código Penal e o Código de Processo Penal silenciavam. A intenção do legislador não foi a de alterar a competência, retirando-a do juízo criminal e passando para o juízo cível. A única intenção do legislador, ao editar a Lei 9.268/96, foi de proibir a conversão da pena de multa em restritiva de liberdade (detenção), tal como recomenda o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é um dos signatários. Por isso, o artigo 51 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei 9.268/96, explicitou que a pena de multa não mais podia ser convertida em pena de detenção e deveria ser cobrada 'como (advérbio de modo) dívida ativa da Fazenda Pública'.

Até o advento da Lei 9.268/96, os juízos das execuções criminais ficavam sem norma procedimental para obrigar os condenados ao pagamento das penas de multa, a não ser o disposto sinteticamente no art. 164 da LEP. O réu era intimado a fazer o pagamento e quando ele se tornava inadimplente o juízo da execução não tinha norma processual específica para prosseguir na execução.

Agora, com o disposto no artigo 51 do CP, com a redação da Lei 9.268/96, ficou explicitado que o procedimento a ser adotado no juízo da execução é o mesmo que se adota para as execuções fiscais.

É do conhecimento geral que a Fazenda Pública só trata dos grandes valores. Os pequenos são relegados aos arquivos porque sua cobrança fica mais onerosa que os valores a serem recebidos. A Fazenda Pública não tem (nem poderia ter) preocupação com o caráter pedagógico da pena de multa. Por isso as seguidas anistias fiscais...

Tanto a nível da Procuradoria Fiscal do Estado quanto da Procuradoria Fiscal da União existe regra administrativa proibindo iniciar execução fiscal por quantia inferior a 1.000 UFIRs.

Se a execução da pena de multa criminal passar para o juízo cível, a cargo da Fazenda Pública (como determina a jurisprudência hoje pacífica do STJ), haverá total desmoralização da Justiça criminal e da ação do Ministério Público, especialmente com o advento da Lei 9.099/95 (que estabelece normas para os Juizados Especiais Criminais) e da Lei 9.714/98 (que instituiu entre nós as penas alternativas).

Como já se sabe de antemão que a competência para a execução da pena de multa será da Fazenda Pública e como já se sabe também que a Fazenda Pública não executa valor menor que 1.000 UFIRs, haverá total e irrestrita impunidade, desmoralizando por completo uma das maiores conquistas do direito penal moderno que é a pena alternativa de valor pecuniário, substitutiva da pena restritiva de liberdade.

A matéria, ao que me consta, não foi ainda submetida ao crivo do colendo Supremo Tribunal Federal. Certamente o será, em face do disposto no inciso I do artigo 129 da Constituição Federal, que determina a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal. Ora, se o Ministério Público tem a exclusividade para promover a ação penal, seria um contra-senso retirar dele a competência para executar o julgado. A entender-se como quer o colendo Superior Tribunal de Justiça, o inciso I do artigo 129 da Carta Magna tornar-se-á letra morta, pelo menos no que se refere à pena de multa criminal.

Se o Ministério Público é o titular do jus puniendi, *não se pode admitir seja ele excluído da execução criminal. Isso violaria o disposto no artigo 67 da LEP. O Ministério Público é parte indispensável na execução do título executivo criminal. Ele perderia seu* munus *constitucional se a execução da sentença criminal fosse deixada a cargo da Fazenda Pública.*

Ademais, toda execução fiscal fulcrada em certidão de dívida ativa pressupõe o contencioso, com embargos e julgamento. Ora, não teriam sentido embargos e julgamento se já houve o julgamento, houve a condenação e houve o trânsito em julgado no juízo criminal.

O fato de a Lei 9.268/96 ter considerado a pena de multa como dívida de valor não implicou alteração de seu caráter, que continua sendo penal, e não fiscal.

Enfim, quer seja observada a questão no seu sentido jurídico, seja no sentido prático, a melhor solução aponta para que a condenação criminal pecuniária continue sendo cobrada no juízo da execução criminal, e não no juízo especial da Fazenda Pública, a cargo da Procuradoria Fiscal, que nada tem a ver com a questão.

Ao aplicar a lei ao caso concreto, o magistrado tem o dever de descortinar as conseqüências de sua decisão. Transferir a execução da sentença criminal (na condenação em pena pecuniária) para o juízo cível, com a titularidade da execução a cargo da Fazenda Pública, é um absurdo, data venia, *que certamente faria o Mestre Nelson Hungria tremer em sua tumba. O descrédito que isso causaria à Justiça criminal é visível. O apequenamento das funções institucionais do Ministério Público deve ser evitado. As repercussões negativas junto aos Juizados Especiais Criminais por si sós são motivos para não se adotar a tendência jurisprudencial emergente no colendo STJ, sem falar nos efeitos altamente negativos que tal tendência jurisprudencial provocará quando da aplicação da Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/98).*

Como bem disse a excelente Juíza Jane Silva, na Ap. Crim. 243.212/8, citada à fl. 91, 'as modifi-

cações produzidas na Parte Geral do Código Penal, quanto à multa, Lei 9.268/96, tiveram uma única finalidade: impedir, em conseqüência de nossa adesão ao Pacto de São José da Costa Rica, a conversão da pena de caráter pecuniário em prisão, mas jamais teve o legislador o escopo de retirar a natureza penal da multa ou de afastar a atribuição do Ministério Público (artigo 67 da Lei de Execução Penal) e a competência da Vara de Execuções'.

A continuar prevalecendo a orientação jurisprudencial hoje firme no colendo STJ, urge que o Ministério Público bata às portas da Suprema Corte, quando nada, para salvaguardar a instituição.

(...)".

Pelo exposto, dou provimento ao agravo, para que o MM. Juiz de Direito da Vara de Execução Criminal da Comarca de Itaúna conheça e julgue a execução promovida pelo agravante.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR DÁ PROVIMENTO. PEDIU VISTA O DESEMBARGADOR PRIMEIRO VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 07.11.2000, a pedido do Des. Primeiro Vogal, após votar o Relator, dando provimento.

Com a palavra o Des. Roney Oliveira.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente. Pedindo vênia ao em. Relator, e apesar de S. Exa já haver adentrado no mérito, cumpre-me suscitar, ainda que a destempo, preliminar de não-conhecimento do recurso.

Com efeito, trata-se de execução de multa penal de iniciativa do representante do Ministério Público, perante a Vara de Execuções Penais, mas em obediência ao rito específico da legislação que rege o processo de execução de dívida ativa.

À fl. 12, o digno Magistrado de primeiro grau houve por bem, com base no artigo 267 do Código de Processo Civil, em extinguir o processo, sem julgamento do mérito.

Contra toda e qualquer decisão terminativa, com ou sem julgamento do mérito, o recurso cabível, segundo o art. 513 da Lei Processual Civil, é o de apelação, ainda que a decisão extintiva se refira ao indeferimento da inicial da execução da dívida ativa, seja por sua inépcia, seja pela ilegitimidade do Ministério Público proponente.

Ora, se o Magistrado se baseou naquele artigo do digesto processual civil para extinguir o processo sem julgamento do mérito, claro e evidente que sua decisão somente poderia ser hostilizada por recurso apelatório cível.

No caso em tela, sem que se adentre na legitimidade ou ilegitimidade do Ministério Público para a propositura daquela execução, não conheço do recurso de agravo, interposto com base no art. 197 da Lei de Execução Penal, por inadequado à espécie.

Não se diga que, pelo princípio da fungibilidade, poderia o recurso de agravo na execução penal, erroneamente interposto, ser conhecido como se fora apelação cível, eis que esta Turma julgadora não tem competência recursal em matéria cível.

Como a interposição do inadequado recurso criminal, como se fosse apelação cível, além de errônea, foi grosseira, não há mesmo como dele conhecer, nem mesmo pelo hoje pretoriano princípio da fungibilidade.

Com essas considerações, peço vênia para dissentir do eminente Relator, e do recurso não conheço, solicitando, no entanto, ao em. Des. Presidente, que colha a manifestação do douto Relator sobre o ora alegado.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Adotando posição plenamente definida a respeito da matéria agora levantada a título de preliminar pelo eminente Des. Primeiro Vogal, em homenagem à excelente fundamentação de seu voto, para melhor motivar o meu, peço vista dos autos.

Súmula - SOBRE A PRELIMINAR SUSCITADA PELO DES. PRIMEIRO VOGAL, PEDIU VISTA O DES. RELATOR.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (*Des. Odilon Ferreira*) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 07.11.2000, a pedido do Des. Primeiro Vogal, após o Relator dar provimento.

Em 14.11.2000, pediu vista o Des. Relator, sobre a preliminar suscitada pelo Des. Primeiro Vogal.

Com a palavra o Des. Kelsen Carneiro.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Pedi vista dos autos para um melhor e cuidadoso exame da preliminar de não-conhecimento do recurso, levantada pelo em. Des. Primeiro Vogal, entendendo que o recurso próprio aqui seria o de apelação, isso porque o MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaúna indeferiu o pedido de execução de multa criminal manifestado pelo Ministério Público, por ilegitimidade ativa, citando dispositivo do Código de Processo Civil.

Data venia do entendimento do Des. Roney Oliveira, o agravo é o recurso próprio contra decisão do MM. Juiz da Execução, nos termos do art. 197 da LEP, como corretamente manifestado pelo agravante.

No caso, o Ministério Público ingressou com execução de multa criminal junto ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca (não da Vara Cível). Contra uma decisão criminal, proferida por um juiz da área criminal, o agravante ingressou com um recurso criminal

(agravo) dirigido ao Tribunal de Justiça, tudo devidamente regular.

Caso tivesse o Promotor de Justiça proposto a execução perante o Juízo Cível e pelo mesmo fosse indeferida a inicial, aí sim o recurso cabível seria a apelação, e a competência para apreciá-la, de uma das câmaras cíveis deste Tribunal.

Em resumo, não se pode admitir que uma câmara cível julgue decisão proferida por um juiz criminal.

Com essas considerações, rejeito a preliminar e, quanto ao mérito, proferi o meu voto na sessão do dia 07.11.2000, que mantenho, dando provimento ao agravo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente. Trata a espécie de execução de pena de multa.

Embora já tenha defendido ponto de vista de que o Promotor de Justiça era parte ilegítima para promover a execução, e apesar de ser este ponto de vista dominante no Superior Tribunal de Justiça, reconsiderei o meu posicionamento para considerá-lo como parte legítima.

O fato de ser a multa tida como dívida de valor, com aplicação das normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, não quer dizer que ela tenha deixado de ser pena e a sua execução não esteja sujeita às normas da LEP.

Assim, sendo a sua cobrança execução penal, recurso cabível, ao meu ver, é o de agravo, previsto por esta mesma lei.

Conheço, com essas considerações, do recurso.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente. No que pertine ao mérito, apesar de a decisão hostilizada encontrar respaldo na jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores, entendo que o melhor posicionamento é aquele do eminente Relator.

A respeito, quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 189.068/0, da Comarca de Carmo do Cajuru, Relator o eminente Des. Edelberto Santiago, assim se manifestou, em Turma, a egrégia Primeira Câmara Criminal deste Sodalício:

"*o advento da Lei nº 9.268/96, que alterou o art. 51 do Código Penal, não modificou a natureza penal da ação de execução da sanção pecuniária,* tampouco retirou do *Ministério Público a legitimidade para promover a execução de tal pena*".

Por também entender tenha o Ministério Público legitimidade para promover a execução da pena de multa no rito das execuções penais, acompanho o eminente Relator.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR, VENCIDO O DES. PRIMEIRO VOGAL. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ESTUPRO - CRIME HEDIONDO - REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO - PROGRESSÃO PARA REGIME SEMI-ABERTO - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - LEI Nº 9.455/97 - APLICABILIDADE SOMENTE A CRIME DE TORTURA

- O crime de estupro constitui crime hediondo e como tal enseja o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, conforme a regra geral do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, sendo inadmissível a sua progressão para o regime semi-aberto.

- A Lei nº 9.455/97 aplica-se apenas a crime de tortura e não tem efeito revogatório do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, não devendo prevalecer, nem ser aceito, no caso, o emprego do princípio da isonomia, pois estar-se-ia buscando tratamento igual para autores de crimes diferentes.

RECURSO DE AGRAVO Nº 197.434-4/00 - Comarca de Teófilo Otoni - 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, 06 de fevereiro de 2001. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Tendo sido deferido pedido de progressão do regime prisional fechado para o semi-aberto a Arlindo Pereira de Souza, condenado à pena unificada de dezesseis (16) anos e três (03) meses de reclusão, dado que fora como incurso nas sanções dos arts. 213 e 214, c/c os arts. 71 e 69, todos do Código Penal, conforme se vê do despacho de fls. 39-44-TJ, agravou a Justiça Pública.

Esclareceu a agravante que os delitos são de caráter hediondo e, assim, não comportam a suavização do regime prisional.

A sentença condenatória encontra-se às fls. 15-20-TJ e, pelo que se vê às fls. 27-36-TJ, só foi alterada no quantitativo da pena, quando da revisão criminal.

Sustenta a agravante que a decisão hostilizada afrontou o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que disciplina mais rigorosamente os crimes hediondos como os atentados contra a liberdade sexual.

Para o MM. Juiz de Direito *a quo*, a sentença condenatória estabeleceu o regime fechado em caráter inicial, deixando implícita a progressão.

Em contra-razões, Arlindo manifestou-se às fls. 48-51-TJ, referindo-se à Lei nº 9.455/97, que deve, segundo ele, ser aplicada analogicamente a crimes hediondos diversos do de tortura.

A decisão agravada foi sustentada e mantida à fl. 52-TJ.

Emitindo parecer às fls. 56-60-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

Em sua condição similar à de padrasto, o agravado praticou *delicta carnis* contra as meninas K. e A., de oito (08) e nove (09) anos, respectivamente.

Os crimes imputados ao agravado, hediondos que são, ensejam o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, conforme a regra geral do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Observo que, de fato, não consta do dispositivo da r. sentença condenatória a palavra "integralmente", e disso estão a se prevalecer o agravado e o MM. Juiz de Direito *a quo*. Sempre se argumenta que, em circunstâncias semelhantes, a omissão gera dúvida, dúvida que se resolve a favor do réu. Observo, porém, que tal dúvida não transparece da dialética empregada pelo douto Sentenciante; não disse ele que a reclusão seria cumprida em regime inicialmente fechado; disse apenas que as penas teriam cumprimento em regime fechado, o que, *data venia*, é diferente, muito diferente. Leia-se atentamente o desfecho da condenação, à fl. 20-TJ, e ver-se-á isso.

Não bastasse isso, tem-se que o regime fechado é, no caso, o único, e constitui regra geral no cumprimento de pena por agentes que praticam crime hediondo e, assim sendo, a exceção à regra é que deveria vir expressamente consignada, fosse essa a intenção do Juiz.

Também não tem razão o agravado quando busca se escudar na Lei nº 9.455/97 - é que tal Lei não tem efeito revogatório do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. A Lei nº 9.455/97 aplica-se apenas aos crimes de tortura, e o STF já se posicionou nesse sentido, conforme se vê no julgamento do *HC* nº 76.371-SP, que se deu a 30 de março de 1998, sendo Relator o insigne Ministro Sidney Sanches. No mesmo sentido tem decidido o STJ, conforme se pode ver no *HC* nº 7.437-MG e no *HC* nº 6.659/5.

De igual modo não prevalece e nem pode ser aceito o emprego, no caso, do princípio da isonomia, pois estar-se-ia buscando tratamento igual para autores de crimes diferentes. Como já enfatizei noutras oportunidades, a isonomia condiz com igualdade política e civil dos cidadãos, e não há como em seu nome igualar categorias distintas de crimes, distintas por natureza ou por força de ficção legal.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, casso a decisão hostilizada e determino que Arlindo Pereira de Souza retorne ao regime fechado para o cumprimento de sua pena.

Sem custas, por ser o agravado pobre no sentido legal.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CRIME CONTINUADO - CIRCUNSTÂNCIA TEMPORAL - AUSÊNCIA - UNIFICAÇÃO DE PENAS - IMPOSSIBILIDADE - HABITUALIDADE CRIMINOSA - SOMATÓRIA DAS PENAS

- Não se considera como continuidade delitiva a prática de delitos num lapso de tempo superior a 30 (trinta) dias. Se o agente faz do crime uma opção de vida, não estando presente o fator temporal a favorecer o desencadeamento da ação criminosa, sendo que a continuidade, sucessão circunstancial de crimes, não pode ser confundida com a habitualidade criminosa, sucessão planejada, indiciária do *modus vivendi* do agente, que reclama não tratamento amenizado, mas reprimenda mais severa, a hipótese é de aplicação da somatória das penas, e não da unificação.

RECURSO DE AGRAVO Nº 215.542-2/00 - Comarca de Abaeté - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Execução penal - Unificação de penas para reconhecimento da continuidade delitiva - Ausência da circunstância temporal. - Não se reconhece como continuidade delitiva a prática de delitos num lapso de tempo superior a trinta dias. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2001. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de agravo em execução contra decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Abaeté, que indeferiu pedido

de unificação de penas para reconhecimento da continuidade delitiva formulada pelo ora recorrente, Adegenor Alves da Silva, condenado, em três processos distintos, ao cumprimento, em regime inicialmente fechado, de uma pena global de nove anos de reclusão, por infração do art. 12 da Lei n ° 6.368/76, sendo que, em cada uma das condenações, recebeu três anos de reprimenda.

Preponderantemente, motivou o indeferimento do pedido o lapso temporal verificado entre os crimes cometidos pelo recorrente, a desautorizar o reconhecimento da continuidade delitiva.

Contra-arrazoado o recurso, pelo seu improvimento opinou a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Rogério Batista F. Vieira, sendo de se registrar que mantida foi no juízo de retratação a r. decisão recorrida.

Em síntese, é o relatório.

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, merece subsistir a r. decisão recorrida, vez que, na espécie vertente, realmente não se pode reconhecer a continuidade delitiva pretendida pelo recorrente, o qual praticou, sucessivamente, três delitos de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, pelos quais se viu condenado por três vezes.

O primeiro delito foi cometido em 11.08.97, o segundo, em 21.11.97 e o terceiro, em 15.07.98, conforme se verifica dos elementos trazidos à colação.

A teor do art. 71 do Código Penal, ocorre a continuidade delitiva "*quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro...*".

No que tange à circunstância de tempo, adverte MIRABETE que "*o limite tolerado para o reconhecimento da continuidade, em consonância com a jurisprudência, é de o lapso temporal não ser superior a trinta dias*" (*in Manual de Direito Penal,* Atlas, 2001, v. 1, p. 318).

Com efeito, já decidiu o Pretório Excelso que, no tocante ao registro temporal, não se reconhece como continuidade delitiva "*a prática de delitos num lapso de tempo superior a trinta dias*" (*HC* n ° 73.219/4-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *in DJU* de 26.04.96, p. 13.115).

In casu, do primeiro crime ao segundo, passaram-se mais de três meses e, do segundo ao terceiro, quase oito meses, sendo, por conseguinte, oportuna a observação do Órgão Ministerial de primeiro grau de que o ora recorrente "*fez do crime de tráfico uma opção de vida, não estando presente o fator temporal a favorecer o desencadeamento da ação criminosa*" (fls. 36), pois, na verdade, como assevera MIRABETE, "*a continuidade, sucessão circunstancial de crimes, não pode ser confundida com a habitualidade criminosa, sucessão planejada, indiciária do* modus vivendi *do agente e que reclama, não tratamento amenizado, mas reprimenda mais severa*" (ob. cit., p. 319).

"*Com toda certeza, estamos diante de um caso em que tem aplicação a somatória das penas e não a unificação*", como bem salientou a douta Procuradoria de Justiça (fls. 62).

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

COMUTAÇÃO DA PENA - INDULTO - INSTITUTOS DIVERSOS - ART. 2° DO DECRETO N° 3.226/99 - APLICAÇÃO - CRIME HEDIONDO - POSSIBILIDADE

- O indulto e a comutação da pena são institutos diversos, que absolutamente não se confundem. O indulto é um perdão que se concede ao condenado, diminuindo-lhe a pena - chamado indulto parcial -, ou até mesmo isentando-o de seu cumprimento - o denominado indulto total. Por sua vez, a comutação de pena, conquanto também seja um ato de indulgência, não importa na redução ou na isenção do cumprimento da pena, mas na mudança, na troca de uma pena por outra. O indulto é causa de extinção de punibilidade; a comutação de pena tão-somente reduz a pena. Assim, por se tratarem, tecnicamente, de institutos diversos, a vedação para a concessão de um desses benefícios não pode alcançar o outro.

- Não tendo o Decreto n° 3.226/99 previsto qualquer óbice à comutação de pena, inserta em seu art. 2°, nos crimes hediondos, fato que expressamente assinala para a figura do indulto, em seu art. 7°, inc. I, e que, inclusive o decreto anterior de igual natureza (Dec. n° 2.838/98) quanto ao tema vedava, é de se concluir que, por motivo de política criminal, foi estendida a possibilidade da concessão da comutação de pena aos condenados pelo cometimento de crimes hediondos. Assim, e ainda porque em sede penal não se admite interpretação restritiva para prejudicar o réu, bem como inexistindo vedação legal para a concessão da comutação de pena, visto que o art. 2° da Lei n° 8.072/90 dela não cuidou, deve-se conceder a comutação ao réu que na hipótese se enquadra.

- V.v.: - O desate da questão está na definição da natureza jurídica do instituto da comutação, passando ao largo dos debates sobre a modificação do texto do decreto presidencial de indulto e comutação de pena, operada no ano de 1999, relativamente ao diploma expedido em 1998. A comutação, juntamente com a anistia, a graça e o indulto são manifestações do poder de clemência ou de indulgência soberana. Modernamente, e na forma da Constituição Federal, compete ao Congresso decidir sobre a anistia (art. 46, VIII) e quanto aos demais compete ao Presidente da República (art. 84, XII). Embora o dispositivo constitucional induza à conclusão de que o indulto e a comutação de penas sejam institutos autônomos, uma vez que se refere a ambos expressamente, em verdade, a comutação, como regulada no Dec. nº 3.226/99, é espécie de indulto. Essa limitação se faz necessária, porque há grande confusão entre os institutos de clemência soberana, acerca dos quais a doutrina pátria avançou muito pouco.

- Em sendo a comutação prevista no Dec. nº 3.226/99 nada mais que indulto coletivo parcial, vê-se que o obstáculo do art. 7º é inarredável e absoluto, pois, sendo vedada a concessão de indulto aos crimes hediondos e apresentando a comutação natureza jurídica semelhante àquele, estende-se a ela a proibição contida no referido diploma. *(Des. Herculano Rodrigues)*

RECURSO DE AGRAVO Nº 217.668-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Comutação de pena - Condenado por prática de crime hediondo - Possibilidade. - A comutação prevista no Decreto nº 3.226/99 pode ser aplicada em caso de condenado pela prática de crime hediondo. - V.v.: Comutação da pena - Crime hediondo - Impossibilidade - Precedentes. - Sendo vedada a concessão de indulto aos crimes hediondos e apresentando a comutação natureza jurídica semelhante àquele, estende-se a ela a proibição contida no Decreto nº 3.226/99.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 08 de março de 2001. - *José Antonino Baía Borges* - Relator para o acórdão. - *Herculano Rodrigues* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Cuida-se de agravo agilizado pelo Órgão Ministerial oficiante na Vara das Execuções da Capital, tirado da decisão que indeferiu o pedido de comutação da pena imposta ao sentenciado Marcelo da Silva, condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, como incurso no art. 12 da Lei Antitóxicos, ao fundamento de que, tratando-se de crime assemelhado a hediondo, impossível o benefício pleiteado.

O recurso sustenta que o Decreto nº 3.226/99 não veda a outorga do indulto.

As contra-razões apóiam a pretensão recursal.

A decisão foi sustentada.

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo provimento.

No principal, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço do recurso.

Ao meu entendimento, o desate da questão está na definição da natureza jurídica do instituto da comutação, passando ao largo dos debates sobre a modificação do texto do decreto presidencial de indulto e comutação de penas, operada no ano de 1999, relativamente ao diploma expedido em 1998.

A comutação, juntamente com a anistia, a graça e o indulto são manifestações do poder de clemência ou de indulgência soberana. Modernamente, e na forma da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional decidir sobre o segundo instituto (art. 48, VIII) e, quanto aos demais, são da competência privativa do Presidente da República (art. 84, XII).

Embora o dispositivo constitucional induza à conclusão de que o indulto e a comutação de penas sejam institutos autônomos, uma vez que se refere a ambos expressamente, em verdade, a comutação, como regulada no Decreto nº 3.226/99, é espécie de indulto.

Tenho que essa limitação se faz necessária porque há grande confusão entre os institutos de clemência soberana, acerca dos quais a doutrina pátria avançou muito pouco e não pretendo comprometer minhas conclusões futuras em função da generalidade do termo, eis que sob a rubrica "comutação" costumam-se conceder benefícios tão distintos como o são a diminuição da pena e a substituição por reprimenda de menor gravidade, que admite recusa por parte do beneficiário.

Nesse sentido, autores de escol como MIRABETE (*Manual de Direito Penal - Parte Geral*, São Paulo: Editora Atlas - 2000, p. 386), CEZAR ROBERTO BITTENCOURT (*Manual de Direito Penal - Parte Geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais - 1999, p. 742) e LUIZ REGIS PRADO (*Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais - 1999, p. 492) lecionam que o indulto coletivo (eis que o indulto individual nada mais é do que a graça) pode ser concedido de modo pleno (indulto total) ou parcial (indulto parcial), quando então é chamado de comutação. Sendo concedido de modo pleno, extingue a punibilidade; caso contrário, abranda a reprimenda.

Pela clareza e excelência, reproduzi os ensinamentos de LUIZ REGIS PRADO (*op. cit.*):

"*O indulto e a graça são atos privativos do Presidente da República (art. 84, XII, CF). Ambos, porém, não se confundem, já que aquele apresenta caráter coletivo e esta, individual. Demais disso, a graça é solicitada, enquanto o indulto é espontâneo. Assim, a concessão da graça poderá ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa (art. 188, LEP). O indulto, a seu turno, independente de qualquer solicitação.*

Pode ser pleno - *quando extingue completamente a punibilidade* - *ou* parcial - quando diminui a pena. Inadmite recusa por parte do beneficiário, salvo em se tratando de comutação da pena ou de indulto condicionado. Diversamente do indulto parcial, a comutação consiste na substituição da pena imposta por outra de menor gravidade e admite recusa por parte do condenado".

Em sendo a comutação prevista no Decreto nº 3.226/99 nada mais que indulto coletivo parcial, vê-se que o obstáculo do art. 7º é inarredável e absoluto, pois o réu foi condenado, incurso no art. 12 da Lei Antitóxicos, no regime integralmente fechado, não havendo dúvida, portanto, de que praticou delito etiquetado como hediondo.

Esse entendimento não foi desapercebido na elaboração e redação do decreto presidencial de indulto e comutação de penas, pois o próprio diploma, no art. 9º, determina aos órgãos centrais da Administração Penitenciária o preenchimento de um quadro estatístico, cujo modelo se encontra no anexo do diploma legal, o qual não contém campo para a inclusão de beneficiários condenados por crime de tráfico de entorpecentes, seja por indulto, seja por comutação. O fato de a tabela fazer referência a homicídio e crimes contra os costumes não deve causar espécie, pois, como se sabe, estes delitos não são hediondos por si sós, só sendo assim caracterizados em determinadas circunstâncias.

Por fim, registro que esta Corte já decidiu que os institutos da comutação e do indulto devem ter o mesmo tratamento jurídico (Primeira Câmara Criminal - Agravo nº 182.418-4):

"*Sendo vedada a concessão de indulto aos crimes hediondos e apresentando a comutação natureza jurídica semelhante àquele, estende-se a ela a proibição contida no Decreto 3.226/99*".

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR NEGANDO PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Guido de Andrade) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 22.02.01, a pedido do Primeiro Vogal, Des. José Antonino Baía Borges, após votar o Relator negando provimento.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Com a devida vênia do eminente Relator, tenho, a respeito da matéria de que cuida o presente agravo, outro entendimento, que adotei quando do julgamento dos Agravos nºs 190.095/5 e 198.015/0.

Ao meu modesto aviso, o indulto e a comutação de pena são institutos diversos, que absolutamente não se confundem.

O indulto, como se sabe, é um perdão que se concede ao condenado, diminuindo-se-lhe a pena - o chamado indulto parcial - ou até mesmo isentando-o de seu cumprimento - o denominado indulto total.

Por sua vez, a comutação de pena, conquanto também seja um ato de indulgência, não importa na redução ou na isenção do cumprimento da pena, mas na mudança, na troca de uma pena por outra.

O indulto é causa de extinção de punibilidade; a comutação de pena tão-somente reduz a pena.

Assim, por se tratarem, tecnicamente, de institutos diversos, a vedação para a concessão de um desses benefícios não pode alcançar o outro.

No caso em exame, o Decreto nº 3.226, de 29.10.1999, em seu art. 7º, inciso I, dispôs que o *indulto* nele previsto "*não alcança os condenados por crimes hediondos e pelos crimes de tortura, terrorismo e tráfico de entorpecentes e drogas afins*".

Mas não previu o mesmo para a comutação de pena, que vem prevista em seu art. 2º.

A par disso, é importante considerar que, no decreto presidencial anterior, isto é, no Decreto nº 2.838, de 6.11.1998, estava expressamente vedada, no parágrafo único de seu art. 2º, a comutação de pena, no caso de condenado por crime hediondo.

De outro lado, no Decreto nº 3.226, de 29.10.1999, foi suprimido este parágrafo.

Assim sendo, ao meu modesto juízo, é de se concluir que, por motivo de política criminal, foi estendida a possibilidade de concessão da comutação de pena aos condenados pelo cometimento de crimes hediondos.

Afinal, se se pretendesse continuar vedando a comutação de pena nos casos de crimes hediondos, não teria havido essa alteração na redação do decreto.

É de se considerar, ainda, que o Decreto nº 3.226/99, em seu art. 7º, inciso I, proibiu o indulto para os

condenados por crimes hediondos, mas deixou ressalvado, em seu art. 2º, que, se não preenchidos os requisitos para a concessão daquele benefício, terá o condenado a sua pena comutada.

Tal dispositivo, a par de evidenciar a diferenciação dos dois institutos, como anteriormente ressaltado, também está a autorizar a conclusão de que ao condenado por crime hediondo, por não preencher os requisitos para se beneficiar com o indulto, resta a comutação de pena.

Dessa forma, pelos motivos já expostos, e porque não se admite, em sede penal, interpretação restritiva para prejudicar o réu, tenho não se deva concluir que sua concessão esteja vedada nos casos de condenados por crimes hediondos.

Cabe salientar que a concessão da comutação de pena, em tais casos, não está vedada em lei, uma vez que o art. 2º da Lei nº 8.072/90 dela não cuidou.

Em face de todo o exposto, e com o mais respeitoso pedido de vênia ao preclaro Relator, dou provimento ao recurso, para o fim de que seja ao recorrente concedida a comutação de 1/4 da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, na forma do disposto no art. 2º do citado decreto.

O Sr. Des. Guido de Andrade - Coloco-me de acordo com o Des. Primeiro Vogal.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

EXECUÇÃO PENAL - CUSTAS PROCESSUAIS - CONDENADO JURIDICAMENTE MISERÁVEL - ISENÇÃO - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA Nº 58 DO TJMG - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - DIREITO E FORMA DE AQUISIÇÃO - CAUTELA - PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 E 13 DA LEI Nº 1.060/50

- O condenado juridicamente miserável não fica imune ao pagamento das custas processuais, mas, apenas, beneficiado pela condição e prazo estabelecidos no artigo 12 da Lei nº 1.060/50, a teor da Súmula 58 do TJMG.

- O benefício da assistência judiciária é um direito somente concedido àqueles que dele realmente necessitem. O simples fato de o interesse de alguém ser patrocinado pela Defensoria Pública não vincula o juiz nem leva ao entendimento de que por isso o estado de pobreza do favorecido já esteja de pronto comprovado. Por isso, aos olhos da norma legal, presume-se pobre, até prova em contrário, somente quem afirmar essa condição nos termos da lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

RECURSO DE AGRAVO Nº 231.874-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Desª MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: 1. Execução penal - Custas processuais - Condenado juridicamente miserável - Isenção - Inadmissibilidade. - O condenado juridicamente miserável não fica imune ao pagamento das custas processuais, mas, apenas, beneficiado pela condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50 (Súmula 58 do TJMG). - Recurso conhecido e improvido. 2. Assistência judiciária - Direito e forma de aquisição - Cautela - Presunção *juris tantum*. - O benefício da assistência judiciária é um direito somente concedido àqueles que dele realmente necessitem. O simples fato de o interesse de alguém ser patrocinado pela Defensoria Pública não vincula o juiz nem leva ao entendimento de que por isso o estado de pobreza do favorecido já esteja de pronto comprovado. Por isso, aos olhos da norma legal, presume-se pobre, até prova em contrário, somente quem afirmar essa condição nos termos da lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. Inteligência dos artigos 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei 1.060/50.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2001. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sra. Desª Márcia Milanez - Inconformado com a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Belo Horizonte, que lhe indeferiu pedido de isenção do pagamento de custas processuais, Onofre Domingos de Souza, através de defensor público local, interpôs recurso de agravo.

Em suas razões de recurso, o recorrente - que foi condenado nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal - sustenta que, sendo pobre, estaria isento das custas processuais. No entanto, teve seu pedido de isenção do pagamento indeferido pelo ilustre recorrido, ao entendimento de que isso contrariaria decisão judicial transitada em julgado.

Sustenta, ainda, que, sendo sua defesa patrocinada pela Defensoria Pública, a comprovação da sua miserabilidade jurídica estaria até dispensada, tendo em conta a rigorosa triagem que aquela instituição faz.

Sustenta, finalmente, que a nova Carta Magna não teria recepcionado o art. 12 da Lei 1.060/50 e que, além disso, a mencionada isenção vem garantida na Lei Estadual de nº 12.427/96 e recomendada na Instrução

de nº 206/93 da Corregedoria-Geral de Justiça, além de se achar confortada em julgados do TAMG que ele menciona.

Contra-arrazoando o recurso, o Ministério Público de primeiro grau posicionou-se pelo seu provimento.

Na fase do juízo de retratação, a decisão foi mantida.

Nesta instância, o parecer do digno Procurador de Justiça Rômulo Paiva Filho é no sentido do provimento do recurso.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço do recurso.

Com a devida *venia* daqueles que entendam em contrário, tenho que razão não assiste ao recorrente.

A questão posta a exame, à evidência, não era de ser resolvida pela via da isenção, mas, sim, da mera suspensão da execução pelo prazo de até cinco anos, a contar da sentença condenatória, findo o qual, permanecendo o estado de miserabilidade, ocorrerá a sua prescrição, segundo clara dicção do art. 12 da Lei de Assistência Judiciária.

As custas processuais - aí compreendidas a remuneração dos atos praticados no processo e a indenização de despesas necessárias à sua realização - constituem um corolário natural de toda condenação e resultam de um expresso comando da norma legal, que assim dispõe:

"*A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso,* condenará *nas custas o vencido*" (CPP, art. 804).

A expressão *"condenará"* aí empregada tem sentido imperativo e não pode ser desprezada pelo aplicador da lei.

Até mesmo o fato de o vencido ser pobre e ter sua defesa patrocinada pela Defensoria Pública não impede sua condenação nas custas. A uma, porque esta última fala em nome daquele e, não, do Estado. A duas, porque é na fase da execução que a miserabilidade jurídica do condenado deve ser avaliada, a fim de se decidir pela exigência ou não das custas processuais, ao longo da prescrição qüinqüenal, quando, então, escoado esse lapso temporal sem melhora da condição de fortuna do assistido, tal obrigação será declarada extinta.

Do contrário, nenhum sentido teria o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50, que assim prescreve:

"*A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se,* dentro de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, *o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita*" (o destaque é nosso).

Ora, como não se exige do assistido pagamento antecipado das custas, somente quando de sua condenação final ficará ele sujeito ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos para pagá-las.

Assim sendo, tanto na fase da cognição quanto na fase da execução, não se pode isentar um condenado de tal pagamento. A execução das custas, sim, é que poderá ficar suspensa por até 5 (cinco) anos, contados da sentença final. Se nesse lapso temporal o assistido não alcançar o estado de solvência, permanecendo seu estado de miserabilidade legal, não satisfeita a obrigação de pagar, prescrita estará ela, ficando o assistido imune ao pagamento das custas processuais.

É nesse sentido que se assenta o entendimento jurisprudencial dominante.

Inadmissibilidade de não-imposição das custas.

"*A exeqüibilidade ou não da cobrança das custas é matéria de execução e só nesta deve ser considerada, não na sentença condenatória*" (TJSP - *RT*, 541/336).

"*O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50*" (TJMG - Súmula nº 58).

Nem poderia ser diferente, se também considerado o interesse estatal. Pois é o vencido quem paga as custas processuais, e o Estado tem todo interesse em recebê-las, já que não deixa de ser uma considerável fonte de receita que muito o auxilia na dispendiosa função de fazer justiça. Além disso, a parte vencida nem sempre coincide com a pessoa do assistido a quem se garantiu o livre e gratuito acesso à Justiça, em todas as fases de seu processo.

Dessa forma, transitada em julgado a decisão condenatória, que o vencido pague as custas processuais até então não exigidas, não se justificando em hipótese alguma pronta e antecipada renúncia ou isenção de custas, como quer o defensor. Salvo quando vencido for o Ministério Público, porque este, como sabemos, atua em nome do Estado. Constitui-se, aliás, no próprio *Estado-vontade*, e não teria sentido condenar o Estado a pagar custas para si próprio.

Na lição de TOURINHO FILHO, "*Tratando-se de ação penal pública, incondicionada ou condicionada, não haverá tal ônus para o Ministério Público e muito menos para o ofendido. Ainda que a denúncia seja, a final, julgada improcedente, não estará o Ministério Público ou o ofendido sujeito ao pagamento das custas, isto é, das despesas judiciais. Não se aplica quanto a eles o disposto no art. 804 do CPP. Como órgão do Estado, incumbido da* persecutio criminis in judicio, *nem teria sentido devesse ele pagar as despesas processuais. Do contrário, estaria o Estado pagando a ele próprio pelos serviços que presta a si*

mesmo..." (*Código de Processo Penal Comentado*, Saraiva, 1998, p. 534).

Assim, se é verdade que o condenado assistido ainda não adquiriu condições de arcar com o pagamento das custas processuais sem privar-se do sustento próprio ou da família, circunstância que deve ser sempre avaliada no início da fase da execução penal, como já registrado pelo digno colega do primeiro grau de jurisdição, que ele renove a documentação comprobatória de seu estado de miserabilidade legal, o que pode ser feito mediante declaração firmada nos termos da Lei de Assistência Judiciária, para que lhe seja assegurada a suspensão da execução penal até que solvente se torne ele, ou desapareça a obrigação de pagar, pelo decurso do tempo na prescrição qüinqüenal, quando, então, será ela declarada extinta.

Ao contrário do que pensa o defensor do recorrente, não vejo qualquer incompatibilidade entre as normas legais por ele citadas, as quais coexistem harmoniosamente, já que apresentam escopo comum, qual seja, resguardar o direito de cidadania do hipossuficiente, o que, neste processo, foi e está sendo inteiramente resguardado. Somente restando ao digno Juízo da execução, se efetivamente não for infirmada a declaração de miserabilidade jurídica do assistido, suspender o processo de execução penal contra aquele instaurado, até que ele adquira a condição de solvente ou se torne extinta a obrigação pela prescrição.

Ao exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

PATROCÍNIO SIMULTÂNEO OU TERGIVERSAÇÃO - ADVOGADO - AÇÃO CONTRA EX-CLIENTE - DEFESA DA PARTE CONTRÁRIA - CONDUTA ATÍPICA - ART. 355, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - NÃO-INCIDÊNCIA

- A conduta do advogado que, após defender honestamente seu cliente e cumprir fielmente o mandato recebido, assume a defesa da parte contrária, promovendo ação contra o ex-cliente, embora seja contrária à ética, é atípica, não caracterizando o patrocínio sucessivo ou tergiversação (art. 355, parágrafo único, do CP).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 193.341-5/00 - Comarca de Bocaiúva - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Patrocínio infiel - Delito não configurado - Advogado que, dez anos depois de cumprir o mandato que lhe fora outorgado, promoveu ação contra o ex-cliente - Conduta que, embora contrária à ética, é atípica, não caracterizando o patrocínio sucessivo ou tergiversação.

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 dezembro de 2000. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Trata-se de recurso em sentido estrito manifestado pela representante do Ministério Público com atuação perante a 2ª Vara da Comarca de Bocaiúva contra a respeitável decisão de fls. 145, que não recebeu a denúncia apresentada contra o advogado Antônio Adenilson Rodrigues Veloso pela prática, em tese, da infração prevista no art. 355, parágrafo único, do Código Penal, fazendo-o com entendimento de que a conduta descrita na inicial não constitui crime.

Pretende a recorrente que a peça de ingresso seja recebida, alegando que a conduta da pessoa nela acusada, em tese, caracteriza o delito de patrocínio infiel.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão pelo despacho de fls. 160, subiram os autos, e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento.

É o relatório resumido.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Segundo se observa dos autos, o advogado Antônio Adenilson Rodrigues Veloso, entre os meses de fevereiro de 1988 e maio de 1989, atuou como defensor de José Raimundo dos Santos no processo a que o mesmo respondeu por infração do art. 213 do Código Penal e que resultou na sua absolvição. Dez anos depois, em 24 de maio de 1999, contra o mesmo José Raimundo, ajuizou o causídico ação de indenização por dano *ex delicto*, fazendo-o, por incrível que pareça, na qualidade de patrono de Luiza Cândido Siqueira, vítima naquele processo.

Em face desse comportamento, foi Antônio Adenilson denunciado como incurso no art. 355, parágrafo único, do Código Penal, tendo a denúncia sido rejeitada pelo MM. Juiz, que não vislumbrou na conduta do bacharel nenhum crime, mas um simples atentado à ética.

Agiu com acerto o digno Magistrado.

Conforme por ele ressaltado na decisão que não recebeu a inicial, "*nada impede que o causídico, depois de ter defendido honestamente seu cliente e cumprido fielmente o mandato, venha assumir a defesa do adversário*".

Haveria o patrocínio sucessivo ou tergiversação se o advogado, no processo em que defendia José Raimundo, deixasse de patrocinar o interesse do mesmo e passasse a cuidar do de Luiza. Mas não foi isso que aconteceu, na espécie. O acusado, aqui, recorrido, apenas promoveu a ação contra José Raimundo dez anos depois de cumprir o mandato que lhe havia sido conferido pelo mesmo, não havendo mais, portanto, qualquer compromisso entre eles.

Sobre o tema já se decidiu:

"*Após haver cumprido o mandato que recebera, pode o advogado promover ação contra o ex-cliente, que antes defendera, sem incorrer, por isso, no parágrafo único ou no* caput *do art. 355* (*RT*, 622/290)".

Portanto, foi atípica a conduta do denunciado Antônio Adenilson Rodrigues Veloso, e a denúncia contra ele oferecida não poderia mesmo ser recebida.

Nego provimento ao recurso.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PRONÚNCIA - QUALIFICADORA - SURPRESA - EXCLUSÃO - IMPOSSIBILIDADE - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

- Se a prova dos autos não repele, manifesta e declaradamente, a qualificadora do recurso que tornou impossível a defesa da vítima, é defeso ao juiz singular excluí-la, ao fazer a pronúncia, sendo o julgamento, por imposição constitucional, do Tribunal do Júri, que, como juiz natural dos processos por crimes dolosos contra a vida, dirá sobre a sua incidência ou não.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 221.513-5/00 - Comarca de Araçuaí - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Pronúncia - Homicídio qualificado - Surpresa - Exclusão da qualificadora - Impossibilidade - Competência do Júri - Recurso ministerial provido. - Ao juiz singular, ao fazer a pronúncia, é defeso excluir qualificadoras, sendo o julgamento, por imposição legal, do Tribunal do Júri.

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. DECISÃO UNÂNIME.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2001. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de recurso *stricto sensu*, com fulcro no artigo 581, inciso IV, do Código de Processo Penal, contra decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araçuaí, que, em desconformidade com a denúncia, pronunciou o ora recorrido, Silvio da Silva Costa, como incurso nas sanções do artigo 121, *caput*, do Código Penal, visto ter ele, no dia 31 de dezembro de 1999, cerca das 17h10m, na Rua Topázio, 255, Bairro São Vicente, em Virgem da Lapa-MG, desferido um golpe de machado contra seu irmão, José Geraldo Silva Costa, produzindo-lhe lesões que lhe ocasionaram a morte.

Infere-se pelas razões recursais que o *dominus litis* recorrente objetiva a restauração da denúncia, para que seja o recorrido pronunciado nas iras do artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, à consideração de que configurada está a qualificadora.

Contra-arrazoado o recurso, pelo seu provimento opinou a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Carlos Henrique Fleming Ceccon, sendo de se registrar que mantida foi no juízo de retratação a r. decisão recorrida.

Em síntese, é o relatório.

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, assiste razão ao Órgão Ministerial, ao requerer a inclusão, na pronúncia, da qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

A prova é no sentido de que, na tarde do fato, no interior de um bar, o acusado desferiu, de surpresa, um golpe de machado no ofendido, seu irmão, com quem não se entendia bem, ocasionando-lhe a morte, conforme registra o auto de corpo de delito de fls. 48/49-v.

A prova dos autos não repele, manifesta e declaradamente, a qualificadora do recurso que tornou impossível a defesa da vítima, que deve, assim, ser submetida à apreciação do Júri, sabidamente juiz natural dos processos por crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, competindo-lhe reconhecer ou não a culpabilidade do acusado.

Ademais, desfavorável ao recorrido é a jurisprudência predominante:

"*Processual penal* - Habeas corpus - *Pronúncia - Exclusão das qualificadoras.*

- 1 - Esta Turma já se pronunciou no sentido de que 'ao juiz singular, ao fazer a pronúncia, é defeso excluir qualificadoras. O julgamento, por imposição constitucional, é do Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII)'.

- 2 - Ordem denegada" (Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 3.847-GO, Relator o Ministro Anselmo Santiago, *DJU* de 06.05.96, p. 14.473).

"*Recurso de* habeas corpus - *Sentença de pronúncia - Exclusão de qualificadoras.*

- A jurisprudência predominante tem-se orientado no sentido de não excluir da sentença de pronúncia as qualificadoras referidas na denúncia, deixando tal oportunidade ao Tribunal do Júri que, como Juiz natural dos processos, dirá sobre a incidência, ou não, de cada uma delas.

- Recurso a que se nega provimento" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso de *Habeas Corpus* 2.958/7-GO, Relator o Ministro Flaquer Scartezzini, *DJU* de 27.09.93, p. 19.826).

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso ministerial para, de conformidade com o excelente parecer da douta Procuradoria de Justiça, pronunciar o réu como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

Custas, a final.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

-:::-

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSO PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - FUGA DO RÉU - RECURSO DE APELAÇÃO - CONHECIMENTO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO DO RÉU

- Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, se o paciente, condenado pelo tráfico de drogas, não se recolheu à prisão como determinado na sentença, empreendendo fuga, não configura constrangimento ilegal o não-conhecimento do recurso de apelação por não satisfeito aquele pressuposto de admissibilidade (Lei 8.072/90).

- Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 12.137-MG - Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI

Impte.: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Advogado: Gaspar Carlos Filho. - Defensor Público. Impdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Marciel Custódio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 06 de fevereiro de 2001 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente. - *Ministro Jorge Scartezzini* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por Gaspar Carlos Filho em benefício de Marciel Custódio, contra decisão proferida pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, *que não conheceu do recurso de apelação interposto* pela defesa nos seguintes termos (fls. 43):

"*Tráfico - Recurso aviado pela defesa de réu foragido - Desconhecimento do fato pelo MM. Juiz* a quo - *Recebimento equivocado - Necessidade*

de recolher-se à prisão - Inteligência do § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 - Não-conhecimento - Irresignação ministerial - Delito autônomo previsto no art. 14 da Lei Antitóxicos não caracterizado - Associação eventual - Ocorrência da majorante especial do art. 18, III, da mesma lei - Sentença reformada em parte" (nosso grifo).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado e condenado como incurso no art. 12, *caput* c/c art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76 (*tráfico e associação para o tráfico*).

Inconformado, interpôs recurso de apelação que não foi conhecido em razão de o réu encontrar-se foragido. No presente *writ*, pretende, em síntese, seja reformada a decisão *a quo* e determinado ao Tribunal de origem que analise o recurso de apelação interposto.

Solicitadas as informações de praxe, estas vieram aos autos às fls. 40/42.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 114/118, opina pela denegação da ordem.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Sr. Presidente, insurge-se o impetrante contra decisão que não conheceu de recurso de apelação interposto em razão da fuga do paciente. Segundo o Tribunal *a quo*, o recolhimento à prisão para o oferecimento do recurso de apelação é indispensável em casos em que há condenação por crime considerado hediondo, ao teor da Lei nº 8.072/90.

Improcede a irresignação do impetrante. A matéria *sub exame* não é nova. Com efeito, nos chamados crimes hediondos, a regra é a de que só poderá apelar da sentença condenatória após o recolhimento do réu ao cárcere, mormente quando respondeu a todo o processo nessa condição. O contrário vincula-se à fundamentada decisão do magistrado.

Esta Corte já decidiu, em mais de uma oportunidade, que, em hipóteses de condenação por crime hediondo, o recurso de apelação eventualmente interposto, condiciona-se, para sua admissibilidade, ao recolhimento do réu em cárcere (*no caso o paciente empreendeu fuga*). Nesse diapasão:

"Habeas corpus. *Latrocínio. Direito de apelar em liberdade. Art. 594 do CPP. Maus antecedentes reconhecidos na sentença condenatória. Necessidade do recolhimento à prisão para apelar.*

- O benefício de que trata o art. 594, do CPP, não alcança o paciente que possui maus antecedentes, proclamados no decreto condenatório, devendo recolher-se à prisão para recorrer. Súmula 9, do STJ.

- Ademais, tratando-se de crime hediondo, *em regra o condenado não pode apelar em liberdade, podendo fazê-lo excepcionalmente, desde que o Juiz o resolva em decisão motivada (art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90).*

- Se o paciente não se recolheu à prisão para apelar, como determinado na sentença condenatória, não configura constrangimento ilegal o não-conhecimento do recurso por não satisfeito aquele pressuposto de admissibilidade. Ordem denegada" (*HC* 12.130-SP, Rel. Ministro José Arnaldo, *DJU* de 05.06.2000).

No mesmo sentido encontra-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*HC* 74.497-AP, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão trazido à colação pela Representante da Subprocuradoria-Geral da República):

"Habeas corpus. *Intimação. Defensoria Pública. Lei nº 1.060/50, art. 5º, acrescido por força da Lei nº 7.871/89. Apelação em liberdade. Art. 594 do CPP.*

- O defensor público será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, a teor do que dispõe o art. 5º da Lei nº 1.060/50, acrescido por força da Lei 7.871/89.

- Implica nulidade da intimação e, conseqüentemente, do julgamento da apelação e da certidão de trânsito em julgado do acórdão, se o defensor não foi intimado pessoalmente, mas apenas pela publicação na imprensa oficial.

- Se a sentença condenatória determinou o recolhimento do réu à prisão, não podia ele apelar em liberdade. O fato de o juiz de primeiro grau haver recebido o recurso de apelação e lhe dado normal seguimento, sem que o paciente estivesse preso, essa omissão não vincula o Tribunal ad quem, *que, ao realizar o juízo de admissibilidade do recurso, examinando seus pressupostos, pode, diante da ausência do requisito do art. 594 do Código de Processo Penal, declarar o não-conhecimento da apelação.*

- Habeas corpus *deferido em parte*" (*DJU* de 11.04.97).

Pelo exposto, denego a ordem.

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, denegou a ordem.

Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo, Felix Fischer e Gilson Dipp.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 6 de fevereiro de 2001. - *Júnia Oliveira C. R. e Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 28.05.2001.)

-:::-

HABEAS CORPUS - JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - CONCURSO DE PESSOAS - FORMULAÇÃO DE QUESITO RELATIVO À FORMA GENÉRICA DE PARTICIPAÇÃO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

- Eventuais irregularidades na formulação dos quesitos no procedimento do Tribunal do Júri devem ser argüidas no momento oportuno, sob pena de preclusão. Precedentes.

- Tratando-se de homicídio cometido em concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal), a formulação de quesito genérico, seja no libelo ou na própria sessão do Júri, não é vedada no nosso ordenamento jurídico-processual-penal, sendo aconselhável quando, pela complexidade das circunstâncias em que ocorreu o crime, a conduta colaboradora do co-réu no evento delituoso não é conhecida em seus pormenores individuais.

- Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 15.063-MG - Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

Impte.: João Mendes Campos. Impdo.: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Marconi Eduardo Alves Scarpelli (preso). Sust. oral: Dr. João Mendes Campos (p/ pacte.).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Edson Vidigal. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 06 de março de 2001 (data de julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente. - *Ministro José Arnaldo da Fonseca* - Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* originário impetrado pelo il. advogado João Mendes Campos, impugnando acórdão unânime proferido pela eg. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento à apelação da Defesa, confirmando a condenação do paciente Marconi Eduardo Alves Scarpelli pelo Tribunal do Júri (acórdão reproduzido às fls. 94/100).

Narram os autos que o paciente, juntamente com outros dois acusados, foi denunciado perante o Juízo do II Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, ambos do Código Penal, porque, movido por vingança e utilizando-se de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, teria seqüestrado e assassinado Renato Guilherme Vieira, fato ocorrido em 09.05.1987. A exordial acusatória foi recebida em 24.06.1988, sobrevindo sentença de pronúncia (fls. 25/27) em 03.09.1993, posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça.

Submetido a julgamento pelo Tribunal Popular, o ora paciente foi condenado à pena de doze anos e seis meses de reclusão, em regime fechado (fls. 27/28), sendo-lhe concedido o direito de apelar em liberdade. Dessa decisão recorreu apenas a Defesa, que, em preliminar, argüiu nulidade do julgamento decorrente do descompasso entre os quesitos e o libelo-crime acusatório. Sustentou a Defesa que a acusação sempre apontara para a co-autoria do ora paciente e que o enfoque teria sido alterado com a mudança, em Plenário, do terceiro quesito, sugerindo co-participação.

O Tribunal *a quo*, à unanimidade, negou provimento ao recurso, rejeitando a preliminar de nulidade suscitada por entender tratar-se de matéria alcançada pela preclusão, já que não impugnada no momento oportuno.

No presente *writ*, cuja liminar foi por mim indeferida (fls. 80), o impetrante alega, em síntese que "*a nulidade absoluta invocada ocorreu porque o Juiz que presidiu a sessão de julgamento do Paciente formulou quesito complexo, deficiente, contendo proposição vaga, imprecisa, inovadora e em total desacordo com a denúncia, a pronúncia, o libelo e a acusação sustentada em plenário, violando, com tal procedimento, os preceitos constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e ainda o disposto no art. 484, VI, e 564, parágrafo único, do CPP*" (fls. 02). Outrossim, sustenta que, no julgamento do co-réu José Maria da Silva, os quesitos foram devidamente redigidos e o resultado foi o reconhecimento da tese de legítima defesa de terceiros, com o excesso culposo. Aduz, ainda, iniqüidade da condenação, eis que o co-réu José Maria foi apenado com um ano e quatro meses de reclusão, "*sendo certo que o veredicto transitou livremente em julgado, por ausência de recurso voluntário*" (fls. 13). Pugna, assim, pela anulação do seu julgamento ou, alternativamente, pela extensão dos efeitos da decisão proferida no processo do co-réu José Maria.

As informações da Corte impetrada - acompanhadas de cópias do acórdão impugnado e de outros atos processuais - noticiam que a defesa do paciente ingressou com pedido de Revisão Criminal, ainda pendente de julgamento pelo Colegiado *a quo*.

Ouvido, o Ministério Público Federal, em parecer lavrado pela Dra. Laurita Hilário Vaz, opina pela denegação da ordem.

Às fls. 116/117, petição em que o impetrante reitera o pedido de concessão da ordem, anexando cópia da certidão de trânsito em julgado da condenação do co-réu José Maria.

É o relatório.

VOTO

Como visto, aponta o impetrante nulidade do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, decorrente da formulação, em plenário, de quesito genérico acerca da participação do paciente no fato delituoso, assim redigido: "*3- O réu* Marconi Eduardo Alves Scarpelli, *irmanado em união de propósito com referidas* terceiras pessoas, *concorreu de qualquer modo para o crime?*".

Ao apreciar o recurso de apelação interposto pela Defesa, a Corte Estadual repeliu a alegada balda nestes termos (95/96):

"*Insurge o apelante, inicialmente, quanto à redação dos quesitos submetidos aos Srs. Jurados que, segundo ele, contrariam o que está escrito no libelo, ensejando a nulidade do julgamento.*

Porém, sem razão.

Conforme registrado na Ata de Julgamento, houve discordância entre a acusação e a defesa, quanto aos quesitos formulados e apresentados pelo Juiz-Presidente.

Daí, resolvendo a questão surgida, decidiu o ilustre Magistrado pela modificação sugerida pelo Dr. Promotor de Justiça, alterando a redação do questionário, sem que houvesse qualquer protesto, lançado na Ata de Julgamento, por parte da defesa, vindo a fazê-lo somente agora por ocasião do recurso.

Não bastasse, consta da referida Até que, logo após a decisão sobre a modificação na redação dos quesitos, 'em novo questionamento, obtendo resposta de que não tinham qualquer reclamação ou requerimento a fazer, o MM. Juiz-Presidente declarou que o Tribunal ia recolher-se à Sala Secreta das deliberações' (fls. 230/231).

Vê-se, portanto, que a irregularidade apontada, se existente, teria se convalidado ante o silêncio do apelante, que não mais pode argüi-la.

'A ausência de reclamação ou de protesto da parte interessada reveste-se da aptidão para gerar, de modo irrecusável, a preclusão de sua faculdade processual de argüir qualquer nulidade porventura ocorrida' (STF, *HC* 68.643/5, Rel. Min. Celso de Mello).

Afinal, não é justo, não é razoável, que uma das partes possa ser beneficiada da nulidade que ela deixou de apontar no tempo devido para, só depois do veredicto popular contrário, invocar para anular o julgamento ou o processo. O princípio da lealdade processual vale também para a defesa".

Com efeito, não há como negar o acerto dessa decisão.

Primeiramente, porque a jurisprudência desta Corte já consolidou a orientação no sentido de que eventuais irregularidades na formulação dos quesitos no procedimento do Tribunal do Júri devem ser argüidas no momento oportuno, sob pena de preclusão. Nesse sentido, indicam-se alguns precedentes desta eg. Quinta Turma:

"*Criminal. REsp. Nulidade. Tribunal do Júri. Vício na formulação dos quesitos. Nulidade relativa. Ausência de argüição no momento oportuno. Recurso conhecido e desprovido.*

- I. Tratando-se de nulidade relativa, eventual irregularidade na formulação de quesitos ao Tribunal do Júri deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada.

- II. Recurso conhecido e desprovido" (REsp 85.359-DF, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 11.12.2000).

"*Criminal.* HC. *Júri. Quesitos. Nulidade. Ausência de argüição no momento oportuno. Efetivo prejuízo não demonstrado. Ordem denegada.*

- I. Tratando-se de nulidade relativa, eventual irregularidade ou deficiência na formulação de quesitos ao Tribunal do Júri deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada, ainda mais quando não demonstrado efetivo e concreto prejuízo sofrido pelo réu.

- II. Não é defeituoso o quesito formulado de forma simples, que não revela ambigüidade, complexidade ou deficiência, a ponto de causar perplexidade à defesa ou aos jurados.

- III. A expressão vindo a causar não indica contemporaneidade, mas, sim, assemelha-se à locução para o fim expresso de.

- IV. Ordem denegada" (*HC* 12.834-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 30.10.2000).

"*Penal e Processual Penal.* Habeas Corpus. *Júri. Homicídio. Quesitos. Nulidades.*

- I - A defesa, não protestando no momento próprio contra a redação dos quesitos, demonstra aprovação implícita, ocorrendo a preclusão da alegada nulidade.

- II - O Presidente do Tribunal do Júri não está obrigado a formular quesitos a respeito de tese que não tenha sido objeto da defesa técnica.

- III - A via do habeas corpus *é inadequada para a verificação da relação entre a atuação da defesa, em Plenário do Júri, e a condenação se, para tanto, for necessário o exame aprofundado do material cognitivo.*

- IV - A ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da Súmula nº 523 - STF.

- Writ *indeferido*" (*HC* 13.131-SP, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 11.12.2000).

In casu, consoante se extrai da leitura da ata de julgamento às fls.

459/460 do 2º volume do apenso, a divergência existente entre a acusação e defesa quanto à formulação dos quesitos foi resolvida pelo Juiz-Presidente, que, posteriormente, voltou a indagar às partes se tinham qualquer reclamação ou requerimento a fazer, tendo recebido resposta negativa. Logo, mesmo que houvesse qualquer irregularidade, não configurada como absoluta, restaria fulminada pela preclusão, como acertadamente entendeu o Colegiado *a quo*.

Nada obstante, ao contrário do que sustenta o impetrante, a suposta irregularidade em verdade inexistiu.

Com efeito, tratando-se de homicídio cometido em concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal), a formulação de quesito genérico, seja no libelo ou na própria sessão do Júri, não é vedada no nosso ordenamento jurídico-processual-penal. Sobre ser permitida, tal fórmula genérica é, muitas vezes, até aconselhável, quando a participação do réu no evento delituoso não está precisamente delineada na denúncia e na pronúncia. No particular, merece destaque a lição do insigne Professor HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, *verbis:*

"*A fórmula genérica, e de inspiração textual (art. 29 do CP), na redação do terceiro e individualizador quesito ('O réu A concorreu, de qualquer modo, para a prática do homicídio?'), possibilita ao Conselho de Sentença 'liberdade de reconhecer a participação' do réu em julgamento, qualquer que tenha sido sua exteriorização; tal fórmula genérica, que deve vir desde o libelo, somente não será adotada quando a co-participação tiver sido, inquestionavelmente, conhecida em seus pormenores individuais, e, além do mais, quando possa ser apresentada em 'proposição simples' (inciso VI do art. 484), ou seja, apresentada sem cumulação ou complexidade de circunstâncias da conduta*" (*in Júri. Procedimentos e aspectos de julgamento. Questionários,* 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 202) (grifei).

No caso dos autos, a complexidade das circunstâncias em que ocorreu o crime em questão não permitiu a descrição pormenorizada da conduta colaboradora do paciente. A propósito, colho da r. decisão de pronúncia, *verbis* (fls. 25 e 27):

"*O Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo César da Silva, vulgo 'Ted', José Maria da Silva, vulgo 'Biriba', e contra Marconi Eduardo Alves Scarpelli, devidamente qualificados nos autos, como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 29, todos do Código Penal, por terem os denunciados, no dia 09 de maio de 1987, por volta das 21 horas, movidos por vingança (motivo torpe), após seqüestrarem a vítima Renato Guilherme Vieira, usando de meio que dificultou sua defesa, feito disparos de arma de fogo, em concurso, contra a mesma, produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo de necropsia de fls. 56 a 61, causando a sua morte*".

(...)

"*Assim, cabe a nós, nesta oportunidade, consoante o disposto no* caput *do art. 408 do CPP, pronunciarmos os réus, por convencidos da existência do crime e da co-autoria por parte deles, sendo que o alegado em favor dos mesmos deverá ser melhor examinado perante o Tribunal do Júri.* Ex positis, *julgo procedente a denúncia e pronuncio os réus Paulo César da Silva, vulgo 'Ted', José Maria da Silva, vulgo 'Biriba', e Marconi Eduardo Alves Scarpelli, como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, combinado com o art. 29, todos do Código Penal, submetendo-os a julgamento pelo Júri*".

Plenamente cabível, pois, a formulação do quesito genérico acerca da co-autoria, procedimento esse, aliás, amplamente admitido na jurisprudência:

"Habeas corpus. *Júri. Concurso de pessoas. Denúncia que descreve pormenorizadamente a conduta do partícipe. Formulação, no libelo, de quesitos relativos à forma específica e genérica de participação. Nulidade.*

- O despacho que recebe o libelo é meramente ordinatório, prescindindo de fundamentação.

- Tratando-se de homicídio cometido em concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal), a formulação de quesito genérico somente é permitida quando a participação do réu no evento delituoso não está precisamente delineada na denúncia e na pronúncia.

- Narrando a denúncia, de forma precisa e determinada, a participação do réu no evento, a apresentação, no libelo, de dois quesitos, um com a descrição pormenorizada da conduta colaboradora do réu, outro com a fórmula genérica da lei penal, importa em gravame à defesa, implicando nulidade absoluta.

- Ordem concedida para anular o processo desde o libelo, inclusive, devendo outro ser oferecido sem o quesito relativo à forma genérica de participação" (*HC* 11.553-RS, de minha relatoria, *DJ* de 06.11.2000).

"*Agravo regimental. Processual Penal. Júri. Quesitos.*

- Na co-autoria, negada a forma específica de participação, torna-se necessária a formulação do quesito sobre a forma genérica - CP, art. 29.

- Recurso desprovido" (STJ, Quinta Turma, AgRg no Ag nº 59.005/4-RS, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 23.10.95).

"*Efetivamente, respondido afirmativamente o quesito relativo à materialidade do crime de homicídio, o Presidente do Tribunal do Júri indagou do Conselho de Sentença sobre a autoria singular e, negada ela, perguntou se o réu havia produzido alguma lesão na vítima. Diante da resposta negativa a essa perquirição, formulou, então, o juiz o quesito genérico 'se o réu concorreu de qualquer modo para o homicídio'. Foi em face da resposta*

afirmativa a esse quesito que sobreveio a condenação, sem nenhuma afronta ao pronunciamento dos jurados e em consonância com a definição de co-autoria constante do art. 25 do Código Penal" (STF, *HC* 6.064-RJ, Rel. Min. Soares Muñoz, *DJ* de 25.03.83).

"*Tratando-se de crime cometido em concurso de agentes é indispensável a votação do quesito referente à cooperação* in genere *(o réu concorreu de qualquer modo para o crime?) ante a negativa, pelo Júri, de ter o réu praticado atos de execução*". (TJMT - AP - Rel. Ildefonso Marques - *RT*, 588/356), *in Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, Coord. de Alberto Silva Franco e outros, v. 2, p. 2.521, RT, 1999.

"*Na co-autoria, o quesito deve se referir ao réu que está sendo julgado, juntamente com terceiros. A inclusão do nome deste no quesito é inconveniente, porque importaria no julgamento conjunto da ação de que não está sendo, naquele momento, julgado pelo Conselho de Sentença.* Ao contrário de constituir nulidade, é conveniente o uso da expressão genérica no quesito" (TJSP - AC - Rel. Torres de Carvalho - *RT*, 424/336, *in Teoria e prática do Júri*, Adriano Marrey e outros, p. 810, RT, 1997).

De outro lado, da leitura do questionário em plenário (fls. 450 do 2º volume do apenso), constata-se que os quesitos foram redigidos de forma clara e não acarretaram "perplexidade" alguma para os senhores jurados ou qualquer prejuízo à Defesa do paciente, a qual, inclusive, baseou-se na negativa de participação no evento delituoso. Consoante adverte o Ministério Público Federal, com exatidão, a tese defensiva não foi acolhida certamente porque não encontrava respaldo nos autos (fls. 107).

Por fim, no que tange ao pedido alternativo no sentido de ser estendido ao paciente os efeitos da decisão proferida no processo do co-réu José Maria, que recebeu condenação mais branda, não comporta deferimento, ao menos na via do *writ*, eis que, consoante estatui o art. 580 do Código de Processo Penal, o pretendido efeito extensivo apenas pode ser deferido se for idêntica a situação de ambos os réus no mesmo processo (STF, *RTJ*, 67/685), circunstância que somente pode ser aferida com amplo exame das provas coligidas, o que é inviável na cognição sumária do *habeas corpus*.

Ademais, cumpre observar que as alegações da impetração serão reexaminadas com maior profundidade na sede própria, qual seja, o pedido de Revisão Criminal em favor do paciente, ainda pendente de julgamento pelo Colegiado *a quo*.

Com esses fundamentos, 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:

Após o voto do Ministro Relator denegando a ordem, pediu vista o Ministro Felix Fischer.

Aguardam os Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 20 de fevereiro de 2001. - *Júnia Oliveira C. R. e Sousa* - Secretária.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer (Presidente) - Srs. Ministros, trata-se de homicídio qualificado em que um réu foi condenado e o outro recebeu a punição por excesso culposo em legítima defesa. É um caso muito intrincado, pois são três os envolvidos na denúncia e na pronúncia. Em tese, em determinado momento, pode um estar agindo em legítima defesa e se exceder, e os outros podem não ter a menor motivação de defesa e, sim, estar praticamente executando a pessoa.

Nesse sentido, de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator, 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:

Retomado o julgamento, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem.

Votaram com o Relator os Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Edson Vidigal. Ausente, justificadamente, o Ministro Jorge Scartezzini.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 6 de março de 2001. - *Júnia Oliveira C. R. e Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 23.04.2001.)

-:::-

PENAL - CRIME HEDIONDO - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - FALTA DE ESPECIFICAÇÃO - PROGRESSÃO - IMPOSSIBILIDADE

- 1. Se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença de que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação que seja o integralmente, assim deverá ser entendido, em obediência ao comando do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, sendo, pois, descabida a progressão.

- 2. *Habeas corpus* **denegado.**

HABEAS CORPUS Nº 15.755-MG - Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES

Impte.: Maurício de Oliveira Campos Júnior - Defensor Público. Impdo.: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Heliomar Ferreira de Oliveira (preso).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer da ordem de *habeas corpus*, vencido o Ministro Fontes de Alencar e, por unanimidade, denegá-la. Os Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília-DF, 24 de abril de 2001 (data de julgamento). - *Ministro Fernando Gonçalves* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Heliomar Ferreira de Oliveira, contra acórdão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Alega-se na exordial:

"*1 - Heliomar Ferreira de Oliveira, na Comarca de Montes Claros (MG), foi condenado, num primeiro processo, pela prática de furto qualificado tentado, a 01 ano e 08 meses de reclusão, tendo sido concedido o* sursis, *pelo prazo de 02 anos.*

2 - Num segundo processo, foi condenado pela prática, em 1993, de estupro e roubo qualificado, à pena de 07 anos e 11 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, *pelo primeiro delito, e a 05 anos e 08 meses de reclusão, também* em regime fechado, *pelo roubo qualificado.*

3 - Para fins de execução penal, as reprimendas foram somadas perfazendo um total de 15 anos e 03 meses de reclusão, dos quais o paciente já cumpriu mais de 07 anos, tendo em vista que se encontra preso desde 15/03/93.

4 - Perante o juízo de execuções penais, estando satisfeito o estágio temporal, o paciente requereu a progressão do regime fechado para o semi-aberto, *pedido que foi indeferido ao fundamento de que, sendo o crime de estupro considerado hediondo, o ora paciente deveria cumprir a pena que lhe foi imposta em regime* integralmente *fechado e, após tal cumprimento, deveria cumprir mais um sexto da pena relativa ao roubo qualificado, para ter direito ao regime semi-aberto.*

5 - Irresignado, o paciente recorreu da decisão retro, por meio de agravo em execução, alegando que lhe deveria ser deferida a progressão, por aplicação analógica da Lei nº 9.455/97, que disciplina os crimes de tortura, mas especialmente porque a própria sentença que o condenou por estupro não dispôs sobre cumprimento de pena em regime integralmente fechado, limitando-se a fixar o 'regime fechado', *que há de ser entendido como regime 'inicial' para o cumprimento da pena.*

6 - O Tribunal de Justiça mineiro, em acórdão publicado em 25/10/00, confirmou a decisão agravada, negando provimento ao recurso, ao fundamento de que a pena relativa ao estupro deve ser cumprida em regime integralmente fechado, na forma do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90" (fls. 02/03).

O móvel do presente pleito funda-se no fato de a sentença condenatória não ter fixado, de modo expresso, que o crime hediondo deveria ser cumprido no regime integralmente fechado, mas, apenas e tão-somente, no regime "fechado". Para o impetrante, em razão dessa omissão, que estaria, aliás, amparada pela coisa julgada, o regime da pena deve ser o mais benéfico para o paciente, ou seja, o inicialmente fechado.

Prestadas as informações (fls. 82), opina a Subprocuradoria-Geral da República pela denegação da ordem (fls. 94/97).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator) - A irresignação não merece acolhida, porquanto, se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença de que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação de que seja o integralmente, assim deverá ser entendido, em obediência ao comando do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, sendo, pois, descabida a progressão.

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte:

"*Penal.* HC. *Regime prisional. Progressão. Ausência. Ilegalidade. Abuso de poder. Crime hediondo.*

- 1- Fixado na sentença o cumprimento da pena em regime fechado, entende-se que seja integralmente e não inicialmente, máxime quando há expressa referência à Lei nº 8.072/90. Precedentes.

- 2 - Ordem denegada" (*HC* nº 13.048-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de 04.09.2000).

"Habeas corpus. *Penal. Crime hediondo. Regime prisional. Progressão. Descabimento. Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º.*

- Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, descabendo progressão (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90). Fixando a sentença condenatória que o cumprimento da pena dar-se-á em regime fechado, não é concebível que seja apenas inicialmente, mas, sim, atendo-se ao preceito de lei, integralmente.

- Quisesse o magistrado prolator da sentença condenatória admitir a progressão do regime, teria fixado o regime inicial fechado, o que não ocorreu.

- Ordem denegada" (STJ, *HC* nº 14.077-RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, *DJU* de 23.10.2000, p. 158).

Também o STF, com o mesmo norte já decidiu, conforme anota o parecer do Ministério Público Federal:

"*Esta orientação não diverge do posicionamento do colendo Supremo Tribunal Federal, que nos autos do* HC *nº 78.976-RJ, de relatoria do eminente Ministro Ilmar Galvão, assentou o entendimento de que:*

'Em relação aos crimes hediondos, por força de disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado. O fato de a sentença não se haver referido à expressão 'integralmente' não significa que tenha assegurado a progressividade do regime da pena' (*DJU* de 18.06.99, p. 03).

Destarte, exsurge evidente que estando o v. aresto ora vergastado em perfeita harmonia com a jurisprudência de nossas Cortes Superiores, de nenhuma mácula, sanável pela via do mandamus, *se ressente*" (fls. 96).

Ante o exposto, denego a ordem.

VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Fontes de Alencar - Sr. Presidente, não conheço do *habeas corpus*, mas, se conhecido, denego a ordem.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, conheceu da ordem de *habeas corpus*, vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar e, por unanimidade, denegou-a, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 24 de abril de 2001. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 28.05.2001.)

-:::-

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO - PERCENTUAL APLICÁVEL - RECURSO ESPECIAL - NATUREZA CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO - PREQUESTIONAMENTO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 212 - LEI Nº 7.348/85 (ART. 1º) - SÚMULA 211/STJ

- 1. Centrada a fundamentação do julgado na Constituição, inexistindo interpretação ou aplicação de padrão legal para a edificação de questão federal autônoma, a articulação recursal não colhe exame na via Especial.

- 2. Recurso não conhecido.

RECURSO ESPECIAL Nº 122.782-MG - Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA

Recte.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recdo.: Município de Santa Rita do Sapucaí-MG. Advogado: Cláudio José Freitas Guimarães.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Senhor Ministro Relator os Senhores Ministros José Delgado e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Falcão. Licenciado o Senhor Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro José Delgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2001 (data do julgamento). - *Ministro José Delgado* - Presidente. - *Ministro Milton Luiz Pereira* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator) - O Ministério Público de Minas Gerais ajuizou ação civil pública, a fim de que o Município de Santa Rita do Sapucaí fosse condenado a incluir em seu próximo orçamento a diferença entre os recursos efetivamente aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino e o percentual previsto nos artigos 1º da Lei 7.348/85 e 212 da Constituição Federal.

Julgado procedente o pedido, a sentença foi reformada em acórdão assim ementado:

"*Ação civil pública - Verba referente à manutenção e desenvolvimento do ensino - Cumulação de diferenças não aplicadas - Impossibilidade. - Não se pode cumular as diferenças decorrentes da aplicação, pelo município, na manutenção e desenvolvimento do ensino, de*

percentual inferior ao mínimo previsto no art. 212 da Constituição Federal, para cobrá-las anos depois, sob pena de desestruturação no sistema financeiro daquele, inviabilizando o seu funcionamento e a Administração" (fls. 62).

Apresentou o Ministério Público embargos de declaração, rejeitados. Interpôs recurso especial com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, apontando ofensa ao artigo 1º da Lei 7.348/85.

Não houve contra-razões.

Simultaneamente foi interposto recurso extraordinário, admitido na origem.

Ao admitir a via Especial, entendeu o nobre Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de origem que razoáveis as alegações do Ministério Público. Observou, ainda, que a relevância do tema ensejaria sua apreciação por este Superior Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator) - Contempladas as informações espraiadas no eito processual, revela-se que, afirmando estar prejudicado o recurso voluntário e acolhendo o reexame necessário, no julgamento da ação civil pública (Lei 7.347/85), o v. acórdão sob ferrete sumariou:

"*Ação civil pública - Verba referente à manutenção e desenvolvimento do ensino - Cumulação de diferenças não aplicadas - Impossibilidade. - Não se pode cumular as diferenças decorrentes da aplicação, pelo município, na manutenção e desenvolvimento do ensino, de percentual inferior ao mínimo previsto no art. 212 da Constituição Federal, para cobrá-las anos depois, sob pena de desestruturação no sistema financeiro daquele, inviabilizando o seu funcionamento e a Administração*" (fls. 62).

Sem sucesso os embargos declaratórios, sustentando a negativa de vigência ao artigo 1º, Lei 7.348/85, simultaneamente com a interposição do recurso extraordinário, adveio o presente recurso, admitido no egrégio Tribunal *a quo* (art. 105, III, *a*, CF).

Definido o *facies*, inicialmente no âmbito processual, para desembaraçar, ou não, o conhecimento, na pertença da questão jurídico-litigiosa, conquanto reflexivamente mencionasse a Lei 7.348/85 (art. 1º), sobreconcentra-se que o julgado tem como fonte originária da sua fundamentação o texto contido no artigo 212, Constituição Federal. Confira-se:

"*... O Município-réu não aplicou na manutenção e desenvolvimento do ensino, nos exercícios de 1988 e 1989, tal como por ele próprio reconhecido, o percentual mínimo previsto no art. 212 da Constituição Federal, o que, porém, não ocorreu nos exercícios de 1990 e 1991, em que foram aplicados na educação, respectivamente, 29,92% e 25,47% da receita municipal*" (fl. 64).

Outrossim, as demais observações têm o seu leito na verificação de circunstâncias factuais e com vertentes em razões de natureza administrativa, assim:

"*Entretanto, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que não se pode cumular as diferenças não aplicadas na educação, para cobrá-las anos depois, sob pena de desestruturação no sistema financeiro do município, inviabilizando a Administração e o funcionamento daquele, em prejuízo da coletividade e também de outras áreas, sendo pois improcedente a pretensão do ora apelado.*

De mais a mais, se houve cumulação de desvio de verba, a culpa é do Tribunal de Contas, que devia examinar as contas dos municípios anualmente, evitando-se a referida cumulação, sendo certo que, quando do ajuizamento da presente ação, o município vinha cumprindo o preceito constitucional referido" (fls. 64 e 65).

A rigor, essas considerações estão reservadas à soberana apreciação das instâncias ordinárias, escapando de exame na via Especial (Súmula 7/STJ).

É certo que, interpondo embargos declaratórios, à parla de *omissão* (art. 535, II, CPC), sem fugir dos lindes da Constituição, o recorrente procurou alinhar o prequestionamento de natureza infraconstitucional (fls. 69 a 73). A pretensão não logrou êxito, sobressaindo a rejeição dos embargos (fls. 76 e 77). Significou dizer: as disposições infraconstitucionais não foram especificamente interpretadas ou aplicadas. Portanto, à sua luz, não se concretizou "causa decidida" (art. 105, III, *a*, CF).

Nessa lida, persistente a sugerida *omissão*, deveria o recorrente argüir na via Especial ofensa ao artigo 535, I e II, CPC, a fim de que, se provido, então o colendo Tribunal *a quo* efetivasse o exame omitido. A respeito, a jurisprudência desta Corte é notória e, inclusive, acentuando que, mesmo interpostos preditos embargos, é necessária a precedente apreciação (Súmula 211/STJ).

Com arrimo nas razões postas, sem admissão o despique, exercitando o definitivo juízo de admissibilidade, voto não conhecendo da articulação recursal.

É o voto.

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, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado e Humberto Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Licenciado o Sr. Ministro Garcia Vieira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de fevereiro de 2001. - *Francisco Ribeiro de Oliveira* -Secretário.

(Publicado no *DJU* de 28.05.2001.)

-:::-

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - INTEMPESTIVIDADE - EMBARGOS - INADMISSIBILIDADE DO EXAME VINCADO NO MERECIMENTO DAS QUESTÕES JURÍDICO-LITIGIOSAS - CPC, ARTIGOS 183, 245, 269, VI, § 3°, E 535, II, LEI 6.830/80 (ART. 16)

- 1. Suficientemente oferecida a prestação jurisdicional, não se amolda ofensa ao artigo 535, II, CPC.

- 2. Definida a intempestividade e inadmitida a postulação recursal, não há como ou por que examinar o fundamento das prédicas recursais. Incensurável o julgado que, vindos a destempo os embargos à execução, dá provimento à remessa oficial e determina o seguimento do processo executivo.

- 3. Recurso sem provimento.

RECURSO ESPECIAL N° 125.317-MG - Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA

Recte.: Imóveis Curitiba Ltda. Advogado: João Fabiano Maia e outros. Recdo.: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte. Advogado: Robinson Neves Filho e outros.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Senhor Ministro Relator os Senhores Ministros José Delgado e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Falcão. Licenciado o Senhor Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro José Delgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2001 (data do julgamento). - *Ministro José Delgado* - Presidente. - *Ministro Milton Luiz Pereira* - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator) - Imóveis Curitiba Ltda. opôs embargos à execução, movida pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte. Julgados procedentes, interpôs a credora recurso de apelação, declarado intempestivo. Procedendo ao reexame necessário, concluiu o Tribunal de origem que igualmente intempestivos os embargos, *verbis*:

"*De fato, na presente hipótese em julgamento, exsurge, incontestavelmente, que os embargos foram intempestivos, visto que, intimada da penhora em 17.10.94 (fls. 26-verso em apenso), somente em 18.11.94 é que protocolou os embargos (fls. 02).*

Pouco importa que os bens inicialmente atingidos pela execução tenham sido suficientes para o integral resgate da dívida exeqüenda.

Intimado o devedor da penhora, começa a fluir o prazo de embargos previsto no art. 16, item III, da Lei n° 6.830/80 (TFR - 6ª Turma - AC 89.835-RS - Rel. Min. Torreão Braz). Como os prazos em geral, este também é preclusivo e, ultrapassado sem manifestação do devedor, opera-se a preclusão da faculdade de embargar a execução.

Realizada a avaliação e comprovada a insuficiência dos bens afetados, é direito do credor a ampliação da penhora. O exercício deste direito, porém, nenhum reflexo causa sobre a preclusão dos embargos não ajuizados no trintídio que se seguiu à primeira constrição judicial.

(...)

No caso dos autos, a devedora-executada somente interpôs seus embargos para pretender discutir o mérito da dívida no dia 18.11.94, *ou seja, no* trigésimo segundo *(32°) dia após a intimação e que teve lugar em* 17.10.94.

São inegavelmente intempestivos os embargos, pelo que, em reexame necessário e com a vênia da douta Procuradoria de Justiça, reformo a sentença, para não conhecer dos embargos e determinar o prosseguimento da execução, com a subsistência da penhora, já ampliada" (fls. 73/74).

Opôs a executada embargos de declaração, rejeitados ao argumento de que "*conhecido pelo reexame necessário e aferida a intempestividade dos embargos (o que somente isto foi decidido),* data venia *nada mais tínhamos a apreciar*".

Apresentou a devedora, então, recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional. Sustentou, além da divergência jurisprudencial, a nulidade do v. acórdão recorrido, violados os artigos 535, II, e 269, VI, § 3°, do Código de Processo Civil, vez que o órgão julgador não se teria pronunciado sobre as preliminares de nulidade do título e ilegitimidade passiva *ad causam*. Afirmou que tais questões haveriam de ser examinadas, pois passíveis de conhecimento de ofício, bem como poderiam ter sido argüidas por simples petição nos autos da execução.

Aduziu, ainda, a tempestividade dos embargos. No entender da interessada, a decisão ora impugnada ofendera também os artigos 245 do Código de Processo Civil e 16, § 1°, da Lei 6.830/80, haja vista que a penhora não se completara no dia 17.10.94. Observou que os bens penhorados naquela data não se mostraram suficientes para assegurar o juízo e que a certidão do Sr. Oficial de Justiça conteria datas divergentes.

Por fim, alegou que ferido o artigo 245 do Código de Processo Civil.

Argumentou que inviável a discussão da tempestividade dos embargos, quando preclusa a questão, vez que a credora não a suscitara ao impugná-los.

Contra-razões às fls. 116/119.

O nobre Primeiro Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, embora afastando a preliminar de nulidade do v. aresto recorrido, entendeu configurado o dissídio e admitiu o Especial.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator) - Recolhidas as anunciações feitas no relatório, ora em diante, conhecendo e provendo a remessa obrigatória, o desafiado v. acórdão, a final, dispôs:

"*No caso dos autos, a devedora-executada somente interpôs seus embargos para pretender discutir o mérito da dívida no dia* 18.11.94, *ou seja, no* trigésimo segundo *(32º) dia após a intimação e que teve lugar em* 17.10.94.

São inegavelmente intempestivos os embargos, pelo que, em reexame necessário e com a vênia da douta Procuradoria de Justiça, reformo a sentença, para não conhecer dos embargos e determinar o prosseguimento da execução, com a subsistência da penhora, já ampliada.

Inverte os ônus sucumbenciais, nos mesmos parâmetros da fixação sentencial" (fls. 73/74).

Sem sucesso os embargos declaratórios, peleando processualmente para a anulação do aresto, além da divergência jurisprudencial, à invocação de contrariedade aos artigos 245, 267, VI, 269, VI, § 3º, e 535, II, CPC, e, ainda, ao artigo 16, Lei 6.830/80, foi interposto o recurso especial sob exame.

Comemorados os registros processuais, pela sua repercussão na formação do julgado sob ferrete, inicialmente, merece considerações específicas a alegada ofensa ao artigo 535, II, CPC. Nesse tirante, descortina-se que o verberado aresto às fls. 72 a 74 apenasmente concluiu pela intempestividade dos embargos à execução. À sua vez, à guisa de omissão, os embargos declaratórios objetivaram a "apreciação das questões omitidas quanto às preliminares de: ilegitimidade de parte quanto à embargante para figurar no pólo passivo da execução; nulidade do título executivo e nulidade da execução fiscal, que deverão ser reconhecidas e decretadas, para se julgar extinto o processo de execução..." (fl. 82).

No julgamento, rejeitando os embargos declaratórios, o aresto delineou que, afirmada a intempestividade da ação movida contra o processo executivo, descabia qualquer outra apreciação (fls. 88 e 89).

Por essas espias, à evidência plena, mal ou bem, bem ou mal, o julgado ofereceu suficiente prestação jurisdicional, assentando que, edificada a intempestividade, as demais questões ficaram prejudicadas. Dessa forma,

não se amolda a pretendida ofensa ao predito padrão legal, uma vez que a finalidade da jurisdição é compor a lide e não o desenvolvimento de todos os aspectos do contraditório.

Assim sendo, abrangidos suficientemente os limites do recurso, no ponto, embora admitido e conhecido, não tem procedência.

Quanto às arguições subjacentes, destaca-se que, obediente ao cumprimento das fases processuais - *admissão e conhecimento* -, restrito aos requisitos de admissibilidade, assinalada a intempestividade, o egrégio Tribunal *a quo não conheceu "do apelo voluntário ofertado pela Fazenda Pública Municipal..."*, apenas admitindo e conhecendo da remessa oficial (fl. 72), concluiu que os embargos à execução foram ajuizados a destempo, por isso não mereciam conhecimento (fl. 73).

Deveras, "... *aferida a intempestividade dos embargos (o que somente isto foi decidido), data venia,* nada mais tínhamos a apreciar" (fl. 89).

De efeito, como leciona o exímio Professor BARBOSA MOREIRA:

"*Chama-se* juízo de admissibilidade *àquele em que se declara a presença ou a ausência de semelhante requisito;* juízo de mérito *àquele em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as conseqüências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro caso, julga se está* admissível *ou* inadmissível; *no segundo,* procedente *ou* improcedente.

É óbvio que só se passa ao juízo de mérito se o de admissibilidade resultou positivo; de uma postulação inadmissível não há como nem por que investigar o fundamento" (*in Comentários ao CPC*, v. V, p. 232, Forense, 6ª edição).

Pelas vagas dessa preciosa exposição, *intempestivo* o recurso (a tempestividade é necessária à admissibilidade), sem nenhuma causa justificadora, portanto extinto o direito de praticar o ato (art. 183, CPC), sem a abertura do pórtico do conhecimento, à vista fácil não era possível o exame das questões vincadoras da relação jurídico-litigiosa.

Sob as tendas das razões desenvolvidas, inarredável que os embargos não transpuseram o juízo de admissibilidade, ficando travado o ingresso no exame das questões argüidas na postulação recursal, à consideração da "remessa oficial", não constitui malferimento à ordem processual a desconstituição do título sentencial para que se prossiga com os atos e termos pertinentes à execução forçada.

Encerrado o itinerário expositivo, voto negando provimento.

É o voto.

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, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado e Humberto Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Licenciado o Sr. Ministro Garcia Vieira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de fevereiro de 2001. - *Francisco Ribeiro de Oliveira* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 28.05.2001.)

-:::-

PROCESSUAL CIVIL - ISS - ISENÇÃO - EXECUÇÃO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL - CONTRATO FIRMADO ENTRE A RFFSA E A TERCAM - SUBEMPREITADA - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA - OMISSÃO INEXISTENTE - CORREÇÃO MONETÁRIA - UTILIZAÇÃO DA TR - IMPOSSIBILIDADE - ADIN 493-0-STF - PRECEDENTE

- Não há que se falar em nulidade de acórdão que, examinando todas as alegações suscitadas na apelação, necessárias ao deslinde da controvérsia, decide a lide de forma contrária àquela desejada pelo recorrente.

- O STF assentou o entendimento (ADIN 493-0) de que a Taxa Referencial (TR) não é índice de atualização da expressão monetária de valores defasados pela inflação passada.

- Recurso conhecido e provido parcialmente.

RECURSO ESPECIAL Nº 131.774-MG - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Recte.: Construtora Canadá Ltda. Advogado: Amanajós Pessoa da Costa e outros. Recdo.: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte. Advogado: Róbinson Neves Filho e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e Castro Filho.

Brasília-DF, 13 de março de 2001. - *Ministro Francisco Peçanha Martins* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr Ministro Francisco Peçanha Martins - Trata-se de recurso especial manifestado por Construtora Canadá Ltda., com fundamento nas letras *a*, *b* e *c* do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, por unanimidade, reformou parcialmente a sentença no reexame necessário e julgou prejudicada a apelação interposta pela ora recorrente, nos autos da ação anulatória de débito fiscal referente ao lançamento de ISS, por execução de obras de construção civil.

O v. acórdão rejeitou a preliminar de nulidade do procedimento administrativo. Quanto ao mérito, declarou que a empresa não faz jus à isenção preconizada no artigo 11 do Decreto-lei nº 406/68, face à inexistência de contrato entre a ora recorrente e a RFFSA. Por fim, reformou a sentença de 1º grau, declarando a utilização da TRD como fator de correção monetária.

A ora recorrente opôs embargos de declaração, ao final rejeitados, alegando omissão no v. aresto.

Daí o apelo especial em que a ora recorrente alega ter o aresto violado os artigos 2º, 128, 165, 458, II e III, 459, 460, 535, todos do CPC, quando rejeitou os embargos não se manifestando sobre os pontos omissos e, ainda, conheceu de questões não suscitadas pelas partes, qual seja a aplicação da TRD; violado os artigos 9º, I, 97, II e V, 144 do CTN, o artigo 30 da Lei 8.218/91 e o artigo 7º da Medida Provisória 294/91, bem como julgado válido o Decreto Municipal 6.768/91, contestado em face do CTN e ainda, divergido de julgados de outros tribunais do País e do STF, quando aplicou a TRD como fator de correção monetária.

Contra-razões às fls. 327/332.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Somente o recurso especial foi admitido no Tribunal *a quo*. Contra o despacho denegatório do apelo extremo não foi interposto o cabível agravo de instrumento.

Dispensei o parecer do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator) - Trata-se de ação anulatória de débito fiscal proposta por Construtora Canadá Ltda. contra a Fazenda Pública Municipal de

Belo Horizonte visando anulação de lançamento referente a ISS, por execução de obras de construção civil contratadas com a Rede Ferroviária Federal - RFFSA, por entender estar isenta do referido tributo, *ex vi* do disposto no art. 11 do Decreto-lei 406/68, bem como a utilização da TRD como fator de correção monetária.

A sentença proferida na Justiça de 1ª instância julgou a ação parcialmente procedente ao fundamento de inexistência de vínculo da empresa autora com a Rede Ferroviária Federal, por isso que "*não trabalhou para Rede, não fez serviço para a rede, mas para a Tercam, não pode pretender igualar-se com quem contrate diretamente com a Rede.*

Não há dúvida de que a isenção dada pelo Decreto-lei em causa visou diminuir o custo da obra para a Rede. Portanto, somente quem com ela contratou pode usufruir do favor".

No tocante à utilização da TR como fator de correção monetária decidiu ter razão a autora, "*... pois à época do nascimento do crédito tributário não existia a TR e, assim, não pode ser usada como fator de correção, devendo ser usado o critério vigente então*".

Irresignada, a empresa autora interpôs o recurso de apelação alegando, em síntese:

"*... que o procedimento administrativo fiscal contra si elaborado pela Fazenda Pública Municipal é nulo, já que cerceou sua defesa; que a aplicação do índice de correção monetária TR ou TRD é vedada, e finalmente que, goza de isenção, pois a obra contratada entre a Tercam e a Apelante era objeto de contrato feito com a Rede Ferroviária Federal S.A. encomendante. Para o Decreto-lei 406/68 o que conta para a isenção é quem contratou a obra, não importa se houve subempreitada*".

Apreciando o recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu as questões levantadas, nos termos do voto condutor do aresto, assim podendo ser resumido:

1. Validade do procedimento administrativo.

"*Rejeito a preliminar de nulidade do procedimento administrativo. As cópias das peças do PTA, trazidas aos autos, demonstram que a autora, ora apelante, foi devidamente chamada a se manifestar sobre todos os atos do processo administrativo. A alegação de que teria havido inovação no feito fiscal não procede. O lançamento refere-se ao TVF 26.560 e AITI 25.576. A autora se defendeu impugnando exatamente as infrações ali capituladas, que não foram modificadas pela réplica fiscal. O argumento é meramente protelatório*".

2. Isenção prevista no art. 11 do DL 406/68.

"*No que diz respeito à isenção invocada, pelas características do contrato firmado entre a RFFSA e Tercam - Terraplanagem Construções e Incorporações Ltda. origem das atividades da apelante no campo das obras do terminal ferroviário contratado, tenho que não exclui o crédito tributário objeto desta contenda.*

Com efeito, nos termos do art. 11 do Decreto-lei 406/68, a execução por subempreitada de obras de construção civil, quando contratada com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e empresas concessionárias de serviços públicos, é isenta do ISS. No caso dos autos não se pode considerar que tenha havido contrato entre a apelante e a RFFSA simplesmente porque o contrato entre esta e a Tercam veda que a empreiteira ceda total ou parcialmente tanto o contrato para construção do terminal ferroviário, como até mesmo a execução das obras, salvo a hipótese de prévia e expressa concordância, por escrito, da Rede (cláusula 10ª, fls. 135). Não houve prova nesse sentido.

Em direito contratual vigora o princípio da autonomia da vontade, que se desdobra na liberdade de contratar ou não contratar e de pactuar livremente a execução do contrato. Pretende a apelante que se considere suas atividades vinculadas ao contrato entre a Tercam e RFFSA ao arrepio das próprias convenções entre as mesmas pactuadas. Isso não encontra guarida na lei, na ética ou na moral".

3. Correção monetária com aplicação da TRD.

"*Por fim, tenho que a TRD, como vem decidindo reiteradamente esta 4ª Câmara, é índice legal de correção monetária, e tanto é que é adotado pela tabela da Corregedoria de Justiça, publicada mensalmente no Diário Oficial do Estado*".

Foram opostos embargos de declaração que, rejeitados, ensejaram a interposição deste recurso especial em que a recorrente sustenta ser nulo o acórdão recorrido, já que contrariou os artigos 165, 458, II, 459 e 535 do CPC ou seja, deixou de examinar a matéria legal da apelação e não se fundamentou adequadamente; sustenta não serem a TR e a TRD índices de correção monetária, em face da natureza definida nas Leis 8.177 e 8.218, ambas de 1991.

Ao fim, pede a recorrente seja anulado o v. acórdão recorrido para que outro seja proferido "*apresentando as razões de decidir e examinando todas as alegações da apelação ou, alternativamente, reforme o aresto recorrido, dando provimento à apelação, com inversão dos ônus da sucumbência*".

Não vejo caracterizada a suposta violação aos preceitos legais indicados.

Demais disso, "*o não acatamento das argumentações contidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, omissão, contradição ou obscuridade, posto que ao julgador cabe-lhe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide*" (EDAGA 209.309-PR).

O acórdão examinou, por partes, todas as alegações suscitadas na apelação necessárias ao deslinde da controvérsia, não obstante tenha decidido a lide de forma contrária àquela desejada pelo recorrente.

Assiste razão, em parte, à recorrente. No que toca à aplicação da TRD para atualização monetária do débito fiscal, a iterativa jurisprudência da eg. Primeira Seção vem decidindo não ser a TR (ou TRD) índice adequado para medir a variação da inflação passada, à vista da decisão do STF na ADIN 493, declarando a inconstitucionalidade da referida taxa.

Assim, merece reforma o *decisum* hostilizado, quanto ao tema.

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Segunda Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e Castro Filho.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de março de 2001. - *Bardia Tupy Vieira Fonseca* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 23.04.2001.)

-:::-

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ICMS - TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE - NÃO-INCIDÊNCIA - SÚMULA 166/STJ - VIOLAÇÃO AO ART. 3º DO DL 406/68 NÃO CONFIGURADA - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - SÚMULAS 282 E 356 DO STF - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL QUANTO AO TEMA NÃO COMPROVADO

- Se o v. aresto hostilizado sequer mencionou o tema abordado pelo dispositivo do DL 406/68 invocado pelo recorrente e os embargos declaratórios opostos não tiveram o condão de suscitar a apreciação do mesmo na instância *a quo*, carece o recurso do prequestionamento indispensável à sua admissibilidade.

- Acórdãos colacionados para ilustrar dissídio pretoriano, que cuidam de matéria estranha àquela decidida no Tribunal de origem, não se prestam à comprovação da divergência alegada.

- O simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS.

- Recurso conhecido e parcialmente provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 173.748-MG - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Recte.: Globex Utilidades S/A. Advogado: José Luiz Gouveia Rios. Recdo.: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Advogado: Carlos José da Rocha e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e Castro Filho.

Brasília-DF, 13 de março de 2001. - *Ministro Francisco Peçanha Martins* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

Exmo. Sr Ministro Francisco Peçanha Martins - Trata-se de recurso especial manifestado por Globex Utilidades S/A, com fundamento nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta pelo ora recorrente nos autos da ação anulatória de débito fiscal, promovida contra a Fazenda Pública Estadual, objetivando anular débito de ICMS relativo a transferências interestaduais de mercadoria entre estabelecimentos pertencentes a uma mesma empresa, bem como, não efetuar o estorno de crédito de ICMS, nas saídas de mercadorias por preço inferior ao custo.

O v. acórdão admitiu correta a posição da Fazenda quando se insurgiu pela aplicação da alíquota de 75%, vez que a empresa não pode se prevalecer do direito previsto no § 2º do artigo 2º do Decreto-lei 406/68. Quanto às saídas de mercadoria por preço inferior ao custo deixou a ora recorrente de provar através de elementos contábeis e por perícia.

Globex Utilidades S/A opôs embargos de declaração, ao final rejeitados, alegando omissão, contradição e obscuridade no v. aresto.

Daí o apelo especial em que a ora recorrente alega ter o v. aresto violado a Súmula 166/STJ, bem como divergido de julgados deste Tribunal, quando declarou legítima a cobrança do ICMS; malferido o artigo 3º do Decreto-lei 406/68, quando afirmou que o

estorno do excesso de crédito de ICMS nas saídas de mercadoria por preço inferior ao custo necessita de prova, bem como divergido de julgados do STF e do STJ.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Contra-razões às fls. 438/449.

Ambos os recursos foram admitidos no Tribunal *a quo*, subindo os autos a esta eg. Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o parecer do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator) - Cuidam os autos, originariamente, de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por Globex Utilidades S/A contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, objetivando a decretação de nulidade do débito fiscal oriundo de auto de infração lavrado por ter efetuado transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos pertencentes à mesma empresa, com redução indevida da base de cálculo do ICMS, e, por ter procedido saídas de mercadorias por preços inferiores ao custo das mesmas, sem estornar o excesso de créditos de ICMS, decorrente de tais saídas.

Julgada improcedente a ação, apelou a autora, subindo os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que decidiu a controvérsia nos termos do voto do relator, dos quais transcrevo os seguintes trechos, por elucidativos (fls. 390):

"*I - Nem sempre a transferência interestadual de mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo contribuinte, se acha imune ao tributo.*

Na verdade, é preciso que se distinga a operação meramente física da mercantil. Esta última tem uma conotação essencial que a outra não contém, qual seja, a econômica.

Assim, na transferência de mercadorias na hipótese acima, para fins de mera pesagem do produto ou como ativo fixo, é considerada simples movimentação física do produto. Todavia, se essa transferência tem finalidade de comercialização no outro estado, passa a conter a conotação de econômica, e a transferência tem a natureza de circulação de mercadoria, a ensejar tributação.

O magistério de Otto Eduardo Viseu Gil, invocado pela ora apelante esclarece muito bem essa distinção às fls. 263, item 16, ao dizer em sua conclusão que: 'É essencial que a circulação assuma o indiscutível aspecto mercantil, que caracteriza toda a vez que a coisa movimentada possa ser validamente considerada como mercadoria, ou seja, que tenha sido remetida ou para comercialização ou para industrialização, ou que, embora tenha sido recebida com finalidade diversa, e tenha sido, em conseqüência, incorporada ao ativo fixo do destinatário, dele tenha posteriormente se desintegrado, ou para comercialização ou industrialização'.

Como se vê, essa lição fortalece a tese da Fazenda Pública, conforme acima desenvolvido.

Essa última hipótese é, segundo os autos, a que deu origem ao auto de infração e respectivo processo administrativo.

(...)

II - Correta está a posição da Fazenda, quando se insurge pela aplicação da alíquota de 75% (setenta e cinco por cento). A ora apelante não pode se prevalecer do direito previsto no § 2° do art. 2° do DL 406/68, porquanto, como observou o MM. Juiz, ela reconheceu expressamente, quando de sua defesa no processo administrativo que 'raramente revende tais mercadorias, por atacado, a outras empresas comerciais'.

Os documentos acostados aos autos pela Fazenda Pública às fls. 191/210, bem lembrado pela sentença, comprovam os fatos acima.

III - No que se refere à vista feita por preço abaixo do custo, tenho que cumpria à autora, ora apelada, fazer a prova a respeito, pois é sabido que, pelo direito processual, o ônus da prova cabe a quem alega os fatos.

Assim colocada a matéria, se ela, a autora/apelante, alegou na inicial que a saída de mercadoria não se deu abaixo do custo, poderia muito bem prová-lo através de seus elementos contábeis e por perícia.

No entanto, quando ouvida sobre a produção de provas, a ora apelante disse: 'que não tem qualquer prova a especificar, além da requisição do processo tributário administrativo n° 12.040.97.92-5'. Assim se manifestou porque afirmava que 'as questões discutidas nos autos são exclusivamente de direito, não dependendo de qualquer instrução probatória'".

Opostos embargos declaratórios, estes restaram rejeitados pela Turma julgadora, por isso que inexistente qualquer omissão, obscuridade ou contradição.

Irresignada, a empresa manifesta este apelo especial insistindo na tese de ilegitimidade da cobrança de ICMS nas transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos. Afirma, ainda, que a questão do estorno de créditos de ICMS, nas saídas de mercadorias por preços inferiores ao custo, nada tem a ver com a matéria probatória, mas apenas com o princípio da não-cumulatividade.

Assiste razão, parcialmente, à empresa recorrente.

A eg. Primeira Seção deste Tribunal, sumulando a iterativa jurisprudência das Primeira e Segunda Turmas, decidiu que "*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*".

No que toca à suposta contrariedade ao art. 3° do DL 406/68, não a vejo configurada.

O v. aresto hostilizado, ao apreciar a questão do estorno, entendeu ser a mesma de natureza probatória, deixando, assim, de mencionar o tema abordado pelo referido preceito legal. E, apesar de terem sido opostos os embargos declaratórios, estes não tiveram o condão de suscitar a apreciação do tema. Carece, portanto, o recurso do prequestionamento indispensável à sua admissibilidade (Súmulas 282 e 356 do STF).

Quanto ao dissídio jurisprudencial colacionado sobre o tema, igualmente não se encontra comprovado, por isso que os julgados paradigmas tratam de matéria estranha, não decidida nos autos.

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Segunda Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e Castro Filho.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de março de 2001. - *Bardia Tupy Vieira Fonseca* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 23.04.2001.)

-:::-

PENAL - RECURSO ESPECIAL - PECULATO - FUNCIONÁRIO PÚBLICO POR EQUIPARAÇÃO (ART. 327, § 1°) - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

- Equipara-se a funcionário público para efeitos penais quem exerce cargo, emprego ou função em sociedade de economia mista, *ex vi* do art. 327, § 1°, do Código Penal.

- Recurso provido.

RECURSO ESPECIAL N° 212.940-MG - Relator: Ministro FELIX FISCHER

Recte.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recdo.: Eurípedes Jacob Marques. Advogado: Renato José Ferreira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 06 de abril de 2001 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer - Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Carta Magna, contra o v. acórdão da col. Segunda Câmara Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Infere-se dos autos que o réu foi condenado, como incurso nas sanções do artigo 312, *caput*, c/c o art. 327, § 2°, ambos do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão a ser cumprida em regime aberto.

Inconformada, a defesa apelou requerendo, preliminarmente, a nulidade do processo por ausência da notificação prévia, prevista no art. 514 do CPP, e, no mérito, pleiteou a absolvição sob o fundamento de falta de prova da autoria e materialidade.

O eg. Tribunal *a quo*, à unanimidade, deu provimento ao apelo, absolvendo o réu. O v. acórdão objurgado restou assim ementado, *in verbis:*

"*Peculato. Funcionário do Banco do Brasil. Emprego equiparado ao de funcionário público. Constituição Federal de 1988. Inteligência do art. 173. Nova definição jurídica do delito. Inexistência de defesa quanto ao crime de apropriação indébita. Impossibilidade de se operar a* mutatio libelli. *Absolvição. - Com o advento da CF/88 não é de se aplicar o comando do art. 327, § 2°, do Código Penal, que equipara a funcionário público aquele que exerce cargo, emprego ou função em empresa paraestatal, para fins de capitulação penal, em se tratando de ato praticado por funcionário do Banco do Brasil, sociedade de economia mista que opera como verdadeira pessoa jurídica de direito privado*" (fls. 179).

Por entender que havia omissão no v. acórdão, o Ministério Público opôs embargos de declaração, que foram rejeitados à unanimidade.

Daí o presente recurso especial, em que o *Parquet* alega negativa de vigência ao artigo 327, § 1°, do Código Penal.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte (fls. 05/07).

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo conhecimento e provimento do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer - O réu, gerente de uma agência do Banco do Brasil S.A., foi inicialmente condenado pela prática de peculato por ter, em tese, se apropriado de quantia dada por um cliente do referido banco para quitação de um débito.

O eg. Tribunal local, contudo, abraçando a tese de que o ocupante de função em uma sociedade de economia mista não deve ser equiparado ao funcionário público para efeitos penais e entendendo não haver defesa quanto ao crime de apropriação indébita, o que impossibilitou a *emendatio libelli*, absolveu o réu.

Discute-se, então, a equiparação do funcionário do Banco do Brasil S.A. ao funcionário público para efeitos penais.

O peculato é um crime próprio (ou especial), exigindo como elementar que o sujeito ativo seja funcionário público. O sujeito passivo será então o Estado, já que se trata de crime contra a Administração Pública. Não se discute mais que sociedade de economia mista pode ser sujeito passivo de crime contra a Administração Pública, assim, E. MAGALHÃES NORONHA, *in Código Penal*, Saraiva, 20ª edição, 1995, p. 213, *verbis:* "*A sociedade de economia mista, já o decidiu o Tribunal Federal de Recursos, é sujeito passivo de peculato quando delegada para a execução de um serviço público delegado. Trata-se do caso de desvio de divisas em francos franceses por empregados do Banco do Brasil (sociedade mista), com exercício na seção de Fiscalização Bancária (Fiban) que é serviço público que foi delegado ao mencionado Banco. Foi essa decisão apoiada pelo Supremo Tribunal Federal*".

Nesse sentido, asseverou o em. Min. Ilmar Galvão, quando do julgamento do *HC* 72.198/2-PR, 1ª Turma/STF, *DJU* de 26.05.95:

"*A natureza jurídica da entidade lesada - Companhia Agropecuária de Fomento Econômico do Paraná -*, sociedade de economia mista, *e sendo os autores, seus servidores, compreende-se no conceito do servidor público, como contemplado no* artigo 327 *e §§ do Código Penal*".

No que tange à extensão do conceito penal de funcionário público ao empregado de uma sociedade de economia mista, também não há mais o que se discutir. O parágrafo 1° do art. 327 do Código Penal, ao ampliar o conceito para os servidores das paraestatais, incluiu dentre estas a sociedade de economia mista. Tanto o fez, que logo em seguida, no § 2° do mesmo artigo, previu causa de aumento da pena quando o crime for cometido por ocupantes de cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de uma sociedade de economia mista. Nesse sentido, JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *in Código Penal Interpretado*, Atlas, p. 1.751, *verbis:* "*Por força da lei estão equiparados ao funcionário público, para os efeitos penais, quem exerce cargo, emprego ou função em entidades paraestatais, que são as pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para a realização de suas atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado, são as empresas públicas, as* sociedades de economia mista, *as fundações instituídas pelo Poder Público e serviços autônomos, embora na doutrina, e mesmo na jurisprudência, se tenha contestado tal interpretação. Mas a redação do § 2° do art. 327, inserido pela Lei n° 6.799/80, não deixa margens a dúvidas quanto à inclusão dos servidores das paraestatais no conceito de funcionário público para efeitos penais*" (grifo não original).

Vale aqui destacar o voto do em. Ministro Moreira Alves quando do julgamento do *HC* 79.823-RJ, *DJU* de 02.02.2001:

"*Na falta de um conceito penal para a expressão* entidade paraestatal *que se encontra no § 1° do art. 327 do Código Penal ('Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal'), dever-se-ia trazê-lo do direito administrativo que é a sede própria de sua conceituação geral. Sucede, porém, que, a respeito de seu conceito, há ampla divergência entre os administrativistas. CRETELA JÚNIOR (*Curso de Direito Administrativo, *6ª edição, n° 32, p. 52, Forense, Rio de Janeiro, 1981) chega a dizer que 'no direito brasileiro, o vocábulo* paraestatal *revestiu-se de tal plasticidade que hoje designa todo tipo de entidade que não seja o Estado, pelo que, ao ser empregado, precisa ser definido'. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*Tratado de Direito Administrativo, *v. II, p. 108, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro e São Paulo, 1964) se inclina por entender que a expressão* entidades paraestatais *é utilizável para significar* entes autárquicos que têm menores laços de subordinação com o Estado. *SÉRGIO DE ANDRÉA (*Direito Administrativo Didático, *3ª edição, p. 78, Forense, Rio de Janeiro, 1985) não inclui nelas as autarquias, mas apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. HELY MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro, *23ª edição, p. 67 e 307 e segs., Malheiros Editores, São Paulo, 1990) também exclui delas as autarquias e nelas enquadra as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*apud *MARIA SYLVIA DI PIETRO,* Direito Administrativo, *p. 263, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 1991) sustenta que a expressão abarca pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, como as de amparo, de assistência social, de formação profissional.*

Como se vê, no direito administrativo, o conceito é impreciso, e utilizado pelos autores com conteúdo maior ou menor, conforme a orientação que defendem.

Há necessidade, pois, de voltar ao texto penal para, com elementos que dele se extraiam, dar sentido à expressão entidade paraestatal por ele empregada. Ora, não me parece razoável que, tendo o caput *do art. 327 do Código Penal adotado o conceito amplíssimo de funcionário público para os efeitos penais, tenha ele, ao equiparar a funcionário público, no § 1º, quem exerça cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, se utilizado dessa expressão para restringi-la às autarquias, até porque, tratando-se de expressão de conteúdo controvertido, se a Lei pretendesse restringi-la exclusivamente às autarquias, curial seria que ao invés dela empregasse a expressão própria:* autarquia. *Só isso basta para demonstrar que, ou a Lei teve os servidores das autarquias como enquadrados no conceito amplíssimo de funcionário público que adotou no* caput *do art. 327, ou, se os teve como funcionários públicos por equiparação, não restringiu o disposto no § 1º desse dispositivo exclusivamente a eles, mas alcançou os de outras entidades também, as mais das vezes, compreendidas como paraestatais, como, pelo menos, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público.*

Ademais, a inclusão nesse artigo 327 do § 2º pela Lei nº 6.799/80, a qual não se fez para modificar ao conteúdo da expressão entidade paraestatal *utilizada no § 1º que permaneceu inalterado, serve, no entanto, a meu ver, como elemento a robustecer a interpretação dele no sentido de, pelo menos, abranger outros entes que não as autarquias. Com efeito, ao prever aumento de pena para os autores dos crimes previstos no Capítulo em que está inserido o artigo 327 do Código Penal - e esses autores são inequivocamente os funcionários públicos como conceituados no* caput *e os a ele equiparados pelo § 1º, sendo petição de princípio pretender-se que estes só sejam os servidores autárquicos - teve como igualmente graves as condutas delituosas dos que forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão não só da administração direta, mas também de sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.*

*Daí se extrai não só que é imperfeito esse dispositivo, porque não previu o aumento de pena quando o autor do crime é ocupante de cargo em comissão ou de função de direção e assessoramento de autarquia (que não integra a administração direta, nem foi nominada na parte final dele), mas também que, dado o interesse na proteção da sociedade de economia mista, empresa pública e fundação instituída pelo poder público - que, a esse respeito, são colocadas no mesmo nível da administração direta, porque, como acentua MIRABETE (*Manual de Direito Penal, *Parte Especial - Arts. 235 a 361 do CP, 9ª edição, p. 291, Ed. Atlas S.A., 1996),* 'embora possam não ter elas fins próprios do Estado, são constituídas, ao menos em parte, com patrimônio público, visam à realização de vários fins de interesse coletivo, e se submetem às normas e controle do Estado, justificando-se a maior proteção que a lei vai-lhes emprestando' -, *não se justifica que qualquer servidor autárquico por mais subalterno que seja tenha, se ocupante de comissão de somenos importância, sua pena agravada em virtude do disposto nesse § 2º para a defesa dessas entidades paraestatais, e não sejam elas defendidas contra atos previstos como crimes dessa natureza praticados, por exemplo, por diretores-presidentes dessas entidades.*

Por outro lado, de há muito, esta Corte se tem orientado no sentido de que servidores de sociedades de economia mista e de empresas públicas se enquadram na equiparação a funcionário público feita pelo § 1º do art. 327 do Código Penal. Assim, no HC *45.372, julgado em 1968, a Terceira Turma afirmou, apenas por considerar que a sociedade de economia mista é entidade paraestatal, que* 'empregado do Banco do Brasil equipara-se ao funcionário público para efeitos penais'. *Em 1970, a Primeira Turma, julgando o* RHC *48.512, entendeu que empregado de empresa pública pratica crime de peculato por ser equiparado a funcionário público. Também a Primeira Turma, em 1982 (RE criminal 96.358) declarou que* 'o empregado de empresa pública está equiparado, para os efeitos penais, ao funcionário público'. *Nesse mesmo ano, e, invocando o § 2º do art. 327 do Código Penal, essa mesma Primeira Turma (RE criminal 96.803 -* RTJ, *103/869 e segs.) decidiu que empregado de empresa pública se equipara a funcionário público. E, no julgamento do* RHC *61.653, em 1984, aplicou ela essa equiparação a diretor-presidente de sociedade de economia mista. Mais recentemente, ainda esta Primeira Turma, ao julgar o* HC *72.198, em 1995, sendo relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, voltou a reafirmar que o Código Penal, no art. 327, § 2º, equipara à de funcionário público, para efeitos penais, a função exercida em sociedade de economia mista*".

Ainda no Pretório Excelso:

"Habeas corpus. *Acórdão confirmatório de sentença que teria contrariado os princípios da ampla defesa, da presunção de inocência e do contraditório, além de não haver fundamentado a pena-base, fixada acima do mínimo legal.*

- 1. Não constitui nulidade o fato de não haver sido submetido a perícia, de resto não requerida pela defesa, 'confissão' extrajudicial do paciente, se não teve ela valor decisivo para a condenação.

- 2. Ato que, de resto, não configura propriamente uma confissão, mas tentativa de caracterizar, como retiradas salariais, os alcances perpetrados pelo paciente, não valendo, por isso, para os efeitos do art. 65, III, d, *do CPP.*

- 3. Conquanto aplicável ao caso o rito dos arts. 513 e 514 do CPP, e sua inobservância não haver comprometido o processo, em cujo curso foi assegurado ao paciente a mais ampla defesa, sem que, não obstante,

tenha ele logrado demonstrar inocência. Pretensa nulidade que, de resto, nem sequer foi aduzida nas alegações finais.

- 4. Função exercida em sociedade de economia mista, que o CP, no art. 327, § 2º, equipara à de funcionário público, para efeitos penais.

- 5. Pena-base que, contrariamente ao afirmado, foi fundamentadamente fixada pouco acima do mínimo legal, se considerada a pena máxima prevista para o peculato (12 anos). Nulidades inexistentes. Habeas corpus *indeferido*" (*HC* 72.198-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* de 14.03.1995).

Ademais, ainda que se admitisse a supressão da elementar funcionário público, haveria a apropriação indébita.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso, para cassar o v. acórdão reprochado, remetendo o feito ao eg. Tribunal *a quo* para que esse julgue o recurso sob os seus fundamentos visto que fora provido por argumentação dele não constante, considerando-se, é claro, a condição de funcionário público para efeitos penais.

É o 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, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Edson Vidigal.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 6 de abril de 2001. - *Júnia Oliveira C. R. e Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 28.05.2001.)

-:::-

EXECUÇÃO PENAL - COMUTAÇÃO DA PENA - CONTAGEM QUE INCIDE SOBRE O TOTAL DA PENA

- A questão não é nova perante esta Turma. Em casos análogos, tem-se decidido que a incidência do percentual da comutação deve atingir todo o *quantum* da pena aplicada por ocasião da decisão condenatória, e não apenas o restante a ser cumprido.

- Recurso provido para, reformando o v. acórdão guerreado, determinar que a comutação da pena seja calculada sobre o total da pena, e não no restante a ser cumprido.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 9.966-MG - Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI

Recte.: Joselita França. Advogado: Christianne Teixeira Souza Lima e outros. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Joselita França (preso).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão guerreado, determinar que a comutação da pena seja calculada sobre o total da pena, e não no restante a ser cumprido. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2000 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente. - *Ministro Jorge Scartezzini* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Joselita França, contra v. acórdão de fls. 30, proferido pela Terceira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, à unanimidade, denegou *writ* ali impetrado, nos termos da ementa a seguir transcrita:

"Habeas corpus - *Pena - Comutação - Percentual incidente sobre a pena a ser cumprida e não sobre aquela aplicada*".

Consta dos autos que a recorrente foi condenada à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de prisão, como incursa no art. 12 da Lei nº 6.368/76. Com base no Decreto nº 3.226/99, foi requerida a comutação de sua pena. O pedido foi deferido pelo d. Juízo monocrático, considerando-se, no entanto, como base de cálculo o restante da pena a ser cumprida, e não o total aplicado. O Tribunal *a quo* ratificou tal decisão, asseverando, ainda, que a comutação do restante da pena equivaleria a um indulto, inaplicável à espécie.

Alega a recorrente, nas razões recursais, em síntese, que as figuras da comutação e do indulto não se confundem, afirmando que a norma é clara em conceder a comutação sobre o total da pena imposta. Requer seja provido o recurso com o fim de se conceder a comutação de 1/4 (um quarto) do total da pena a que foi condenada (fls. 36/41).

Não foram apresentadas contrarazões.

Admitido o recurso à fl. 43, subiu o mesmo a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso, entendendo que a comutação incide sobre o total da pena imposta, e não sobre o restante da pena a ser cumprida (fls. 47/51).

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Sr. Presidente, faço algumas considerações preliminares acerca do presente caso.

Verifico, inicialmente, que a recorrente foi condenada a 03 anos e 06 meses de prisão pela prática de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76. Ora, é cediça a jurisprudência desta Corte no sentido de que, sendo a comutação um indulto parcial, não pode ser concedida nos casos em que a lei excepciona. Na espécie, o Decreto nº 3.226/99 (art. 7º, inciso I) veda, expressamente, a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos, tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, hipótese dos autos. Neste sentido, os julgados no *HC* nº 13.717-SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, *DJU* de 21.09.2000 e no Resp nº 271.238-SC, Rel. Ministro Felix Fischer, *DJU* de 11.12.2000.

Todavia, *em virtude do princípio de que não se pode agravar a situação do acusado em sede de habeas corpus*, espécie ora *sub judice*, faço tais ponderações apenas para registro, porquanto examinei a fundo estes autos, não podendo modificá-lo neste tópico.

Passo ao exame da matéria colacionada.

O cerne da questão, no presente recurso ordinário constitucional, está em se fixar a base de cálculo sobre a qual deve incidir o percentual da comutação, ou seja, se esta é sobre o total da pena imposta ou sobre o restante a ser cumprido.

Com razão o ilustre representante do *Parquet* federal, ao opinar pelo provimento do recurso. A questão não é nova perante esta Turma. Em casos análogos, este órgão tem decidido que a incidência do percentual da comutação deve atingir todo o *quantum* da pena aplicada por ocasião da decisão condenatória e não apenas o restante a ser cumprido. Com efeito, o art. 2º do Decreto Natalino 3.226/99 prevê:

"*Art. 2º. O condenado que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto, terá comutada sua pena com redução de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente*".

O referido dispositivo legal determina que a comutação deve incidir sobre o *quantum* da pena estabelecido na sentença, sendo a interpretação deste ampliativa.

Nesse diapasão, confira-se o seguinte julgado:

"*Recurso ordinário - Comutação - Art. 2º, Decreto Presidencial nº 3.222/99 - Cálculo do benefício - Redução de 1/4 do total da pena, e não do restante que ainda falta a cumprir.*

- O art. 2º do Decreto Presidencial prevê expressamente que a base de cálculo para a comutação da pena deve ser calculada sobre o quantum *integral da pena, e não sobre os anos que ainda restam para o cumprimento da condenação.*

- Recurso provido" (*RHC* 9.711-MG, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 07.08.2000).

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão de origem, conceder a ordem e determinar que a comutação da pena seja calculada sobre o total da pena, e não sobre o restante desta.

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, deu provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão guerreado, determinar que a comutação da pena seja calculada sobre o total da pena, e não no restante a ser cumprido.

Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo, Felix Fischer e Gilson Dipp.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de dezembro de 2000. - *Júnia Oliveira C. R. e Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 28.05.2001.)

-:::-

CRIMINAL - *RHC* - PRISÃO PREVENTIVA - FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA DA CUSTÓDIA - DECRETO FUNDAMENTADO - NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - RECURSO DESPROVIDO

- I. Não é ilegal a decisão que mantém a custódia cautelar do paciente, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedente.

- II. Recurso desprovido.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 10.992-MG - Relator: Ministro GILSON DIPP

Recte.: Wellington Padilha da Silva. Advogado: Gerson Augusto. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Wellington Padilha da Silva (preso).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília-DF, 15 de março de 2001 (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. 81/84, *in verbis*:

"*Cuida-se de* habeas corpus *que foi impetrado, por conduto do advogado Gerson Augusto, em favor de Wellington Padilha da Silva, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:*

'Ementa: Habeas corpus - *Prisão preventiva - Presença dos requisitos ensejadores - Garantia da ordem pública e de aplicação da lei penal - Imputação ao réu de assassinato por asfixia praticado contra a própria filha, criança de apenas 5 meses - Ordem denegada' (fl. 65).*

Sustentam as razões recursais inocorrência da necessidade de se resguardar a aplicação da lei penal, uma vez que o paciente compareceu espontaneamente à delegacia de polícia da cidade; não houve qualquer alteração na ordem pública e não é verdade, como registra o acórdão vergastado, que o paciente vem ameaçando testemunhas (fls. 72/76)".

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 84).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, contra acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Wellington Padilha da Silva, que visava à revogação da prisão preventiva decretada ao paciente.

Em razões, sustenta o recorrente a ausência de fundamentação do decreto prisional, sob a alegação de inexistência de necessidade de resguardar a aplicação da lei penal, considerando-se que o paciente compareceu, espontaneamente, à delegacia da cidade, não havendo, assim, qualquer ameaça à ordem pública.

Não merece prosperar a irresignação.

O decreto de prisão preventiva do paciente teve o seguinte teor:

"*A materialidade do delito encontra-se devidamente positivada nos autos do Inquérito Policial à fl. 10.*

O indício de autoria encontra-se evidenciado pelos depoimentos de fls. 11/12.

Das declarações trazidas à colação, ficou evidenciado o delito em tese praticado causou uma comoção social e revolta por parte da comunidade, ainda sob o aspecto ensejador da decretação da custódia preventiva, encontra-se configurado o perigo de não se ver efetivada a aplicação da sanção penal.

Como consignado ainda à fl. 22, o indicado tenta furtar-se à ação da Justiça mediante proferimento de graves ameaças.

Isto posto e com fulcro no artigo 312 do Código de Processo Penal, decreto a custódia provisória de Wellington Padilha da Silva" (fl. 52).

O eg. Tribunal *a quo*, por sua vez, ressaltou a devida motivação do decreto prisional monocrático, nos seguintes termos:

"*Com efeito, da análise da argumentação trazida pelo i. defensor do paciente, não estou a vislumbrar constrangimento ilegal que possa ensejar a concessão da ordem para o fim de se revogar a prisão preventiva decretada em seu desfavor, tendo em vista que da análise da prova, ainda que de forma superficial, verifica-se a existência de justa causa a justificar a manutenção da medida, senão veja-se.*

De fato, pode inferir dos elementos até então constantes do processo que o paciente, após fazer uso de bebida alcoólica e proceder a práticas sexuais sadomasoquistas com sua mulher, acabou por matar sua própria filha, de apenas 5 meses de idade, por asfixia, através de uma corda de nylon colocada em volta de seu pescoço.

A decisão atacada, a par bem fundamentada, revela a grande possibilidade de ver frustrada a aplicação da lei penal, caso o paciente não seja realmente segregado do convívio social, isto porque, primeiro em razão das circunstâncias em que o crime fora cometido, mediante a utilização de grande violência e contra a vítima menor, a própria filha do agente, de apenas 5 meses de idade, que se não constitui propriamente em requisito determinante da decretação da preventiva, no mínimo haverá de ser considerado como fator coadjuvante que, indiscutivelmente, acarretou o clamor social e

a revolta da comunidade local, a impor, por conseguinte, o resguardo da ordem pública.

(...)

Não bastasse isso, há notícias de que o paciente vem ameaçando ostensivamente as testemunhas, a recomendar, também por essa razão, para a conveniência da instrução criminal e para se assegurar a aplicação da lei penal, que este permanecerá preso preventivamente, mantendo-se inalterada a decisão atacada" (fls. 67/68).

Não vislumbro, portanto, qualquer deficiência no embasamento da custódia provisória, tendo em vista que foi procedida em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante (STF: *RT*, 574/461; STF: *RT*, 558/423), sendo que a gravidade do crime pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente:

"*R*HC. *Prisão preventiva. Fundamentação válida do decreto. Gravidade e violência do crime. Garantia da ordem pública. Inépcia da denúncia. Ausência de prova da materialidade. Preclusão para o oferecimento da denúncia. Inocorrência. Impropriedade do* writ *para o exame das demais alegações. Recurso desprovido.*

- I. Justifica-se a prisão cautelar quando o respectivo decreto encontra-se devidamente fundamentado nos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade e violência do crime podem ser suficientes para motivar a segregação cautelar como garantia da ordem pública. Precedentes do STF e desta Turma.

- II. (...)

- III. (...)

- IV. (...)

- V (...)

- VI. Recurso desprovido" (R*HC* 9.251-RJ, de minha relatoria, *DJ* de 03.04.2000).

Por outro lado, entendo que a simples apresentação do réu perante a delegacia de polícia não tem o condão de motivar a revogação do indigitado decreto prisional, como bem ressaltado pelo representante do *Parquet*, pois o acusado compareceu à delegacia em função de estar sendo realizada investigação para a apuração das circunstâncias em que ocorreu a morte da vítima, ocasião em que se limitou a negar a autoria do fato.

Outrossim, a segregação não restou fundamentada apenas na conveniência da instrução, mas, também, na garantia da ordem pública.

Nesse sentido, o parecer ministerial, que ora adoto:

"*Em delitos que geram grande comoção com revolta pública, a medida extrema tem sido pacificamente aceita pela jurisprudência. Além disso, é de se convir que o paciente, quando esteve na delegacia da polícia, o fez, exclusivamente, para negar a autoria do fato, em virtude de estar sendo realizada investigação, objetivando apurar as circunstâncias da morte da menor, fato que foi determinado pela perícia realizada, de modo que não se há de acolher sua tese de apresentação espontânea*" (fl. 83).

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.

Votaram com o Relator os Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo e Felix Fischer.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de março de 2001. - *Júnia Oliveira C. R. e Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 23.04.2001.)

-:::-

ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA - COMISSÁRIO DE MENORES - CONTRATAÇÃO A TÍTULO PRECÁRIO - COMPETÊNCIA DELEGADA DA AUTORIDADE COATORA PARA A PRÁTICA DO ATO - DISPENSA *AD NUTUM* - LEGALIDADE

- 1. A autoridade coatora (Juiz Diretor do Foro) é competente para dispensar os servidores contratados temporariamente, porquanto agiu por determinação delegada da Presidência do Tribunal de Justiça daquele Estado, ao promover a contratação e designação.

- 2. Os ocupantes de cargos, empregos ou funções temporárias, em razão da instabilidade do vínculo, da precariedade da admissão e do lapso temporal a que se subordinaram desde o início, podem ser demitidos *ad nutum*, não se cogitando qualquer afronta ao devido processo legal, pertinente somente aos servidores concursados.

- 3. Precedente (RMS nº 9.649-MG).

- 4. Recurso conhecido, porém, desprovido.

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 9.646-MG - Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI

Recte.: Irisbenis de Oliveira Silva e outro. Advogado: Caio Márcio Lopes Boson e outro. T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Impdo.: Juízo de Direito Diretor do Foro de Uberlândia-MG.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 13 de março de 2001 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente. - *Ministro Jorge Scartezzini* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Cuida-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por Irisbenis de Oliveira Silva e outro, com fundamento no artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 48 prolatado pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, à unanimidade, denegou a segurança. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, *verbis*:

"*Ementa: Serventuário da Justiça - Não concursado e nem estável - Serventia no Juízo da Primeira Instância - Ato do juízo - Demissão sumária - Validade*".

Alegam os recorrentes, nas suas razões, em síntese, repisando os argumentos deduzidos na inicial, a incompetência do Juiz de Direito Diretor do Foro para a prática do ato de dispensa dos impetrantes, bem como que não lhes foi garantida a aplicação do princípio constitucional do devido processo legal (fls. 61/63).

Não foram apresentadas contrarazões.

Devidamente preparado o recurso (fls. 64/65) e estando este tempestivo, subiu o presente a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não-conhecimento do recurso e, se conhecido, por seu improvimento (fls. 74/78), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, por se encontrar tempestivo, porém, desprovido.

Pleiteiam os recorrentes a suspensão dos atos que os dispensaram dos cargos para os quais foram designados, a título precário, para exercerem as funções de Comissário de Menores, junto ao Juízo de Direito da Comarca de Uberlândia. Sustentam a incompetência da autoridade coatora para praticar os atos de dispensa, tendo em vista que a demissão seria de competência privativa do Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, além da inexistência do devido processo legal.

O v. aresto de origem, ao denegar a segurança pleiteada, entendeu, preliminarmente, que a alegação de incompetência para a dispensa dos impetrantes não procede, porquanto o Juízo de primeiro grau agiu por determinação delegada da Egrégia Presidência da Corte Estadual, decidindo, no mérito, que não houve violação a qualquer princípio constitucional alegado.

Irretocável o r. *decisum* colegiado, tanto no tocante ao aspecto preliminar, quanto meritório.

Com relação à alegada incompetência da autoridade coatora para as dispensas, verifico que, como bem ressaltado no voto atacado "... o juízo de primeiro grau agiu por determinação delegada pela eg. Presidência do Tribunal de Justiça. *A competência do Presidente do Tribunal de Justiça é para a nomeação de servidores de primeira e segunda instância. As designações em forma precária são da esfera exclusiva do Juiz Diretor do Fórum, com referendo e homologação do Segundo Vice-Presidente do Tribunal, conforme estrutura e lei regulamentadora de funcionalidade da primeira instância. Assim sendo, não há como colocar em dúvida a competência do Juízo da instância inferior para designar e, conseqüentemente, praticar os demais atos funcionais do servidor, incluindo-se a dispensa (fls. 51)*". Logo, se agiu de forma delegada, competência tinha para tanto, razão pela qual reputo inconsistente a preliminar levantada.

Por outro lado, melhor sorte não lhes assiste no tocante ao mérito do pedido, qual seja, ausência do devido processo legal. Consta que os impetrantes foram nomeados para exercerem atividades de Comissários de Menores a título precário e por prazo determinado, nos termos da Lei Estadual nº 10.254/90. Suas designações ocorreram após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que não os beneficia com a chamada estabilidade extraordinária, como bem ressaltado no v. acórdão recorrido (fls. 52).

Neste sentido, válidas as lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Ed., 12ª edição, p. 625, *verbis*:

"*A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX).* Essa é uma forma diferente de exercício de cargo, de emprego e função, para a prestação de serviço público. O contratado é, assim, um prestacionais de serviços temporários" - grifei.

Ora, como vimos, não há que se falar em falta de motivação ou de inexistência do devido processo legal,

porquanto a instabilidade dos impetrantes no cargo que ocuparam, a precariedade de suas admissões e o prazo determinado a que se subordinaram desde o início, *são características de prestadores de serviços públicos*, que, por si só, autorizam a dispensa sumária dos recorrentes, prescindível de qualquer fundamentação.

Ademais, conforme informações prestadas pela autoridade coatora, estes tiveram a oportunidade de permanecer nos cargos, através de aprovação em concurso público, Todavia, realizado em 1994 o certame, estes não restaram aprovados. Outrossim, apenas *ad argumentandum*, estes sequer deveriam ter sido contratados a título precário para os cargos supramencionados, porquanto em 08 de junho de 1989 entrou em vigor a Lei nº 8.776, reestruturando o Foro Judicial de Primeira Instância do Estado de Minas Gerais e criando 10 (dez) cargos de Comissários de Menores em Uberlândia, a serem investidos por meio de concurso público. Restou, desta forma, fulminada a necessidade e o interesse da Administração em contratar, de forma precária, quaisquer servidores, inclusive os ora recorrentes.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

"*Servidor público estadual de Minas Gerais. Contratação a título precário. Reprovação em concurso público. Circular 01/96 do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comissário de Menores III.*

- 1. Reveste-se de legalidade o ato de dispensa de servidor contratado precariamente e reprovado em concurso público após a vigência da CF/88.

- 2. Recurso não provido" (RMS nº 9.649-MG, Rel. Ministro Edson Vidigal, *DJU* de 11.10.1999).

Por tais fundamentos, não vislumbrando qualquer afronta a direito líquido e certo a ser amparado por meio do presente remédio constitucional, conheço e nego provimento ao recurso ordinário.

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.

Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo, Felix Fischer e Gilson Dipp.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de março de 2001. - *Júnia Oliveira C. R. e Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 23.04.2001.)

-:::-

PROCESSO CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AUTARQUIA - FHEMIG - LITISCONSORTE PASSIVA NECESSÁRIA - DECRETO DO SR. GOVERNADOR DO ESTADO - ATO COATOR CONCRETO - LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - PRELIMINAR ACOLHIDA

- 1. Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato atacado e responde pelas suas conseqüências administrativas. Executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico.

- 2. Na presente hipótese, o Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais baixou um Decreto (nº 36.647/95), onde suspende, concretamente, qualquer nomeação e contratação no âmbito da Administração Direta e Indireta, entre elas, a fundacional e a autárquica. Sendo a Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - Fhemig uma fundação pública, portanto, autarquia, submete-se ao controle administrativo do ente político que a tenha criado. Logo, o seu Presidente, mero executor, não pode ser elencado como autoridade coatora, posto que o ato atacado não é de sua autoria, nem tampouco tem ele poderes para revê-lo. Contudo, deve o ente autárquico figurar como litisconsorte passivo necessário, já que sofrerá o ônus pecuniário de eventual decisão concessiva. Desta forma, correto o chamamento *ex officio*, sob pena de nulidade.

- 3. Exame do mérito por esta Corte prejudicado, sob pena de ferir-se o juízo natural e um grau de jurisdição, ambos legalmente assegurados.

- 4. Recurso conhecido e preliminar suscitada pelos recorrentes acolhida para, reformando o v. acórdão *a quo*, reconhecer o chamamento *ex officio* da Fhemig para compor a lide, como litisconsorte passiva necessária, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento do mérito, restando prejudicada sua análise por esta Corte.

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 12.342-MG - Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI

Recte.: Herbert Marçal Chaves Moreira e outros. Advogado: Antônio Carlos da Silva. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Impdo.: Governador do Estado de Minas Gerais. Recdo.: Estado de Minas Gerais. Proc.:Arésio A. de Almeida Damaso da Silva e outros. Interes.: Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - Fhemig. Advogado: Fernanda Silva de Assis Ribeiro e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso acolhendo preliminar suscitada pelos recorrentes, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento do mérito. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 13 de março de 2001 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Presidente. - *Ministro Jorge Scartezzini* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Herbert Marçal Chaves Moreira e outros, com fundamento no artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 188, prolatado pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, vencido o Relator, denegou a segurança por considerar irregular o chamamento *ex officio* da Fhemig para integrar a lide como litisconsorte passiva necessária.

Os ora recorrentes impetraram mandado de segurança contra ato omissivo do Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais, que não os nomeou para o cargo de Médico da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - Fhemig, apesar de terem sido regularmente aprovados em concurso público e estarem prestando serviços temporários na mesma função inerente a tal cargo há anos.

A segurança foi denegada, sendo o processo extinto sob o argumento de que a impetração deveria ter sido dirigida, igualmente, contra o Presidente da Fhemig, pessoa competente para a prática dos atos de nomeação e que sofreria as conseqüências financeiras decorrentes desses atos.

No presente recurso, os recorrentes alegam, em síntese, a desnecessidade da citação do Presidente da Fhemig para participar como litisconsorte passivo necessário, por lhe faltar capacidade de demandar e ser demandado, em face de ano unilateral, emitido pelo Chefe de Estado, que inclusive suscitou preliminar de ilegitimidade - sequer apreciada pelo colegiado de origem -, sendo contraditório o aresto ao rechaçar o chamamento *ex officio*. Ademais, sustentam a ocorrência de omissão por parte da Administração, tendo em vista que, uma vez contratados servidores temporários para desempenhar às mesmas atividades inerentes aos cargos para os quais foram aprovados, resta evidente a existência de vagas e, conseqüentemente, seu direito à nomeação (fls. 217/235).

Não foram apresentadas contra-razões.

Dispensado o preparo, por ter requerido a impetrante a gratuidade da justiça, estando tempestivo o recurso, subiu o mesmo a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo improvimento deste (fls. 272/276), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, por encontrar-se tempestivo e, em preliminar, acolhido.

Alegam os recorrentes, preliminarmente, que a citação *ex officio* da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - Fhemig - para integrar o pólo passivo da lide não configurou a substituição da autoridade coatora, mas tão-somente a necessidade e imprescindibilidade de citação daquela Fundação Estadual para compor a lide como litisconsorte passiva necessária.

O v. aresto de origem entendeu indevida a citação *ex officio* da Fhemig pelo Relator, conforme se depreende do seguinte trecho do voto, *in verbis:*

"Data venia *do eminente Desembargador Relator, competia aos impetrantes a indicação correta das autoridades coatoras, não podendo se deferir ao julgador investigar, substituir ou até ampliar o pólo passivo referentemente à autoridade coatora...*

Com a devida vênia, acompanho o Primeiro Vogal, dando a Fhemig como parte ilegítima e determinando a sua exclusão da lide".

Observa-se, pelo exposto, que o Tribunal *a quo* entendeu indevida a citação da Fhemig pelo eminente Relator do feito, eis que não podia ter alterado o pólo passivo da demanda, cabendo aos impetrantes a correta indicação da autoridade coatora. Entretanto, a Corte de Justiça Estadual confundiu-se em relação aos conceitos cristalinos de *autoridade coatora* e *litisconsorte passivo necessário*, que, apesar de figurarem no pólo passivo da demanda, encontram-se em situações jurídicas distintas e possuem interesses diversos.

Como bem nos ensina o professor HELY LOPES MEIRELLES, *in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública etc.*, RT, SP, 13ª edição, p. 34, "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... Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas conseqüências administrativas*" - grifei.

Já o *litisconsorte passivo necessário* "*é aquele em favor do qual foi praticado o ato da autoridade apontada como coatora*", ou seja, "*toda vez que o mandado de segurança implicar modificação da posição jurídica de outras pessoas, que foram diretamente beneficiadas pelo ato impugnado, ou, mais precisamente, quando a sentença modificar o direito subjetivo criado pelo ato impugnado em favor de outras pessoas, haverá 'litisconsorte necessário', e a sentença não poderá ser dada sem que esses terceiros sejam citados como partes passivas na ação*" *(in Manual do Mandado de Segurança*, CAR-

LOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3ª edição, p. 102).

Ora, o Decreto nº 36.647, de 23 de janeiro de 1995, dispõe que:

"*O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso de sua atribuição,*

DECRETA:

Art. 1º. Ficam suspensas as nomeações e contratações para cargos ou empregos de provimento efetivo no âmbito da administração direta do Poder Executivo Estadual, das autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle acionário do Estado, salvo prévia e expressa autorização do Governador do Estado.

Parágrafo único - Incluem-se nas proibições do caput *deste artigo as contratações de pessoal através de empresas locadoras de mão-de-obra, contratos de consultoria e similares.*

Art. 2º. As nomeações ou contratações feitas após 1º de janeiro de 1995 deverão ser justificadas mediante relatório detalhado da autoridade responsável, a ser encaminhado à Secretaria do Estado da Casa Civil, no prazo máximo de dez dias, a partir da data de vigência deste Decreto, para avaliação de sua necessidade, sob pena de nulidade dos atos respectivos.

Art. 3º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 23 de janeiro de 1995.

EDUARDO AZEREDO ".

Assim, como podemos notar, o Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais baixou um decreto onde suspende, concretamente, qualquer nomeação e contratação no âmbito da Administração Direta e Indireta, entre elas, a fundacional e a autárquica. A Fhemig é uma fundação pública, sendo, portanto, uma verdadeira autarquia, na esteira do ilustre administrativista OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (*in Princípios Gerais do Direito Administrativo*, v. 2, p. 204). Como bem assinala LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "*a autarquia submete-se ao controle administrativo do ente político que a tenha criado. Tal controle também é chamado tutela*" (*in Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Ed., SP, 4ª edição, p. 126). Assim, já que a mencionada autarquia é que sofreria as conseqüências advindas de eventual decisão concessiva, deverá ela figurar como litisconsorte passiva necessária.

Além disso, o litisconsorte passivo necessário deve integrar, obrigatoriamente, a lide, sendo que sua falta acarreta a nulidade do processo, matéria já consolidada nos Tribunais.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

"*Processual Civil - Art. 47, CPC - Litisconsortes necessários - Ausência de citação - Nulidade.*

- A ausência de citação de litisconsorte passivo necessário acarreta a nulidade do processo.

- Recurso parcialmente provido" (REsp nº 85.898-PI, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, *DJU* de 11.11.96).

"*Recurso em mandado de segurança - Administrativo - Processual Civil - Provimento de cargo em cartório - Designação - Impetrante concursada - Litisconsorte passivo necessário - Citação - Ausência - Obrigatoriedade.*

- Travando-se a discussão acerca da impossibilidade de ser designada pessoa não concursada para o referido cargo, necessária se faz a sua citação, como litisconsorte passivo necessário (art. 47, parágrafo único, do CPC).

- Ausente tal citação, deve-se anular o feito a partir do oferecimento das informações, *determinando-se a citação da pessoa ocupante do pretendido cargo.*

- Recurso prejudicado" (ROMS nº 7.869-BA, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 03.05.1999).

Mais não há que se perquirir. Aliás, quando os nobres Desembargadores do Tribunal de origem apreciaram a questão ora suscitada, considerando irregular o chamamento *ex officio* da Fhemig para integrar a lide, decidiram em preliminar, sem adentrar no mérito, apesar de constar na própria súmula do julgado (fls. 213) que as preliminares foram rejeitadas e que foi denegada a segurança pleiteada. Assim, no tocante ao mérito suscitado pelos ora recorrentes, seu exame por esta Corte Superior encontra-se prejudicado, sob pena de ferir-se o juízo natural e um grau de jurisdição, ambos legalmente assegurados.

Por tais fundamentos, conheço do recurso e acolho a preliminar suscitada pelos recorrentes para, reformando o v. acórdão *a quo*, reconhecer o chamamento *ex officio* da Fhemig para compor a lide, como litisconsorte passiva necessária, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento do mérito, restando prejudicada sua análise por esta Corte.

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, conheceu do recurso acolhendo preliminar suscitada pelos recorrentes, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento do mérito.

Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo, Felix Fischer e Gilson Dipp.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de março de 2001. - *Júnia Oliveira C. R. e Sousa* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 23.04.2001.)

-:::-

Supremo Tribunal Federal

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - DECISÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DEFERE INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO - IMPUGNAÇÃO MEDIANTE RE - INADMISSIBILIDADE (ART. 102, III, *A*) - AGRAVO

- 1. A decisão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em município não tem natureza jurisdicional, mas, sim, político-administrativa, contra a qual não cabe recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, III, *a*, da CF/88.

- 2. Precedentes: Petições nºs 1.256 e 1.272 (Q.O.).

- 3. Agravo improvido.

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 297.217/8-MG - Relator: Ministro SYDNEY SANCHES

Agravante: Município de Belo Horizonte. Advogado: Robinson Neves Filho e outros. Agravado: Ministério Público Estadual.

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 negar provimento ao agravo em agravo de instrumento.

Brasília-DF, 03 de abril de 2001. - *Ministro Moreira Alves* - Presidente. - *Ministro Sydney Sanches* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sydney Sanches - 1. Trata-se de agravo interposto contra decisão do teor seguinte (fls. 40):

"*1. Em situação de fato e de direito, que coincide com a focalizada nos autos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 04.11.98, ao julgar a Petição nº 1.256-9/SP, relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, firmou entendimento no sentido de que a decisão de Tribunal de Justiça, que defere pedido de intervenção estadual em município, não tem natureza jurisdicional, mas, sim, político-administrativa, contra a qual*

não cabe recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, III, da CF/88.

2. Isto posto, valendo-me dos fundamentos deduzidos nesse precedente e do disposto no § 1° do art. 21 do RISTF, no art. 38 da Lei n° 8.038, de 28.05.1990, e no art. 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento".

2. Insiste o agravante no cabimento e processamento do RE, pelas razões expostas às fls. 42/44.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sydney Sanches (Relator) - 1. Não conseguiu o agravante abalar os fundamentos da decisão agravada, que é de ser mantida, por seus fundamentos.

2. Aliás, na Petição n° 1.272-SP (Q.O.), Relator Ministro Moreira Alves, a 18.5.99, a conclusão foi no mesmo sentido, como se vê do *Informativo* 150:

"*O procedimento político-administrativo de requisição de intervenção estadual nos Municípios para prover a execução de ordem ou decisão judicial - CF, art. 35, IV ('O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: ... IV - O Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução da lei, de ordem ou de decisão judicial') - não se caracteriza como 'causa' de natureza jurisdicional para efeito de cabimento de recurso extraordinário, mas sim como procedimento político-administrativo. Com esse entendimento, a Turma negou referendo à questão de ordem em petição em que se pretendia emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que dera provimento a pedido de intervenção estadual no Município de Diadema, formulado por credores. Precedente citado: Petição 1.256-SP (julgada em 04.11.98; acórdão pendente de publicação, v.* Informativo *130); Petição 1.272-SP (Q.O.), rel. Min. Moreira Alves, 18.5.99* ".

3. Valendo-me dos fundamentos deduzidos em ambos os precedentes, que traduzem pacífica jurisprudência do Tribunal, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário. Unânime. 1ª Turma, 03.04.2001.

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 18.05.2001.)

-::::-

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ADMINISTRATIVO - REENQUADRAMENTO DE SERVIDOR - NORMA DE DIREITO LOCAL - REEXAME - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DE VENCIMENTOS - MATÉRIA CONTROVERTIDA

- 1. Reenquadramento do servidor. Lei Estadual n° 10.470/91. Correção. Impossibilidade, dado que a solução da matéria implica interpretação de norma de direito local. Súmula 280/STF.

- 2. Redução de vencimentos. Alegação refutada nas instâncias ordinárias em face das provas coligidas para os autos. Reexame. Não-cabimento do extraordinário. Súmula 279/STF.

- Agravo regimental não provido.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 285.820/0-MG - Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA

Agravantes: Arivaldo Ribeiro Sousa e outros. Advogados: Vânia Regina de A. Gondim e outros. Agravado: Estado de Minas Gerais. Advogado: PGE-MG - Sérgio Adolfo E. de Carvalho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental.

Brasília-DF, 24 de abril de 2001. - *Ministro Marco Aurélio* - Presidente. - *Ministro Maurício Corrêa* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa - Neguei seguimento ao recurso extraordinário pela decisão de fls. 292/293, porque, para dissentir do acórdão recorrido, que entendeu cuidar a espécie de reposicionamento do pessoal civil do Poder Executivo, com base na autorização contida na Lei 10.470/91, é imprescindível o exame da referida norma, o que encontra óbice na Súmula 280 desta Corte.

2. Dessa decisão foi interposto o presente agravo regimental em que se alega que é fato incontroverso que o Estado de Minas Gerais procedeu a reajuste geral de remuneração do funcionalismo, deixando de fazê-lo em relação aos agravantes e demais servidores da extinta MinasCaixa, o que acabou por malferir a garantia constitucional do direito adquirido (CF, artigo 5°, XXXVI) e os princípios consagrados nos incisos X e XV do artigo 37 da Carta de 1988, não havendo que falar,

por isso, em necessidade de prévio exame das leis locais.

3. Ressaltam os agravantes que o artigo 39, § 1°, da Constituição Federal (anterior à EC n° 19), que assegura isonomia de vencimentos para cargos e funções assemelhadas, é claro ao ressalvar as vantagens de caráter individual.

4. Ademais, sustentam que cabe a esta Corte, nos termos da alínea *c* do inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, julgar ato de direito local contestado em face da Constituição, o que se encaixa perfeitamente à situação vertente.

5. Acrescem que é indubitável a redução salarial por elas suportada, razão pela qual pedem seja conhecido e provido o agravo regimental, para que o extraordinário tenha regular processamento.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator) - Ao contrário do alegado pelos agravantes, o exame da controvérsia nesta instância extraordinária implica análise prévia da legislação de regência, consoante se infere do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, acostado às fls. 163/173, do qual transcrevo os seguintes tópicos:

"(...) Com efeito, extrai-se, a uma, que o caso dos autos não testemunha infringência ao princípio da irredutibilidade salarial, já que tanto os vencimentos básicos dos recorrentes como sua remuneração global permaneceram intactos após incidência dos Decretos 36.014 e 36.015, quando não foram majorados (cf. fls. 164 e 182). Absorvidas suas vantagens pessoais, a teor do art. 2° daquele primeiro diploma, operou-se somente o reposicionamento proporcional dos funcionários em símbolos de vencimentos mais elevados, assegurado o pagamento de eventual excedente a título de vantagem pessoal temporária.

(...) Nem se diga, por fim, que os diplomas em causa teriam violado o art. 1°, § 4°, da Lei n° 10.470/91, ao não fazerem incidir sobre as vantagens pessoais dos autores o reajuste indiretamente atribuído aos funcionários do Estado. Dá-se que o alcance do preceito limita-se expressamente aos reajustes 'concedidos ao funcionalismo estadual em caráter geral...', ao passo que a revisão combatida reveste-se de feição nitidamente parcial, setorial, como permite o citado art. 6°, § 2°, da Lei n° 11.510/94.

(...) Não diviso, por outro lado, como as vantagens pessoais de que cuida a Lei Estadual n° 10.470/91 poderiam encaixar-se nas ressalvas lançadas pelo art. 39, § 1°, in fine, *à regra da paridade de vencimentos. Tratando-se de benefícios pecuniários outorgados indistintamente aos ex-funcionários da MinasCaixa, hão de sujeitar-se ao mesmo regime atribuído às demais parcelas que integram a remuneração básica dos servidores, vez que nada têm de 'individuais' ou 'relativas à natureza ou local de trabalho'".*

2. Portanto, para divergir do entendimento fixado pelo juízo de origem no sentido de que a incorporação das vantagens pessoais de que trata a Lei n° 10.470/91 ao vencimento básico dos ex-funcionários da MinasCaixa, tal como prescrita pelos Decretos n^{os} 36.014/94 e 36.015/94, não configura ofensa a direito adquirido nem ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, necessário se faz o revolvimento das provas coligidas para os autos, o que é vedado pelas Súmulas 279 e 280 deste Tribunal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Negado provimento ao recurso. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Néri da Silveira e Celso de Mello. Presidiu este julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma, 24.04.2001.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Néri da Silveira e Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República: Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 01.06.2001.)

-:::-

SENTENÇA DE PRONÚNCIA - FUNDAMENTAÇÃO - TEOR

- A sentença de pronúncia deve consubstanciar a certeza quanto à materialidade do delito e a revelação de indícios sobre a autoria. Não lhe é própria a utilização de tintas fortes quer relativamente à autoria, ou à personalidade do acusado, simples acusado, quer às circunstâncias em que ocorrido o crime, sob pena de vício grave, capaz de maculá-la, isto tendo em conta a competência dos jurados para o julgamento e a necessidade de manutenção, pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, da eqüidistância desejável. A sentença de pronúncia não pode servir de argumento à acusação, influenciando o ânimo dos jurados. O comedimento e a sobriedade no emprego dos vocábulos hão de ser constantes. Descabe, a título de fundamentação, tomar de empréstimo peça apresentada pela acusação. Precedente: *Habeas Corpus* **n° 69.133, relatado pelo Ministro Celso de Mello perante a Primeira Turma.**

- Suicídio - Tipicidade - Elemento subjetivo. - O tipo do artigo 122 do Código Penal deve estar configurado em uma das três formas previstas na norma - o induzimento, a instigação ou auxílio ao suicídio, exsurgindo daí o dolo específico.

- Suicídio - Maus-tratos - Lesões corporais. - Em toda ciência, e o Direito o é, os vocábulos, as expressões e os institutos têm sentido próprio, cumprindo àqueles que deles se utilizam o apego à maior tecnicidade possível. Ao contrário do que preceituado no artigo 207, § 2°, do Código Penal Militar, o Diploma Penal Comum não contempla como tipo penal a provocação indireta ao suicídio, de resto cogitada no § 2° do artigo 123 do que seria o Código Penal de 1969, cuja vigência, fixada para 1° de agosto de 1970, jamais ocorreu.

HABEAS CORPUS N° 72.049/8-MG - Relator Ministro MARCO AURÉLIO

Paciente: Tony Nelson Luciano Pereira. Impetrantes: Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outros. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por empate na votação, em deferir o *habeas corpus* para julgar atípicos, penalmente, os fatos previstos na sentença de pronúncia, vencidos, em parte, os Senhores Ministros Maurício Corrêa e Presidente, que deferiam o *habeas corpus* tão-somente para cassar o acórdão e a sentença de pronúncia por violação do artigo 408 do Código de Processo Penal, determinando que outra sentença de pronúncia fosse prolatada.

Brasília-DF, 28 de março de 1995. - *Ministro Néri da Silveira* - Presidente - *Ministro Marco Aurélio* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Marco Aurélio - Ao analisar o pleito de concessão de liminar, assim resumi a hipótese:

Este habeas corpus *é impetrado contra decisão da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerias que implicou o desprovimento de recurso interposto pelo Paciente contra a sentença de pronúncia, oportunidade na qual foi admitida como típica a figura do suicídio provocado, tendo em conta o dolo eventual, bem como colocado em plano secundário o fato de, na sentença de pronúncia, haver o Juízo discorrido, com tintas fortes, sobre a personalidade do Paciente. Sustenta-se que o Código Penal em vigor difere substancialmente do Código Penal Militar. O primeiro, ao dispor sobre o tipo informado pelo dolo - artigo 122 - e o segundo, ao agasalhar o suicídio decorrente não só de provocação direta como também indireta, considerada a inflição de maus-tratos a alguém. Após digressões sobre a hipótese, alude-se à circunstância de a conclusão do Tribunal de Justiça alicerçar-se na sempre polêmica prova indiciária. Em última análise, a submissão do caso ao crivo do Tribunal do Júri estaria a decorrer da assunção do risco quanto ao ato praticado pela companheira do Paciente, com quem teve dois filhos menores. Em passo seguinte, argumenta-se ser incompreensível a verdadeira carga que estaria consubstanciada na sentença de pronúncia, confirmada em grau revisional. O Juízo antecipara-se aos jurados ao asseverar que o Paciente é usuário de droga, sádico, seviciador, companheiro toxicômano, com instintos atávicos. Pleiteia a Impetrante a concessão de liminar que viabilize a suspensão, até o julgamento final deste* habeas corpus, *da realização do Júri programado para o dia 30 próximo.*

A seguir, fiz consignar a seriedade dos argumentos veiculados na inicial. Ao primeiro exame, assentei que restara olvidado o fato de o artigo 122 do Código Penal ter como tipo subjetivo o dolo, ou seja, a vontade de praticar a conduta penalmente glosada. Fiz ver ainda que a sentença de pronúncia que se encontra às folhas 38 a 48 revelaria, ao menos em análise preliminar, o extravasamento dos parâmetros exigidos pela legislação instrumental. Registrei ser sintomático que no acórdão atacado tenha sido lançado como fundamento trecho da decisão no sentido de que "*a sentença de pronúncia deve ser redigida em linguagem serena, sem as influências perturbadoras da isenção da justiça*" não havendo, todavia, "*vício de nulidade no excesso de linguagem, embora censurável ou inconveniente*". Pelas razões supra, deferi a liminar.

Aos autos, vieram as informações de folha 68, acompanhadas dos documentos de folhas 69 a 89. Em síntese, veiculam que o Colegiado, no julgamento do recurso em sentido estrito, acabou por pronunciar de ofício a prescrição da extinção da punibilidade quanto aos delitos conexos, ou seja, lesão corporal de natureza leve e guarda de substância entorpecente, mantendo, no entanto, a sentença de pronúncia.

O parecer da Procuradoria-Geral da República é no sentido da denegação da ordem. É que possível extravasamento quando da sentença de pronúncia não estaria a viciar o processo. Não há que se falar em prejulgamento, já que só aos jurados cumpre definir a culpabilidade do Paciente. De acordo com o Ministério Público, a atuação da Promotoria de Justiça, a partir do que asserido na referida sentença, poderá ser contrabalançada pela proficiência do defensor do Paciente. Quanto ao induzimento ao suicídio, ou seja, à tipicidade da conduta do Paciente, considerado o disposto no artigo 122 do Código Penal, há remissão ao voto proferido pelo Desembargador Edelberto Santiago, salientando que o procedimento do Paciente, impingindo maus-tratos à vítima, acabou por levá-la à

fuga extremada, ou seja, ao suicídio, sendo agasalhável a tese lançada quando da prolação da sentença de pronúncia. Vindo-me os autos conclusos no mês de dezembro passado, despachei abrindo vista ao ilustre advogado Dr. Carlos Mário da Silva Velloso Filho. Retornaram-me no dia 10 de março de 1995, sendo que os liberei para julgamento em 13 imediato (folha 99).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) - Inicialmente, ressalvo entendimento pessoal sobre a competência para julgar este *habeas corpus*, cuja definição, continuo convencido, ocorre consideradas as pessoas envolvidas na hipótese sob exame. O Paciente não goza de prerrogativa de foro. Assim, cabe perquirir a situação daqueles que integram o Órgão apontado como coator - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Os desembargadores estão submetidos à jurisdição direta, nos crime comuns e de responsabilidade, do Superior Tribunal de Justiça - alínea *a* do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal -, o que atrai a pertinência do disposto na alínea *c* do referido inciso, segundo a qual compete àquela Corte julgar os *habeas corpus* quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a*, ou quando o for Ministro de Estado, resguardada a competência da Justiça Eleitoral. Todavia, até aqui não é este o entendimento prevalente. O Plenário, ao concluir o julgamento da Reclamação nº 314-DF, em que funcionou como Relator o Ministro Moreira Alves, firmou que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus*, desde que não seja substitutivo de recurso ordinário, interposto contra ato de tribunal, ainda que não guarde a qualificação de superior. Na oportunidade, fiquei vencido na companhia honrosa dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, tendo findado o julgamento em 30 de novembro de 1993. Conheço do pedido ora formulado.

No mérito, na espécie dos autos, duas são as causas de pedir neste *habeas corpus*: a primeira, alusiva à ausência de tipicidade quanto ao procedimento do Paciente glosado na denúncia e na sentença de pronúncia; a segunda, ligada aos termos em que esta última foi redigida. Permito-me inverter as matérias, examinando, em primeiro lugar, o vício de forma.

A sentença de pronúncia não é, em si, uma sentença condenatória. Objetiva, tão-somente, a submissão do denunciado ao Júri. Tanto é assim que o artigo 408 do Código de Processo Penal encerra a premissa sobre o convencimento do juiz apenas no tocante à existência do crime, sendo suficiente que sobre a autoria haja indícios incriminadores. Descabe, na sentença de pronúncia, abandonar a eqüidistância implicitamente contemplada no *caput* do mencionado artigo e partir para lançamento de quadro que revele a certeza do Prolator sobre a autoria e, mais

do que isso, sobre a personalidade, em si, do réu. A enfática redação da sentença implica afastar do julgamento a ser realizado a indispensável paridade de armas, fornecendo-se ao órgão incumbido da acusação elemento a influenciar, a mais não poder, os jurados, de resto pessoas leigas que vêem não só no magistrado, como também no promotor público, verdadeiros representantes da Justiça, rendendo-lhes, portanto, deferência ímpar. Daí a jurisprudência desta Corte ser reiterada no sentido de que o juiz, ao proferir a sentença de pronúncia, juízo de delibação, deve fazê-lo com a necessária cautela, evitando adentrar, com profundidade, o mérito da causa, não devendo sequer proceder à apreciação crítica e valorativa das provas colhidas ao longo da persecução penal. Conforme observado pelo Ministro Celso de Mello, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 69.133 "*a eloqüência acusatória de que se reveste o conteúdo do decreto de pronúncia impugnado constitui claro exemplo de ofensa aos limites que, juridicamente, devem restringir a atuação processual do magistrado e dos tribunais no momento da prolação deste ato decisório que encerra, no procedimento penal escalonado do Júri, a fase do* judicium acusationes". Da mesma forma já decidiu esta turma ao julgar *habeas corpus* por mim relatado.

A base doutrinária de tais precedentes é facilmente revelada. Percebam-se as seguintes lições:

"*O magistrado que prolata a sentença de pronúncia deve exarar a sua decisão em termos sóbrios e comedidos, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados*" (FREDERICO MARQUES - *Instituição do Júri*, verbete 1, página 323, nº 7).

"*Na fundamentação da pronúncia, deve o juiz usar de prudência, evitando manifestação própria quanto ao mérito da acusação. Cumpre-lhe abster-se de refutar, a qualquer pretexto, as teses da defesa, contra-argumentando com dados do processo, nem mesmo para acolher circunstâncias elementares do crime. Sua precípua função é verificar a existência de* fumus boni juris *que justifique o julgamento do réu pelo Júri. Devem ser abolidas expressões como: o réu é culpado; o réu agiu com torpeza; o réu provocou a vítima; o réu confessou plenamente o delito, tanto na polícia como em juízo; bem como outras que conduzam a prejulgamento em prejuízo da defesa no Plenário. A singeleza das expressões é recomendada, tanto mais que ao Júri é que compete, exclusivamente, apreciar as provas por seu merecimento*" (ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO E RUI STOCO - *Teoria e Prática do Júri*, 4ª edição, Revista dos Tribunais - São Paulo - 1991, página 143).

De igual modo, encontramos a óptica de HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO:

"*Nem só ao rebater os argumentos das partes, como a oferecer o seu convencimento, o juiz, na pronúncia, para não ultrapassar o permissivo*

na decisão interlocutória de encaminhamento da imputação, e para não influir, indevidamente, no espírito dos jurados, deve ter o comedimento das expressões, para que não sejam ultrapassados os limites de decisão marcantemente de efeitos processuais.

(...) Assim, a decisão de pronúncia tem somente por admissível a acusação, sem sobre ela projetar um definitivo juízo de mérito" (*Júri*, 6ª edição, Revista dos Tribunais - São Paulo - 1990, página 77).

Cumpre, então, saber em que termos foi emanada a sentença de pronúncia em relação à qual se rebela o Paciente. Tomando de empréstimo, ao que tudo indica, o colorido da manifestação acusatória, esta lançada ao mundo jurídico sem peias e com nuances fortes, como ocorre na maioria das vezes, o Juízo deixou estabelecido que:

"No singular dia 04 de outubro de 1986, dia de Francisco de Assis, o Seráfico, pela manhã L.C.O., morre de forma violenta, nesta Capital e Comarca, no interior do apartamento 404, da rua Tupis - 85.

A Polícia é acionada, entrando em campo, depois de muito briquitar e apurar remete o inquérito à Justiça, como se tratasse de um crime de 'lesões corporais', indo para a 2ª Vara Criminal, em 03.02.87. O Promotor de Justiça, fls. 84, pede diligências, as quais foram cumpridas. Voltando o processo ao Ministério Público, vendo a tragédia humana, ali na 2ª Vara Criminal, entende ser o feito da competência do Júri, fls. 98. A ponderação é acolhida pelo Juiz da 2ª Vara Criminal, fazendo-se a remessa do processo ao 1º Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, aqui recebido em 23.06.87, fls. 102. O Promotor de Justiça que aqui servia, fls. 103, se manifesta e pede a devolução do processo novamente à 2ª Vara Criminal, sendo este pedido acolhido, às fls. 105.

O Promotor da Justiça, em atuação na 2ª Vara Criminal, fls. 106-v. se manifesta, entendera ter ficado estabelecido e suscitado um conflito de atribuições.

Diante do impasse, o processo por determinação do MM. Juiz da 2ª Vara, fora remetido ao Exmº Senhor Procurador-Geral da Justiça, em 07.08.87, fls. 108, onde dirimidas as dúvidas, com as avaliações perfunctórias, firmou-se que a competência seria a favor da Promotoria de Justiça junto ao Tribunal do Júri, fls. 109/113.

O processo chega a este Tribunal do Júri em 29.09.87, fls. 116, quando se determinara que fosse dado (sic) *vista ao Ministério Público, o qual na pessoa do Promotor de Justiça, Dr. Arnaldo Coelho, não regateou em apresentar a Denúncia contra a pessoa do acusado Tony Nelson Luciano Pereira, em 05.10.87, nos seguintes termos, alegava, diante do que estava contido no inquérito ser o acusado Tony Nelson Luciano Pereira, brasileiro, solteiro, corretor de imóveis, residente e domiciliado nesta cidade de Belo Horizonte, na rua Tupis - 85 apt° 404, filho de Antonio Luciano Pereira Filho e Maria Helena Pereira, estando incurso nas penas do art. 122, § único, item II c/c art. 129 do Código Penal Brasileiro e art. 16 da Lei 6.368, de 21.10.76, por haver constado que o acusado em 1981, passou a se relacionar sexualmente com a vítima L.C.O., ainda menor com a idade de 14 anos, praticando a sedução, vindo a engravidá-la. 1. 'Desde o início da convivência sempre houve vários atritos, pois o acusado Tony era usuário de drogas, especificamente, maconha, e constantemente agredia a jovem e inexperiente vítima L.C.O., na cidade de Lagoa da Prata, onde a família do acusado tinha o total domínio do lugar, como um feudo'. '2. Os desatinos do acusado na cidade de Lagoa da Prata, o levou a ser ameaçado de morte, por um outro cidadão, temeroso, o acusado se baldeara de Lagoa da Prata para Belo Horizonte, trazendo consigo a vítima L., com quem se amancebara, já tendo um filho e engravidada de um segundo filho, o qual aqui nascera, tendo se estabelecido e domiciliado na rua dos Tupis - 85, apt° 404'. '3. A vida do par, em nada mudara, pois o acusado continuava a ser o sádico seviciador da pobre L., a qual por quatro vezes tentou abandoná-lo, voltando ela para a casa de sua progenitora, para se ver livre dos insuportáveis maus tratos injustamente impingidos'. Porém o acusado com sua força de persuasão sobre a pobre família e pessoa da vítima a fazia voltar para Belo Horizonte, de forma obrigatória. Vem ainda o nascimento da terceira filha, o casal se desestrutura por completo e diante da desgraçada vida que se levava, L. pretendeu tentar o auto-extermínio, sendo que o acusado a impedira, porém diante disto, a vida do casal continuava a ser um inferno e a vítima submetida às mais infamantes humilhações e agressões injustas e caprichosas, por parte do sádico companheiro toxicômano. Tudo foi perdendo o sentido para aquela pobre mocinha de Lagoa da Prata, filha de uma empregada, porém formosa, até que surge o dia do fato denunciado, 04.10.86, a vítima já sem esperança e desesperada com as habituais e constantes maus tratos reiterados infligidos pelo acusado, o qual, na noite anterior a espancara covardemente, na presença dos filhos, já se sentindo sem qualquer apoio, vilipendiada no mais profundo do seu ser, sem qualquer saída das garras do acusado, pessoa de posses, teres e haveres, e ela um pobre moça, filha de uma empregada doméstica, totalmente dependente dos patrões de Lagoa da Prata, não teve outra alternativa a não ser colocar termo na sua vida juvenil, tão infeliz e ainda jovem. Nesta circunstância é que foi a vítima levada a se apoderar de um revólver Taurus 38 e dispará-lo contra sua própria pessoa, à altura da região esternal, saindo o projétil ao nível da região escapular direita. Ao seu lado foi encontrado um bilhete, sem explicar contudo seu derradeiro gesto. Assim se findara a vida de sofrimento terreno ao lado do acusado. '... pois é morrendo que se vive para vida eterna!', conta Francisco de Assis.*

O comportamento do acusado para com a vítima a induzira ao suicídio, pois desde que se apossara, por sedução, da pessoa da vítima, o acusado somente lhe dera maus tratos e humilhação graves e ilimitadas pancadarias e vexames de vida. O próprio acusado é claro em falar o quanto era malvado pra com a pessoa da vítima. Como não se bastasse, ainda naquele dia e momento em que a polícia ali estava para o desempenho dos serviços, encontra ainda cerca de 12 gramas de Cannabis Sativa, *de propriedade do acusado, conforme suas próprias declarações, no interior do apartamento.*

O acusado ao ser interrogado, estando presente e acompanhado por seu defensor constituído, fls. 122, procura dizer ser verdade, em parte denúncia contra a sua pessoa, mas não nega que era uma pessoa desumana para com a vítima, com quem vivera maritalmente por cinco anos, gerando três filhos. O acusado revela sua pusilanimidade e o modo de ficar sem a posse da vítima, pessoa modesta, filha de uma empregada e que fazia submissamente tudo que o acusado impunha. O acusado se ufana de ter na vida oportunidade de vários conhecimentos e namoros com outras muitas mulheres e moças, inclusive Miss, porém a preferência haveria de recair sobre uma pessoa mais modesta e dependente, para que o acusado fosse, capaz de dar largas aos seus instintos atavicos. No interrogatório está contido que a vida do acusado, para com a vítima era de pancadarias e agressões, não se teve a mínima notícia de momentos agradáveis. O acusado também confessa a sua condição de usuário de tóxico, falando ser pessoa sensível às más influências.

A douta defesa, se manifestando às fls. 125, alega que o acusado não participou em suicídio e apresenta rol de testemunhas.

As testemunhas arroladas na Denúncia foram ouvidas, fls. 135 até 141, sendo que o depoimento da informante Eva Maria de Oliveira era para ser tomado por precatória remetida ao Juízo da comarca de Lagoa da Prata, havendo desistência dos depoimentos das testemunhas faltosas, pois de modo geral não foram testemunhas presenciais. Foi enviada a carta precatória inquiritória ao Juízo de Lagoa da Prata, e, 23.08.88, fls. 144, cumprida e devolvida, fl. 160, com o depoimento da informante Eva Maria de Oliveira, mãe da vítima. As testemunhas trazidas pela defesa foram ouvidas às fls. 186/191, havendo desistência das testemunhas faltosas.

O Ministério Público apresenta suas alegações finais, fls. 192, onde pede a pronúncia do acusado, tanto no induzimento ao suicídio, quanto em lesões corporais e ainda art. 16 da Lei de tóxicos. A douta defesa, fls. 194, se concentrava mais em falar não ter o acusado participado em suicídio e se esteiava em um bilhete deixado pela vítima. Fala ainda que os maus tratos se deram a uma semana antes do fato denunciado e em suma pedia a impronuncia do acusado.

Não logra bom êxito a defesa, pois na noite anterior ao fato, o acusado havia espancado a vítima, coisa que já era habitual na vida de ambos. O acusado prepotente se impunha incondicionalmente sobre a vítima jovem moça, filha de uma empregada, a quem o acusado conquistara e seduzira com doces palavras para poder se assenhorear da menina. Basta que se veja o depoimento de Eva Maria de Oliveira, mãe da vítima, fls. 159, prestado perante o Juiz de Lagoa da Prata e também que o mesmo seja confrontado com o depoimento de fls. 21, na fase policial. Este depoimento é a alma do processo, onde se percebe o nexo da causa e efeito. Eva Maria era empregada na Cia. Ind. e Agrícola Oeste de Minas em Luciania - Município de Lagoa da Prata, indústria esta de propriedade do Sr. Antônio Luciano Pereira Filho, pai do acusado, falecido, porém não esquecido do povo, pois era um homem super rico, cuja vida era do conhecimento de toda a população nos seus mais variados e morais aspectos. O acusado é filho legítimo do referido cidadão que vivera entre nós. O acusado foi para Luciania, sendo que Eva Maria foi designada para ir trabalhar na casa onde morava o acusado, filho do dono da Indústria. Tal casa ficava na Matinha, bem separada de todos. O acusado veio a conhecer a vítima a ponto de sempre falar para Eva Maria 'ele sempre falava que eu era uma mãe para ele e a L. uma irmã mais nova'. A vida andou e o acusado vem a engravidar a vítima, a princípio estimada como irmã mais nova. Vem o desenrolar dos acontecimentos e até mesmo as propostas de prática de aborto, sempre recusadas pela vítima. A vida tumultuada, com os incidentes e o acusado sempre na constante procura da vítima, não admitindo em perdê-la. Com os descontroles do acusado foi mesmo prometido de morte ali em Lagoa da Prata, com isto veio para esta Capital. Tendo chegado ao conhecimento de Eva Maria a morte de sua filha, esta viera até Belo Horizonte, indo se ter com o Dr. Luciano, pai do acusado.

Com relação ao bilhete, onde a defesa se arrima, este tem uma dúvida. Vejamos, como nos fala Eva Maria, lá em Lagoa da Prata o acusado engravidara uma moça de nome N. F., porém como não concordava o acusado com isto, o acusado obrigara a N. a escrever um bilhete onde o isentava de responsabilidade. Escutando inda Eva Maria a qual nos relata a fala da neta A. recordando a morte da mãe, alega que o acusado na noite anterior ao fato, houve uma briga e o acusado de arma em riste para a vítima, um revólver de cor preta.

Há notícia de que a vítima era educada e quietinha porém o acusado turbulento falava em tom alto e corria o comentário de ser o mesmo um maconheiro, fls. 25, confirmado pelo depoimento de fls. 139.

Ainda Eva Maria, fls. 159 quem fala que trabalhava para o acusado como doméstica e hoje, por determinação de Dr. Luciano, recebe um salário para cuidar dos netos, isto é os filhos da vítima e acusado.

'Acaso o bilhete escrito pela vítima não fora obtido da mesma forma que o bilhete escrito pela N. F.!... são as artes dos ricos para com os pobres, os quais não tem voz e nem vez. Até quando esta situação haverá de perdurar... Os defuntos não falam e nós ficamos no mundo das aparências, vendo os caprichos dos fornicadores em seus sibaritismos e picuritismos'.

A má vida impingida pelo acusado sobre a vítima, não lhe dando a mínima oportunidade de se ver livre de sua posse sádica, foi o que induzira a infeliz vítima ao auto extermínio. Não adiantava a fuga da vítima, pois o acusado, com toda a sua prepotência fazia com que a vítima se quedasse sob seus caprichos infames e violentos, a ponto de preferir a própria morte.

A motivação do crime se prendia não tanto à menoridade da vítima, pois a mesma ainda era menor de idade, contando com 19 anos de vida, não sendo emancipada e nem mesmo casada e sim posta como concubina para a fornicação do acusado, já por cinco anos de cativeiro, sem qualquer capacidade de resistência quer física quer moral, contra o acusado.

Está comprovado também que a vítima sofrera lesões corporais tendo o acusado confessado ter ofendido a integridade física da vítima. Tal afirmação também se embasa no ACD e levantamento do local.

O acusado também, e está confesso, guardava e trazia consigo para o seu uso próprio, substância entorpecente. Tal substância foi apreendida e levada a exame quando da ação policial, no local do crime em julgamento, regularmente periciado, fls. 14 e fls. 27, Laudo nº 7.071/86, positivamente, maconha.

A tese sustentada pela douta defesa, em suas alegações finais não restaram comprovadas para lograr a impronúncia do acusado. Porém tal tese, com o saber do ilustre Defensor e respeitável professor, poderá vir a ser demonstrada em plenário, perante o Tribunal do Povo.

O Ministério Público pede a Pronúncia do acusado, nos crimes praticados. Porém não assiste boa razão ao Ministério Público pedir a decretação do inciso II do § único do art. 122, do Cd. Pn. Cr.".

Inegavelmente, o Juiz sentenciante endossou o que asseverado pelo titular da ação penal, formalizando, assim, peça que se distanciou, em muito, dos parâmetros impostos pelo ordenamento jurídico vigente.

Por tais razões, já aqui procede o insurgimento de que cuida esta impetração.

Cabe agora análise da argüida ausência de tipicidade. Teve-se o Paciente como incurso nas penas do artigo 122, parágrafo único, item II, combinado com o artigo 129 do Código Penal. De início, exsurge da sentença de pronúncia verdadeiro *bis in idem*. Os

mesmos fatos estariam a configurar, a um só tempo, o tipo do artigo 122 - mais precisamente no que se refere a induzimento - e o do artigo 129, atinente à ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem - lesão corporal. No particular, olvidou-se quer o sentido vernacular dos vocábulos que consubstanciam núcleos do artigo 122 do Código Penal, quer o técnico, consagrado pela melhor doutrina. O crime apenado no artigo em comento pressupõe o induzimento, a instigação ou auxílio a suicídio. Conforme ensina CELSO DELMANTO, em *Código Penal Comentado*, três são as formas previstas quanto ao tipo objetivo: induzir, a significar o incitamento; instigar, no que pressupõe o estímulo à idéia já existente; e auxiliar, ou seja, prestar ajuda material. No caso dos autos, concluiu-se pela materialização da conduta tipificada, a partir do entendimento de que o Paciente tratava a vítima de maneira agressiva, causando-lhe, inclusive, lesões corporais. Em momento algum, disse-se que no tumultuado relacionamento teria havido incitamento, instigação ou auxílio visando ao suicídio. Tipo subjetivo da figura penal do artigo 122 é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar a conduta prevista, reclamando-se o objetivo maior, ou seja, o de que a vítima venha a se matar. O dolo é o específico, não se podendo cogitar, no caso, de participação no crime por simples culpa. Ora, o procedimento do Paciente, maltratando a vítima no correr da relação que mantiveram, inclusive provocando lesões corporais, não é de molde, de per si, a concluir-se por uma das formas previstas no tipo. Contava a vítima com o meio de buscar o afastamento do quadro, inclusive promovendo a separação e apresentando à autoridade competente a cabível queixa. Tal sujeição, durante todo o lapso de tempo, mostrou-se voluntária, o mesmo ocorrendo quanto ao próprio suicídio. O fato de uma pessoa proporcionar a outra momentos desagradáveis, chegando, até mesmo, a provocar-lhe lesões corporais, não implica afirmar-se, caso venha a ocorrer o suicídio, ter contribuído para este mediante induzimento ou instigação. Em boa hora, os Impetrantes alegaram que, à espécie, não pode ser aplicado o Código Penal de 1969, isto é, o diploma que, com vigência prevista para o dia 1º de agosto de 1970, acabou desconsiderado. Dele realmente constam duas figuras delituosas distintas. No artigo 123, tem-se a provocação direta ou auxílio ao suicídio:

"*Artigo 123. Instigar ou induzir alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, vindo o suicídio a consumar-se*".

Tal como disposto no artigo 122 do Código em vigor, cominou-se pena de dois a seis anos, aludindo-se à reclusão. A seguir, inovando-se - e com isto confirmando-se o intróito da exposição de motivos, segundo a qual o projeto de Código Penal decorria essencialmente de lições de Nelson Hungria - agasalhou-se a figura da provocação indireta ao suicídio: "*§ 2º - com detenção de um a três anos, será punido quem desumana e reiteradamente inflige maus-tratos a alguém, sob sua*

autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso, à prática do suicídio".

Frente às premissas fixadas na sentença de pronúncia, tem-se a hipótese como enquadrada não no tipo do artigo 122 do Código Penal vigente, no qual exigido o dolo específico, mas no § 2º do artigo 123 do Código Penal de 1969, que, no entanto, não chegou a entrar em vigor e que, como já salientado, foi norteado pela divisão técnica de Nelson Hungria, ou seja, pela admissibilidade do dolo eventual. Como então, diante da ordem jurídica em vigor, entender-se que se tem sentença de pronúncia com ela harmônica? Descabe partir para inserção no Código em vigor da figura da provocação indireta ao suicídio, por melhor que seja o objetivo visado. As normas penais, no que definidoras do tipo, não podem ser interpretadas de modo extensivo, a ponto de abranger hipótese não contemplada. Assim, tem-se distinção entre o Código Penal e o Código Penal Militar. Este, tal como ocorreria se estivesse em vigor o Código Penal de 1969, prevê - e o faz expressamente, como é próprio à disciplina de tipo penal - a provocação indireta ao suicídio, fazendo-o mediante preceito do § 2º do artigo 207:

"*Artigo 207 - Instigar ou induzir alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, vindo o suicídio a consumar-se*".

Considerado o *caput*, verifica-se preceito em tudo semelhante ao do artigo 122 da legislação penal comum, inclusive relativamente à pena de dois a seis anos. No § 1º cogita-se da agravação da pena, tendo-se norma também idêntica à do Código Penal. Já no § 2º é de notar que restou acolhida, ao contrário do que se tem na legislação penal comum, a provocação indireta ao suicídio:

"*§ 2º - Com a detenção de três anos, será punido quem, desumana e reiteradamente, inflige maus-tratos a alguém, sob sua autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso, à prática de suicídio*".

Ademais, é mister registrar que, no tocante à provocação indireta ao suicídio, tem-se a pena de detenção, e não de reclusão, de um a três anos, considerado o espaço de tempo substancialmente inferior àquele alusivo à instigação, induzimento ou auxílio, ou seja, a forma direta. Tanto houve influência, no Código Penal de 1969, do que preconizado por Nelson Hungria, a par da referência explícita na exposição de motivos, que este, em comentários ao Código Penal, olvidando a necessidade de se ter, para figura típica, o dolo específico, consignou na edição forense de 1958, volume 5º, página 234, o que acabou sendo tomado de empréstimo pelo referido Código de 1969:

"*Induzimento ao suicídio são os maus-tratos reiteradamente infligidos a alguém, vindo este a matar-se de desespero, uma vez que haja o dolo, direto ou eventual, específico do crime, isto é, a aceitação do risco de que a vítima se suicide*".

Mais uma vez, reitere-se que a sentença de pronúncia esta lastreada apenas nos maus-tratos (no sentido vulgar e não técnico-penal) a que a vítima, companheira do Paciente, estava submetida. Em momento algum, aludiu-se a qualquer procedimento que pudesse ser tomado como instigação ou induzimento ao suicídio. Nem mesmo se disse de frase genérica reveladora de que a saída para a vítima era o suicídio.

Portanto, não se pode aplicar à espécie quer o Código de 1969, que disciplinou a matéria à luz da lição de Nelson Hungria, quer o Código Penal Militar. Tenho que a sentença de pronúncia discrepa, a mais não poder, da regra fechada, exaustiva do artigo 122 do Código Penal. Revela tal provimento que o Paciente teria, mediante tratamento desumano reiterado, à mercê da inflição de maus-tratos à vítima, provocado indiretamente o suicídio desta. Todavia, sob o ângulo restrito do suicídio, o comportamento não é apenado pelas normas em vigor. Alfim, concedo a ordem para, na espécie, cassar o acórdão da Corte de origem, na parte em que manteve a sentença de pronúncia.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa - Sr. Presidente, estou com alguma dúvida com relação à conclusão a que chegou o Ministro Marco Aurélio no que tange à impronúncia; é quanto a isto que estou preocupado.

Com relação ao primeiro fato, narrado por ele muito bem, e que está belissimamente posto no memorial que recebi, de uma forma concisa, inteligente, convenço-me de que realmente, nos termos do art. 408 do Código de Processo Penal, o Juiz não poderia absolutamente exacerbar na linguagem, entrando praticamente no mérito da questão e isso iniludivelmente influencia no corpo de jurados; é uma questão que está afeta ao Tribunal do Júri, e ao Juiz não competia fazer ilações preestabelecidas quanto ao mérito. Por esta razão, entendo que os autos merecem uma nova pronúncia. Mas não anularia o acórdão para determinar a impronúncia.

De modo que a minha divergência com o Ministro Marco Aurélio é apenas esta. Quanto ao primeiro fundamento, defiro o *habeas corpus* para que seja lavrada uma outra sentença.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Rezek - Penso que o vício de composição da sentença de pronúncia não é *causa*: é *efeito* da opção do Magistrado por capitular, no art. 122 do Código Penal, uma conduta que a tanto não poderia ter induzido. Os comentaristas do Código Penal se referem a esse tipo como algo que reclama dolo específico, dolo direto. Deveria ter havido o propósito de provocar o auto-extermínio da vítima; e deveria ter havido, fosse o caso de pronunciar-se o réu, uma descrição daquilo em que consistiu esse induzimento ou instigação. Aqui se fala de um casamento infeliz e de maus-tratos.

O mais são considerações de ordem econômica, social e familiar com que o Juiz dá ênfase a seu convencimento numa fase precoce, não descrevendo, porém, em tese sequer, uma conduta humana ajustada ao art. 122 do Código Penal.

O vício da linguagem utilizada nesta sentença de pronúncia é, assim, o efeito dessa opção inicial por enquadrar, em determinado dispositivo de lei penal, certa situação de fato ali dificilmente enquadrável.

Refleti sobre as posições variantes, exteriorizadas pelo Ministro Relator e pelo Ministro Maurício Corrêa. Convenço-me mais dos argumentos do Relator quanto ao tema de tipicidade. Meu voto acompanha o de Sua Excelência.

VOTO

O Senhor Ministro Néri da Silveira (Presidente) - Como já manifestei durante os debates, vou pedir vênia aos Srs. Ministro Relator e Francisco Rezek, para me situar na posição que acaba de adotar o Sr. Ministro Maurício Corrêa.

Penso também que, como S. Exa., na espécie, o que é desde logo censurável na sentença de pronúncia, confirmada pela Corte, indigitada coatora, são exatamente os termos com que lavrada essa decisão, desatendendo ao art. 408 do Código de Processo Penal.

Tenho votado na Turma no ponto, não com a extensão dos votos que foram referidos da Tribuna. Penso que o Juiz, devendo motivar sua decisão de pronúncia, nos termos do art. 408 do CPP e do art. 93, IX, da Constituição, não pode, desde logo, ser limitado na fundamentação; e, com cautela, é que avanço em eventual censura aos termos da sentença, sobre as cores com que o Juiz fundamenta o comportamento do réu, do denunciado, na decisão de pronúncia, para encaminhá-lo ao Júri.

Tenho registrado esse aspecto que me parece muito importante. Se se considerar nesse sentido que qualquer adjetivação do Juiz quanto ao comportamento do réu na sentença de pronúncia poderá exercer influência marcante no ânimo dos jurados, então não se poderá compreender exatamente a decisão do Tribunal de Justiça, afirmando que a sentença absolutória é manifestamente contrária à prova dos autos, para tanto fazendo exame em profundidade dos autos. De fato, quando o Tribunal de Justiça cassa a decisão do Júri, afirmando que é manifestamente contrária à prova dos autos, deve fazê-lo de maneira fundamentada, o que quer dizer, examinado a prova dos autos, evidenciando que não existe nos autos uma versão possível para absolvição.

Na prática do Júri, todos sabemos que o acórdão do tribunal que cassa a decisão absolutória do Júri, mandando o réu a novo julgamento, tem uma influência no ânimo dos jurados, no segundo julgamento, sempre relativa; do contrário, seria muito difícil que o Júri repetisse a absolvição, se fosse emprestar tanta importância à fundamentação do acórdão que cassou a primeira decisão. Na prática do Júri, normalmente acontece a segunda absolvição; de ordinário, confirmando-se a primeira decisão do Júri, o réu é absolvido pela segunda vez.

Assim sendo, não empresto significação tão rigorosa aos termos com que fundamenta o Juiz a sentença de pronúncia, porque isso pode ter reflexo apenas relativo, ou nenhum, no ânimo dos jurados.

No caso concreto, entretanto, penso que, realmente, o Juiz não só examinou indícios, elementos de natureza indiciária, mas invocou fatos, inclusive o comportamento do pai do denunciado, para chegar a conclusões quanto a haver ele, efetivamente, instigado a vítima ao suicídio. Entendo, porém, que o Juiz, na espécie, não se limitou a mero exame das provas dos autos para identificar a materialidade e a existência de indícios de autoria da prática do crime de instigação ao suicídio. Embora a posição que tenho a respeito do vício de forma na sentença de pronúncia, no caso concreto, acompanho o eminente Ministro Relator e os votos que me antecederam, pois entendo que se caracteriza o vício de forma. Não posso, todavia, acompanhar o eminente Ministro Relator no que concerne à impronúncia do réu neste julgamento de *habeas corpus*. O voto do Sr. Ministro Relator, embora S. Exa. não tenha, desde logo, ao que compreendi, expressamente julgado impronunciado o réu, não há dúvida de que chega a tanto, à medida que o acórdão que cassa a decisão de pronúncia realiza análise em profundidade da prova dos autos, para atingir a conclusão de que os fatos não possibilitam a tipificação no art. 122 do Código Penal.

Dessa maneira, peço vênia ao Ministro Relator para não acompanhá-lo na conclusão, quanto à impronúncia do paciente. Anulo a sentença e determino que outra decisão de pronúncia seja lavrada, com obediência ao art. 408 do Código de Processo Penal, analisando os fatos como estão postos no processo. O que não posso entender é que, no julgamento do *habeas corpus*, contra essa decisão de pronúncia, em que se anula a sentença, por unanimidade de votos, por vício de forma, também, desde logo, se casse a sentença pelo exame dos fatos. Esse exame haveria de resultar em nova sentença e a tipificação dada, na nova decisão, é que viabilizará o recurso, em sentido estrito, ao Tribunal e, quiçá, um exame da matéria em novo *habeas corpus*, nesta Corte, se mantidos os mesmos termos.

Concedo o *habeas corpus*.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por empate na votação, foi deferido o *habeas corpus* para julgar atípicos, penalmente, os fatos previstos na sentença de pronúncia, vencidos, em parte, os Senhores Ministros Maurício Corrêa e Presidente, que deferiam o *habeas corpus* tão-somente para cassar o acórdão e a sentença de pronúncia por violação do artigo 408 do Código de Processo Penal, determi-

nando que outra sentença de pronúncia fosse prolatada. 2ª Turma, 28.03.95.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República: Dr. Mardem Costa Pinto.

Wagner Amorim Madoz - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 18.05.2001.)

-:::-

PENAL - PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* - GUARDA DOS FILHOS MENORES

- I - O *habeas corpus* não se presta a decidir questão ligada à guarda de filhos, matéria a ser tratada no juízo cível.

- II - *HC* não conhecido.

HABEAS CORPUS Nº 75.352/3-CE - Relator: Ministro CARLOS VELLOSO

Paciente: E.G.M. Paciente: M.G.M. Paciente: A.G.M. Impetrantes: Francisco Cláudio Rocha Victor e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, não conhecer do *habeas corpus*, vencidos os Srs. Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio, que dele conheciam.

Brasília-DF, 19 de agosto de 1997. - *Ministro Néri da Silveira* - Presidente. - *Ministro Carlos Velloso* - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor dos menores E.G.M., M.G.M. e A.G.M., com pedido de liminar, em que se requer a concessão da ordem para que os referidos menores permaneçam na companhia da mãe, na Cidade de Juazeiro do Norte-CE, onde se encontram, até a decisão final da ação de separação litigiosa ajuizada pelo pai dos menores no Juízo da 2ª Vara da Comarca de Picos-PI. Aponta como órgão coator o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Alega-se que a mãe dos pacientes, ora impetrante, separou-se de seu

marido, G.M.M., com quem era casada desde 25.12.81, em razão dos maus-tratos de que ela e seus filhos vinham sendo vítimas, já que seu marido é homem violento, já tendo, inclusive, respondido a Júri por crime de homicídio, de que veio a ser absolvido.

Esclarece a impetrante que, tão logo se separou de seu marido, passou a residir com seus pais, em Patos-PB, mas se encontra, agora, residindo em Juazeiro do Norte-CE, em companhia de seus três filhos, atualmente com 12, 11 e 8 anos, os quais não querem voltar a morar com o pai.

Em 09.01.95, o Juiz de Direito de Picos-PI, acolhendo parecer do Ministério Público, concedeu "*provisoriamente a guarda dos menores ao requerente (o pai) até o julgamento definitivo da lide...*", ao único argumento de que os menores estavam matriculados em colégio daquela cidade. Entende a impetração que se trata de decisão injurídica, que contraria a jurisprudência dominante dos nossos tribunais.

Durante as férias de dezembro de 1996, os menores narraram a sua mãe os vexames a que estavam sendo submetidos em companhia do pai, demonstrando que não queriam voltar a morar com ele.

O Promotor de Picos-PI, provocado pela impetrante, requereu ao Juiz que os menores fossem submetidos a exame por psicólogo compromissado (fls. 51).

Assim é que os menores foram submetidos a exame em órgão oficial, no caso a Fundação Desenvolvimento da Criança e do Adolescente, que constatou que o ambiente em que se encontram, em companhia da mãe, "*é favorável, as pessoas que ali residem são idôneas e as crianças são aceitas por todos, recebem amor, carinho e compreensão, favorecendo para o desenvolvimento bio-psíquico-social das crianças*". Constatou, ainda, o exame que os jovens de 11 e 12 anos estão inseguros, revoltados e com medo, "*diante da situação que estão vivenciando, a separação dos pais, temendo retornarem para a cidade de Picos-PI...*" (ver relatórios, laudos e avaliação psicológica de fls. 52/61).

Ao agravo interposto da decisão do Juiz de Picos, que concedeu a guarda provisória dos menores ao pai, o TJPI negou provimento, mantendo a decisão de primeiro grau.

A ora impetrante ajuizou perante o foro da Comarca de Juazeiro do Norte ação autônoma para obter a guarda dos menores. O Juiz da Vara Privativa da Infância e da Juventude, acolhendo parecer do Ministério Público, concedeu a guarda provisória dos menores à impetrante, pelo prazo de 90 (noventa) dias. Contra essa decisão o pai dos menores ingressou no TJCE com agravo de instrumento, a que o Presidente do Tribunal, por se tratar de recesso forense, conferiu efeito suspensivo ao agravo "*para suspender, até ulterior decisão desta corte, os efeitos do despacho atacado...*" (fls. 69/71). Contra essa decisão foi interposto agravo regimental, a que a Segunda Câmara Cível negou provimento,

mantendo o despacho do Presidente do Tribunal (fl. 72).

Após fazer longas considerações sobre o cabimento de *habeas corpus* no caso e invocar o acórdão proferido pela egrégia Segunda Turma desta Corte no *HC* 69.303-MG, caso semelhante ao destes autos, requerem os impetrantes a concessão da ordem para que os menores permaneçam com a mãe até a decisão final da ação de separação que tramita na Comarca de Picos-PI.

A medida liminar foi concedida pelo ilustre Ministro José Arnaldo, do STJ, Corte a que foi dirigida a impetração (fl. 98).

Vieram aos autos as informações prestadas pelo eminente Desembargador Presidente da egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (fls. 146/147), com os seguintes esclarecimentos:

"*Efetivamente, o pai dos menores apontado como Paciente, ingressou com recurso de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, tendo em vista que a matéria já restara decidida no juizo da Comarca de Picos, deferindo a guarda dos menores em favor do pai, decisão esta confirmada em segundo grau, mais precisamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.*

O recurso, tendo em vista haver ingressado neste Tribunal de Justiça e despachado pelo então Presidente desta Corte durante o recesso forense, foi pelo mesmo examinado e na ocasião deferida a suspensividade.

Abordava o Agravante, primordialmente, que a matéria já restara decidida no tocante à guarda dos menores Pacientes, no Estado do Piauí, daí debater-se pela litispendência e a coisa julgada.

Redistribuídos os autos, após o término do recesso forense, foram-me distribuídos, já com petição dos menores, assistidos por sua genitora, dizendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente conferia direitos aos Pacientes, para, mesmo sendo menores, buscarem proteção onde quer que estivessem, no caso em companhia da mãe na cidade de Juazeiro do Norte, neste Estado, e que, no caso, não se poderia cogitar de litispendência ou coisa julgada, até porque essa última, em se tratando da matéria pertinente à guarda de menores, não fazia coisa julgada, ainda que deferida definitivamente, quanto mais provisoriamente, debatendo-se, ademais, pelo sentido protecionista que se deveria dar ao menor e ao adolescente.

Requereram os Agravados, caso não fosse reconsiderado o anterior despacho do eminente Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Ceará, resultasse a petição recebida como Agravo Regimental, o que tive por acolher.

Submetido o Agravo Regimental à apreciação desta Câmara, à unanimidade, ao mesmo não se deu provimento, muito menos em razão dos fundamentos apresentados de parte à parte, mas por entender que a matéria estaria toda ela afeta ao que já restara decidido pelo Poder Judiciário do Estado do Piauí, em primeiro e segundo grau.

Por tais esclarecimentos, até se poder dizer que, já que a guarda provisória concedida ao Agravante G.M., pai dos menores Pacientes, foi inteiramente apreciada, em seu mérito, nas instâncias primeira e segunda do Estado do Piauí, a rigor, esta Câmara, sequer deveria ter sido apontada como autoridade coatora, pois que, ainda não apreciado o mérito do recurso.

Os pacientes, se estão passando por uma situação vexatória, credite-se tão única e exclusivamente às decisões emanadas do Poder Judiciário, no vizinho Estado do Piauí".

Oficiando às fls. 162/164, o Ministério Público, parecer do ilustre Subprocurador-Geral Edinaldo Holanda Borges, opina no sentido do não-conhecimento do pedido, por entender que "*não há como viabilizar a pretensão postulada, porque por complexa exigiria reexame de provas e fatos, que não se compadece com a via estreita do* habeas corpus".

O impetrante protocolou petição (fl. 167), requerendo a juntada de termos de declarações prestadas pelos três menores, ora impetrantes, perante o Dr. Juiz da Infância e da Juventude de Juazeiro do Norte-CE, em que eles relatam, com riqueza de pormenores, os constrangimentos sofridos quando moravam com o pai e afirmam que pretendem continuar morando com a mãe. Alegam que gostam do pai, mas não querem voltar a residir com ele.

Dada nova vista ao *Parquet*, este emitiu novo parecer, em que, invocando o acórdão proferido por esta egrégia Corte no *HC* 69.303-MG, Relator Min. Marco Aurélio, opina no sentido do deferimento da ordem, ao argumento de que:

"*O quadro que se traceja revela, outrossim, a fragilidade da Justiça do Estado, face à onipotência do pai das crianças, beneficiado pela guarda das mesmas, mas em flagrante e injusto detrimento do direito materno que, cuide-se, nenhum fato registra-se que justifique referida destituição*" (fls. 173/175).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator) - Alegando maus-tratos por parte do marido, a mãe dos pacientes retirou-se do lar, em companhia dos três filhos menores, passando a viver, de início, com seus pais, em Patos-PB, e, posteriormente, em Juazeiro do Norte-CE.

O marido ingressou na Justiça da Comarca de Picos-PI, com uma ação de separação litigiosa, em que pedia a guarda provisória dos menores.

O Juiz, adotando parecer do Ministério Público, deferiu o pedido de guarda provisória dos menores ao pai,

ao argumento, constante do parecer do MP, de que os menores estavam devidamente matriculados em estabelecimento de ensino naquela cidade.

M.K.M., mãe dos menores, interpôs agravo de instrumento contra essa decisão, recurso a que a Primeira Câmara Cível do TJPI, por unanimidade, negou provimento.

Temendo a busca e apreensão dos filhos, M.K., representando-os, requereu ao Juiz de Direito da Infância e da Juventude da Comarca de Juazeiro do Norte-CE, onde reside, fossem os menores ouvidos por aquele Juízo e fosse determinado que permanecessem sob a sua guarda, ressalvado o direito de visita e convivência com o pai na residência da requerente, sendo-lhes garantido o direito de não mais retornarem à Cidade de Picos-PI.

Foi deferida a guarda provisória à mãe, por noventa dias (fl. 68).

O pai dos menores agravou da decisão ao TJCE, durante o recesso forense, tendo o Presidente daquele Tribunal emprestado efeito suspensivo ao agravo (fls. 69/71).

Houve agravo regimental, desprovido pela Terceira Câmara Cível do TJCE, ficando, assim, mantida a decisão presidencial (fl. 72).

O *habeas corpus* é dirigido contra esse acórdão.

Pede-se, no caso, a concessão da ordem para que os menores permaneçam com a mãe, até o julgamento da ação de separação que tramita na Comarca de Picos-PI.

O pedido não é de ser conhecido.

É que o *habeas corpus*, ao que sustento, não se presta a decidir questões ligadas à guarda de filhos.

Em decisão recente, em caso semelhante, esta Turma, no *HC* 69.303-MG, Relator para o acórdão Min. Marco Aurélio, decidiu:

"Habeas corpus - *A criança e o adolescente - Pertinência. - À família, à sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, com prioridade, à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - art. 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por conseqüência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem à determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar à manifestação de vontade dos menores - de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e a da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem*" (*RTJ*, 144/233).

Por haver declarado impedimento, não participei do julgamento do citado *HC* 69.303-MG.

Estou convencido, no entanto, do acerto do entendimento manifestado pelo eminente Ministro Néri da Silveira no seu voto, que restou vencido, de que destaco os seguintes trechos:

"*Quando, em juízo de natureza cível, se discute causa referente à guarda de menores, decerto, não é, em princípio, o* habeas corpus *via adequada à solução da controvérsia, salvo se for, efetivamente, possível surpreender inequívoca ameaça ou violência à liberdade de ir e vir dos menores, sob custódia do pai ou da mãe ou de terceiros a quem judicialmente confiada. Se, entretanto, o núcleo da contenda jurídica entre os genitores dos menores concerne à preferência da guarda a ser confiada ao pai ou à mãe, reveste-se a controvérsia de caráter meramente civil, não sendo cabível ter, na decisão com base nas provas, causa de constrangimento ilegal reparável em* habeas corpus.

(...)

Se é exato que a criança e o adolescente 'têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis', consoante o disposto no art. 15 da Lei nº 8.069, de 1990, bem assim que o pátrio poder 'será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer delas o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência' (Lei nº 8.069, art. 21), bem de compreender é que a demanda em que ora se envolvem os pais dos pacientes menores, no foro cível, há de ter, ai, seu julgamento, com as conseqüências de direito, não sendo possível ver decisão contrária à liberdade da criança e do adolescente quando o juiz competente confere a um ou outro dos genitores a guarda dos menores. Há de presumir-se que o magistrado, no exercício desse delicado múnus, terá presentes os superiores in-

teresses dos mais desprotegidos que são os menores, sempre vítimas do infortúnio que é a desavença entre seus pais.

(...)

Compreendo, como todos os juízes, a delicadeza desta causa, mas, também, como juiz, tenho, por primeiro, o dever e a preocupação de somente prestar jurisdição no limite de minha competência. Entendo que não se pode, numa via inadequada, qual seja a do habeas corpus, *dirimir questão eminentemente civil, concernente à guarda de menores. A disputa resulta, precisamente, da desavença entre os pais dos menores, de sua separação*".

No R*HC* 37.890-ES, Rel. Min. Lafayete de Andrada, o Plenário desta Corte, em decisão unânime, entendeu, também, que o *habeas corpus* não é o recurso apropriado para resolver questões referentes ao exercício do pátrio poder. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

"*Ementa: Guarda de filhos. - O* habeas corpus *não é meio idôneo para resolver a questão*".

Apesar de ser delicada a situação dos menores, no momento em companhia da mãe, na Cidade de Juazeiro do Norte-CE, enquanto que o pai, residente em Picos-PI, reivindica a sua guarda, a questão não é de ser resolvida mediante *habeas corpus*.

Do exposto, não conheço do pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim - Sr. Presidente, tendo em vista os esclarecimentos corretos e precisos, como sói acontecer do eminente Ministro Relator, constata-se que a determinação da entrega da guarda dos filhos ao pai se deu pelo único argumento de que os filhos estavam matriculados em Picos.

A mãe, tentando evitar a execução dessa decisão, obtém manifestação do Juízo da Criança e do Adolescente de Juazeiro, que concede, provisoriamente, a guarda dos filhos, por noventa dias, ressalvados os direitos de visita do pai, até que venha a se decidir definitivamente sobre a separação conjugal litigiosa, entre o pai e a mãe.

O pai interpôs agravo, em face da decisão do Juízo da Vara de Juazeiro.

Obteve efeito suspensivo. A decisão do Juízo da Criança e do Adolescente de Juazeiro tornou-se ineficaz. É executável a decisão do Juízo de Picos.

Sr. Presidente, ao que tudo indica, tendo em vista a natureza do requerimento formulado em Juazeiro, as crianças lá teriam sido ouvidas. Por isso, o Juiz da Vara da Criança e do Adolescente daquela comarca concedeu a guarda dos filhos, provisoriamente, à mãe.

Aqui há um conflito entre o pai e a mãe e, também, uma questão de mérito, de fundo, a ser pensada e examinada.

Em casos desta natureza, deve-se ou não dar-se eficácia à vontade das crianças?

Ao que recordo do relatório, todos são menores impúberes.

O que temos é um conflito entre duas decisões: de um lado, uma decisão do Juiz que não ouviu as crianças, o de Picos; de outro, do Juiz que ouviu as crianças e concedeu a guarda provisoriamente à mãe, o de Juazeiro.

Não se pretende resolver a questão cível da separação; a titularidade ou não da guarda dessas crianças; busca-se, por via do *habeas*, obter o respeito à manifestação de vontade dos menores impúberes em permanecer com a mãe, enquanto não for decidida a questão principal entre o casal, que diz respeito à separação judicial, e a quem cabe ou caberá a guarda das crianças.

Sr. Presidente, tive oportunidade de debater longamente essa temática. Programaticamente ou enunciadamente, diz o art. 15 que:

"*A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis*".

E o art. 16:

"*O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos*:

I - *ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais*".

Digo eu.

Restrições legais significam as áreas proibidas ao acesso eventual de menores de idade.

Sr. Presidente, há efetivamente um conflito, de natureza civil, entre o pai e a mãe; mas no bojo desse conflito, dispõe-se sobre o direito de ir e vir dos menores, o direito de estar em algum lugar, seja em Picos ou em Juazeiro.

Não se pretende, ou não se quer, ou não se aceitaria, evidentemente, que o *habeas corpus* se transforme num veículo para solucionar a questão de fundo.

Mas a questão de fundo de natureza civil está determinando constrangimentos a quem a lei preserva e assegura o direito à liberdade de ir, vir e estar - evidentemente o dispositivo restringe-se aos logradouros públicos e espaços comunitários.

Se a lei assegura o direito de ir, vir e estar em logradouros públicos, não pode a lei assegurar o direito de ir, vir e estar junto a alguém ou à casa de alguém?

Será que temos que nos furtar a assegurar a titularidade desse direito, considerando a não-decisão da matéria de fundo em relação a esta separação judicial?

Sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, assegura-se o *habeas corpus*.

No caso, creio que o melhor caminho para enfrentar uma situação, que seguramente não dará solução definitiva a nada no que diz respeito aos conflitos de família, é exatamente aquilo que foi referido na ementa do *HC* nº 69.303.

Leio-a, em parte:

"*Concede-se a ordem para emprestar a manifestação de vontade dos menores de permanecer na residência dos avós maternos e na companhia desses e da própria mãe, eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda, que sempre tem como relativo e por isso possível de ser modificável tão logo as circunstâncias reinantes reclamem*".

Sr. Presidente, não se objetiva solucionar quem tem direito à guarda dos filhos, pois não é essa a questão ora posta.

A questão é: furtar aos filhos sua vontade, tendo em vista as manifestações no sentido de ficar com a mãe, durante e *si et in quantum* não se decidir a questão de fundo definitivamente.

Sr. Presidente, meu caro Ministro Relator, reconheço que estamos numa zona *gris*; mas, tendo em vista a zona *gris*, ouço o grito da criança e não ouço a voz do pai.

Conheço do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa - Sr. Presidente, temos, nesta hipótese que estamos examinando, a certeza de que a mãe dos pacientes saiu de casa em face de desentendimento com o marido, acompanhada de seus filhos, e foi-se abrigar em Comarca de outro Estado, ou seja, saiu de Picos, no Estado do Piauí, e foi para Juazeiro, no Estado do Ceará.

Posteriormente, ajuizou-se ação de posse e guarda das crianças, e o Juiz assegurou esse direito ao pai. Sabe-se - pelo que foi relatado aqui - que, em seguida, a mãe ingressou, perante o Juízo da Vara da Juventude e Adolescência, em Juazeiro, e a ela foi garantida a guarda das crianças, durante noventa dias.

Veio, afinal, agravo contra essa decisão e restaurou-se o direito do pai com relação ao respeito à decisão tomada pelo Juiz da Comarca de Picos, no Estado do Piauí.

Como se vê, estamos diante de fatos; fatos que, a meu ver, tornaram-se impossíveis de ser averiguados, examinados, nesta instância específica e estreita, que é a do *habeas corpus*. Por outro lado, Sr. Presidente, se se assegurar aos menores esse direito de manifestação da vontade, para que se utilizar, valer-se, do aparato judiciário através da audiência dos tutores, dos promotores, dos curadores? A criança não tem ainda a sua capacidade plena de expressão de vontade. Por isso é que o Estatuto do Menor e do Adolescente

determina um mínimo de idade para que manifestações dessa natureza possam ter validade, ainda que relativa. E na espécie tal não ocorreu. Eram na ocasião menores de 12 anos.

Em tema de separação, é comum, é cediço, saber-se que a mãe, ou quem está com a posse das crianças, exerce certo domínio sobre seus filhos, crianças ainda, porque dá sempre a sua versão - ou seja, o pai ou a mãe sempre tem razão -, e a criança é influenciada com sugestões que surgem ora de um, ora de outro.

Ora, não é possível, em sede de *habeas corpus*, aferirem-se todas essas questões. Não vejo como, Sr. Presidente, por mais boa vontade que tenha, converter uma matéria que é eminentemente de natureza civil, portanto sujeita ao direito de família, em questão criminal a ensejar o exame através de *habeas corpus*. Constrangido até com essa situação, não posso deixar de vincular-me a essa realidade, isto é, firmar a impossibilidade do exame desse tema no específico campo do direito criminal. Não se pode, na hipótese, deslindar matéria de índole essencialmente civil em campo específico do direito penal.

Por isso mesmo não vejo outra saída, embora a questão não tenha sido decidida definitivamente até hoje; não sei quais as razões, pelo menos até agora, do atraso na solução final da lide, pois o pai dos adolescentes tem decisões favoráveis em Picos, embora não definitivas, também na Comarca de Juazeiro, Estado do Ceará.

Como posso nesta instância, e por meio sumário do *writ*, depois de terem passados os autos por todas essas decisões que examinaram os fatos e o direito, no distrito da realização desses atos, apenas, digamos, pelo que me parece ser injusto, conceder o *habeas corpus*?

Sr. Presidente, em face dessas considerações - lamento profundamente, gostaria até de conhecer para conceder a ordem, mas não vejo como fazê-lo diante da impossibilidade jurídica de apreciação desse pedido em sede restrita do *habeas corpus* -, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, *data venia* do eminente Ministro Nelson Jobim, para também não conhecer do pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio - Senhor Presidente, em primeiro lugar, penso que os fatos estão bem elucidados. Toda vez que pensamos em provimento judicial acerca de guarda de filhos, imaginamos uma relação jurídica que pode ser revista a qualquer momento, não se podendo, sequer, cogitar, portanto, da preclusão maior, do manto da coisa julgada irreversível. Aplicável é o disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil, ou seja, pertinente é a ação revisional.

Na espécie, deu-se a dissolução da sociedade conjugal. Nesse campo, as paixões envolvidas são exacerbadas. E, não raro, ocorre a utilização dos filhos, objetivando, como se fossem ins-

trumentos, como se fossem coisas, alcançar este ou aquele desiderato.

Tivemos um litígio, uma dissolução litigiosa da sociedade conjugal, e então houve o processo alusivo à guarda. Não sei se esse processo chegou ao término, com definição da própria guarda. Ainda que isso tenha acontecido, o que deliberado poderia ser revisto a qualquer momento. E veio à balha, considerados os parâmetros próprios, uma decisão do Juízo especializado, o da Infância e do Adolescente, no sentido de, até definição final - pelo menos ao que percebi do processo concernente à guarda -, manter-se, como salientado pelo Ministro Nelson Jobim, o *status quo*, ou seja, manter-se a manifestação de vontade dos menores; manter-se algo que é assegurado pela Carta da República e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; alfim, a liberdade de ir e vir e a própria dignidade dos menores, que não podem ser encaixotados e remetidos desta para aqueloutra localidade, para ficarem sob a guarda quer do pai, quer da mãe.

No precedente mencionado pelo Ministro Carlos Velloso, V. Exa., Senhor Presidente, em boa hora, concedeu a liminar, preservando justamente a permanência dos menores com a mãe. Creio que qualquer pessoa afeita às controvérsias envolvendo família sabe muito bem que, tanto quanto possível, a guarda deve ser conferida à mãe, e não ao pai. Não preciso, aqui, justificar essa óptica que decorre, inclusive, de uma concepção a partir do bom senso, dos princípios da realidade e da razoabilidade, da participação materna, inexcedível em amor e dedicação na formação da criança.

No julgado em comento, tivemos parâmetros em tudo semelhantes aos deste processo, porque também havia uma guarda provisória do pai; os menores foram passar férias com a mãe e resolveram não retornar - creio que de Vassouras a Belo Horizonte - para convivência, para a continuidade da guarda do pai. A hipótese se repete. Todavia, vejo que, talvez, o desfecho deste caso seja diametralmente oposto ao desfecho do *Habeas Corpus* nº 69.303, em que tive oportunidade de lançar ementa que se mostra, até certo ponto, pedagógica:

"Habeas corpus - *A criança e o adolescente - Pertinência. - À família, à sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, com prioridade, à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à* liberdade *e à convivência familiar e comunitária, e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração,*" - ainda que sentimental - "*violência, crueldade e opressão ...*" - é esse o texto do art. 227 da Constituição de 1988, que o Dr. Ulysses Guimarães apontou como Constituição cidadã - "*... As paixões*" - disse eu - *"condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por conseqüência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem à determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem"* - como já anunciado pelo Ministro Nelson Jobim, que fez a leitura desse trecho - "*para emprestar à manifestação de vontade dos menores - de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e a da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando*" - porque está acima dessa definição - "*a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem*" (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, 144/233).

Senhor Presidente, aponta-se que temos um óbice intransponível à decisão sobre a matéria de fundo: o não-cabimento deste *habeas corpus*. Ora, há na Carta da República, no que prevê o remédio heróico, essa limitação? Não pode vir a ser manuseado, objetivando preservar a liberdade de ir e vir do menor? Não! Não há essa limitação; e a preservação da liberdade do menor está prevista - e eu disse que desnecessariamente, porque, de forma implícita, assim se entenderia considerado o próprio artigo 227 da Constituição Federal, nos artigos 15 e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Foi dito também que existe uma decisão judicial. Quando imaginamos e decidimos que uma decisão judicial, seja em que campo for - cível, comercial, família ou penal -, é empecilho à concessão de ordem em *habeas corpus*? Estamos cansados de conceder ordem em *habeas corpus* para cassar decisões judiciais, desde que exsurja dos autos - como estou convencido de que ocorre, na espécie - um constrangimento ilegal.

Não decido, e também assim procedeu o Ministro Nelson Jobim, sobre a guarda em si. A guarda será alvo de definição pelo juízo competente. O que estou a fazer neste momento é afastar um constrangimento quanto à manifestação explícita, que não foi colocada em dúvida neste processo, dos próprios menores, no sentido de ficarem não com um qualquer, um cidadão comum, mas com a própria mãe.

Peço vênia ao nobre Ministro Carlos Velloso para, entendendo que a situação é idêntica à que gerou o *Habeas Corpus* nº 69.303, de Minas

Gerais, acolhido por esta Turma, conceder a ordem, a fim de manter, portanto, o *status quo*, ou seja, os menores na localidade em que estão, preservando, assim, as respectivas vontades.

É como voto no caso.

VOTO

O Senhor Ministro Néri da Silveira (Presidente) - No *Habeas Corpus* 69.303, de que fui Relator, afirmei entendimento que corresponde ao do ilustre Ministro Carlos Velloso, sustentando que o *habeas corpus* não é meio idôneo para resolver questão concernente à guarda de filhos, notadamente quando essa controvérsia se desenvolve em juízo competente e segue as vias adequadas. Destaquei, na oportunidade, antiga jurisprudência da Corte, reafirmada já pelo Ministro Lafayette de Andrada, no julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* 37.890, do Espírito Santo, cuja ementa é a seguinte:

"*Guarda de filhos. - O* habeas corpus *não é meio idôneo para resolver a questão*".

E, no voto, observei:

"*Quando, em juízo de natureza cível, se discute causa referente à guarda de menores, decerto, não é, em princípio, o* habeas corpus *via adequada à solução da controvérsia, salvo se for, efetivamente, possível surpreender inequívoca ameaça ou violência à liberdade de ir e vir dos menores, sob custódia do pai ou da mãe ou de terceiros a quem judicialmente confiada. Se, entretanto, o núcleo da contenda jurídica entre os genitores dos menores concerne à preferência da guarda a ser confiada ao pai ou à mãe, reveste-se a controvérsia de caráter meramente civil, não sendo cabível ter, na decisão com base nas provas, causa de constrangimento ilegal reparável em* habeas corpus".

Em outro passo do julgamento, acrescentei:

"*Assevera-se, na inicial, ainda, que os menores pacientes não almejam retornar à guarda do pai, em Belo Horizonte, preferindo permanecer, em Valença, onde residem a mãe e os avós maternos, ora também pacientes. Instrui-se, no particular, a assertiva, com cópias dos 'Termos de Apresentação e Declarações' dos referidos menores-pacientes, lavrados no Juízo da 2ª Vara, em exercício cumulativo com a 1ª e a Vara de Família e Menores, todas da comarca de Valença, RJ, perante o Dr. Juiz de Direito (fls. 15/17 e 19/23).*

Se é exato que a criança e o adolescente 'têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis', consoante o disposto no art. 15, da Lei nº 8.069, de 1990, bem assim que o pátrio poder 'será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência' (Lei nº 8.069, art. 21), bem de compreender é que a demanda em que ora se envolvem os pais dos pacientes menores, no foro cível, há de ter, aí, seu julgamento, com as conseqüências de direito, não sendo possível ver decisão contrária à liberdade da criança ou do adolescente quando o juiz competente confere a um ou a outro dos genitores a guarda dos menores. Há de presumir-se que o magistrado, no exercício desse delicado múnus, terá presentes os superiores interesses dos mais desprotegidos que são os menores, sempre vítimas do infortúnio que é a desavença entre seus pais.

Não sendo, destarte, possível, desde logo, identificar decisão a gerar constrangimento ilegítimo aos pacientes, quanto à sua liberdade de ir e vir, mas, tão-só, decisão das autoridades indigitadas coatoras, no exercício de competência prevista na Constituição e leis, força será denegar o presente habeas corpus, *que colima, em última análise, permaneçam os menores em Valença, com base na decisão do Juiz Titular daquela comarca, 'cessando a determinação ilegal do Superior Tribunal de Justiça'* (sic) *(fls. 10/11). A pretensão assim deduzida há de ser fruto de decisão do Juiz competente no foro cível. O aresto do STJ, que dirimiu o conflito positivo de competência, não examinou o mérito da discussão sobre a guarda dos menores pacientes, mas, apenas, declarou o magistrado competente para do dissídio conhecer e julgar. Certo está, outrossim, que, tanto da decisão do STJ, no Conflito de Competência, quanto da que vier a se proferir na demanda entre os pais dos pacientes menores, em princípio, poderá caber recurso, o que tornará na jurisdição cível, passível a matéria de amplo debate, com as garantias do contraditório e do devido processo legal.*

Do exposto, indefiro o habeas corpus *e casso a medida liminar*".

E, no caso concreto, o *habeas corpus* é contra o acórdão do Tribunal de Justiça que, no agravo regimental interposto pelo pai, apenas manteve a decisão do Presidente do Tribunal, ao deferir efeito suspensivo contra a decisão do Juiz de Juazeiro do Norte, que deferiu a guarda à mãe, quando ele, anteriormente, já tinha, por decisão judicial de Picos, confirmada pelo Tribunal do Piauí, uma decisão que lhe era favorável. Não entro no mérito dessa questão, mas não é possível afirmarmos que há constrangimento ilegal, reparável por *habeas corpus* contra decisão do Tribunal do Ceará que confirmou o despacho do Presidente. Parece, inclusive, que essa Corte está por proferir seu julgamento final sobre o agravo. Tudo, pois, vem-se processando, nas instâncias próprias, pelo órgãos judiciários competentes, em processo que é cível.

É certo que se trata de triste causa, porque envolve interesses dos menores, e é evidente que eles podem manifestar preferência quanto à guarda, e essa preferência há de ser apreciada pelo juízo competente. Não fosse

assim, não haveria juízos especializados da criança e do adolescente e, simplesmente, deixar-se-ia que tudo se resolvesse no âmbito do conflito entre pai e mãe. Também não basta verificar o que querem os filhos menores. A legislação submete todos esses aspectos ao controle judicial. E, portanto, não é o fato de o menor ter dito que queria permanecer com a mãe ou com o pai, para, desde logo, constituir-se, aí, a solução definitiva. É preciso que todos esses problemas sejam postos no juízo competente, tal qual sucedeu, na espécie.

Ainda no referido julgamento do *Habeas Corpus* 69.303, tive ocasião de acentuar:

"*Compreendo, como todos os juízes, a delicadeza desta causa, mas, também, como juiz, tenho, por primeiro, o dever e a preocupação de somente prestar jurisdição no limite de minha competência. Entendo que não se pode, numa via inadequada, qual seja a do* habeas corpus, *dirimir questão eminentemente civil, concernente à guarda de menores. A disputa resulta, precisamente, da desavença entre os pais dos menores, de sua separação.*

Este Tribunal, embora a Corte Suprema da Nação, tem a sua competência definida na Constituição e não pode, sem fundamento constitucional, avocar o conhecimento do mérito de uma contenda, que se desenvolve na Justiça competente, em hierarquias ainda inferiores do Poder Judiciário, com vistas a dirimi-la, desde logo.

Os juízes são, de igual modo, sensíveis aos dramas humanos, particularmente, os que também somos pais, diante da realidade do sofrimento de menores, que se vêem na triste contingência de ficar como verdadeiros objetos nas disputas entre pai e mãe. Desde logo e antes de tudo, como juiz, penso que seria de conclamar os pais, para que não sobreponham os seus interesses pessoais, as atitudes de revanches ou de ódios entre si, aos interesses maiores e superiores daqueles seres que geraram.

Todas essas considerações - que tenho como oportunas para que meditem os que disputam em torno da vida de outros seres humanos, e, em especial, de seres ainda desprotegidos, como são os menores - não são, entretanto, suficientes, para que esta Corte, em processo de habeas corpus, *assuma, de imediato, uma jurisdição definitiva. Poderá, até, a matéria, quiçá, vir ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extremo, mas após o pronunciamento das instâncias competentes*".

Tendo, ainda, como oportunas essas considerações que fiz ao ensejo do julgamento do *Habeas Corpus* 69.303, invoco-as para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator e, assim como fez S. Exa., o Sr. Ministro Maurício Corrêa, não conhecer do *habeas corpus*.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por maioria, a Turma não conheceu do *habeas corpus*, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio, que dele conheciam. Falou pelo paciente o Dr. Francisco Cláudio Rocha Victor. 2ª Turma, 19.08.97.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República: Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Carlos Alberto Cantanhede - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 18.05.2001.)

-:::-

HABEAS CORPUS - **AMPLA DEFESA**

- A defesa não pode ser cerceada quanto às testemunhas que deseje arrolar, obedecidas as restrições da Lei Processual sobre quem pode, ou não, depor. Ao Tribunal do Júri cabe avaliar o conteúdo dos depoimentos. A imprestabilidade pode ser do depoimento de uma testemunha, não dela própria. A defesa não pode ser compelida a informar sobre quais temas alguém, arrolado, irá depor. Testemunha pode ser do fato, de circunstâncias e situações anteriores ao fato, de costumes e hábitos, de situações técnicas. Ao Júri caberá avaliar os depoimentos.

- *HC* **deferido, em parte.**

HABEAS CORPUS Nº 76.062/7-SP - Redator para o acórdão: Ministro NELSON JOBIM

Paciente: Adalberto Benedito dos Santos. Impetrante: Laertes de Macedo Torrens. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir, em parte, o *habeas corpus*, para assegurar à defesa do paciente a oitiva da testemunha Fortunato Badan Palhares, que foi por ela arrolada.

Brasília-DF, 09 de dezembro de 1997. - *Néri da Silveira* - Presidente. - *Nelson Jobim* - Redator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa - Trata-se de *habeas corpus* em que se afirma que o paciente está sofrendo coação ilegal por ato da 3ª

assim, não haveria juízos especializados da criança e do adolescente e, simplesmente, deixar-se-ia que tudo se resolvesse no âmbito do conflito entre pai e mãe. Também não basta verificar o que querem os filhos menores. A legislação submete todos esses aspectos ao controle judicial. E, portanto, não é o fato de o menor ter dito que queria permanecer com a mãe ou com o pai, para, desde logo, constituir-se, aí, a solução definitiva. É preciso que todos esses problemas sejam postos no juízo competente, tal qual sucedeu, na espécie.

Ainda no referido julgamento do *Habeas Corpus* 69.303, tive ocasião de acentuar:

"*Compreendo, como todos os juízes, a delicadeza desta causa, mas, também, como juiz, tenho, por primeiro, o dever e a preocupação de somente prestar jurisdição no limite de minha competência. Entendo que não se pode, numa via inadequada, qual seja a do* habeas corpus, *dirimir questão eminentemente civil, concernente à guarda de menores. A disputa resulta, precisamente, da desavença entre os pais dos menores, de sua separação.*

Este Tribunal, embora a Corte Suprema da Nação, tem a sua competência definida na Constituição e não pode, sem fundamento constitucional, avocar o conhecimento do mérito de uma contenda, que se desenvolve na Justiça competente, em hierarquias ainda inferiores do Poder Judiciário, com vistas a dirimi-la, desde logo.

Os juízes são, de igual modo, sensíveis aos dramas humanos, particularmente, os que também somos pais, diante da realidade do sofrimento de menores, que se vêem na triste contingência de ficar como verdadeiros objetos nas disputas entre pai e mãe. Desde logo e antes de tudo, como juiz, penso que seria de conclamar os pais, para que não sobreponham os seus interesses pessoais, as atitudes de revanches ou de ódios entre si, aos interesses maiores e superiores daqueles seres que geraram.

Todas essas considerações - que tenho como oportunas para que meditem os que disputam em torno da vida de outros seres humanos, e, em especial, de seres ainda desprotegidos, como são os menores - não são, entretanto, suficientes, para que esta Corte, em processo de habeas corpus, *assuma, de imediato, uma jurisdição definitiva. Poderá, até, a matéria, quiçá, vir ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extremo, mas após o pronunciamento das instâncias competentes*".

Tendo, ainda, como oportunas essas considerações que fiz ao ensejo do julgamento do *Habeas Corpus* 69.303, invoco-as para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator e, assim como fez S. Exa., o Sr. Ministro Maurício Corrêa, não conhecer do *habeas corpus*.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por maioria, a Turma não conheceu do *habeas corpus*, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio, que dele conheciam. Falou pelo paciente o Dr. Francisco Cláudio Rocha Victor. 2ª Turma, 19.08.97.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República: Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Carlos Alberto Cantanhede - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 18.05.2001.)

-:::-

HABEAS CORPUS - **AMPLA DEFESA**

- A defesa não pode ser cerceada quanto às testemunhas que deseje arrolar, obedecidas as restrições da Lei Processual sobre quem pode, ou não, depor. Ao Tribunal do Júri cabe avaliar o conteúdo dos depoimentos. A imprestabilidade pode ser do depoimento de uma testemunha, não dela própria. A defesa não pode ser compelida a informar sobre quais temas alguém, arrolado, irá depor. Testemunha pode ser do fato, de circunstâncias e situações anteriores ao fato, de costumes e hábitos, de situações técnicas. Ao Júri caberá avaliar os depoimentos.

- *HC* deferido, em parte.

HABEAS CORPUS Nº 76.062/7-SP - Redator para o acórdão: Ministro NELSON JOBIM

Paciente: Adalberto Benedito dos Santos. Impetrante: Laertes de Macedo Torrens. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir, em parte, o *habeas corpus*, para assegurar à defesa do paciente a oitiva da testemunha Fortunato Badan Palhares, que foi por ela arrolada.

Brasília-DF, 09 de dezembro de 1997. - *Néri da Silveira* - Presidente. - *Nelson Jobim* - Redator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa - Trata-se de *habeas corpus* em que se afirma que o paciente está sofrendo coação ilegal por ato da 3ª

Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, praticado ao negar mandado de segurança impetrado contra ato do Juiz de Direito Presidente da 5ª Vara do Tribunal do Júri, do Foro Regional de Pinheiros, que negou o pedido de intimação de testemunha de defesa para ser ouvida na Sessão do Tribunal do Júri, formulado quando da apresentação da contrariedade ao libelo.

Esclarece que o paciente está sendo processado porque em 20.08.95, no Estádio Paulo Machado de Carvalho - Pacaembu, teria desferido golpes com instrumento contundente em Márcio Gasparin, causando lesões que resultaram na sua morte.

Alega que a indicação da testemunha ocorreu dentro do prazo legal, ao contrariar o libelo, mais foi negada por ter sido considerada procrastinatória, uma vez que a mesma já tinha sido indicada na fase da instrução para servir como perito, fato que implica prévio juízo de valor sobre o testemunho, tendo o Tribunal coator referendado esta possibilidade de o Juiz ter poderes para fazer avaliação de prova testemunhal antes mesmo de ouvi-la.

Pede a anulação das decisões que indeferiram a intimação da testemunha indicada para ser ouvida no Plenário do Júri e, ainda, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, por estar sofrendo constrangimento ilegal por ato nulo admitido pelo Tribunal coator, causador do retardamento do julgamento (fls. 2/10). Junta documentos (fls. 11/12).

2. Indeferi a liminar requerida por não constar dos autos documento capaz de revelar os fundamentos da decisão impugnada (fls. 26).

O impetrante reiterou o pedido de liminar sob alegação de que era certa a designação do julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, sem possibilidade do exercício de ampla defesa (fls. 31).

Novamente indeferi o pedido por subsistirem as mesmas razões (fls. 33).

3. Vêm aos autos as informações prestadas pelo 2º Vice-Presidente do Tribunal coator (fls. 36/37), acompanhadas de documentos (fls. 38/123), esclarecendo que:

"*3. Ingressou o causídico-impetrante com Mandado de Segurança nesta Corte, hostilizando decisão do I. Magistrado que indeferira a oitiva da testemunha Fortunato Badan Palhares, arrolada na contrariedade ao libelo-crime acusatório. Entendeu o MM. Juiz que tratava-se de mero ato procrastinatório, tendo sido indeferida anteriormente a participação da testemunha médica como perito na exumação do corpo da vítima. Nesta Segunda Vice-Presidência foi concedida a medida liminar para que o julgamento em Plenário não se realizasse até a decisão de mérito do* mandamus *impetrado. Paralelamente, impetrou a Justiça Pública mandado de segurança em que pleiteava a possibilidade de arrolar outras testemunhas médicas, caso fosse deferida a segurança pleiteada pela Defesa.*

Os dois mandamus *foram extintos, julgados os seus respectivos impetrantes carecedores de ação, por decisões da Terceira Câmara Criminal datadas de 3 de junho último. No que se refere ao* writ *impetrado pelo paciente, o v. aresto assentou que na ausência de direito líquido e certo se pretendeu obter por via transversa o que lhe fora negado durante o regular processamento da ação, ou seja, os esclarecimentos médicos da testemunha rejeitada como perita.*

Na petição de recurso ordinário protocolada pelo paciente, despachei determinando que se aguardasse a publicação do v. acórdão da Terceira Câmara Criminal, ficando sustada a designação para o julgamento pelo Tribunal do Júri até a subida dos autos.

4. O recurso ordinário ainda não se processou nesta Corte, tendo o paciente interposto embargos de declaração ao mandado de segurança em que foi julgado carecedor de ação. A. C. Câmara rejeitou os embargos em 02/09/97. O v. acórdão está em fase de publicação".

4. Manifesta-se o Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, opinando pelo indeferimento do pedido (fls. 125/129).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator) - Senhor Presidente, o impetrante alega cerceamento de defesa em face do indeferimento de inquirição de testemunha, arrolada no momento da contrariedade ao libelo, para ser ouvida perante o Tribunal do Júri.

2. Extraio do acórdão impugnado o seguinte excerto, *in verbis* (fls. 114/117):

"*Na hipótese em apreço, diz o impetrante que o impedimento da testemunha arrolada está a afrontar os seus direitos e garantias fundamentais, notadamente os atinentes ao devido processo legal e ao princípio constitucional de ampla defesa.*

Mas entre o dizer e o demonstrar vai uma grande distância, aqui verdadeiramente não preenchida, porquanto as explicações a serem dadas por um técnico, em Juízo, nenhum parentesco têm com a missão de testemunhar, de aclarar fatos inerentes ao acontecimento responsável pela existência do processo.

Não se põe em dúvida que o Dr. Palhares tenha proficiência como perito mas, como não funcionou na ação penal em curso, nenhum esclarecimento poderá prestar naquela condição que para ele poderia se abrir, qual seja, a de ser ouvido como testemunha imprópria.

Desvinculado de tudo quanto diga respeito à controvérsia, nem testemunha virtual, nem testemunha imprópria, o médico indicado se afigura,

pelo que, enfatizando tais aspectos, refutou o Juízo em termos veementes a indicação, para que depusesse perante o Conselho de Sentença.

Onde, portanto, o direito líquido e certo de Adalberto de ver testemunhar o estranho, cujo nome foi incluído no rol de pessoas trazidas para dizer sobre aspectos inerentes ao fato e às pessoas nele envolvidas?

Na lição de SEABRA FAGUNDES, 'o mandado de segurança é uma ação civil de rito sumaríssimo, destinada a suscitar o controle jurisdicional sobre ato de qualquer autoridade que, por sua ilegalidade ou abuso de poder, viole ou ameace direito líquido e certo' (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, *páginas 221/223, Editora Saraiva, 1984).*

Nada está a impedir que tal controle abranja atos judiciais, o que já está exaustivamente reconhecido no direito pátrio.

Entretanto, faz-se mister ressaltar que para a valia da ação mandamental há de se ter em conta a existência da violação ou ameaça de ferimento a direito líquido e certo, de resto materialmente comprovadas.

Não se prestará, por conseguinte, este instrumento remediativo ou cautelar como mero sucedâneo de recurso, simplesmente porque o ato da autoridade contrariou ou frustrou mero desígnio da parte litigante, que se propunha alcançar este ou aquele fim, na seqüência regular do processado.

De outra parte, se pretende Adalberto contrariar o resultado da perícia já concluída, claro que tem assegurada a liberdade de dispor dos meios instrumentais para tanto, podendo trazer aos autos documentos de conteúdo crítico, firmados por técnico de sua confiança, desde que o faça dentro do prazo que lhe é assegurado, para a satisfação de tal desiderato.

Mas a pretensão de preencher eventual lacuna da prova técnica, travestindo o profissional perito em testemunha dos fatos vinculados ao delito que lhe é imputado, é manifestamente descabida e patenteia de modo translúcido a ilegalidade da impetração pela falta de ajuste ao seu objeto.

Em sendo assim, pelo exposto, julga-se o impetrante carecedor da segurança, sem qualquer repercussão sobre a liminar deferida, já superada pela inexorável passagem do tempo".

2.1 Dos embargos interpostos vem o seguinte acréscimo, *in verbis* (fls. 121/122):

"*Ao depois, pelo que se percebe, nenhuma sombra pairou sobre o fundamento da rejeição do pedido de inquirição de testemunha, como se a motivação residisse em um dado subjetivo, colocado em antecipado raciocínio sobre o desvalor de um testemunho que de antemão já se poderia supor sem qualquer prestância.*

Nada disso se constata no procedimento do Juízo inquinado de abusivo ou ilegal, pelo impetrante da segurança.

Tudo ficou bem clarificado ante a afirmação de que o conhecido perito, Dr. Badan Palhares, que não foi aceito pelo Juízo como vistor indicado pelo acusado, foi incluído no rol das testemunhas, pela simples razão de poder expor em plenário a sua avaliação técnica sobre a prova pericial produzida.

Por sinal, a defesa sequer asseverou que o testemunho do Dr. Palhares tivesse pertinência à situação fática do episódio acontecido em 20 de agosto de 1995, no Estádio Municipal Paulo Machado, no Pacaembu.

Também sequer acenou com a hipótese de que o testemunho desejado se referisse à pessoa do embargante, por decorrência de algum conhecimento que o célebre perito tivesse do indigitado autor do homicídio, ou da vítima ou de alguém ali presente.

Dessa forma, a clareza a respeito do fundamento da recusa do Dr. Palhares como testemunha pode-se dizer notória.

Por último, a alegada omissão veio a ser colocada quanto ao silêncio do Acórdão a respeito da ofensa à plena e ampla defesa do réu. Ora, se o MM. Juiz signatário da decisão combatida pelo writ *negou que o réu sofresse qualquer prejuízo por não ouvir o técnico famoso, eis que este nada tinha a ver com que o pudesse ser testemunhado, e cuja palavra estava sendo desejada pelo acusado para suprir o laudo que não pudera fazer, por não ter sido aceito como* expert, *toda a consideração sobre eventual confrangência ao direito em referência perde o seu sentido.*

O venerando acórdão embargado reafirmou o entendimento do E. Magistrado e se tivesse apreciado a afronta ao direito da defesa, então, assim, seria contraditório, pois partiu de início pela negação de qualquer prejuízo a quem quer que fosse, porventura, decorrente da inadmissão do testemunho de quem estava sendo imposto para atuar como perito.

Por tais razões, não há de vicejar a proposta de declaração do venerando julgado".

3. O Ministério Público Federal assim se opõe à pretensão do impetrante, *in verbis* (fls. 126/129):

"*3. A argumentação não é exata,* data venia.

4. O ponto questionado assim está bem dito no julgado colegiado, verbis:

'*Nos autos da ação penal a que responde Adalberto Benedito dos Santos, por incurso nas sanções do artigo 121, parágrafo 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal, acusado de haver causado a morte do jovem Márcio Gasparin da Silva, fato ocorrido no dia 20 de agosto de 1995, no Estádio Municipal do Pacaembu,* pretendeu o

referido acusado exame pericial complementar *nos despojos mortais da infausta vítima. Na ocasião, indicou como perito o médico legista Fortunato Badan Palhares. Embora tenha sido deferida a prova desejada,* outro foi o vistor que atuou no feito, *qual seja, o mesmo médico legista que funcionara na fase administrativa do procedimento criminal.*

O réu não recorreu da pronúncia levada a efeito e ao contrariar o libelo arrolou como testemunha de sua parte o mesmo médico cujo nome ofertara para ser perito nos autos da ação.

A pretensão foi repelida.

Mas, ao tempo do referido episódio relacionado com o arrolamento da referida testemunha, o ora impetrante, para fazer frente à possível prova, já fora do prazo para ofertar o rol das pessoas a serem inquiridas, indicou de sua parte, como novas testemunhas, os médicos de igual especialidade, a saber, George Sanguinetti e Nélson Massini.

A pretensão foi de imediato refutada' (fls. 53/54, grifamos).

5. O MM. Julgador a quo *disse, efetivamente, em seu despacho,* verbis:

'1. A exumação restou presidida pelo Dr. Carlos Delmonte Fernandes em prejuízo do Dr. Fortunato Badan Palhares, consoante reclamado pela defesa que - inclusive - manifestou protesto.

2. Oferecido laudo, este sequer mereceu impugnação apesar da dilação temporal deferida.

3. Outrossim, o despacho de pronúncia não sofreu recurso.

4. O pleito do expediente e combativo advogado se revela procrastinatório e sede de subterfúgio de indeferimento precedente e ora superado.

5. Portanto, indefiro *a intimação de testemunha de fora'* (vide: *impetração à fl. 4).*

6. Como se vê, a defesa pediu exame pericial complementar, e foi atendida.

7. Agora, o que não pode é querer indicar o perito, a tanto.

8. No processo penal brasileiro, a sistemática da prova pericial é de cunho judicial. *Vale dizer: a prova pericial faz-se em apoio ao juízo, comprometido que está com o princípio da busca da verdade real (artigo 156, segunda parte, do CPP).*

9. É por isso que os artigos 177, 178, 179, 180, 181 e parágrafo único e 182 *posicionam o magistrado como a autoridade que define a designação do* expert, *resolve incidente provocado por divergência de conclusões entre os peritos e avalia o resultado pericial.*

10. É igualmente por tal razão que os artigos 275 e 276 são peremptórios em assegurar que, verbis:

'Art. 275. O perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária.

Art. 276. As partes não *intervirão na nomeação do perito' (grifamos).*

11. Portanto, injurídico pretender a defesa que o exame pericial complementar fosse feito pelo perito, que indicava.

12. Se, mais tarde, aliás bem mais tarde, *apresentou* tal perito, como testemunha, *bem andou o MM. Julgador* a quo *em indeferir o depoimento, vez que a prova testemunhal* é do fato, *por isso diz-se que* observa e declara, *ao passo que a prova pericial* é sobre o fato, *visto* - avalia, emitindo juízo de valor não vinculante, *elementos sensíveis* - corpus delicti - *a registro do fato.*

13. Como se vê, o MM. Julgador a quo *não fez 'juízo de valor' sobre prova testemunhal. Indeferiu-a,* por impertinente e procrastinatória, *visto que* não *se constituía em prova testemunhal.*

14. A propósito, nada impediria à defesa de anexar aos autos, como prova documental, *as considerações técnicas de terceiros, para merecer o exame devido.*

15. Por fim, agindo como agiu, o MM. Juiz-Presidente houve-se em perfeita sintonia com o disposto no art. 497, inciso IV, *do CPP, visto que questão, tal a suscitada,* sobre a oportunidade processual *de tal ou qual prova, é-lhe* exclusiva *decidir, dada a abordagem* totalmente jurídica *do tópico, que não pode ser partilhada com ninguém mais*".

4. Vê-se que o juiz recusou testemunha da defesa que não presenciou os fatos e não participou da produção da prova pericial, entendendo que a pretensão do impetrante foi a de levar ao Tribunal do Júri, não uma testemunha no sentido que a lei processual a concebe, mas para prestar depoimento sobre matéria técnica, ou sobre a perícia produzida.

4.1 O Título VII do Livro I do Código de Processo Penal cuida da produção das provas (artigos 155 a 250), dedicando-lhes onze capítulos, entre os quais um relativo à prova pericial (II) e outro à prova testemunhal (VI).

A prova testemunhal visa revelar os fatos ocorridos, vinculados ao delito, segundo relato de pessoas que o presenciaram ou que estão de qualquer forma com eles relacionados, enquanto que a pericial, visando revelar os mesmos fatos, apóia-se na aplicação de conhecimentos técnicos aos vestígios deixados após a ocorrência dos fatos. Desfrutando tais provas de procedimentos de produção diversos, uma não substitui a outra. Em outras palavras, o depoimento técnico, destinado a interpretar prova pericial, não tem natureza de prova testemunhal, no sentido que a lei processual brasileira lhe atribui.

5. Limitando-me ao exame da impossibilidade de converter prova diversa em prova testemunhal, acrescento

que a pretensão do impetrante, em indicar testemunha *técnica*, é elemento de prova e, como tal, a sua admissibilidade dependeria do exame da sua necessidade no contexto probatório, fato com o qual não se compadece o *habeas corpus*, tento em vista o seu rito especial e sumário.

6. Ante o exposto e acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, conheço do pedido, mas indefiro a ordem impetrada.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim - Sr. Presidente, o Código de Processo Penal, em regra, autoriza a qualquer pessoa ser testemunha.

No art. 213, dispõe:

"*O Juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato*".

As testemunhas não são somente do fato.

Testemunhas de antecedentes, que não depõem sobre o fato, são vitais para o *sursis*.

A defesa, sob a égide do princípio do amplo direito de defesa, arrola as testemunhas que bem entender.

Quem irá avaliar os depoimentos - se a testemunha sabia ou não, se ela poderia falar sobre determinada situação ou não - é o corpo de jurados. São os jurados que irão avaliar o conteúdo do depoimento das testemunhas. Não cabe ao juiz, arroladas as testemunhas no tempo processual oportuno, inquirir à defesa sobre o que sabem essas testemunhas e sobre o que vão depor. Caso contrário, a defesa teria de enunciar, quando do oferecimento do rol, o conteúdo dos depoimentos: a testemunha *a* irá depor sobre tal assunto, a *b*, sobre tal fato. Não faz sentido.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator) - Ministro, concordaria com V. Exª na análise geral, mas, no caso específico, ele teria sido sugerido para ser um perito técnico, agora aparece como testemunha? Testemunha de fato que aconteceu no Pacaembu; testemunha que é apresentada para o fim de procrastinar o julgamento num caso dessa gravidade, para adiar o feito!!!

O Sr. Ministro Nelson Jobim - Mas não seria intimado para depor no dia do julgamento? Então, não é para adiar o feito.

Na verdade, o que a defesa ia fazer - suspeito eu, porque também já fiz isso na condição de advogado de defesa - era contrastar o laudo, produzido na exumação e produzido na complementação, com o depoimento.

Entendo possível à defesa arrolar, como testemunhas, pessoas que não saibam sobre o fato, mas que possam colaborar, eventualmente, para as teses da defesa.

A defesa não tem obrigação nenhuma de arrolar personagens as quais irão contrariar as suas teses.

A defesa, no caso, entendia que, ouvindo esse cidadão no plenário do Júri, inquirindo-o sob determinados aspectos técnicos eventualmente condenatórios, poderia produzir, nos jurados, um juízo contrário. Entendia que poderia abalar a linha condenatória. É legítimo que se ouça essa testemunha.

Em acidente de trânsito, inclusive, tive caso no qual ouvimos testemunhas sobre problemas de frenagem, de defeitos eventuais em tipos de veículos, de marcas de veículos, para exatamente demonstrar determinadas circunstâncias que pudessem elucidar o fato e, evidentemente, favorecer a defesa.

O juiz não é um fiscal das ações da defesa, nem mesmo da acusação. Cabe ao juiz, nos estritos termos da legislação, evitar que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais sobre o fato.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator) - Não, isso é outra coisa.

O Sr. Ministro Nelson Jobim - O relato da testemunha, seja sobre o que for, é avaliável somente pelo corpo de jurados: reconhecer se vale ou não; se o juízo de alguém é ou não consistente. Isso é problema de avaliação da prova.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator) - Uma situação como essa nada tem a ver com o depoimento de uma testemunha perante o conselho de sentença.

O Sr. Ministro Nelson Jobim - Tem, pois ele irá depor sobre determinadas análises do fato.

A defesa não pode fazer análise do laudo procedido? Não pode a defesa impugnar perante o juiz?

Não pode fazer uma análise do conteúdo do laudo perante o Tribunal do Júri? Pode! Se pode fazer isso, ela pode levar alguém que provavelmente possa auxiliar nisso.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator) - V. Exª deve recordar que fiz referência ao mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público de São Paulo para que participassem dessa última perícia também os legistas Sanguinetti, de Alagoas, e Massini, de São Paulo. O Tribunal entendeu que não, pois o Ministério Público Estadual era parte ilegítima para figurar no pólo ativo da relação processual, quer dizer, não assegurou nem para um lado nem para o outro a participação de seu perito. Agora, arrola-se o Dr. Badan, de indiscutível renome internacional, para o Tribunal do Júri como testemunha da defesa, para falar o quê se não presenciou nada a respeito do fato. Só poderá dizer algo técnico, em forma, quem sabe de explicitação, para o corpo de jurados, sem que haja por parte da sociedade alguém que possa contrastá-lo. Isso não é isonomia processual...

O Sr. Ministro Nelson Jobim - O Tribunal negou porque tinha medo de que esses peritos, nos seus depoimentos analíticos sobre a eventual prova

produzida, pudessem causar efeitos absolutórios. Isso faz parte do jogo; é isso que se faz.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator) - A sociedade estará em desvantagem. Terá o depoimento de um perito da expressão do Professor Badan Palhares, e a sociedade não terá ninguém para contraditar o que ele vai dizer.

O Sr. Ministro Nelson Jobim - Não cabe a nós avaliar as técnicas da defesa.

Disse, inclusive, V. Exª que a defesa poderia recorrer a outros instrumentos, qual seria? Um parecer para ser juntado aos autos junto com o libelo? Um parecer de um técnico sobre a perícia lançada? Qual impressão que esse parecer causaria no Júri? Nenhuma, porque somente seria lido pela defesa, perdida a eficácia da resposta oral.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator) - Aí a acusação teria condições de se pronunciar sobre esse parecer.

O Sr. Ministro Nelson Jobim - Perdoe-me, V. Exª, é uma questão de compreensão da cláusula de ampla defesa da Constituição.

Entendo que não cabe ao juiz, em hipótese alguma, impor à defesa que justifiques as razões pelas quais arrola *a* ou *b*. A defesa arrola *a* ou *b* e, no processo, o depoimento será avaliado; e quem irá avaliar o conteúdo de mérito do depoimento sobre o fato, ou não, é o destinatário dessa prova, que é o Tribunal do Júri.

Portanto, Sr. Presidente, com as grandes homenagens que devo ao Ministro Maurício Corrêa, ouso divergir e concedo o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio - Senhor Presidente, estamos a discutir incidente ligado ao exercício do direito de defesa. A esta altura os dois votos pronunciados, porque antagônicos, já me dão base suficiente para caminhar no sentido da concessão da ordem. E por que assim penso? Porquanto, defrontando-me com uma situação ambígua, devo decidir sempre no sentido de viabilizar, à exaustão, o direito de defesa.

Dois nobres Integrantes desta Corte divergem quanto à existência, ou não, do cerceio de defesa. Creio que isso já conduz a entendermos que o pedido deve ser agasalhado e, portanto, concedida a ordem.

Na espécie, a defesa não indicou, em si, o perito, porque, em vigor a regra do artigo 276 do Código de Processo Penal, não cabe, quer ao Estado-acusador, quer à defesa, a indicação. O preceito do Código de Processo Penal é categórico, inibindo até mesmo a simples intervenção na nomeação do perito. O perito foi indicado, admitiu o Ministro Maurício Corrêa, pela autoridade competente, pelo Juiz que presidiu o sumário.

Então, ultrapassado esse aspecto, indaga-se: é possível imaginar-se a necessidade de a parte vir a justificar a razão pela qual arrola esta ou aquela testemunha? A resposta é desenganadamente negativa. É possível refutar-se como válido rol de testemunhas, como válida a indicação desta ou daquela pessoa para depor, para ser ouvida, considerada a qualificação que possua? Também respondo a essa indagação de forma negativa.

Pedagogicamente, JULIO FABBRINI MIRABETE, em: *Código de Processo Penal Interpretado*, leciona que:

"*Oferecido tempestivamete - não há a menor dúvida quanto à oportunidade do rol - o rol de testemunhas pela parte, até o número permitido, não tem o juiz o direito de indeferir a oitiva de qualquer uma delas, independentemente de justificação por parte do arrolante, sob o pretexto de que se visa à procrastinação ou de que a pessoa arrolada nada sabe sobre os fatos, nem mesmo quando deve ser ouvida em carta precatória*".

Senhor Presidente, não encontro no artigo 214 do Código de Processo Penal base para respaldar o indeferimento do pedido de audição de testemunha. Preceitua esse artigo:

"*Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar* - não sei se o Ministério Público contraditou a testemunha - *a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé.* - Acredito no perfil do arrolado, como um verdadeiro cientista e um homem comprometido, portanto, com a verdade maior. - *O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208*".

O juiz, dirigente do julgamento perante o Júri, tem os poderes estabelecidos no artigo 497 do Código de Processo Penal. Entre esses poderes tem-se o poder de direção do próprio julgamento; o poder de polícia a ser exercitado quando do julgamento. Ora, se houver extravasamento, quer pelas perguntas encaminhadas pela defesa, quer pelas respostas dadas pelo perito, a glosa poderá ocorrer por parte do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri. De qualquer forma, tenho certeza de que o Professor Badan Palhares será muito ético ao ser ouvido perante o Tribunal, perante o juiz natural do Paciente.

Por isso peço vênia ao nobre Ministro Maurício Corrêa para conceder a ordem.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente) - Também vou pedir vênia ao Sr. Ministro Relator para deferir o *habeas corpus*.

Em verdade, a matéria diz, imediatamente, com o amplo direito de

defesa consagrado na Constituição entre os princípios áureos do nosso sistema de garantias da liberdade. Respondendo a um processo, o réu tem o direito de providenciar os elementos de sua defesa; entre eles está a prova testemunhal.

A lei processual penal assegura ao acusado, em momento certo do processo, a indicação do rol daquelas testemunhas que deseja sejam ouvidas, e o Código dispõe a respeito, inclusive dos compromissos e responsabilidade da testemunha e dos poderes que o juiz tem na condução do processo, até mesmo no que concerne à coleta das informações que as testemunhas venham a fornecer ao juízo.

O art. 203, do Código de Processo Penal, na sua parte final, depois de assentar que "*a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado*", prevê que ela relatará "*o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade*". Diz o art. 206, na sua primeira parte, que a testemunha arrolada "*não poderá eximir-se da obrigação de depor*", mas "*poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo*" aquelas pessoas que estiverem numa das condições estabelecidas nesse artigo. Já o art. 207 estabelece quem está proibido "de depor", e o art. 208 assenta que "*não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203*" às pessoas a que se refere. O art. 209 declara que:

"*O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes*".

É certo que, na condução do processo, o juiz fará à testemunha as perguntas que, de ofício, entender, ou que as partes lhe requererem, mas, nesse instante, o juiz dispõe de um poder de indeferir determinadas perguntas que considerar totalmente impertinentes. Esta matéria, todavia, somente há de ser apurada e verificada no curso do depoimento. Penso, também, como os eminentes Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio, que não é dado, em princípio, ao juiz estabelecer um juízo preliminar sobre o rol de testemunhas, determinando à defesa ou à acusação a exclusão de um outro nome; poderá isso suceder em se cuidando de testemunhas proibidas, ou daquelas que não poderão depor. No caso concreto, não me parece que tal suceda. Se, em realidade, a defesa pretendia ou pretende explorar o depoimento dessa testemunha que indicou e o magistrado compreende tal inconciliável com a função de testemunha, isto é matéria que se irá resolver num instante adequado, com a possibilidade dos recursos próprios por parte da defesa.

Nos limites em que, na oportunidade, essa questão se propõe, penso que favor se faz ao sistema constitucional de garantia da ampla defesa, ao nosso sistema processual, em assegurar à defesa a possibilidade de indicar aquelas testemunhas que lhe aprouver. O conteúdo dos depoimentos é uma outra questão, e sobre este a ação do magistrado está também assegurada na ordem jurídica. O juiz poderá indeferir perguntas, por entendê-las impertinentes; deixar de determinar o registro de alguns esclarecimentos, e a defesa, se protestar contra esse indeferimento, pedirá que conste do termo este seu protesto e se consigne a pergunta que venha a ser indeferida.

Nessa linha, melhor funcionará o processo e mais certos estaremos de garantir a ampla defesa de quem é acusado e, de acordo com a ordem constitucional, tem em seu prol, em princípio, uma presunção de inocência e a segurança de se defender para demonstrá-la. Compreendo, perfeitamente, as razões que levaram, quase num sentido de ordem prática, a Justiça paulista a pretender a exclusão dessa testemunha.

Estamos julgando, no caso, um *habeas corpus*, exatamente, como incumbe a este Tribunal apreciá-lo, em se tratando de verificar, em sede de *habeas corpus*, a afirmação dos princípios da Constituição, e se esses princípios foram negados, ou não, no curso de um determinado processo.

O meu voto, portanto, acompanha o voto dos Srs. Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio, deferindo, em parte, o *habeas corpus*, com devida vênia do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por maioria, a Turma deferiu, em parte, o *habeas corpus*, para assegurar à defesa do paciente a oitiva da testemunha Fortunato Badan Palhares, que foi por ela arrolada, vencido o Senhor Ministro Maurício Corrêa, Relator, que o indeferia. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Nelson Jobim. Falou pelo paciente o Dr. Laertes de Macedo Torrens. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 09.12.97.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso.

Subprocurador-Geral da República: Dr. Mardem Costa Pinto.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 25.05.2001.)

-:::-

PENAL - ESTUPRO - VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - CÓDIGO PENAL, ARTIGOS 213 E 224, *A* - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E EXPERIÊNCIA SEXUAL DESTA - IRRELEVÂNCIA - LAUDO PERICIAL FIRMADO POR APENAS UM PERITO OFICIAL - CPP, ART. 159, REDAÇÃO DA LEI 8.862, DE 28.03.94

- I - O consentimento da menor de quatorze anos para prática de relações sexuais e a experiência desta não elidem a presunção de violência prevista no art. 224, *a*, do Código Penal, para a caracterização do crime de estupro. Código Penal, art. 213. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: *HC* 74.700-PR. M. Corrêa, 2ª T., *DJ*, 09.05.97; RE 108.267-PR, Sanches, 1ª T., *RTJ*, 130/802; *HC* 74.286-SC, Sanches, 1ª T., *DJ*, 04.04.97; *HC* 74.580-SP, Galvão, *DJ*, 07.03.97; *HC* 69.084-RJ, Galvão, *RTJ*, 141/203.

- II - Legitimidade constitucional da presunção de violência inscrita no art. 224, *a*, do Código Penal: *HC* 74.983-RS, Velloso, Plenário, *DJ* de 29.08.97.

- III - Validade do laudo pericial firmado por um único perito oficial, dado que elaborado anteriormente à vigência da Lei 8.862, de 28.03.94, que, dando nova redação ao art. 159 do CPP, estabeleceu que "*os exames de corpo delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais*".

- IV - *HC* indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 76.246/1-MG - Relator: Ministro CARLOS VELLOSO

Paciente: João Maria Ferreira. Impetrante: Antônio Ponce. Coator: Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, indeferir o *habeas corpus*, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio.

Brasília-DF, 13 de fevereiro de 1998. - *Ministro Néri da Silveira* - Presidente. - *Ministro Carlos Velloso* - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de João Maria Ferreira, em que se alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porque foi condenado a 7 (sete) anos de reclusão, em regime semi-aberto, como incurso nas penas do art. 213, c/c os arts. 224, *a*, e 226, III, todos do Código Penal, apesar de a pretensa vítima, menor de 14 anos, haver consentido em manter relações sexuais com o paciente e já ter-se relacionado sexualmente com vários outros homens.

Afirma a impetração que pretensa vítima, ao depor em juízo, declarou, textualmente, que "*anuiu em acompanhar o denunciado, pois achava-se embriagada*" e que "*antes de manter relações sexuais com o denunciado já havia tido congresso carnal com seu antigo namorado*", acrescentado que "*não sofreu qualquer constrangimento por parte do denunciado, tendo com ele se relacionado inteiramente por sua livre e espontânea vontade*".

Afirma ainda que o ex-namorado da vítima, prestando declarações no processo, asseverou que "*ficou sabendo também que várias pessoas já envolveram-se com a vítima e mantiveram com ela relação sexual*".

O paciente recorreu da sentença condenatória de primeiro grau para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, pela sua egrégia Primeira Câmara Criminal, em decisão unânime, deu provimento ao recurso, ao entendimento, conforme consta do voto condutor do acórdão, de que "*não é de se admitir que uma menor de 14 anos, que já teve experiência sexual com seu ex-namorado e se embriaga em público, seja considerada pessoa de bons costumes*", e que "*inobstante sua idade - 13 anos - trata-se de jovem leviana e de costumes dissolutos, pelo que, elidida a presunção de violência, não é de se conduzir ao cárcere, para o cumprimento de uma pena de sete anos, aquele que com ela manteve conjunção carnal consentida*" (fls. 39/42).

Contra essa decisão, o Ministério Público estadual interpôs recurso especial para o egrégio Superior Tribunal de Justiça, que, pela sua 5ª Turma, deu parcial provimento ao recurso, para condenar o paciente a 6 (seis) anos de reclusão, afastando a majorante do art. 226, III, do Código Penal (fls. 55/64). Entendeu o colendo STJ que "*o consentimento da vítima, no caso, não tem relevância jurídico-penal*" e que, "*ao contrário do que pode acontecer nos delitos de sedução e de corrupção de menores, a anterior experiência sexual da ofendida não descaracteriza o estupro presumido*".

Reporta-se a impetração ao acórdão proferido pela egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no *HC* 73.662-MG, Relator Min. Marco Aurélio, em que se examinou caso semelhante ao destes autos e se concedeu o *writ*, por maioria de votos, para absolver o paciente.

Alega-se, ainda, a nulidade do laudo, porque subscrito por um único perito (fls. 26/27-v.), e irregularidade formal da representação, que não contém sequer o nome do ora paciente (fl. 25).

Transcreve o impetrante trechos de doutrina sobre a matéria, requerendo, ao final, a concessão da ordem, por entender "*não configurado o delito de estupro, seja com violência real, seja violência presumida, dado o consentimento da vítima, já experiente em matéria sexual e com aparência física e mental de maior de 14 anos...*".

Pede, também, "*a concessão de medida liminar para a suspensão da execução da pena, até decisão deste* habeas corpus, *visto ser o paciente pessoa de bem, sem antecedentes criminais...*".

Indeferida a medida liminar, foram requisitadas informações (fls. 123).

O eminente Presidente do egrégio STJ prestou informações, encaminhando cópia do inteiro teor do

acórdão proferido pela Quinta Turma daquele Tribunal (fls. 127/136).

O Ministério Público Federal, parecer do ilustre Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles, opina pelo indeferimento do pedido, sob o fundamento de que, em caso de estupro, "*pouco importa a experiência sexual da vítima e seu consentimento, se se tratar de violência presumida...*".

Assevera o parecer não procederem as alegações de irregularidades no processo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator) - Condenado em primeiro grau a 7 (sete) anos de reclusão, em regime semi-aberto, como incurso nas sanções do art. 213, c/c os arts. 224, *a*, e 226, III, todos do Código Penal, o paciente apelou da sentença condenatória, tendo a egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais dado provimento ao recurso, para absolvê-lo por entender elidida, no caso, a presunção de violência.

Contra essa decisão houve recurso especial do Ministério Público, a que a Quinta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça deu provimento parcial para restabelecer a condenação de primeiro grau, afastando, apenas, a majorante prevista no art. 226, III, do Código Penal.

O acórdão ora impugnado recebeu a seguinte ementa:

"*Penal. Estupro presumido. Presunção, dolo e consentimento. Art. 224,* a, *do Código Penal. Majorante do art. 226, inciso III, do Código Penal.*

- I - A presunção de violência, prevista no art. 224, alínea a, *do Código Penal, exige que o dolo, direto ou eventual, considere o elemento referente à idade da vítima, não podendo ser, assim, admitida a responsabilidade objetiva.*

- II - 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.

- III - O consentimento da vítima, no caso, não tem relevância jurídico-penal.

- IV - Ao contrário do que pode acontecer nos delitos de sedução e de corrupção de menores, a anterior experiência sexual da ofendida não descaracteriza o estupro presumido.

- V - A majorante do art. 226, inciso III, do Código Penal exige prova na forma do art. 155 do CPP.

- VI - Recurso conhecido e parcialmente provido" (fl. 64).

Além da alegação da experiência sexual anterior da vítima e de que houve a anuência dela em manter conjunção carnal com o paciente, sustenta-se, ainda,

a nulidade do laudo pericial, assinado por um único perito, e irregularidade na representação feita pelo pai da vítima.

O *habeas corpus* não é de ser concedido.

A impetração invoca o decidido por esta Turma no *HC* 73.662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, deferido por maioria de votos, acórdão que foi assim ementado:

"*Competência* - Habeas corpus *- Ato de Tribunal de Justiça. - Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer* habeas corpus *impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior.*

- Estupro - Prova - Depoimento da vítima. - Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros.

- Estupro - Configuração - Violência presumida - Idade da vítima - Natureza. - O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a, *do Código Penal*" (*DJ* de 20.09.96).

No julgamento do referido *habeas corpus*, restei vencido, na honrosa companhia do eminente Min. Néri da Silveira.

Disse eu no voto que então proferi:

"*O Sr. Ministro Carlos Velloso - Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Marco Aurélio, Relator, e aos demais Srs. Ministros que o acompanharam, para divergir.*

O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de doze anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as conseqüências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a presunção de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência (Código Penal, art. 224, *a*).

A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da

lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer.

Li, enquanto votava um dos eminentes Colegas, as declarações que foram prestadas pela menor, em Juízo. Vou ler, Sr. Presidente, para os Srs. Ministros tais declarações (lê).

Na verdade, a menor afirmou que 'pintou vontade' de realizar o coito. Quando, entretanto, teria 'pintado essa vontade'? Montaram na motocicleta, pararam, passaram a trocar beijos, o ora paciente a passar a mão no seu corpo. Ora, menina-moça, de 12 anos, depois disso, teria que ter vontade de realizar o ato sexual. Não 'pintaria vontade' se ela não fosse humana, quase mulher.

O paciente é que, com vinte e quatro anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações, foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias.

Diz ela, ainda, está nas declarações que li para os eminentes Ministros, que não tem medo de pegar AIDS e que depois veio a se relacionar com outro homem.

Quem presta tais declarações não á capaz de decidir, é uma imatura. Na verdade, uma jovem de 12 anos não é ainda uma mulher, não sabe discernir a respeito dos seus instintos sexuais. Essa imaturidade, que impede a compreensão do exato sentido do ato, revela-se, justamente, nas declarações que foram prestadas, em que a menina-moça se preocupa em parecer mulher de vida livre. Isto decorre, repito, da imaturidade. Fosse ela mulher feita, pudesse ela discernir como adulta, e suas declarações seriam outras, ela tentaria se defender, parecer moça austera, circunspecta.

O Desembargador Alves Braga, do Tribunal de Justiça de São Paulo, eminente magistrado, em voto que proferiu naquela Corte, lecionou:

'Não há dúvida de que o legislador, ao fixar o limite de 14 anos, teve em mente a psicogênese da criança, sem esquecer que a cada etapa do seu desenvolvimento, à medida que se lhe abrem novos horizontes, com inovações e novas descobertas, ela forma a sua unidade que outra coisa não é senão a reunião de fragmentos 'feitos de contrates e conflitos'. É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer. O seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida de perspectiva de vida. Nem sempre o menor sabe querer, pouco importando o acúmulo de informações mal dirigidas que lhe endereça aquilo que se convencionou chamar de moderna civilização. Outra, pois, não foi a razão pela qual o legislador amparou o menor, negando validade ao seu consentimento, como ocorre na hipótese do art. 224 do Código Penal'. (TJSP, RJTJ/SP, *23/466, ap. Alberto Silva e Franco e outros,* Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, *4ª ed., RT, p. 1.337.*)

O Supremo Tribunal Federal está tomando, neste caso, decisão das mais importantes, dado que, de lege lata, *a menor tem a proteção da lei, proteção, aliás, em casos como este, que decorre da própria Constituição Federal, que estabelece, no § 4º do art. 227, que 'A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente'. Hoje, sabemos todos, a imprensa noticia, organizações não governamentais nacionais e internacionais reclamam do governo brasileiro medidas e providências rigorosas contra a prostituição infantil, contra a exploração sexual de menores.*

A norma inscrita no § 4º do art. 227 da Constituição Federal - 'a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente' - determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 224, a, *do Código Penal, a maior amplitude.*

Sr. Presidente, com estas breves considerações, peço vênia aos eminentes Colegas que concederam a ordem para, divergindo, indeferir o writ".

A proposta formulada pelo eminente Presidente da Turma, Min. Néri da Silveira, de afetar ao Plenário o julgamento da causa, foi indeferida, ficando vencidos o Min. Néri e eu.

Esta Turma, mais recentemente, em caso semelhante ao de que tratam estes autos - *HC* 74.700-PR, Rel. Min. Maurício Corrêa - indeferiu a ordem, manifestando o entendimento de que "*no caso de estupro contra menor de 14 anos, a violência, que é circunstância elementar do crime (CP, art. 213), não precisa ser* real, *pois é* presumida *pela lei (CP, art. 224,* a)". O acórdão porta a seguinte ementa:

"*Ementa:* Habeas corpus. *Crime de estupro praticado contra menor, com treze anos de idade. Violência presumida. Conhecimento e indeferimento. Ordem de* habeas corpus *concedida* ex officio. *Casamento da vítima com terceiro.*

- 1. *No caso de estupro praticado contra menor de 14 anos, a violência, que é circunstância elementar do crime (CP, art. 213), não precisa ser* real, *pois é* presumida *pela Lei (CP, art. 224,* a).

- 2. *Inocorrência, no caso, de qualquer peculiaridade especialíssima que possa justificar a mitigação do rigor da norma, a fim de que não seja feita injustiça.*

- 3. Habeas corpus *conhecido, mas indeferido.*

- *4. Ordem de* habeas corpus *concedida* ex officio *em face da extinção da punibilidade, pelo casamento*

da vítima com terceiro, eis que o crime foi praticado sem violência real ou grave ameaça *e que a vítima demonstrou, expressamente, desinteresse no prosseguimento da ação penal (CP, art. 107, VIII; RI-STF, art. 193, II)*" *(DJ* de 09/05/97).

Registre-se que a egrégia Primeira Turma vém decidindo nesse mesmo sentido, de que são exemplos os acórdãos cujas ementas vão abaixo transcritas:

"*Estupro. Presunção de violência, por ser a vítima menor de 14 anos de idade (artigos 213 a 224,* a, *do Código Penal).*

- O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (artigos 213 e 224, a, *do Código Penal).*

- RE conhecido e provido, em parte, para que, afastada a tese em contrário do acórdão recorrido, prossiga o Tribunal na apreciação das demais questões da apelação incluída aquela relativa 'ao erro quanto à idade da vítima'" (RE 108.267-PR, Rel. Min. Sydney Sanches, *RTJ*, 130/802).

"*Ementa: Direito Penal e Processual Penal.*

Estupro. Vítima menor de 14 anos de idade. Presunção de violência (artigos 213 e 224, a, *do Código Penal). Casamento da vítima com terceiro. Extinção da punibilidade (art. 107, inc. VIII, do CP). Deficiência de defesa.*

Habeas corpus.

- 1. O pedido de habeas corpus *não pode ser conhecido, no ponto em que sustenta a extinção da punibilidade, pelo casamento da ofendida, ocorrido posteriormente à sentença condenatória e antes do acórdão que a confirmou.*

- 2. É que tal fato não constou dos autos em que proferida a condenação e só foi ventilado com a presente impetração, como expressamente admitido na inicial.

- 3. Sendo assim, quanto a esse ponto, não pode o Tribunal prolator do acórdão impugnado ser apontado como autoridade coatora, pois nada constava dos autos a respeito do casamento da ofendida com terceiro. Não se tratava, assim, de questão que estivesse devolvida à sua consideração, mesmo de ofício.

- 4. Essa questão, portanto, pode ser suscitada, pela via própria, perante o Tribunal competente.

- 5. 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 (artigos 213 e 224, a, *do Código Penal). Precedente.*

- 6. No caso, ademais, não se alega experiência anterior da vítima, nem a ocorrência de erro quanto a sua idade, mas, apenas e tão-somente, que consentiu na prática das relações sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência, pois a norma em questão (artigo 224, a, *do Código Penal), visa, exatamente, a proteger a menor de 14 anos, considerando-a incapaz de consentir.*

- 7. Havendo o Defensor dativo praticado todos os atos que se lhe poderiam exigir e tendo, inclusive, alcançado êxito parcial com sua apelação, de que resultou considerável redução da pena, e não se evidenciando, nos presentes autos, a alegada deficiência de defesa, é de se repelir tal alegação.

- 8. HC *conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido, cassada a liminar*" *(HC* 74.286-SC, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 04.04.97).

"*Ementa:* Habeas corpus. *Estupro. Vítima menor de quatorze anos. Presunção de violência.*

- O consentimento da menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro.

- Habeas corpus *indeferido*" *(HC* 74.580-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 07.03.97).

"Habeas corpus. *Estupro. Violência presumida por ser a vítima menor de quatorze anos. Prova da idade.*

- Não constitui nulidade a falta da certidão de nascimento ou de perícia médica que comprove a idade de menor estuprada, se a presunção de violência resultou do livre convencimento do juiz, diante dos demais elementos de prova reunidos nos autos.

- Não é em sede de habeas corpus *que se elidirão as razões que se entendem como matéria de prova, inexaminável no* writ.

- Habeas corpus *denegado*" (*HC* 9.084-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, *RTJ*, 141/203).

O acórdão ora recorrido realça, na linha do entendimento majoritário do Supremo Tribunal, que, no estupro presumido, a lei penal impõe o dever de abstenção da prática da conjunção carnal com jovens menores de quatorze anos, não tendo relevância jurídico-penal o consentimento da vítima.

Destaco do bem-fundamentado voto do condutor do acórdão ora impugnado, da lavra do eminente Min. Felix Ficher:

"Primeiro, *como é sabido, existem incriminações nas quais a norma proíbe certa conduta (tipo comissivo) e, em outros casos, determina - com pressupostos - a realização de determinada ação (tipos omissivos), tudo isto sob ameaça de sanção penal (cf. Zaffaroni* in Manual de D. Penal, *PG, 6ª ed., p. 347/349). No caso, apesar de respeitáveis posições divergentes, a incriminação é clara: a norma, sob pena de não ter a indispensável delimitação,*

afastando despicientes incertezas denotativas, impõe, conforme J. Mestieri (in O Estupro, *p. 116*), '*um dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade*'.

Segundo, *não é de se confundir* innocentia consilli *com mero conhecimento, objetivo, do que é em ato sexual. Aquela diz com a maturidade psico-ética, com a livre determinação no plano das atividades sexuais. Isto,* venia concessa, *dificilmente existe numa pessoa de 13 anos* (v.g. *art. 172, nº 2, do CP, português, alterado pelo DL 48/95).*

Terceiro, *o denominado estupro ficto, com a sua estrutura legal, não guarda relação com* sedução *e nem com a* corrupção de menores. *A honestidade da vítima não é, e nem poderia ser, requisito para o crime. Caso contrário, no fundo, restariam mescladas as presunções das alíneas* a *e* b *do art. 224 do CP. Só virgens de formação antiquada e mentalmente pouco dotadas é que,* ex hypothesis, *poderiam ser vítimas de estupro presumido. Se a legislação, como um todo, protege prostitutas, procurando impedir a exploração, a submissão, etc.; se a legislação, bem assim, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, procura dar uma proteção mais ampla às crianças e aos adolescentes, então carece de amparo jurídico entender-se, como algo penalmente indiferente, o ato sexual praticado com crianças mal-orientadas ou carecedoras de melhor formação. É o mesmo que imaginar ser a norma voltada à proteção do agente... e não da ofendida*" (fls. 132/133).

Esclareça-se, finalmente, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento, pelo seu plenário, do *HC* 74.983-RS, por mim relatado, deu pela legitimidade constitucional da presunção de violência inscrita no art. 224, *a*, do Código Penal, para a caracterização do crime de estupro (Código Penal, art. 213) (*DJ* de 29.08.97).

Quanto ao alegado precoce desenvolvimento físico da vítima, que tinha 13 (treze) anos à época dos fatos, consta da sentença de primeiro grau que "*nada restou comprovado*" (fl. 18).

Relativamente à alegação de que o laudo pericial foi subscrito por um único perito oficial, anota, com propriedade, o parecer do Ministério Público que "*a exigência do laudo ser subscrito por dois (2) peritos, mesmo que oficiais, só advém com a alteração que a Lei nº 8.862, de 28 de março de 1994, empreendeu no artigo 159,* caput, *do CPP*". No caso, o laudo foi elaborado em 28 de outubro de 1990 (fls. 26/27-v.).

Também não procede a alegação de nulidade do termo de representação, por irregularidade formal, dado que o Boletim de Ocorrência (fl. 23) registra o nome completo e a qualificação do acusado, ora paciente.

Do exposto, indefiro o *writ*.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa - Sr. Presidente, na verdade, por época do julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.662, relatado pelo nobre Ministro Marco Aurélio, convenci-me de que realmente deveria acompanhá-lo, convicto de que S. Exa. expendeu considerações e conceitos altamente substanciosos, não só interpretando aquelas circunstâncias factuais do caso, como também, pelo seu lúcido raciocínio.

Todavia, numa maior reflexão, quando trouxe os autos do *Habeas Corpus* nº 74.700 para julgar, embora não alterasse nada do que foi expendido, no sentido conceitual, pelo eminente Ministro Marco Aurélio, vi-me na contingência de ter que dar a interpretação, que me pareceu correta, em face da explícita regra do art. 224, letra *a*, do Código Penal brasileiro. Não vejo como, depois dessa meditação, sustentar a tese de que a facilitação por parte da vítima menor de 14 anos, para que se realize o ato de conjunção carnal, não elide a figura do reconhecimento presumido. Por isso mesmo, senti-me - após esse reexame, refluindo àquele entendimento -, de repensar a tese, como faço agora, para admitir a presunção de violência quando praticada contra menor de 14 anos. Na espécie, a vítima é menor de 14 anos, portanto se enquadra na hipótese do tipo penal.

Por essas razões, vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio, antecipadamente, para aderir a essa orientação que me basta. Com a reforma do Código Penal que está em andamento, este tema, naturalmente, será objeto de debate por parte daqueles que elaborarão as alterações da legislação penal brasileira. Por enquanto sinto-me, como disse, na contingência de acompanhar o eminente Relator, exatamente com base no preceito penal mencionado.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio - Senhor Presidente, considero, em primeiro lugar, a definição do procedimento criminoso constante do artigo 213 do Código Penal - "*constranger mulher*", pouco importa se honesta ou não, se virgem ou não, "*a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*". Se pesquisarmos a melhor doutrina, constataremos que, no tocante a esse tipo penal, tem-se como núcleo o constrangimento. É o vocábulo que, inclusive, abre o preceito "*constranger mulher*", ou seja, a contrariedade à vontade da mulher. O objeto jurídico aqui protegido também se mostra escancarado: é a liberdade sexual da mulher. Portanto, temos como núcleo o constrangimento para configuração do tipo penal; indispensável é a contrariedade à vontade. E essa contrariedade é potencializada por quê? Porque o preceito indica que o constrangimento deve ocorrer mediante violência, violência física, ou grave ameaça.

Senhor Presidente, o artigo 224, em si, não encerra um tipo penal, ou seja, não revela que consubstancia crime manter relação sexual com mulher menor de catorze anos. Não, não é o que se contém no artigo 224. Esse artigo não encerra, no campo da previsão criminal, uma norma autônoma, uma figura criminosa dissociada do artigo 213. O artigo 224 remete, ao revelar a presunção

de violência, aos crimes contra os costumes. Preceitua presumir-se a violência se a vítima é menor de catorze anos.

Aliás, quando entrou em vigor o Código atual, aplicável à espécie, houve uma grita generalizada, porque, em relação ao Código pretérito, que estava em vigência, reduziu-se a idade, para chegar-se à presunção da violência, de dezesseis para catorze anos. E hoje são passados mais de cinqüenta anos da vigência do Código Penal. Por isso mesmo, no precedente mencionado da tribuna, aventei se não seria o caso de caminhar-se para uma nova redução, mesmo porque, se formos colocar na cadeia quem, em Brasília, já transou com mulher de catorze anos, a Papuda vai ser pequena para abrigar essas pessoas.

Indaga-se: a presunção de que cogita o artigo 224 é relativa ou absoluta? A maior parte da doutrina, o maior número de julgados revela que se trata de uma presunção relativa. E por que é assim? Porque não podemos ter crime por presunção. Se admitirmos que essa presunção é absoluta, teremos crime por presunção, desprezando a necessidade de concorrer, na espécie, o dolo específico; desprezando, portanto, o próprio tipo penal retratado não no artigo 224, mas no artigo 213 do referido Código.

Na espécie, o Juízo impôs condenação. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - e aqui vemos que há sempre dissenso de acordo com a formação humanística e profissional dos integrantes do órgão julgador -, ao contrário do que ocorrera no julgado que originou o precedente mencionado pelo nobre advogado, da tribuna, formalizado por esta Turma no *Habeas Corpus* nº 73.662, concluiu pela relatividade da presunção do artigo 224. Esse acórdão veio a ser reformado, por força de recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, adotando-se a óptica segundo a qual essa presunção é absoluta.

Peço vênia àqueles que me antecederam para dizer que o Paciente merece a mesma sorte que teve, nesta Turma, o Paciente do *Habeas Corpus* nº 73.662. A diferença está apenas na qualificação: no primeiro, tratava-se de um encanador e, no caso concreto, temos um pedreiro, um homem, portanto, que se presume não seja de escolaridade maior, a ponto de se acautelar e, antes de manter, com a concordância da mulher, a relação sexual, pedir a identidade para saber a sua faixa etária.

Peço vênia para, no caso - e estou julgando, ainda, na própria segunda Turma que concedeu a ordem no *Habeas Corpus* nº 73.662 -, divergir e concluir - havendo ficado comprovada a vida dissoluta da moça; havendo ficado comprovado que o Paciente não teve idéia de estar se relacionando com uma mulher menor de catorze anos, bem como a concordância desta, no sentido de conceder a ordem.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente) - Peço vênia ao Sr. Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator. Faço-o na linha do voto que proferi no *Habeas Corpus* nº 73.662, de Minas Gerais.

Devo esclarecer que, posteriormente, outros feitos na Turma não seguiram essa decisão, que, assim, há de ser isolada. Em outros julgamentos - e, aliás, o eminente Ministro Maurício Corrêa a eles se referiu - a Turma tomou essa decisão. Naquela oportunidade, foi um *quorum* mínimo de três a dois; foi o único julgamento em que, efetivamente, se admitiu a tese sustentada por V. Exa. Posteriormente, com o reexame da matéria pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, que acompanhara V. Exa., formando o *quorum* de três, a Turma retomou orientação da jurisprudência do Tribunal e da unânime posição da Primeira Turma, indeferindo o *habeas corpus*. Ainda na última sessão, extraordinária, em que não estavam presentes V. Exa. e o eminente Ministro Carlos Velloso, recordo que esta Turma indeferiu *habeas corpus* versando, também, sobre matéria semelhante.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pelo paciente o Dr. Antônio Ponce. 2ª Turma, 13.02.98.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República: Dr. Mardem Costa Pinto.

Carlos Alberto Cantanhede - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 20.04.2001.)

-:::-

HABEAS CORPUS

- A condenação definitiva a que alude o § 2º do artigo 1º do Decreto-lei 201/67 é a condenação transitada em julgado.

- No caso, não se decretou a perda do cargo de imediato, mas sim o afastamento do exercício dele.

- Assim, e de qualquer sorte, não tendo ainda o ora paciente perdido o cargo de Prefeito, pois a perda deste só ocorrerá com o trânsito em julgado de sua condenação, o Tribunal de Justiça local, ao prolatar originariamente a condenação que agora se pretende invalidar, era competente para proferi-la com base no artigo 29, X, da Constituição Federal, não interferindo nessa competência o cancelamento da Súmula 394 desta Corte, o que só ocorreria se tivesse havido essa perda.

- *Habeas corpus* indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 80.026/2-RS - Relator: Ministro MOREIRA ALVES

Paciente: Bento Gonçalves dos Santos. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

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 de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília-DF, 25 de abril de 2000. - *Ministro Moreira Alves* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) - Os Drs. Werner Cantalício João Becker e Rodrigo Frantz Becker impetram, em favor de Bento Gonçalves dos Santos, *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, contra o Superior Tribunal de Justiça, que denegou *writ* em que sustentava que, não obstante ter sido cancelada a Súmula 394 desta Corte e ter perdido o ora paciente o cargo de Prefeito em virtude de condenação anterior contra a qual só foram interpostos recursos especial e extraordinário, o Tribunal de Justiça local não acolheu a preliminar de sua incompetência para julgar originariamente o ex-Prefeito, alegando que, não havendo ainda o trânsito em julgado da primeira condenação, o ora paciente está apenas afastado do cargo, tanto assim que recebe seus subsídios com base no disposto no parágrafo único do artigo 20 da Lei 8.429/92. Alegam os impetrantes, em síntese, que, no caso, houve realmente perda do cargo, e não afastamento que apenas visa a possibilitar a instrução do processo quando as circunstâncias aconselharem, bem como que não invalida essa situação a circunstância de o ora paciente estar recebendo, indevidamente, seus subsídios com base na referida Lei 8.429/92, que é pertinente à ação civil pública e que diz respeito a afastamento que se reputa necessário para a instrução processual, razão por que, não mais sendo ele Prefeito, o Tribunal de Justiça se tornou incompetente para o julgamento do processo em causa, devendo, portanto, ser decretada a nulidade dessa decisão condenatória.

Indeferido o pedido de liminar, foram prestadas informações à fl. 117 e segs., com o encaminhamento do teor do acórdão do STJ ora atacado, e que é o seguinte:

"O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Sr. Presidente, o cerne da questão neste writ *junge-se a dois pontos: o primeiro, acerca da competência ou não do Tribunal* a quo *para processar e julgar o paciente e, o segundo, sobre a possibilidade da concessão de fiança.*

Nas informações prestadas às fls. 52/86, destaca-se o seguinte trecho (fls. 54/55):

'2. Sobre a alegada incompetência originária do Tribunal para o julgamento.

Na sessão do dia 04.11.99, em que o paciente Bento Gonçalves dos Santos viu-se julgado no processo originário 696.802.396, era a seguinte a situação, como Prefeito do Município de Triunfo:

- no processo originário nº 695.800.433, julgado na sessão do dia 09.09.99, Bento Gonçalves dos Santos foi condenado a 01 ano e 08 meses de detenção em razão da prática continuada do crime previsto no art. 1º, inc. XIII, do DL 201/67.

Nesta mesma decisão, foi-lhe imposta também a perda do cargo e a inabilitação para provimento de outro pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 1º, § 2º, do DL 201/67.

A execução da pena detentiva aplicada, neste processo, foi suspensa, por quatro anos, mediante condições.

Este acórdão não transitou em julgado, posto que dele interpuseram recurso especial e extraordinário.

- No processo originário nº 699.801.270, em que Bento Gonçalves dos Santos é acusado da prática continuada do crime descrito no art. 1º, inc. I, do DL 201/67, na sessão do dia 16.09.99, a Câmara recebeu a denúncia.

Na mesma oportunidade foi o acusado afastado do exercício do cargo, como previsto no art. 2º, inc. II, do DL 201/67.

Este acórdão também não transitou em julgado, posto que contra o mesmo a defesa apresentou recurso especial e extraordinário.

De acordo com comunicação inserta no ofício 111/67, do Juiz de Direito da Comarca de Triunfo, somente a partir de 19.10.1999 o Prefeito Bento Gonçalves dos Santos foi afastado do exercício do cargo.

Ele não 'entregou' o cargo. Ele não renunciou ao cargo. Foi ele afastado em razão das decisões adotadas nos processos originários referidos.

Essa era a situação funcional do paciente no dia 04.11.99. Ele se encontrava precariamente afastado do exercício do cargo.

Sem prejuízo ao direito de perceber seus subsídios, conforme disposto na Lei nº 8.429/92, art. 20, parágrafo único.

Com direito, portanto, à prerrogativa de foro privilegiado estabelecida no art. 29, inc. X, da Constituição Federal. Somente o efetivo afastamento do Prefeito do cargo retira-lhe o direito à prerrogativa constitucional do foro privilegiado para o processo e julgamento da ação penal contra si intentada. Não deu a Câmara, portanto, aplicação à regra contida na antiga

Súmula 394 do Pretório Excelso. Observou o preceito constitucional escrito no inciso X do art. 29 da Constituição Federal'.

O texto legal invocado (Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967), que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores e dá outras providências, assim normatiza:

'Art. 1°. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:

(omissis)

§ 1° - Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 2° - A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo *ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular'.*

Adiante, referido diploma assevera:

'Art. 6°. Extingue-se o mandato de Prefeito, *e, assim, deve ser declarado pelo Presidente da Câmara de Vereadores, quando:*

I - ocorrer o falecimento, renúncia por escrito, cassação dos direitos políticos ou condenação por crime funcional ou eleitoral'.

Depreende-se de tais dispositivos legais que o conceito de perda da função pública, quer por crimes funcionais ou eleitorais, está intimamente ligado aos princípios constitucionais da moralidade e de improbidade administrativa (art. 37 da CF). Assim, o ato de imoralidade - segundo a lição de doutos administrativistas, entre eles Celso Antonio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles - afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, as normas de conduta aceitas pelos administrados, o dever de lealdade, a dignidade humana e outros postulados éticos e morais. A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam em enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo ao erário ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a administração pública. Estes atos ímprobos vêm regulados pela Lei nº 8.429/92, que, da mesma forma que o Decreto-lei nº 201/67, aplicado pela Corte *a quo* ao caso concreto, *também exige em seu art. 20 que a perda da função pública opere somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.*

Ora, como ensina-nos Carlos Maximiliano, os artigos de uma mesma lei devem ser interpretados em conjunto e harmonicamente, nunca de forma isolada ou autônoma. Logo, as normas supracitadas remetem-nos ao fato de que o Prefeito Municipal, detentor de cargo público eletivo, só perde seu mandato se houver condenação por crime funcional ou eleitoral (art. 6°), devendo ser esta perda, de caráter definitivo (§ 2° do art. 1°). Uma sentença só é definitiva quando ocorrer a coisa julgada material, pois, conforme HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in Curso de Direito Processual Civil, *v. I, 1997,* 'denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não sujeita a recurso ordinário ou extraordinário'. *Neste diapasão e consoante preceito constitucional pétreo, correta é a assertiva de que a coisa julgada material projeta sua força além do processo em que a sentença foi dada, impedindo discutir-se a matéria já julgada, também em outros processos.*

Portanto, não há que se falar em perda do cargo de Prefeito, se não houve sentença com trânsito em julgado, pois, o tema - perda de cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação - versa sobre valores importantíssimos, que atingem o caráter do administrador e sua conduta perante a res publica, *e que são constitucionalmente postos e definidos. Deve haver decisão do Poder Judiciário final e irrecorrível. Não é a hipótese dos presentes autos. Conforme se constatou da informação prestada, todas as condenações impostas ao paciente ainda encontram-se* sub judice, *pois das mesmas houve a interposição de recurso especial e extraordinário. Não há, desta forma, perda do cargo, mas sim afastamento do mesmo. Quanto à alegação de que esta tese resultaria em dois Prefeitos para o mesmo Município, reputo-a incabível, uma vez que o Vice-Prefeito está exercendo, interinamente e enquanto durar o afastamento do titular, as funções de alcaide municipal, não tendo sido, contudo, eleito para este cargo. Cessado este afastamento, interrompe sua atuação junto à chefia do executivo municipal, devendo a função retornar a seu legal detentor, que, ainda, é o paciente da presente impetração, até que alguma de suas sentenças condenatórias transitem em julgado.*

Aliás, nesse particular, consignou o v. acórdão guerreado:

'Entendo que o afastamento do réu do exercício do cargo em razão da condenação, por não ser definitivo, por ser provisório, tendo em vista que não transitou em julgado a condenação, e o seu afastamento do exercício do cargo em razão do recebimento da denúncia - o que ocorreu no Processo nº 699.801.220 - uma vez que decorre do que estabelece o Decreto-lei nº 201/67, que, ao receber a denúncia, deve o Juiz se pronunciar sobre o afastamento do réu, pela sua própria natureza não retira a competência deste Tribunal e, nos termos do art. 29, inc. X, da Constituição Federal, o Prefeito deve ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça, no caso por esta Câmara, nos termos regimentais'.

Outrossim, outra questão de grande relevo, muito bem salientada no parecer da douta Subprocuradoria-

Geral da República e confirmada pelos próprios impetrantes na petição de fls. 96/99, é que o paciente ainda recebe seus subsídios, quer por força da Lei nº 8.429/92, como alegado pelo representante ministerial, ou, ainda, por um 'reconhecimento de ofício... claramente indevido, que não pode configurar exercício do cargo' (sic, *fls. 98*), *como aduzido pelos advogados do mesmo. O fato é que ele percebe tais proventos e, se assim o faz, mais um motivo para averiguar-se que não se trata de perda da função - pois não se pode remunerar quem não mais exerce o cargo público - mas sim, afastamento da mesma, com a impossibilidade provisória de exercê-la.*

Logo, não há que se falar em aplicabilidade ou não da Súmula 394 do Pretório Excelso ao presente caso, uma vez que a Corte de origem embasou-se no art. 29, X, da Constituição Federal. Ao revogar sua Súmula 394, o colendo Pretório Excelso esclareceu que a competência em razão da função para fixação do foro especial ou privilegiado não alcançaria mais aquelas pessoas que não fossem detentoras de mandato ou cargo público, vale dizer, que não mais exercessem em definitivo tal função. Reafirmo, mais uma vez, que não é a hipótese dos presentes autos. O ilustre Ministro Sydney Sanches, Relator da Questão de Ordem, asseverou no mesmo sentido ao afirmar que:

'Aliás diga-se de passagem, se nem a própria Câmara dos Deputados quis continuar permitindo o exercício do mandato, pelo acusado, tanto que o cassou, ao menos em hipótese como essa parece flagrantemente injustificada a preocupação desta Corte em preservar a prerrogativa de foro.

Nem se deve presumir que o extitular de cargo ou mandato, despojado da prerrogativa de foro, fique sempre exposto à falta de isenção dos Juízes e Tribunais a que tiver de se submeter. *E, de certa forma, sua defesa será mais ampla. Com as quatro instâncias que a Constituição Federal lhe reserva, seja no processo e julgamento da denúncia, seja em eventual execução de sentença condenatória. E sempre restará a esta Corte o controle difuso de constitucionalidade das decisões de graus inferiores. E ao Superior Tribunal de Justiça o controle de legalidade. Além do que já se faz nas instâncias ordinárias, em ambos os campos.*

Por todas essas razões, proponho o cancelamento da Súmula 394. E resolvo a questão de ordem, declarando a incompetência do Supremo Tribunal Federal, para apreciar a denúncia oferecida contra o ex-Deputado Federal Jabes Pinto Rabelo e determinando a remessa dos autos à Justiça Federal de 1º grau, com sede em Brasília, Distrito Federal, já que o delito, a ele imputado, teria sido praticado durante o exercício do mandato, na Câmara dos Deputados, e consistiria em falsidade ideológica na emissão de carteira de identificação de assessor parlamentar, em detrimento não só da fé pública, mas, também, de interesse da União (art. 109, IV, da Constituição Federal).

36. Nesse sentido é meu voto, com a ressalva de que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394' (Informativo *nº 159/STF) - grifamos.*

Concluindo, correta a interposição do Tribunal a quo *acerca de sua competência, por prerrogativa de função, para julgar o paciente, que não pode e não deve ser interpretada como especial ou usurpadora, uma vez que reflete apenas o texto constitucional e é mera decorrência do cargo que exerce o réu. Válidas as lições de ADA PELEGRINI GRINOVER e outros,* in As Nulidades no Processo Penal, *Malheiros Editores, SP, 2ª edição, 1992, p. 47, ao afirmarem que:*

'Como já dito, o estabelecimento da competência funcional originária dos tribunais, para o processo e julgamento de determinadas pessoas, em razão da denominada prerrogativa de função, *não consubstancia exceção ao princípio do juiz natural'.*

Garantir a instrução processual e o cumprimento das decisões condenatórias penais, que abordem atos de improbidade administrativa ou atentatórios aos princípios constitucionais da administração pública regulados, no caso de Prefeito e Vereadores, pelo Decreto-lei nº 201/67, constitui, em última análise, assegurar a proteção primordial dos interesses sociais e coletivos, não afrontando qualquer princípio basilar do direito processual, e tampouco acarretando nulidades que viciem o processo.

Por tais razões, quanto a este aspecto, não merece prosperar a pretensão dos impetrantes, razão pela qual rejeito a argüição de incompetência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para processar e julgar o paciente.

Melhor sorte não assiste ao impetrante relativamente ao pedido de concessão de fiança. Sob esse aspecto, as informações de fls. 56/57 esclareceram:

'Pelos últimos delitos, Bento Gonçalves dos Santos viu-se condenado a 05 anos de reclusão.

Como sabemos, a lei comina para os crimes de peculato a pena mínima de dois anos de reclusão (DL 201/67 - art. 1º, § 1º). Por sua vez a lei processual penal estabelece que não será concedida fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos (CPP, art. 323, I).

A continuidade delitiva é uma espécie benéfica de concurso material de crimes.

Como não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão, segue-se que, no caso invocado pelos ilustrados impetrantes, não podia, efetivamente, a Câmara deferir o pedido agora reiterado perante o colendo Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese de acusação da prática continuada de crime de peculato, a pena mínima a ser considerada,

para fins de fiança, há de ser dois anos de reclusão, mais um sexto, conforme previsto no art. 1º, § 1º, do DL 201/67 e no art. 71 do Código Penal.

Cristalizando-se a pena mínima, em tal caso, acima de dois anos de reclusão, a fiança mostra-se inadmissível.

Ademais deve-se ainda considerar que o paciente Bento Gonçalves dos Santos, no processo originário findo nº 692.129.729, viu-se condenado em razão da prática do crime previsto no art. 129 do Código Penal.

Essa condenação transitou em julgado, tendo o paciente cumprido a pena pecuniária que lhe foi aplicada'.

Como se verifica, tanto pelas informações transcritas, quanto pelo voto condutor do acórdão recorrido, o paciente é acusado de haver praticado os crimes descritos no art. 1º, incs. I e XIII, do Decreto-lei nº 201/67, combinados, ambos, com o art. 71 do Código Penal, porquanto no ano de 1992 (março de 1992 a dezembro de 1992), em datas diversas, utilizou-se indevidamente, desviou em proveito próprio, ou de terceiros, rendas públicas pertencentes ao Município, bem como nomeou e designou servidores, em número de dezessete, para cargos em comissão, contrariando a lei.

A continuidade delitiva, para efeitos de concessão de fiança, deve ser considerada no cálculo da pena mínima in abstrato. *JULIO FABBRINI MIRABETE,* in Processo Penal, *4ª ed., p. 405, assevera:* 'no caso de concurso de crimes considera-se para a concessão da fiança a soma do mínimo das penas dos diversos delitos (para o caso de concurso material e concurso formal impróprio) e a pena do mais grave aumentado do mínimo (na hipótese de concurso formal ou continuado)'.

Por ocasião do julgamento do RHC *60.018-RJ, o ilustre Ministro Oscar Corrêa, do colendo Supremo Tribunal Federal, afirmou:* 'Aberra, portanto, de sua natureza e de sua finalidade - que é a de manter o réu solto, mas em condições de controle pela Justiça, atendendo-lhe ao chamamento - concedê-la a réus que, pela continuidade delituosa, demonstram intensidade de dolo, e, assim, não fazem jus ao benefício que lhes autorizaria a permanência no meio social, ao qual se mostram desajustados e hostis'.

Igualmente esta Turma tem entendido que em se tratando de concursos de crimes, para a concessão de fiança, hão que ser somadas ou aumentadas, em razão de concurso material ou formal e continuidade delitiva, respectivamente, as penas mínimas in abstrato.

A propósito:

'Penal e Processual Penal. Habeas corpus. *Competência originária (EC nº 22/99). Peculato em continuidade delitiva e quadrilha. INSS. Fiança. Efeito suspensivo. Regime inicial de execução da pena privativa de liberdade (precedentes).*

- I - A soma das penas mínimas, quando superior a dois anos de reclusão, impede a concessão da fiança (Súmula 81-STJ; HC *8.871-RJ,* DJU *de 16.08.99).*

- II - O recurso especial, em regra, não tem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90).

- III - A primariedade e os bons antecedentes não outorgam, por si, o regime semi-aberto quando outros dados referentes ao sentenciado, devidamente detectados e altamente relevantes, recomendam o regime inicial fechado (art. 33, § 3º, c/c o art. 59 do CP).

- Writ *indeferido' (*HC *nº 8.981-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer,* DJU *de 18.10.1999).*

Por outro lado, é oportuno frisar que o paciente, segundo informações prestadas, já foi condenado, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime previsto no art. 129 do CP (lesão corporal).

Tal circunstância também obsta a concessão de fiança, a teor do art. 328, incisos III e IV, 2ª parte, do CPP.

Por tais fundamentos, denego a ordem.

É como voto" (fls. 121/127).

Às fls. 132/133, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Edinaldo de Holanda Borges:

"*Trata-se de* habeas corpus, *com pedido de liminar já indeferido, impetrado em benefício de Bento Gonçalves dos Santos, contra o acórdão do e. Superior Tribunal de Justiça, mantenedor de decisão colegiada estadual do Rio Grande do Sul, que condenou o paciente, em um primeiro processo, a 1 ano e 8 meses de reclusão, além da perda do cargo de Prefeito Municipal e inabilitação para o provimento em outro cargo pelo prazo de 5 anos. Em um segundo processo, também julgado pela mesma Corte gaúcha, fora o paciente condenado à pena de 5 anos de reclusão* (vide *petição de fls. 02/10).*

Da impetração, que se traduz como pura reiteração de pedido outrora formulado perante o STJ, o impetrante denuncia a incompetência do TJRS para examinar e julgar o paciente, aduzindo que a perda do cargo que lhe foi imposta em 20 de outubro de 1999 retirou-lhe o privilégio de foro para ser julgado no segundo processo pela mesma Corte, julgamento esse que ocorrera aos 04 dias do mês de novembro de 1999.

Subsidiariamente, alega padecer de constrangimento ilegal pela negativa de fiança, solicitada por ocasião de seu julgamento no Tribunal.

A impetração não comporta deferimento.

De plano é de se asseverar a razão da Corte dita coatora em denegar a ordem ali impetrada, posto que, em verdade, ambas as decisão exaradas

pelo TJRS, em sua totalidade, foram impugnadas por meio de recursos, quais sejam Extraordinário e Especial, interpostos pelo ora paciente, de molde a impedir o trânsito em julgado do acórdão estadual, indiretamente aqui vergastado.

Por outro lado, a justificar a permanência do foro privilegiado, impende relatar que a decisão condenatória, apesar de decretar-lhe a perda do cargo, deixou bastante claro que em razão do mandamento legal insculpido no artigo 20, parágrafo único,da Lei 8.429/92, deveria continuar a perceber, temporariamente, os seus subsídios, fato este que ainda vincula o paciente à chefia do executivo municipal (vide *decisão de fls. 11/63*).

Por outro lado, igualmente correta a negativa de fiança, posto constar nos autos que o paciente fora anteriormente condenado pela prática do crime capitulado no artigo 129 do CP, fato este que justifica o indeferimento do benefício, à luz da prescrição inserta nos incisos III e IV, 2ª parte, do artigo 323 da Lei Penal Processual.

Por assim ser, recomenda o MPF o indeferimento do writ".

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) - 1. Observo, de início, que a presente impetração só ataca o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao fundamento relativo à incompetência da Corte, razão por que me restrinjo a ele, deixando de examinar o concernente à fiança.

2. Reza o § 2º do artigo 1º do Decreto-lei 201/67 que "*a condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício do cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular*".

Ora, o Decreto-lei 201/67 foi editado antes da prerrogativa constitucional de foro, quando a sentença definitiva era apelável (apelação com efeito suspensivo), o que mostra que condenação definitiva aí não é condenação por sentença definitiva, mas decorrente do seu trânsito em julgado.

Ademais, condenação definitiva é, sem dúvida, a condenação transitada em julgado, pois, ainda quando contra ela tenham sido interpostos recursos, como o especial e o extraordinário, que, normalmente, não têm efeito suspensivo, não é ela definitiva, uma vez que pode ser reformada. Não teria sentido que, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, o Prefeito, por só haver contra ela recurso sem efeito suspensivo, perdesse o cargo, e se a esse recurso posteriormente fosse concedido efeito suspensivo ou, julgado, reformasse a decisão condenatória, readquirisse ele, provisoriamente no primeiro caso, e definitivamente no

segundo, o cargo que havia perdido. A perda do cargo por condenação definitiva é a perda também definitiva, e não a que pode ter o caráter de provisoriedade. Por isso mesmo, com maior precisão técnica, a Constituição, no artigo 15, III, só admite a suspensão de direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado, e a Lei 8.429/92, em seu art. 20, estabelece que "*a perda de função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória*".

Aliás, acertadamente ou não - isso não está em causa neste *habeas corpus* -, o acórdão de cuja condenação definitiva decorrerá a perda do cargo, embora seu Relator, no voto, tenha dito que estava em decretar "*a perda e seu afastamento desde já, haja vista que se encontra afastado por força de uma ação civil pública na Comarca de Triunfo*" e que o ora paciente "*deve ser afastado, o que já deveria ter ocorrido quando do recebimento da denúncia*" (fls. 27), na verdade não decretou a perda do cargo de imediato, mas sim o seu afastamento, tanto que a mesma Câmara julgadora, segundo as informações que se encontram à fl. 74 destes autos, dias depois (em 19.09.99) desse julgamento (que ocorreu em 09.09.99), recebeu outra denúncia contra o ora paciente e determinou o seu afastamento do exercício do cargo, o que não teria sentido se já houvesse, no processo anterior, decretado de imediato a sua perda. E mais: segundo essas mesmas informações (fls. 75), "*de acordo com comunicação inserta no ofício 111/67, do Juiz de Direito da comarca de Triunfo, somente a partir de 19.10.99 o Prefeito Bento Gonçalves dos Santos foi afastado do exercício do cargo*", e isso, também segundo elas, "*sem prejuízo ao direito de perceber seus subsídios, conforme disposto na Lei nº 8.429/92 - art. 20, parágrafo único*". Note-se que esse ofício não consta destes autos.

Assim, e de qualquer sorte, não tendo ainda o ora paciente perdido o cargo de Prefeito, pois a perda deste só ocorrerá com o trânsito em julgado de sua condenação, o Tribunal de Justiça local, ao prolatar originariamente a condenação que agora se pretende invalidar, era competente para proferi-la com base no artigo 29, X, da Constituição Federal, não interferindo nessa competência o cancelamento da Súmula 394 desta Corte, o que só ocorreria se tivesse havido essa perda.

Em face do exposto, indefiro o presente *habeas corpus*.

ADITAMENTO AO VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Presidente e Relator) - Acrescento a circunstância de, quando o decreto-lei fala em condenação definitiva, tendo em vista a edição dele se ter dado no momento em que havia apelação com efeito suspensivo, não se poder entender condenação definitiva como sentença definitiva.

Condenação definitiva é, realmente, a condenação final, quando transita em julgado e há perda definitiva do cargo.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Sr. Presidente, em face das peculiaridades do caso, explicadas por V. Exa., acompanho o seu voto.

Quero deixar explícito - o que aliás está posto no voto de V. Exa. - que nisso não vai nenhum compromisso com a correção jurídica do afastamento preventivo do Prefeito pelos motivos do acórdão condenatório.

Na lógica do Decreto-lei nº 201, tem razão o ilustre Advogado: ou o afastamento preventivo se impõe em favor da instrução ou não cabe decretá-lo provisoriamente numa sentença não definitiva.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Werner Cantalício João Becker. 1ª Turma, 25.04.2000.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República: Dr. Wagner Natal Batista.

Ricardo Dias Duarte - p/Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 04.05.2001.)

-:::-

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - CRIMES DOS ARTS. 89 E 90 DA LEI 8.666/93, IDONEAMENTE DESCRITOS E ATRIBUÍDOS AO PACIENTE, SALVO QUANTO A DOIS DOS FATOS INCRIMINADOS

- *HC* parcialmente deferido.

HABEAS CORPUS Nº 80.566/3-GO - Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

Paciente: Luiz Felipe Gabriel Gomes. Impetrante: Adilson Ramos Júnior. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

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 de votos, em deferir, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 06 de fevereiro de 2001. - *Ministro Moreira Alves* - Presidente. - *Ministro Sepúlveda Pertence* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - O paciente foi denunciado por infração, em co-autoria, dos arts. 80 e 90 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), à vista da imputação de fatos que teria cometido quando ocupou o cargo de Secretário de Comunicações do Estado de Goiás.

Contra o recebimento da denúncia, o *habeas corpus* foi sucessivamente requerido ao Tribunal de Justiça local e ao Superior Tribunal de Justiça. E por ambos denegado (fls.144 ss. e fls. 31 ss., respectivamente).

Donde, a presente impetração, do il. Advogado Adilson Ramos Jr., que reitera a alegação de ser abusiva a denúncia, de modo a caracterizar falta de justa causa para a ação penal.

A denúncia questionada é do seguinte teor - fl. 80:

"O Ministério Público, por sua 54º Promotora de Justiça, em exercício nesta Comarca, no uso de suas atribuições, vem, perante V. Exa., oferecer Denúncia contra Marialda Régis Valente (...); Renato Rodrigues da Cunha Filho (...); Cláudio Francisco Nascimento Pontes (...); Luiz Felipe Gabriel Gomes (...); Rogério Lucas (...); Antônio de Sousa Almeida (...); Antônio Lorenzo Martinez (...); Anicézio Bernardes Filho (...); Roque Toscano(...); José da Costa Freitas (...).

Segundo se infere da peça informativa em anexo, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 1999, nesta Capital, os denunciados Luiz Felipe Gabriel Gomes, Rogério Lucas, Marialda Régis Valente, Cláudio Francisco Nascimento Pontes *e* Anicézio Bernardes Filho, *com unidade de desígnios, atentaram contra a moralidade administrativa, fraudando, mediante combinação, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obterem para o denunciado* José da Costa Freitas *vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação; e ainda dispensaram licitações fora das hipóteses previstas em lei.*

Conforme se apurou, no início de janeiro de 1999, o denunciado Luiz Felipe Gabriel Gomes *assumiu o cargo de Secretário de Comunicações do Estado de Goiás; e a denunciada* Marialda Régis Valente *foi nomeada Superintendente de Administração e Finanças da SECOM-GO. E durante o período em que estiveram à frente do órgão procedimentos ilícitos foram verificados na contratação de terceiros para a execução de serviços.*

Consta dos autos que, em 07 de janeiro de 1999, foi publicado o Edital de Licitação nº 02.01.99 - Carta

Convite -, destinado à contratação de empresa para a prestação de serviços relativos à confecção de 1.000 livretos com 524 páginas, referentes ao resultado das eleições de 1998. Participaram do procedimento licitatório as empresas L&V Gráfica e Editora Ltda., Poligráfia Ind. e Com. Ltda. e A Mercosul Editora Gráfica Ltda.

Reunida, em 1º de fevereiro de 1999, a Comissão Permanente de Licitação e Julgamento, cujo presidente era o denunciado Rogério Lucas, *pessoa de confiança do denunciado* Luiz Felipe, *e tinha como membros os denunciados* Cláudio Francisco Nascimento Pontes *e* Anicézio Bernardes Filho, *foi julgada vencedora a empresa A Mercosul, a qual apresentou o menor preço, R$34.000,00 (doc. às fls. 555/584). A empresa A Mercosul é de propriedade de Leandro Rodrigues de Almeida, filho do denunciado* Antônio de Sousa Almeida, *o qual a administra.*

Ocorre que, segundo a testemunha Edna Maria de Oliveira Coelho e a denunciada Marialda, *o processo de licitação foi 'montado' pois o serviço já havia sido executado pela Indústria e Comércio Prestacional Gráfica Ltda. - editora Kelps', de propriedade do denunciado* Antônio de Sousa Almeida, *sem procedimento licitatório, ou seja, em afronta às disposições contidas no art. 24, II, da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 9.618/98 (doc. às fls. 859/864).*

Em 22 de março de 1999, o denunciado Luiz Felipe homologou o certame liciatório (fls. 576).

Apurou-se, outrossim, que nos meses de janeiro, fevereiro e março, o denunciado Luiz Felipe *autorizou verbalmente o denunciado* Rogério, *superintendente executivo, a solicitar o serviço de contratação da empresa Tempo Real, para a realização de acompanhamento de mídia eletrônica, o que foi providenciado pela denunciada* Marialda. *Pelos serviços prestados, a referida empresa recebeu nos três meses a quantia total de R$23.930,00; uma afronta às disposições contidas nos arts. 23, II, a, c/c art. 24, II, da Lei de Licitações, que exige, neste caso, a realização de licitação, na modalidade convite, vez que superou o valor de R$8.000,00 (docs. às fls. 652, 654 e 666).*

Consta ainda dos autos que no dia 23 de fevereiro de 1999, o denunciado José da Costa Freitas, proprietário da Empresa ECOPE - Empresa Centro-Oeste de Pesquisa e Estatística Ltda., atendendo ao previamente acordado com o denunciado Luiz Felipe, *e de posse da proposta de sua empresa para o plano de pesquisa de opinião pública, esteve na SECOM. Segundo declarações do denunciado* José da Costa Freitas, *a ECOPE participaria de uma licitação apenas para legalizar o pagamento do serviço, que teria início dias após, ou seja, no período compreendido entre os dias 20 e 25 de março de 1999. Naquela ocasião, estando* José da Costa Freitas *no gabinete do secretário* Luiz Felipe Gabriel Gomes, *foi chamada no local a denunciada* Marialda, *a qual recebeu desse a determinação de que fossem resolvidas todas as questões relacionadas com a*

contratação da empresa ECOPE, para a realização da pesquisa. A denunciada então passou a orientar o denunciado José da Costa Freitas *como proceder na montagem do processo, devendo ele procurar o denunciado* Antônio Lorenzo Martinez, *proprietário da empresa SERPES - Serviço de Pesquisa Econômica e Social Ltda., e o denunciado* Roque Toscano, *proprietário da EPOM - Empresa de Pesquisa e Opinião e Mercado Ltda., para que eles fizessem uma proposta com valor superior ao que seria apresentado pela ECOPE, isto é, lhe dessem 'cobertura'. Os denunciados* Antônio Lorenzo Martinez *e* Roque Toscano *aceitaram a proposta de* José da Costa Freitas, *e aderindo a sua conduta delituosa, apresentaram, no Processo Licitatório nº 01.01/99/01 (modalidade Carta Convite), proposta com preço superior ao apresentado pela ECOPE, sendo ela a vencedora do certame (doc. às fls. 359/395), que foi homologado, em 1º de março de 1999, pelo denunciado* Luiz Felipe Gabriel Gomes *(doc. à fl. 365).*

Por fim, consta dos autos que, ainda no mês de fevereiro de 1999, a empresa Invento Comunicação e Marketing Ltda., de propriedade do denunciado Renato Rodrigues da Cunha Filho, *foi contratada pela SECOM, através do denunciado Rogério Lucas, na condição de Secretário Interino, para a confecção de um* folder *de divulgação das pontecialidades do Estado de Goiás - 'Goiás Coração do Brasil' -, a ser distribuído na viagem feita pelo governador à França. Renato, que atuou como coordenador da produção, foi contactado inicialmente pelo denunciado* Cláudio Francisco, *que alegou que as linhas mestras do trabalho já haviam sido definidas, com a inclusão de todo o pessoal que iria colaborar na edição do* book. *Por ter ficado a coordenação das trabalhos de edição da revista a cargo da Invento, após o término do serviço* Renato *então entrou em contato com o denunciado* Cláudio Francisco, *o qual o encaminhou à denunciada* Marialda, *que, mais uma vez, atentando contra a moralidade administrativa, alegou a* Renato *que não montaria vários processos para pagar cada profissional, devendo esse receber pelos outros, mas como o serviço foi orçado no total de R$22. 750,00 (vinte e dois mil setecentos e cinqüenta reais), determinou que ele emitisse, em nome de sua empresa, três notas fiscais, com valores inferiores a R$8.000,00, para burlar a exigência legal do processo de licitação (art. 24, II, da Lei nº 8.666/93). Beneficiado com a ilegalidade, o denunciado* Renato *emitiu as Notas Fiscais nº 571, 572 e 573, nos valores de R$7.750,00, R$7.800,00 e R$7.200,00, respectivamente, tendo* Marialda *ainda orientado como deveriam ser discriminados os serviços em tais documentos.*

O denunciado Cláudio Francisco, *como Superintendente de Divulgação e membro da Comissão de Licitação, e o denunciado* Rogério Lucas, *Secretário Interino, aderindo à conduta delituosa da denunciada* Marialda, *apesar do valor do serviço ter sido de R$22.750,00, dispensaram o procedimento licitatório.*

Outrossim, apurou-se que para regularizar os procedimentos licitatórios citados, eivados de fraude, o denunciado Luiz Felipe designou, através da Portaria nº 003/99, datada de 04.01.99, *os denunciados Rogério, Cláudio e Anicézio para comporem a Comissão Permanente de Licitação e Julgamento (doc. à fl. 202). Todavia, a portaria anterior, isto é, a de nº 002/99 (doc. à fl. 217), também baixada pelo denunciado Luiz Felipe, é datada de* 29.01.99*; e somente após inspetoria feita pelo TCE, em 03.05.99, no Processo nº 169.677.577 (Licitação nº 01,01/99), é que tal portaria foi carreada aos processos com data 'equivocada'.*

Assim, estando os denunciados Marialda Régis Valente, Cláudio Francisco Nascimento Pontes, Luiz Felipe Gabriel Gomes, Rogério Lucas *e* Anicézio Bernardes Filho, *incursos nas sanções do art. 89,* caput, *e art. 90 da Lei nº 8.666/93, c/c art. 71 do Código Penal, os denunciados* Antônio de Sousa Almeida *e* Renato Rodrigues da Cunha Filho *incursos nas sanções do art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, e os denunciados* Antônio Lorenzo Martinez, Roque Toscano *e* José da Costa Freitas *incursos nas sanções do art. 90 da Lei nº 8.666/93, requer a V. Exa., após o recebimento e autuação desta Denúncia, sejam os réus citados para o interrogatório e, enfim, para se verem processar até o final julgamento, nos termos do art. 104 e segs. da Lei nº 8.666/93, notificando-se as testemunhas arroladas para virem em juízo depor, em dia e hora a serem designados, sob cominações legais*".

Da longa e cuidadosa impetração, extraio algumas passagens mais significativas.

Começa o requerimento por sustentar a atipicidade da imputação por falta de prejuízo ao Estado e aduz - fl. 05:

"*Se o fato objetivo é todo ele transplantado do relatório do inquérito para a denúncia, a partir dele, avança sozinho o Ministério Público para nele divisar sem mais que Luiz Felipe Gabriel Gomes estaria incurso no art. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93.*

Com efeito. É textual no relatório que além de ter ficado caracterizado a não-obtenção de vantagem, a afirmativa de prejuízo ao erário não adveio de qualquer elemento informativo, mas sim de mera suposição extraída do relatório.

Senão vejamos:

'Embora não caracterizado o superfaturamento nos contratos e licitações investigadas, *houve prejuízo ao erário público pela fraude em face do caráter competitivo do certame; outrossim, não fossem as denúncias de Marialda Régis Valente* certamente as irregularidades poderiam alcançar proporções indesejáveis, *com irreparável prejuízo ao erário público e repudiável ofensa aos princípios da legalidade e moralidade pública, patrimônio incalculável'.*

Não se trata, logo se vê, de indício - que reclama se possa, de fato certo, induzir a existência do fato incerto - (Código de Processo Penal, art. 239): hipótese é de suposição ou conjectura, fundada em mero juízo de possibilidade, que, por si só, não autoriza a denúncia.

Ora, o artigo 90 da Lei 8.666/93 é bastante claro, nesse sentido:

'Art. 90 - Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação... *'.*

Assim, se o próprio relatório concluiu que não ficou caracterizado *o superfaturamento nos contratos e licitações investigadas conjecturando, apenas, que poderia ter um alcance indesejável, esta possibilidade, por si só, não autoriza a denúncia.*

Diz, ainda, o relatório que mesmo assim haveria prejuízo ao erário público pela fraude em face do caráter competitivo do certame. Ora, a tipificação do artigo 90, da Lei 8.666/93 somente fala em fraude ou frustração com o intuito de se obter vantagem. Quando pelo texto do próprio relatório se conclui que não houve vantagem não há o que se falar em prejuízo ao erário, pois, quando se fala em erário lê-se tesouro público, fisco. Como então admitir prejuízo ao erário se não ficou caracterizado o superfaturamento. Portanto, a denúncia é totalmente descabida".

Refuta igualmente em seguida a caracterização do delito do art. 89 da Lei de Licitações - fl. 7:

"*O art. 89 da Lei 8.666/93 preconiza que:*

'Art. 89. Dispensar ou inexistir Licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade'.

Da mesma forma, voltando ao relatório do inquérito, acima mencionado, temos que foi apurado o seguinte:

'Desídia da Comissão de Licitação: à sobredita comissão, composta por Rogério Lucas, Cláudio Pontes e Anicézio B. Filho, competia conduzir o procedimento licitatório, desde a publicação do edital convocatório até final homologação, o que efetivamente não ocorreu no caso em tela'.

Então, como pode o denunciado ser acusado de dispensar ou inexigir licitação se nem membro da comissão ele era? O fato do denunciado ter, apenas, homologado a licitação não induz à prática de nenhum ilícito penal, eis que desconhecendo de qualquer vício do processo licitatório não poderia ter agido como dolo".

Analisa, posteriormente, cada um dos tópicos da denúncia.

Quanto ao relativo à empresa ECOPE, depois de transcrevê-lo, alega não ter a denúncia demonstrado "*a*

participação do Paciente em todo o processo que supostamente beneficiou ou teria beneficiado o Sr. José da Costa Freitas".

No tocante à licitação dada por vencida por *A Mercosul*, acentua - fl. 16:

"*Também com relação a esse aspecto a denúncia deve ser tida como inepta, haja visto que o certame licitatório realmente ocorreu, obedecidos os preceitos legais.*

O livro 'Resultado Geral das Eleições 1998' foi confeccionado sob adequados parâmetros de qualidade e preço, se encontrando presentes em diversas repartições públicas de Goiás. O procedimento licitatório foi visado por duas vezes pelo Tribunal de Contas do Estado, que deu seu aval".

Quanto ao caso da *Tempo Real*, alega - fl. 18:

"*Comprova-se, insofismavelmente, a atipicidade do fato quando se sabe que a própria Lei de Licitações dispensa o processo licitatório em razão do valor,* ex vi *dos seus artigos 23 e 24.*

Além do mais, existe uma fragilidade jurídica na afirmação de que o Paciente teria autorizado, verbalmente, a solicitação dos mencionados serviços.

Não há na denúncia, ou mesmo nos documentos que a apóiam, qualquer elemento comprobatório do envolvimento do Paciente com o fato tido como criminoso, mas que verdadeiramente não o é.

Ademais, nessa parte a denúncia é bastante clara ao responsabilizar a Sra. Marialda e não o Paciente, que não assinou qualquer documento constante do procedimento narrado na denúncia".

Ocupa-se finalmente o impetrante com o episódio da contratação da *Invento Comunicação e Marketing Ltda.*, para frisar que "*em nenhum momento, em relação a esse 4º e último ponto, a denúncia atinge o Paciente, atribuindo-lhe a prática de algum crime*".

Seguem-se considerações acerca do célebre acórdão de Victor Nunes, no *HC* 42.697, relativo à denúncia abusiva, que entende caracterizada na espécie (*RTJ*, 35/517).

Despachei - fl. 165:

"*Indefiro a liminar: as questões deduzidas na petição reclamam reflexão mais detida, incabível no juízo cautelar de deliberação, tanto mais quando não haja - como não há na espécie - risco iminente de constrangimento à liberdade do paciente.*

- 2. Dispensáveis as informações, vista à Procuradoria-Geral da República".

A Procuradoria-Geral da República opinou, mediante parecer do il. Subprocurador-Geral Wagner Batista, pelo indeferimento da ordem, eis que "*para afastar a presunção de constituir o fato denunciado crime, como alegado pelo Ministério Público, seria necessário exame profundo da prova, incabível nos estreitos limites do* habeas corpus".

E conclui o Ministério Público - fl. 170:

"*A denúncia, juntada por cópia às fls. 80/86 descreve a ocorrência de crimes em tese e a participação do paciente para a prática da infração penal consistente em determinar a contratação de firma, sem licitação, para prestação de serviços e ainda autorizar a montagem de aparência de licitação para justificar a contratação de empresa para outro serviço. Em tese, são suas condutas típicas. Assim, temerário e até abusivo seria o trancamento* ab initio *da ação penal. No embate do processo, o paciente terá o ensejo de provar sua inocência*".

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) - Em relação a duas, das cinco imputações articuladas na denúncia, a inépcia, com relação ao paciente, é inequívoca.

A primeira, concernente às empresas *Mercosul e Kelps*, tem o seguinte teor - fl. 82:

"*Consta dos autos que, em 07 de janeiro de 1999, foi publicado o Edital de Licitação nº 02.01/99 - Carta Convite -, destinado à contratação de empresa para a prestação de serviços relativos à confecção de 1.000 livretos com 524 páginas, referentes ao resultado das eleições de 1998. Participaram do procedimento licitatório as empresas L&V Gráfica e Editora Ltda., Poligráfica Ind. e Com. Ltda. e A Mercosul Editora Gráfica Ltda.*

Reunida, em 1º de fevereiro de 1999, a Comissão Permanente de Licitação e Julgamento, cujo presidente era o denunciado Rogério Lucas, *pessoa de confiança do denunciado* Luiz Felipe, *e tinha como membros os denunciados* Cláudio Francisco Nascimento Pontes *e* Anicézio Bernardes Filho, *foi julgada vencedora a empresa A Mercosul, a qual apresentou o menor preço, R$34.000,00 (doc. às fls. 555/584). A empresa A Mercosul é de propriedade de Leandro Rodrigues de Almeida, filho do denunciado* Antônio de Sousa Almeida, *o qual a administra.*

Ocorre que, segundo a testemunha Edna Maria de Oliveira Coelho e a denunciada Marialda, *o processo de licitação foi 'montado', pois o serviço já havia sido executado pela Indústria e Comércio Prestacional Gráfica Ltda. - Editora Kelps, de propriedade do denunciado* Antônio de Sousa Almeida, *sem procedimento licitatório, ou seja, em afronta às disposições contidas no art. 24, II, da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 9.618/98 (doc. às fls. 859/864).*

Em 22 de março de 1999, o denunciado Luiz Felipe homologou o certame licitatório (fls. 576)".

Tem-se, pois, que a única participação atribuída ao paciente foi a de haver, como Secretário de Estado, homologado a licitação, em cujo procedimento, em si mesmo, contudo, nenhum vício se indica.

O problema estaria - é de presumir - em que a licitação visou, na verdade, a encobrir a anterior prestação de serviço por outra empresa - a *Kelps* -, indevidamente contratada sem licitação.

Quanto a esse episódio antecedente, contudo - malgrado nele - e não no posterior, destinado a dissimulá-lo - é que se pudesse divisar a tipicidade penal cogitada, à luz do art. 89 da Lei de Licitação e Contratos Administrativos, sequer sugere a denúncia onde estaria a cooperação do paciente.

Sequer a data dessa contratação direta a denúncia explicita, com o que nem se torna possível afirmar ter ela ocorrido na gestão do paciente, o que, de qualquer sorte, não bastaria para tornar idônea a imputação, nos termos em que formulada.

Mais patente, de sua vez, é a ausência de atribuição apta de participação do paciente no tópico atinente à contratação não licitada da *Invento Comunicação e Marketing Ltda.*, cujo teor recordo - fl. 84:

"*Por fim, consta dos autos que ainda no mês de fevereiro de 1999, a empresa Invento Comunicação e Marketing Ltda., de propriedade do denunciado* Renato Rodrigues da Cunha Filho *foi contratada pela SECOM, através do denunciado* Rogério Lucas, *na condição de Secretário Interino, para a confecção de um* folder *de divulgação das potencialidades do Estado de Goiás - 'Goiás Coração do Brasil' -, a ser distribuído na viagem feita pelo governador à França.* Renato, *que atuou como coordenador da produção, foi contactado inicialmente pelo denunciado* Cláudio Francisco, *que alegou que as linhas mestras no trabalho já haviam sido definidas, com a inclusão de todo o pessoal que iria colaborar na edição do* book. *Por ter ficado a coordenação dos trabalhos de edição da revista a cargo da Invento, após o término do serviço,* Renato *passou a ser contactado pelos demais profissionais que participaram do projeto para o recebimento dos valores devidos pela SECOM a cada um deles.* Renato *então entrou em contato com o denunciado* Cláudio Francisco, *o qual o encaminhou à denunciada* Marialda, *que, mais uma vez, atentando contra a moralidade administrativa, alegou a* Renato *que não montaria vários processos para pagar cada profissional, devendo esse receber pelos outros, mas como o serviço foi orçado no total de R$22.750,00 (vinte e dois mil e setecentos e cinqüenta reais), determinou que ele emitisse, em nome de sua empresa, três notas fiscais, com valores inferiores a R$ 8.000,00, para burlar a exigência legal do processo de licitação (art. 24, II, da Lei nº 8.666/93). Beneficiado com a ilegalidade, o denunciado* Renato *emitiu as Notas Fiscais nºs 571, 572 e 573, nos valores de R$ 7.750,00, R$ 7.800,00 e R$ 7.200,00, respectivamente, tendo* Marialda *ainda orientado como deveriam ser discriminados os serviços em tais documentos.*

O denunciado Cláudio Francisco, *como Superintendente de Divulgação e membro da Comissão de Licitação, e o denunciado* Rogério Lucas, *Secretário Interino, aderindo à conduta delituosa da denunciada* Marialda, *apesar do valor do serviço ter sido de R$ 22.750,00, dispensaram o procedimento licitatório*".

No episódio, a presença do Secretário Interino - ao qual se atribui dolosa participação no delito - vale por afastar, no ponto, a atribuição do fato ao paciente: se terceiro atuou no episódio como Secretário Interino, é que não estava em exercício o titular, que era o paciente, ao qual nenhum outro papel nele se atribui.

Ao contrário, no entanto, do que pretende o impetrante, não procede o vício de inépcia ou abusividade da denúncia no que toca às três demais imputações questionadas.

Assim, no que diz com a contratação igualmente não precedida de licitação, da empresa *Tempo Real*, é expressa a denúncia no ter sido ela autorizada verbalmente pelo paciente (fl. 83).

Aduz o requerente, no particular, à vista talvez das parcelas mensais em que se desdobrou o pagamento do serviço, que, no caso, a licitação seria dispensável; no entanto, sequer trouxe aos autos dados documentais que acaso lhe corroborassem a afirmação, que, ao contrário, a denúncia contesta, à luz do disposto na parte final do art. 24, II, da Lei 8.666, que excetua da dispensa a hipótese de cuidar-se de "parcelas de um mesmo serviço".

Do mesmo modo, a participação do paciente no concerto fraudulento para assegurar à *ECOPE* a adjudicação dos serviços de pesquisa de opinião a que alude está suficientemente descrita na inicial acusatória - fl. 83:

"*Consta ainda dos autos que no dia 23 de fevereiro de 1999, o denunciado* José da Costa Freitas, *proprietário da empresa ECOPE - Empresa Centro-Oeste de Pesquisa e Estatística Ltda., atendendo ao previamente acordado com o denunciado* Luiz Felipe, *e de posse da proposta de sua empresa para o plano de pesquisa de opinião pública, esteve na SECOM. Segundo declarações do denunciado* José da Costa Freitas, *a ECOPE participaria de uma licitação apenas para legalizar o pagamento do serviço, que teria início dias após, ou seja, no período compreendido entre os dias 20 e 25 de março de 1999. Naquela ocasião, estando* José da Costa Freitas *no gabinete do secretário* Luiz Felipe Gabriel Gomes, *foi chamada no local a denunciada* Marialda, *a qual recebeu desse a determinação de que fossem resolvidas todas as questões relacionadas com a contratação da empresa ECOPE, para a realização da pesquisa*".

Nesse contexto, não é possível, de logo, como pretende o impetrante,

excluir a responsabilidade do paciente no subseqüente acerto entre a empresa interessada, orientada pela co-denunciada Marialda, sua subordinada, e os terceiros, que se prestavam ao simulacro de licitação destinada ao cumprir a determinação do paciente de que o serviço fosse adjudicado à mesma.

De sua vez, é inegável a adequação do fato ao tipo do art. 90 da Lei 8.666/93, *verbis*:

"*Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, continuação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação*".

Diversamente do que postula o impetrante, não basta a elidir, no ponto, a aptidão da denúncia que nela não se haja explicitado que à licitação fraudulentamente concertada entre os licitantes, com o concurso da Administração, se tenham seguido efetivamente a contratação e o pagamento.

As circunstâncias não explicitadas não são essenciais à construção do tipo e, por isso, se necessário, podem ser aditadas a qualquer tempo.

Com efeito. A figura típica do art. 90 aperfeiçoa-se com a homologação da licitação fraudada pelo ajuste entre os concorrentes, independentemente da efetivação da vantagem visada, que é simples exaurimento do crime (assim, corretamente, os atualizadores de HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, 11ª ed., Malheiros, 1996, assim como LUIZ CARLOS ALCOFORADO, *Licitação e Contrato Administrativo*, 2ª ed., Brasília Jurídica, 2000, p. 424).

É delito de consumação antecipada: malgrado nele se reclame, como elemento subjetivo do injusto ou dolo específico, o intuito de obter para si mesmo ou para terceiro a adjudicação do objeto da licitação fraudada - a adjudicação e, menos ainda, o pagamento do preço ajustado não são essenciais à configuração da materialidade objetiva do delito.

De sua vez - independentemente da capitulação penal que lhe seja adequada e de sua autonomia, ou não, em relação aos crimes especiais da Lei de Licitações, à evidência, não é indiferente ao Direito Penal a antecipação da data real da designação dos membros da Comissão Permanente de Licitação, a que alude a denúncia, em sua derradeira imputação do fato.

Não tem pertinência ao caso a enfática invocação da doutrina do *HC* 42.967: o que se pode extrair do primoroso voto condutor de Victor Nunes é a adequação do *habeas corpus* para trancar o processo, quando instaurado mediante denúncia que, desde logo, se possa demonstrar abusiva, assim, a que seja fruto de mera "criação mental da acusação" na conhecida frase de Orozimbo - ou aquela cuja improcedência derive de prova documental inequívoca.

Sequer cogitou o impetrante de trazer documentos que desmintam as imputações dirigidas ao paciente, nem de evidenciar que careçam elas, acima de toda dúvida razoável, do mínimo de base nos elementos informativos do inquérito que a instrui.

Esse o quadro, a veemente contestação da participação dolosa do paciente nos fatos incriminados reduz-se às hipóteses rotineiras de várias tentativas de discussão, no processo sumário e documental do *habeas corpus*, de controvérsias factuais a serem deslindadas ao fim da instrução.

De tudo, concedo parcialmente a ordem para declarar a inépcia da denúncia com relação aos fatos concernentes às empresas *Mercosul* e *Kelps* e à empresa *Invento Comunicação e Marketing*, sem prejuízo de seu eventual aditamento e retificação.

Quanto ao mais, denego o pedido: é o meu voto.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 06.02.2001.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie Northfleet.

Subprocurador-Geral da República: Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Ricardo Dias Duarte - p/Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 18.05.2001.)

-:::-

COMPETÊNCIA - AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS - PREFEITO

- Em se tratando de ação ordinária de reparação de danos, a competência para julgá-la é do Juízo.

- Prefeito - Prestação de contas x Responsabilidade civil. - Descabe confundir a tomada de contas do Prefeito, a cargo do Tribunal de Contas competente e da Câmara Municipal, com ação ordinária visando a responsabilizá-lo por danos causados.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 179.852/1-MG - Relator: Ministro MARCO AURÉLIO

Recorrente: Geraldo Marques da Silva. Advogado: João Batista Antunes de Carvalho e outros. Recorrido:

Município de Dores do Indaiá. Advogado: Ernando Lopes Cançado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília-DF, 21 de novembro de 2000. - *Ministro Néri da Silveira* - Presidente. - *Ministro Marco Aurélio* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Marco Aurélio - O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais houve por bem rejeitar a preliminar de incompetência do Juízo da Comarca para processar e julgar o feito. Para assim concluir, lançou mão dos seguintes fundamentos:

"*A Constituição Estadual, seguindo orientação do artigo 29, inciso VIII, da Carta Federal, estabeleceu foro privilegiado para processamento e julgamento de feitos, quando a questão debatida referir-se a crimes de responsabilidade ou comuns praticados pelos prefeitos municipais, tais como definidos na lei penal comum e legislação especial - Decreto-lei nº 201/67 -, conforme se vê do* caput *do seu artigo 178.*

E, a toda evidência, nos presentes autos não se cogita de crime de responsabilidade, muito menos de crime comum, mas sim de responsabilidade civil. Vale dizer que o objeto mediato desta ação é a condenação do apelante à indenização do erário público (sic) *pelo pagamento da malsinada multa e não a imposição de uma pena privativa de liberdade, ou outra de cunho criminal, previstas nas sobreditas legislações. Aliás, tão desconexas são as matérias, que a indenização cível aqui reclamada, como cediço, independe de anterior condenação criminal e com ela pode, inclusive, divergir.*

Assim, a competência para esse feito é inegavelmente do juízo que o decidiu (...)" (folha 135).

Noutro passo, negou acolhida a pedido formulado em apelação, sufragando tese no sentido da responsabilidade civil do Prefeito quando configurada culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. O Colegiado fez ver a impossibilidade de firmar-se contrato sem garantias da respectiva execução, a necessidade de prévia licitação, porquanto o valor ajustado está acima do limite máximo permitido, e a excessiva liberalidade com o dinheiro público, no que efetuado o pagamento de multa sem resistência (folha 130 a 142).

No extraordinário de folha 150 a 155, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, articula-se com malferimento dos artigos 2º, 5º, inciso XXXVI, 18 e 31, §§ 1º e 2º, da Carta Política da República. Sustenta-se, de plano, não caber ao Poder Judiciário julgar atos de prefeito, com base na lei civil, sem que antes o Legislativo local tenha considerado irregular a despesa e o ato lesivo ao

patrimônio público. É que, "*se assim não fosse, estaríamos diante do absurdo jurídico-constitucional: o Poder Legislativo julga a despesa correta, enquanto o Poder Judiciário a julgaria incorreta*". Insiste-se, ainda, no foro privilegiado previsto no artigo 29, inciso VIII, da Lei Maior, pois o ato impugnado foi praticado pelo Recorrente como Prefeito do Município, e o preceito não faz distinção entre julgamento civil e criminal. Nesse passo, tem por inconstitucional o artigo 178 da Constituição Mineira, ao restringir a competência do Tribunal de Justiça ao julgamento de crimes de responsabilidade praticados por prefeitos. Aponta-se, alfim, para a circunstância de o contrato impugnado, bem como o distrato, terem sido firmados licitamente, traduzindo-se em ato jurídico perfeito, sendo incabível a indenização postulada sem a declaração de nulidade dos atos, nem sequer requerida pelo Recorrido.

Foram apresentadas as contrarazões de folha 162 a 164, com as quais se buscou a inadmissão do extraordinário, na forma de precedente então transcrito.

O Juízo primeiro de admissibilidade obstou o trânsito do recurso, que foi processado em razão do provimento dado ao agravo em apenso, ocasião em que consignei:

"*No recurso extraordinário é veiculado tema alusivo à independência dos Poderes. Segundo razões apresentadas, a administração desenvolvida pelo Chefe do Poder Executivo Municipal fica sob o crivo da Câmara respectiva, considerando-se também a atuação do Tribunal de Contas do Estado. Por outro lado, o julgamento de Prefeito segundo disposto no artigo 29, inciso VIII, da Constituição Federal compete, na óptica do Agravante, ainda que se trate de responsabilidade civil, ao Tribunal de Justiça, e não ao Juízo.*

Na espécie, não procedem os óbices assentados na decisão de folhas 94 e 95. De início, tenho os dois enfoques como preqüestionados no acórdão de folhas 66 a 78. A hipótese vertente envolve matérias que estão a exigir o pronunciamento de Colegiado desta Corte".

A Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer de folha 206 a 209, preconizando o provimento do recurso, em face à competência do Tribunal de Justiça para o julgamento do feito.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) - Os pressupostos de recorribilidade foram observados. O documento de folha 166 revela regular a representação processual, sendo que o extraordinário foi protocolizado antes da reforma do Código de Processo Civil de 1994, ou seja, da nova redação do artigo 511 nele inserido, mediante a qual tem-se a obrigatoriedade do preparo quando da interposição do recurso, para mim dentro do prazo assinado para tanto. No caso, o extraordinário restou processado ante o provimento do agravo em apenso, sendo apropria-

da a disciplina via resolução desta Corte no sentido de dispensar, em tais casos, o preparo. Quanto à oportunidade, o acórdão proferido foi publicado no *Diário* de 4 de junho de 1991, terça-feira (folha 143), ocorrendo a manifestação de inconformismo no dia 18 imediato, terça-feira (folha 150) e, portanto, dentro do prazo de quinze dias. Examine-se agora o específico, ou seja, a ofensa a dispositivo da Carta da República.

Prefere, no exame das matérias, a questão referente à competência. Conforme se depreende do trecho supratranscrito do acórdão, a Corte de origem afastou a incidência do disposto no inciso VIII do artigo 29 da Constituição Federal:

"*Art. 29*

(...)

X - (outrora VIII) julgamento do prefeito perante o Tribunal de Justiça.

(...)".

A Constituição Federal refere-se ao julgamento do Prefeito pelo Tribunal de Justiça. A norma não encerra competência para toda e qualquer ação ajuizada. A referência a "julgamento" sinaliza no sentido do agasalho da persecução criminal. No caso dos autos, a ação ajuizada foi a ordinária de reparação de dano - responsabilidade civil -, sendo autor o Município de Dores do Indaiá e réu, ex-Prefeito. Assim, a causa não se fez apanhada pelo texto constitucional.

Quanto aos demais dispositivos evocados como malferidos, não prospera o recurso. Descabe confundir prestação de contas com ação ordinária, visando à responsabilidade, em si, do administrador. As esferas administrativa e judicial são distintas, possuindo parâmetros próprios. Daí não haver a Corte de origem violentado os preceitos constitucionais dos artigos 2º, 5º, inciso XXXVI, 18 e 31, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

Alfim, não conheço deste extraordinário.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por unanimidade, a Turma não conheceu do recurso extraordinário. 2ª Turma, 21.11.2000.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República: Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Carlos Alberto Cantanhede - p/Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 04.05.2001.)

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - APLICAÇÃO DE REGIME ESPECIAL DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO EM SE TRATANDO DE ICM

- Ocorrência de prequestionamento da questão relativa à ofensa ao artigo 153, § 23, da Emenda Constitucional nº 1/69, que encontra correspondência no inciso XIII do artigo 5º da atual Constituição.

- Procedência, no caso, da alegada violação ao texto constitucional acima referido por parte do ato da autoridade coatora que bloqueou de modo profundo a atividade profissional lícita da contribuinte. Precedente específico da Corte: RE 76.455, *RTJ*, 73/821 e segs.

- Recurso extraordinário conhecido e provido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 195.927/4-MG - Relator: Ministro MOREIRA ALVES

Recorrente: Usina Santa Helena Ltda. Advogado: Aristóteles Atheniense. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Advogado: Gleide Lara Meirelles Santana e outro.

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 de votos, em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 13 de março 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 a remessa oficial:

"*Conheço da remessa para reexame necessário,* ex vi *do art. 475, II, do CPC, prejudicado o recurso voluntário.*

A matéria posta, sobre ser bem antiga, já mereceu inúmeros pronunciamentos desta Casa.

A impetração rebela-se contra ato do Fisco que colocou a recorrida em regime especial de controle e fiscalização, porque estaria a emitir nota fiscal de saída de mercadoria com valor abaixo da pauta e porque se recusa a exibir documentação, embora para tanto regularmente intimada.

O ato apóia-se na Lei nº 7.164/77, art. 52, ao dispor que a 'autoridade fiscal poderá submeter o contribuinte ou responsável a regime especial de controle e fiscalização inclusive quanto a forma e prazo de recolhimento do imposto, quando: II - intimado para exibir livros e documentos exigidos

pelo Fisco, não o fizer dentro do prazo estabelecido pela autoridade fiscal'.

O texto outrora se acoimou de inconstitucional, mas a Casa rechaçou a tese, qual se vê dos julgamentos das Apelações nºs 54.111 e 54.353.

O regime especial de controle e fiscalização encontra lugar quando o contribuinte, como no caso, reiteradamente, comete infrações fiscais e nega-se a exibir livros e documentos, para tanto intimado pela autoridade fiscal, com tais atitudes impedindo a ação do Fisco, que, inegavelmente, não pode, nem deve, ficar de braços cruzados assistindo o desacerto do contribuinte.

É a maneira, posta pela Lei, *que o Fisco conta para exercer, efetivamente, a fiscalização e, assim, cobrar o tributo.*

A questão do valor de pauta também e inúmeras vezes já se debateu neste Tribunal, sempre considerado legal o procedimento do Fisco. O contribuinte pode discutir o valor, administrativa e judicialmente, porque não se mostra intocável, nem imutável.

É induvidoso que o Fisco pode exigir a exibição de documentos e de livros comerciais, sendo isso um dos instrumentos de fiscalização efetiva.

Reformo a sentença, no reexame necessário, para denegar a segurança.

Custas, pela recorrida.

O Sr. Des. Rubem Miranda - Estou de pleno acordo e também reformulo a sentença, em duplo grau de jurisdição, denegando a segurança.

O ato inquinado, a toda evidência, não se reveste deste vício, mas antes situa-se nos limites legais e constitucionais do Estado.

A fiscalização estaria comprometida no exercício de sua competência se não pudesse tomar as providências necessárias, como o fez para a espécie.

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo.

O Sr. Des. Presidente - Em reexame necessário, reformaram a sentença, para denegar a segurança, nos termos do voto do Relator" (fls. 113/115).

Houve embargos de declaração, que foram rejeitados pelo seguinte aresto:

"*Através dos declaratórios, pretende a embargante se esclareça se o valor de pauta é absoluto ou ao contribuinte seria lícito comprovar que, no caso concreto, a circulação se deu por valor real inferior ao da pauta (fls. 117), acrescentando que o acórdão não esclarece se o direito fiscal à pauta deriva de sanção imposta na mesma linha que autorizou a exibição de livros ou se, independentemente de qualquer irregularidade comportamental do sujeito passivo, o Fisco tem o direito a fixar valores de comercialização (fls. 117).*

A matéria colocada nos embargos refoge do objeto da lide, cujo julgamento atendeu estritamente.

A impetração buscou se declarasse ilegal a apreensão dos documentos, especialmente talonários de nota fiscal, permanecendo eles em poder da então impetrante, para serem usados livremente (fls. 05).

O acórdão embargado deu pela legitimidade de procedimento do Fisco.

A respeito do valor da pauta, colocou-se que o contribuinte pode discutir esse valor, administrativa e judicialmente, porque não se mostra intocável, nem imutável (fls. 115).

Vê-se, com absoluta clareza, que o acórdão embargado se pronunciou sobre o ponto posto nos embargos.

Rejeito.

Custas, pela embargante" (fls. 122/123).

Interposto recurso extraordinário, não foi ele admitido por este despacho:

"*Cuida a espécie de mandado de segurança impetrado por Usina Santa Helena Ltda. contra ato do Chefe da Administração Fazendária de Ponte Nova, que a submeteu a regime especial de controle e fiscalização, pelo fato de ter deixado de recolher ICMS, segundo os valores de pauta para aguardente.*

A decisão monocrática concedeu a ordem, tendo a Terceira Câmara Cível, por uma de suas Turmas, reformado a sentença no reexame necessário, para denegar a segurança.

Inconformada, manifestou a vencida o presente, oportuno e contrariado recurso extraordinário, dizendo-se ao abrigo da alínea a *do permissivo constitucional. Pretende ferido o art. 153, § 23, da Constituição Federal anterior, vigente à época da impetração e cuja norma encontra correspondência nos arts. 1º, inciso IV, e 5º, inciso XII, da Carta de 1988 (fls. 130).*

A douta Procuradoria, em bem lançado parecer, opinou pela inadmissão do apelo extremo.

De minha parte, não vejo como dar seguimento ao recurso, por não reunir condições de admissibilidade. Falta-lhe, de imediato, o essencial requisito do prequestionamento, que, em sede de recurso extraordinário, há de ser expresso.

Com efeito, o acórdão hostilizado, em momento algum, examinou, sob o enfoque constitucional, a questão objeto do mandamus. *Limitou-se a Turma Julgadora a decidir o mérito com respaldo na Lei Estadual nº 7.164/77, analisando, por isso, o sistema de fiscalização tão-somente sob o prisma de*

sua legalidade. Embora haja o Desembargador Relator mencionado que a referida lei mineira já fora, anteriormente, sem sucesso, acoimada de inconstitucional e o Desembargador Revisor afirmado - sem se deter em maiores considerações - que o ato inquinado 'situa-se nos limites legais e constitucionais do estado', não ventilou o acórdão impugnado o tema sob a ótica de sua constitucionalidade.

Em se tratando de recurso extraordinário, à ausência do expresso prequestionamento, impossível prosseguir o inconformismo, conforme vem decidindo o Excelo Pretório:

'Não há prequestionamento implícito, ainda quando se trate de tema constitucional' (Ag. 97.401/6-RS, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU *de 22.2.85/1.592).*

'A ofensa à Constituição não dispensa o requisito do prequestionamento' (STF - RT, *586/239).*

'O prequestionamento - requisito indeclinável do recurso extraordinário - ocorre quando a questão constitucional tenha sido efetivamente ventilada no acórdão recorrido, ou objeto de embargos de declaração. A tardia invocação de tema constitucional na via recursal extraordinária inviabiliza a apreciação do apelo' (RE 115.175/7-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU *de 22.5.92/7.216).*

Ante o exposto, inadmito o apelo.

Intime-se" (fls. 153/154).

O recurso extraordinário, porém, subiu a esta Corte em virtude do provimento de agravo.

Às fls. 190/191, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República:

"*Trata-se de recuso extraordinário em que discutida a constitucionalidade da submissão das atividades do contribuinte ao 'regime especial de fiscalização e controle', previsto pela legislação tributária estadual, em face do art. 5°, XIII, da atual Carta Política.*

A propósito do tema, esse colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ERE n° 115.452, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ *de 16.11.90, decidiu:*

'Constitucional. Tributário. ICM: regime especial. Restrições de caráter punitivo. Liberdade de trabalho. Constituição Federal de 1967, art. 153, § 23. Constituição Federal de 1988, art. 5°, XIII.

- 1 - O 'regime especial ICM', autorizado em lei estadual, porque impõe restrições e limitações à atividade comercial do contribuinte, viola a garantia constitucional da liberdade de trabalho (Constituição Federal de 1967, art. 153, § 23; Constituição Federal 1988, art. 5°, XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre repeliu (Súmulas 70, 323 e 547)'.

Assim opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso".

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) - 1. Tenho como prequestionada a questão de ser, ou não, o ato atacado neste mandado de segurança, impetrado ainda na vigência da Emenda Constitucional n° 1/69, ofensivo do disposto no artigo 153, § 23, dessa Emenda, correspondente ao que estabelece o artigo 5°, XIII, da atual Constituição. E isso porque a sentença, que foi reformada pelo acórdão recorrido, se fundou exatamente em que o ato do representante da Fazenda Pública Estadual havia violado esses preceitos constitucionais, tendo o acórdão recorrido afastado qualquer violação à Constituição, e, portanto, aos dispositivos em causa.

2. No caso, como se vê da sentença de primeiro grau, o ato administrativo em causa diz respeito à exigência de recolhimento antecipado do ICM e à tentativa de apreensão de livros fiscais e de talonários de notas fiscais em uso e ainda não usados. Ora, esta Corte, ao julgar o RE 76.455, também relativo ao Estado de Minas Gerais e em caso análogo ao presente, deu provimento a esse recurso para conceder a segurança "*a fim de que seja suspensa, para a entrega dos talonários, a exigência do pagamento antecipado do ICM*" com base exatamente na ofensa ao artigo 153, § 23, da Emenda Constitucional n° 1/69, tendo sido acentuado no voto do Relator, Ministro Leitão de Abreu:

"*Penso, porém, que ao estatuir essa exigência (a do pagamento antecipado para forçar a entrega dos talonários), fato que tenho como certo, visto não haver sido contestado, a autoridade arrecadadora estabeleceu, em verdade, sanção fiscal, que, se não impediu totalmente, bloqueou de modo profundo a atividade profissional lícita do contribuinte, violando, de tal arte, o aludido preceito constitucional, sem falar na violação da Súmula n° 547*".

3. Com base nesse precedente, com o qual estou de acordo, conheço deste recurso e lhe dou provimento para restabelecer o dispositivo da sentença de primeiro grau, que concedeu a segurança.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 13.03.2001.

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 18.05.2001.)

-:::-

TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO - LEI Nº 5.641/89, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - ELEMENTO DE CÁLCULO - METRAGEM QUADRADA - PRECEDENTE

- Na dicção da ilustrada maioria - entendimento em relação ao qual, e em harmonia com a jurisprudência, guardo reservas - o fato de, na fixação da taxa de fiscalização e funcionamento, levar-se em conta elemento próprio ao cálculo de imposto - a metragem do imóvel - não a revela conflitante com a Constituição Federal. Precedente: Recurso Extraordinário nº 220.316-7, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 220.322/7-MG - Relator: Ministro MARCO AURÉLIO

Recorrente : Município de Belo Horizonte. Advogados : Robinson Neves Filho e outros. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Advogados: PGE - Rodrigo Peres de Lima Neto e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 13 de fevereiro de 2001. - *Ministro Néri da Silveira* - Presidente. - *Ministro Marco Aurélio* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Marco Aurélio - O acórdão impugnado mediante o recurso extraordinário implicou o acolhimento de pedido formulado em apelação, pelos seguintes fundamentos:

I - Há uma diferença ontológica entre o fato gerador da taxa e a dos impostos como bem desenvolveu a ora apelante, em suas bem lançadas razões recursais.

Enquanto a primeira tem como fato gerador a prestação efetiva de um serviço ao contribuinte, os impostos o têm na existência de um bem na vida dele, o contribuinte.

Esse bem pode ser imóvel, como no caso do IPTU, ou móvel, no caso do ICMS, imposto de renda, ganho de capital etc.

Vê-se que a taxa é um tributo de natureza bilateral. De um lado, a prestação de um serviço por um órgão público; de outro, a contraprestação em dinheiro, do contribuinte.

Sem esse binômio, não se justifica a cobrança da taxa. É imprescindível a comprovação dessa prestação efetiva.

II - Pelo que ficou exposto acima, vê-se que a apelante tem razão ao afirmar a ilegalidade da taxa por ter como base de cálculo o imóvel, e não a prestação em si dos serviços.

Ocorre na verdade ofensa ao preceito constitucional do art. 145, § 2º, CF (folha 78).

Com as razões de fls. 82 a 84, a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, evocando o permissivo da alínea *a* do inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, articula com o malferimento dos artigos 145, § 2º, e 150, § 3º, do Diploma Maior e sustenta que a base de cálculo da taxa de fiscalização e funcionamento é distinta da alusiva ao Imposto Predial e Territorial Urbano. Salienta que o critério de mensuração da atividade estatal, a área do imóvel, não se iguala a seu valor venal, não havendo falar-se em coincidência de base de cálculo com o Imposto Predial e Territorial Urbano: valor venal seria mais amplo, constituindo-se de outros itens, conforme dispõe o artigo 70 da Lei nº 5.641/89, ao passo que a área do terreno e a área construída abrangeriam apenas dois deles.

A recorrida apresentou as contra-razões de fls. 87 a 90, estando o procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade às folhas 94 e 95.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) - Na interposição deste recurso foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por procurador do Município, restou protocolada no prazo em dobro a que tem jus o recorrente.

No mérito, ressalto ter sido o tema objeto de exame pelo Plenário desta Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 220.316-7, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, ocasião em que, contra meu voto, concluiu-se pela harmonia da taxa de fiscalização, localização e funcionamento com a Lei Maior. Posicionei-me, em consonância com a jurisprudência sumulada da Corte, no sentido da impossibilidade de considerar-se a metragem do imóvel para o cálculo da taxa. Todavia, fui voz isolada. O voto que prevaleceu tem o seguinte teor:

"*Trata-se de taxa cobrada em razão do exercício do poder de polícia, serviço que, no caso, está relacionado à ocupação de imóveis não residenciais, não se podendo ter por abrangido pela vedação do art. 145, § 2º, da Constituição que alguma característica do imóvel venha a ser considerada como critério de aferição da intensidade, da freqüência ou da extensão do serviço de fiscalização prestado pelo ente público.*

Na verdade, se o objetivo manifesto da norma sob apreciação é coibir a bitributação e, conseqüentemente, os seus injustos efeitos, a nenhuma consciência jurídica poderia repugnar que variassem, em função dos respectivos estabelecimentos fiscalizados, as taxas

de licença de funcionamento exigidas de um supermercado e de uma simples quitanda de bairro.

Desnecessário maior agudeza de espírito para identificar-se na área ocupada pelos respectivos estabelecimentos um valioso critério discriminatório a ser considerado em cada caso, sem que da circunstância de constituir ela um dos fatores determinantes do valor venal do imóvel, base de cálculo do IPTU, se possa concluir pelo risco de bitributação.

A concretude do exemplo dado parece suficiente para persuadir de que não basta a identidade num dos critérios de lançamento para que se tenha por verificada a coincidência de bases de cálculo dos dois tributos. Serve, ainda, para convencer da necessidade de justificar-se, por outras razões, a generalizada reação dos contribuintes a certas exações fiscais instituídas pelos Municípios, a título de taxas as mais diversas, com amplo eco no Poder Judiciário e, especialmente, no STF, onde a matéria já se acha contemplada com uma súmula, a de nº 595, alusiva à taxa de conservação de estradas.

Um exame mais detido da matéria parece revelar que a convicção da injuridicidade de tais exações decorre menos dessa pseudo-identidade de fatores ligados ao imóvel possuído ou ocupado pelo contribuinte do que da própria natureza do tributo exigido.

Com efeito, partindo-se do conceito de taxa - tributo que tem por fato gerador o exercício do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (art. 145, II, da Constituição) -, o que de certo se tem é que vários dos tributos instituídos pelos Municípios, a título de taxa, a essa espécie não se afeiçoam. Pelo singelo motivo de que, primeiramente, não se está diante de serviço, e muito menos específico, prestado pela municipalidade ao contribuinte ou posto por ela à disposição deste; e, em segundo lugar, por ausência, no serviço, do indeclinável caráter de divisibilidade.

'Serviço específico, necessário para a instituição de taxa' - define-o RUY BARBOSA NOGUEIRA (Curso, *5ª ed., Saraiva, p. 164) -, 'é o suscetível de utilização individual pelo contribuinte e divisível é o destacável em unidade autônoma', não havendo possibilidade de confusão com os serviços gerais.*

Por isso mesmo é que, na lição de GERALDO ATALIBA (Hip. de Incidência Trib., *5ª ed., p. 138), para exigência de taxa, não basta que a consistência da hipótese de incidência seja uma atuação estatal. É preciso que esta seja, de qualquer modo, referida ao sujeito passivo. É essencial à definição da taxa a referibilidade direta da atuação ao obrigado.*

Nessa possibilidade de um dado serviço público ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade, ou de sua utilidade ou de necessidade pública (ALIOMAR BALEEIRO, Dir. Trib. Bras., *8ª ed., p. 321) e de poder funcionar em condições tais que se possa mensurar a sua utilização individual pelo seu beneficiário.*

Para possibilitar a remuneração proporcional é que a especificidade e a divisibilidade são consideradas indispensáveis à instituição da taxa.

Contrapõe-se essa espécie de serviço aos serviços gerais ou uti universi *que a Administração presta a usuários indeterminados e que em face da impossibilidade de mensuração para a correspondente contrapartida em dinheiro normalmente são mantidos por meio de imposto, e não por taxa ou tarifa.*

Analisadas à luz desses princípios, muitas das conhecidas taxas instituídas pelos municípios não oferecem condições mínimas de exigibilidade, configurando verdadeiros impostos inominados, não compreendidos na competência tributária desses entes políticos .

Dessa espécie, sem sombra de dúvida, são exemplos a taxa de conservação de estradas, a taxa de iluminação pública e a taxa de limpeza e conservação de vias e logradouros públicos, entre outras. Trata-se de serviços que não podem ser tidos por prestados uti singuli, *não podendo, de igual modo, ser considerados divisíveis, posto que insuscetíveis de mensuração relativamente a cada integrante do universo indefinido de usuários dos referidos bens públicos, para efeito de remuneração proporcional.*

Cuida-se, inegavelmente, de serviços gerais que incumbe ao Estado pôr em execução, para preservação do patrimônio público.

Fenômeno inteiramente oposto, no entanto, ocorre com as taxas de esgoto e de recolhimento de lixo caseiro, de prevenção a incêndio e de licença e localização.

Com efeito, o que nesse último caso, que é o versado nestes autos, justifica a exigência do tributo é o exercício do poder de polícia referido a cada contribuinte em particular, e de modo divisível, porque em ordem a permitir uma medida tanto quanto possível justa, para efeito de contraprestação.

Mas, ainda que assim não fosse, restaria a circunstância de que, no caso do IPTU, o fator que interfere na fixação da respectiva base de cálculo é a área do imóvel, ao passo que, relativamente à taxa, o dado decisivo para o mesmo fim é a área ocupada pelo estabelecimento, dados que não se confundem.

Acontece, entretanto, não ser essa a orientação que deflui da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde se acha consolidado ser contrária à norma do art. 145, § 2º, da CF, a taxa municipal que toma para base de cálculo a área do imóvel, fator que é tido por um dos indicadores do valor venal deste, base de cálculo ao IPTU.

É o que se colhe das ementas dos seguintes acórdãos:

'Taxa municipal de conservação de estradas. - Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido da inconstitucionalidade de taxa municipal de conservação de estradas, calculada com base no custo real dos serviços executados e cobrada dos proprietários de imóveis localizados fora do perímetro urbano, tendo em conta a respectiva área. Ofensa ao art. 18, § 2º, da Constituição, e contrariedade à Súmula 595. CTN, art. 77, parágrafo único. Identidade num dos critérios de lançamento com o ITR. O imposto exclui a taxa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade dos arts. 117 e 119 da Lei nº 1.436, de 28.12.1977, Município de Adamantina, SP' (RE nº 97.807, Relator Ministro Néri da Silveira).

'Tributação municipal - Taxas de coleta de lixo, limpeza pública, conservação de calçamento e iluminação pública. Base de cálculo identificável à que corresponde a certo imposto. Inconstitucionalidade declarada na origem. Recurso extraordinário não conhecido, por não caracterizada a afronta ao art. 77 do CTN, nem tampouco o dissídio na jurisprudência' (RE 100.729, Relator Ministro Francisco Rezek).

'Taxa de conservação de estradas - Lei Municipal nº 14, de 30.12.77 (artigos 73 e 75). Inconstitucionalidade de legislação municipal que toma, por base de cálculo, para esse fim, o mesmo fato gerador do imposto territorial rural. Recurso extraordinário conhecido e provido' (RE 101.477, Relator Ministro Sydney Sanches).

'Mandado de segurança visando à inexigibilidade da taxa de licença de funcionamento e de publicidade, cobrada pela Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul. - Na espécie dos autos, a multiplicação do número de metros quadrados da área total do imóvel onde se exerce a atividade sujeita à fiscalização do poder público municipal (poder de polícia) conflitaria com a norma constitucional (art. 18, § 2º) e com o Código Tributário Nacional (art. 77). RE não conhecido' (RE 110.327, Relator Ministro Célio Borja).

'Tributário - Taxa de conservação de estradas de rodagem (Lei nº 1.744/84, do Município de Sertãozinho-SP) - Base de cálculo similar à do imposto territorial rural - Vedação constitucional (CF/69, art. 18, § 2º; CF/88, art. 145, § 2º) - RE conhecido e provido. - O legislador comum não pode, na abstrata formulação da hipótese de incidência da taxa, transgredir a norma inscrita no ordenamento constitucional brasileiro que proíbe, no que concerne a essa espécie tributária, a utilização de base de cálculo própria de impostos (CF/88, art. 145, § 2º; CF/69, art. 18, § 2º).

- A Constituição da República - tendo presente essa indisponível garantia de ordem tributária que compõe o estatuto jurídico dos contribuintes - não permite que se tome como base de cálculo das taxas de serviços urbanos o mesmo elemento que define e informa a base de incidência dos impostos sobre a propriedade imobiliária urbana e/ou rural. Precedentes do STF.

- É inconstitucional - revelando-se conseqüentemente inexigível - a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica à do imposto territorial rural. Súmula 595/STF' (RE 116.119, Relator Ministro Celso de Mello).

'Tributário - Taxa de serviços urbanos (...). - A coincidência de bases imponíveis referentes a exações tributárias diversas afeta a validade jurídico-constitucional do tributo instituído.

- Não se revela exigível, em conseqüência, porque infringente da vedação estabelecida pelo ordenamento constitucional (CF/69, art. 18, § 2º; CF/88, art. 145, § 2º), a taxa de serviços urbanos cuja base de cálculo repouse em elementos - localização, área e dimensões do imóvel - que se identifique, em seus aspectos essenciais, com o conteúdo da base imponível pertinente ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU)' (RE 120.811 - Relator Ministro Celso de Mello).

'Taxas de licença e funcionamento, de prevenção de incêndio e de publicidade - Inconstitucionalidade da exação, ante a identidade de sua base de cálculo (metro quadrado de área ocupada ou construída) com a utilizada para a cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU (art. 145, § 2º, da Constituição)' (RE 185.050, Relator Ministro Octavio Gallotti)".

Não obstante os precedentes transcritos, ousa este Relator manter o seu entendimento, acima exposto, acerca da matéria.

Destarte, ressalvando a convicção pessoal, conheço do recurso e acolho o pedido nele formulado para restabelecer o entendimento sufragado na sentença de fls. 41 a 44.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Maurício Corrêa. Segunda Turma, 13.02.2001.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República: Dr. João Batista de Almeida.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 27.04.2001.)

-:::-

ISS - SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS

- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 236.604, assim decidiu: "*Constitucional. Tributário. ISS. Sociedades prestadoras de serviços profissionais. Advocacia. DL 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º; CF, art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º. - I. O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88, art. 146, III, a. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II, e 145, § 1º, CF/88. - II. RE não conhecido*".

- E, no RE 220.323, o mesmo Plenário assim julgou: "*Constitucional. Tributário. ISS. Sociedade prestadora de serviços profissionais: base de cálculo. DL 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º; CF, art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993. - I. As normas inscritas nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no* caput *do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da CF, com a redação da EC nº 3, de 1993. - II. Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68. - III. RE não conhecido*".

- Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 286.385/8-MG - Relator: Ministro MOREIRA ALVES

Recorrente: Município de Belo Horizonte. Advogados: Cristiana Rodrigues Gontijo e outros. Recorrida: Sâmia Santos Marcas e Patentes S/C Ltda. Advogados: Sâmia Amin Santos 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, 20 de março 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:

"*Presentes os pressupostos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.*

Alega a apelante, em suas razões de apelação, que desacertada foi a sentença que lhe denegou a segurança, pois as Leis Municipais nº 6.810/94 e nº 6.943/95, dando nova redação ao art. 49 e revogando o art. 50 da Lei 5.641/89, confrontadas com o Decreto-lei nº 406/68, se revestem de inteira inconstitucionalidade e, desta forma, caso seria de concessão do mandamus.

Tenho que lhe assiste inteira razão.

Com a devida vênia dos que sustentam tese oposta, vem entendendo esta 5ª Câmara Cível que o art. 49 da Lei nº 6.810, de 29.12.94, regulamentada pelo Decreto nº 8.191/95, revogando o art. 50 e alterando o art. 49 da Lei nº 5.641/89, prima, realmente, pela inconstitucionalidade e ilegalidade.

É certo que o Decreto-lei nº 406/68, de 31.12.68, mantém a natureza de lei complementar, disso dando segura interpretação ALIOMAR BALEEIRO - in Direito Tributário Brasileiro - 9ª edição - p. 271, in verbis:

'*À situação anormal decorrente do Ato Institucional número 5/1968, parece ciosa a discussão sobre a possibilidade de matéria reservada à lei complementar ser regulada em simples decreto-lei. Do ponto-de-vista formal e da boa técnica legislativa, mesmo dentro da anormalidade jurídica, só a lei complementar seria o veículo idôneo para isso. Mas, afinal, a fonte legislativa era a mesma para a Lei Complementar ou para o Dec.-lei*'.

Logo, indiscutível que o Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, mantém a natureza de lei complementar e, mais do que isso, o que é fundamentalmente importante para o julgamento do presente recurso, foi o referido Decreto-lei nº 406/68 recepcionado pela atual Constituição Federal, como claramente consignado no julgamento da Apelação 48.487, conforme acórdão na Revista dos Tribunais, *v. 693, p. 216:*

'ISS - Sociedade civil prestadora de serviços profissionais - Tributação pelo regime fixo anual, por profissional (Decreto-lei 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º) - Norma recepcionada pela Constituição Federal de 1988 - Contrariedade ao princípio da isonomia entre contribuinte inexistente'.

Aliás, este vem sendo o entendimento do colendo STJ, conforme Recursos Especiais nº 19.573/0, publicado no DJ *de 8.6.92; nº 39.195/4, publicado no* DJ *de 16.5.94; nº 39.479/1 - Embargos Divergentes no REsp 32.111/3 - publicado no* DJ *de 12.5.95; e nº 59.513/4, publicado no* DJ *de 15.5.95, pelos quais se constata que, embora envolvessem matéria relacionada ao ICMS, a Constituição Federal de 1988 recepcionou o Decreto-lei nº 406/68.*

Ora, o art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, dispõe que:

'A base de cálculo do imposto é o preço do serviço (...)

§ 3º - Quando os serviços a que se referem os itens 1,2,3,5,6,11,12 e 17 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste

serviço em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável'.

Que a apelante é sociedade regularmente constituída, quanto a isso não há a menor dúvida, em face do contrato social existente nos autos, cujo objetivo é a prestação de serviços de agente da propriedade industrial e, se a teor do art. 3º, do Código Tributário Nacional, a tributação se desenvolve dentro do princípio da atividade vinculada, não há por onde fugir-se, pois, à interpretação literal, lógica e sistemática do § 3º, do art. 9º, do Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, para se concluir que o ISS recai sobre o preço do serviço e, tratando-se de sociedades, como se trata aqui, é de adotar-se o critério fixo em relação ao número de profissionais habilitados, tributando-se cada profissional prestador de serviço, seja sócio ou seja empregado.

Daí afirmar-se que a Lei nº 5.641/89, revogada pela Lei Municipal nº 6.810/94, tinha, diferentemente desta, nítido colorido de constitucionalidade, pois é certo que seus arts. 49 e 50 se colocavam em plena sintonia com o Decreto-lei nº 406/68, com a nova redação que lhe dera o Decreto-lei nº 834, de 8.9.69.

Não obstante o que ficou exposto aqui, sobrevém a malsinada Lei nº 6.810, de 29.12.94, eivada de absoluta inconstitucionalidade, estabelecendo que, agrupados os profissionais autônomos em sociedades profissionais, tal fato se equipararia a uma empresa e, ante esta ótica estrábica, ficavam sujeitas a alíquotas constantes de tabela própria e incidentes sobre o preço do serviço, com isso se distanciando, por completo, da mens legis, *como produto da* mens legislatoris, *colocada no leito claro e tranqüilo do Decreto-lei nº 406/68.*

Por outro lado, não procede o argumento de que o referido Decreto-lei 406/68 não foi recepcionado pela Constituição Federal, sobretudo a partir da Emenda Constitucional nº 3, de 17.3.93.

Que o referido Decreto-lei nº 406/68 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, quanto a isso não há a menor sombra de dúvida, como já se demonstrou linhas atrás, do presente voto, e mesmo que o apelado quisesse argumentar com a Emenda Constitucional nº 3/93, como o fez, razão alguma lhe assistiria.

É que a referida Emenda Constitucional, alterando o § 6º do art. 150, da Constituição Federal, em verdade modificação alguma introduziu na sistemática em vigor do ISS, valendo aqui o lembrete de que as normas municipais relacionadas com tal tributo devem respeitar as linhas divisórias que são traçadas por lei complementar federal.

Além do mais, sem qualquer color de procedência jurídica a afirmação de se tratar, no caso, de uma espécie de isenção fiscal, vedada pelo art. 151, III, por força da redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 3/93.

Ora, est modus in rebus...

Numa leitura atenta do acórdão publicado na Revista do Tribunais, *v. 693/216, extrai-se a seguinte argumentação:*

'Com efeito, isenção significa dispensa do pagamento do tributo, arrolada como hipótese de exclusão do crédito tributário (CTN, art. 175, I), enquanto a regra do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/68, trata, ao revés, de uma hipótese de tributação incidente do tributo. É regra de tributação e não de isenção, isto está claro.

As disposições do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Dec.-lei 406/68, definem a base de cálculo para determinado tipo de serviço, qual seja, aquele prestado sob a forma de trabalho pessoal, por contribuinte autônomo (§ 1º) ou sociedade de profissionais (§ 3º). Estando evidenciado que tais dispositivos não cuidam de isenção, ainda que parciais, não há como cogitar de incompatibilidade com o art. 151, III, da CF'.

O que se conclui de tudo isso é que, na verdade, dentro de segura ótica de hermenêutica, sem necessidade alguma de ter-se olhos de Lynce Perspicatior, *as Leis nº 6.810/94 e nº 6.943/95 vêm alterar, sem qualquer sombra de dúvida, a base de cálculo do imposto, o que é inteiramente insustentável dentro do plano do direito tributário municipal, na medida em que tal base de cálculo já havia sido definida pelo Decreto-lei 406/68, que foi plenamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988.*

Não se há de argumentar também com tratamento fiscal privilegiado para as sociedades profissionais, quando, na verdade, o que há é um tratamento diferenciado, que aliás ocorre também com relação a outras categorias econômicas, inclusive como ocorre também na legislação sobre o imposto de renda, não se podendo falar, aqui, sequer em agressão ao princípio da isonomia, na medida em que a norma complementar mantém idêntico tratamento para com as sociedades prestadoras de serviços profissionais.

De destacar, por derradeiro, que a apelante está enquadrada pontualmente no item 52, da Lista de Serviços trazida no bojo da Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, cujo art. 2º está assim redigido:

'Art. 2º. O § 3º do art. 9º, do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação determinada pelo Decreto-lei 834, de 8.9.68, passa a ter a seguinte redação:

§ 3º - Quando os serviços a que se referem os itens 1,4,8,25,52,88,89,90,91 e 92 da Lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável'.

Com esses fundamentos, dou provimento à apelação para conceder

à apelante a segurança impetrada, para os fins e efeitos do pedido inicial, com inversão do ônus da sucumbência.

Custas, pelo apelado" (fls. 198/204).

Interpostos recursos especial e extraordinário, somente este foi admitido pelo seguinte despacho:

"*Cuidam os autos de recurso extraordinário onde se discute se o art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68 foi, ou não, revogado pelo art. 150, § 6º, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 3/93.*

Contra entendimento do acórdão hostilizado, segundo o qual a referida norma complementar foi recepcionada pela ordem instaurada com a Carta Política de 1988, o Município deduz seu inconformismo, em tempo hábil, com fincas no art. 102, inc. III, alínea a, *da CF, alegando ofensa ao já mencionado art. 150, § 6º.*

Mostra-se viável o recurso.

Em diversas ocasiões, ao exercer o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, tive como certa a tese de que a revogação de lei por texto constitucional superveniente diz respeito a questão de índole infraconstitucional, atento à orientação manifestada em julgado do STJ, anotado por THEOTONIO NEGRÃO, em seu Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, *27ª ed., p. 1.209.*

Todavia, o exercício da reflexão a que se submete o Julgador, por força do ofício, levou-me a modificar o entendimento anterior, tendo em vista que o STF, em inúmeros julgados, vem enfrentando o tema relacionado com a recepção dos preceitos infraconstitucionais pela Carta de Princípios.

Demais disso, em recentíssima decisão, o próprio Superior Tribunal de Justiça, na voz do Ministro Humberto Gomes de Barros, adotou o mesmo posicionamento que agora tenho como meu, revendo, também S. Exª, orientação que anteriormente perfilhara:

'A contribuinte interpôs recurso especial ao fundamento de que o Acórdão recorrido negou vigência ao art. 3º do DL 406/68 e ao art. 97, II e III, do CTN, bem como divergiu da jurisprudência do STJ, citando como paradigma decisões do STJ.

Nesta circunstância, decido:

Colaborei na formação de dois dos Arestos invocados como paradigma.

No entanto, posteriormente, percebi que o tema concernente à recepção do DL 406/68, pela atual Constituição, transcende ao alcance do recurso especial. Como demonstrei em outras oportunidades:

- I - o reconhecimento da revogação de lei, por incompatibilidade com dispositivo constitucional novo, pressupõe a verificação da compatibilidade entre a lei velha e a constituição nova;

- II - o Tribunal, quando verifica a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, exercita evidente controle de constitucionalidade;

- III - acórdão que examina a revogação por inconstitucionalidade expõe-se, tão-somente, a recurso extraordinário. O Recurso Especial é instrumento impróprio para o enfrentar (REsp 68.143/0-SP).

Daí por que o tema escapa à nossa competência, neste recurso especial' (REsp nº 109.167-SP - DJU *de 06.03.97 - p. 5.236).*

Reconhecendo, portanto, o conteúdo constitucional das questões relativas à revogação ou não do texto menor em face da Lei Fundamental, devo concluir que a matéria se insere na competência da mais alta Corte e encontra sede própria no recurso extraordinário.

Coerente com a posição agora adotada, penso que a espécie merece o prudente exame do STF, por envolver tema jurídico que se enquadra no modelo referido.

Pelo exposto, admito o recurso.

Cumpridas as formalidades legais, remetam-se os autos ao e. Supremo Tribunal Federal.

Intime-se" (fls. 288/290).

O recurso especial, porém, subiu ao STJ em virtude do provimento de agravo, mas a ele foi negado seguimento.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (*Relator*) - 1. O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 236.604, assim decidiu:

"*Constitucional. Tributário. ISS. Sociedades prestadoras de serviços profissionais. Advocacia. DL 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º; CF, art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º. - I. O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88, art. 146, III,* a. *Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II, e 145, § 1º, CF/88. - II. RE não conhecido*".

E, no RE 220.323, o mesmo Plenário assim julgou: "*Constitucional. Tributário. ISS. Sociedade prestadora de serviços profissionais: base de cálculo. DL 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º; CF, art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993. - I. As normas inscritas nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no* caput *do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da CF, com a redação da EC nº 3, de 1993. - II. Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68. - III. RE não conhecido*".

Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido.

2. Em face do exposto, e com base nos mencionados precedentes, não conheço do presente recurso.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. 1ª Turma, 20.03.2001.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral de República: Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ricardo Dias Duarte - p/Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 18.05.2001.)

-:::-

Legislação

DA UNIÃO

DECRETO Nº 3.834, DE 5 DE JUNHO DE 2001

- Regulamenta o art. 55 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e delega competência ao Ministro de Estado do Meio Ambiente para a prática do ato que menciona, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI e parágrafo único, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 55 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, 12 e 14 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e 19 da Medida Provisória nº 2.143-33, de 31 de maio de 2001,

DECRETA:

Art. 1º. As unidades de conservação e áreas protegidas criadas em data anterior à Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e que não pertençam às categorias nela previstas, serão reavaliadas, no todo ou em parte, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA, com o objetivo de ajustar e definir a sua nova destinação em conformidade com a referida Lei, levando em consideração a categoria e a função para as quais foram criadas.

Art. 2º. Fica delegada competência ao Ministro de Estado do Meio Ambiente para, observadas as normas legais e regulamentares, proceder, mediante portaria, à destinação de que trata o artigo anterior.

Art. 3º. Fica o Ministério do Meio Ambiente autorizado a dirimir eventuais dúvidas na aplicação do disposto no art. 1º deste Decreto, podendo, se necessário, expedir atos complementares à sua execução.

Art. 4º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de junho de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Sarney Filho

-:::-

LEI Nº 10.215, DE 6 DE ABRIL DE 2001

- Dá nova redação ao art. 46 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os Registros Públicos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. O *caput* do art. 46 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 46. As declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal somente serão registradas mediante despacho do juiz competente do lugar da residência do interessado". (NR)

(...)

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Fica revogado o § 2º do art. 46 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Brasília, 6 de abril de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

-:::-

LEI Nº 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001

- Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Art. 2º. Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único - São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Art. 3º. É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

Art. 4º. A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º. O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º. O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º. É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

Art. 5º. O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegu-

rada a continuidade do tratamento, quando necessário.

Art. 6°. A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único - São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Art. 7°. A pessoa que solicita voluntariamente sua internação, ou que a consente, deve assinar, no momento da admissão, uma declaração de que optou por esse regime de tratamento.

Parágrafo único - O término da internação voluntária dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente.

Art. 8°. A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina-CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.

§ 1°. A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.

§ 2°. O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.

Art. 9°. A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Art. 10. Evasão, transferência, acidente, intercorrência clínica grave e falecimento serão comunicados pela direção do estabelecimento de saúde mental aos familiares, ou ao representante legal do paciente, bem como à autoridade sanitária responsável, no prazo máximo de vinte e quatro horas da data da ocorrência.

Art. 11. Pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal, e sem a devida comunicação aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde.

Art. 12. O Conselho Nacional de Saúde, no âmbito de sua atuação, criará comissão nacional para acompanhar a implementação desta Lei.

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de abril de 2001; 180° da Independência e 113° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

José Serra

Roberto Brant

-:::-

LEI N° 10.217, DE 11 DE ABRIL DE 2001

- Altera os arts. 1° e 2° da Lei n° 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1°. Os arts. 1° e 2° da Lei n° 9.034, de 3 de maio de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1°. Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo". (NR)

"Art. 2°. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (NR)

(...)

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único - A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração".

Art. 2°. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de abril de 2001; 180° da Independência e 113° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Alberto Mendes Cardoso

-:::-

LEI Nº 10.222, DE 9 DE MAIO DE 2001

- Padroniza o volume de áudio das transmissões de rádio e televisão nos espaços dedicados à propaganda e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens padronizarão seus sinais de áudio, de modo a que não haja, no momento da recepção, elevação injustificável de volume nos intervalos comerciais.

Art. 2º. O Poder Executivo criará, no período de cento e vinte dias, a contar da publicação desta Lei, os mecanismos necessários à normalização técnica da matéria, bem como à fiscalização de seu cumprimento.

Art. 3º. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeitará o infrator à pena de suspensão da atividade pelo prazo de trinta dias, triplicada em caso de reincidência.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de maio de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Pimenta da Veiga

-:::-

LEI Nº 10.224, DE 15 DE MAIO DE 2001

- Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. O Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 216-A:

"Assédio sexual" (AC)*

"Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função". (AC)

"Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos". (AC)

"Parágrafo único. (VETADO)"

(*AC = Acréscimo)

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Brasília, 15 de maio de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

José Gregori

-:::-

LEI COMPLEMENTAR Nº 107, DE 26 DE ABRIL DE 2001

- Altera a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º. Os arts. 8º, 9º, 11, 12, 13 e 14 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 8º. (...)

§ 1º. A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subseqüente à sua consumação integral.

§ 2º. As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial'". (NR)

"Art. 9º. A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

Parágrafo único - (VETADO)"

"Art. 11. (...)

II - (...)

f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto;

g) indicar, expressamente, o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes; (...)" (NR)

"Art. 12. (...)

II - mediante revogação parcial;

III - (...)

a) revogado;

b) é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renumeração de artigos e de unidades superiores ao artigo, referidas no inciso V do art. 10,

devendo ser utilizado o mesmo número do artigo ou unidade imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos;

c) é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão 'revogado', 'vetado', 'declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal', ou 'execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal';

d) é admissível a reordenação interna das unidades em que se desdobra o artigo, identificando-se o artigo assim modificado por alteração de redação, supressão ou acréscimo com as letras 'NR' maiúsculas, entre parênteses, uma única vez ao seu final, obedecidas, quando for o caso, as prescrições da alínea *c*.

Parágrafo único - O termo 'dispositivo' mencionado nesta Lei refere-se a artigos, parágrafos, incisos, alíneas ou itens". (NR)

"Art. 13. As leis federais serão reunidas em codificações e consolidações, integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a Consolidação da Legislação Federal.

§ 1°. A consolidação consistirá na integração de todas as leis pertinentes a determinada matéria num único diploma legal, revogando-se formalmente as leis incorporadas à consolidação, sem modificação do alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados.

§ 2°. Preservando-se o conteúdo normativo original dos dispositivos consolidados, poderão ser feitas as seguintes alterações nos projetos de lei de consolidação:

I - introdução de novas divisões do texto legal base;

II - diferente colocação e numeração dos artigos consolidados;

III - fusão de disposições repetitivas ou de valor normativo idêntico;

IV - atualização da denominação de órgãos e entidades da administração pública;

V - atualização de termos antiquados e modos de escrita ultrapassados;

VI - atualização do valor de penas pecuniárias, com base em indexação padrão;

VII - eliminação de ambigüidades decorrentes do mau uso do vernáculo;

VIII - homogeneização terminológica do texto;

IX - supressão de dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, observada, no que couber, a suspensão pelo Senado Federal de execução de dispositivos, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal;

X - indicação de dispositivos não recepcionados pela Constituição Federal;

XI - declaração expressa de revogação de dispositivos implicitamente revogados por leis posteriores.

§ 3°. As providências a que se referem os incisos IX, X e XI do § 2° deverão ser expressa e fundadamente justificadas, com indicação precisa das fontes de informação que lhes serviram de base". (NR)

"Art. 14. Para a consolidação de que trata o art. 13 serão observados os seguintes procedimentos:

I - O Poder Executivo ou o Poder Legislativo procederá ao levantamento da legislação federal em vigor e formulará projeto de lei de consolidação de normas que tratem da mesma matéria ou de assuntos a ela vinculados, com a indicação precisa dos diplomas legais expressa ou implicitamente revogados;

II - a apreciação dos projetos de lei de consolidação pelo Poder Legislativo será feita na forma do Regimento Interno de cada uma de suas Casas, em procedimento simplificado, visando a dar celeridade aos trabalhos;

III - revogado.

§ 1°. Não serão objeto de consolidação as medidas provisórias ainda não convertidas em lei.

§ 2°. A Mesa Diretora do Congresso Nacional, de qualquer de suas Casas e qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional poderá formular projeto de lei de consolidação.

§ 3°. Observado o disposto no inciso II do *caput*, será também admitido projeto de lei de consolidação destinado exclusivamente à:

I - declaração de revogação de leis e dispositivos implicitamente revogados ou cuja eficácia ou validade encontre-se completamente prejudicada;

II - inclusão de dispositivos ou diplomas esparsos em leis preexistentes, revogando-se as disposições assim consolidadas nos mesmos termos do § 1° do art. 13.

§ 4°. (VETADO)"

Art. 2°. A Lei Complementar n° 95, de 26 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 18-A:

"Art. 18-A. (VETADO)"

Art. 3°. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de abril de 2001; 180° da Independência e 113° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

-:::-

DO ESTADO

DECRETO Nº 41.646, DE 02 DE MAIO DE 2001

- Altera o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 38.104, de 28 de junho de 1996, e dá outras providências.

O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuição que lhe confere o artigo 90, inciso VII, da Constituição do Estado, e tendo em vista o disposto no artigo 39 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975,

DECRETA:

Art. 1º. O artigo 131 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 38.104, de 28 de junho de 1996, fica acrescido do inciso XXIV com a seguinte redação:

"XXIV - Solicitação de Enquadramento/Alteração de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte".

Art. 2º. Os dispositivos abaixo relacionados do Anexo V do RICMS passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 153. (...)

§ 1º. O disposto no artigo aplica-se ao contribuinte enquadrado no regime de recolhimento isento ou imune somente quando realizar operações ou prestações sujeitas à incidência do ICMS.

§ 2º. Os documentos mencionados nos incisos I e III serão preenchidos e entregues em via única. (...)".

Art. 3º. A Nota Explicativa relativa ao Código de Situação Tributária a que se refere o Anexo XVIII do RICMS passa a vigorar com a seguinte redação:

"NOTA EXPLICATIVA

O Código de Situação Tributária será composto de três dígitos na forma ABB, onde o primeiro dígito indicará a origem da mercadoria, com base na Tabela A, e os dígitos subseqüentes a tributação pelo ICMS, com base na Tabela B".

Art. 4º. A Parte 2 do Anexo XXIII do RICMS fica acrescida do item 27 com a seguinte redação:

"27 - Solicitação de Enquadramento/Alteração de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte".

Parágrafo único - O modelo de documento a que se refere este artigo, publicado anexo ao Decreto nº 40.987, de 31 de março de 2000, passa a integrar o Anexo XXIII do RICMS.

Art. 5º. A alínea *a* do inciso IV do artigo 8º do Decreto nº 41.549, de 20 de fevereiro de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 8º. (...)

IV - (...)

a - à alínea *a* do item 1 do § 8º do artigo 43 do RICMS;

(...)"

Art. 6º. Ficam revogados:

I - o inciso II e a alínea *b* do inciso V do artigo 153 do Anexo V do RICMS;

II - os itens 17 e 26 da Parte 2 do Anexo XXIII do RICMS e os respectivos modelos de documentos.

Art. 7º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação para produzir efeitos a partir de:

I - 1º de janeiro de 2001, relativamente ao artigo 3º;

II - 21 de fevereiro de 2001, relativamente ao artigo 5º.

Art. 8º. Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 02 de maio de 2001.

ITAMAR FRANCO

Henrique Eduardo Ferreira Hargreaves

José Augusto Trópia Reis

-:::-

DECRETO Nº 41.688, DE 30 DE MAIO DE 2001

- Altera a Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto nº 23.780, de 10 de agosto de 1984.

O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 90, inciso VII, da Constituição do Estado, e tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 213 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975,

DECRETA:

Art. 1º. Os dispositivos abaixo da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto nº 23.780, de 10 de agosto de 1984, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 151. (...)

§ 2º. Para os efeitos deste artigo, o valor impugnado compreenderá o tributo, monetariamente atualizado, se for o caso, acrescido das penalidades e

dos juros moratórios cabíveis no momento da efetivação do depósito.

(...)

Art. 152. Após decisão irrecorrível, caso se verifique ser indevido ou excessivo o valor depositado, será este, ou a diferença, devolvido ao sujeito passivo, mediante solicitação, em espécie ou sob a forma de aproveitamento de crédito para futuro abatimento no débito do imposto, quando se tratar de ICMS.

Parágrafo único - Sobre o valor do depósito a ser devolvido incidirão juros correspondentes à variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), instituída pela Lei Federal nº 9.365, de 16 de dezembro de 1996, ou de outra que vier substituí-la".

Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 30 de maio de 2001.

ITAMAR FRANCO

Henrique Eduardo Ferreira Hargreaves

José Augusto Trópia Reis

-:::-

Do Tribunal de Justiça

AVISO CONJUNTO Nº 001/2001, DE 30 DE MARÇO DE 2001

O Desembargador Sérgio Lellis Santiago, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e o Desembargador Paulo Medina, Corregedor-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 236, § 1º, preconiza a competência do Poder Judiciário para exercer a fiscalização dos atos notariais e de registro,

CONSIDERANDO os estudos e as ponderações alinhadas no relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria nº 1.209/2001, de 31.01.2001, para apresentar sugestões e pareceres visando o correto entendimento e aplicação das normas da Lei Federal nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, que "Regula o § 2º do art. 236 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro",

CONSIDERANDO, também, a conclusão da Comissão no sentido de que as tabelas de emolumentos da Lei

Estadual nº 12.727, de 30.12.97, com as alterações da Lei nº 13.438, de 30.12.99, que "Dispõe sobre contagem, cobrança e pagamento de emolumentos devidos por serviços extrajudiciais e dá outras providências", estão consentâneas com as normas da Lei Federal nº 10.169, de 29.12.00,

CONSIDERANDO, ainda, o princípio da continuidade administrativa, que rege todas as atividades da Administração Pública e de seus agentes, sejam estes agentes políticos, servidores estatais ou particulares em atuação colaboradora com o Poder Público,

CONSIDERANDO, finalmente, as propostas do Grupo de Trabalho visando a correta aplicação do disposto no artigo 9º e parágrafo único da Lei Federal nº 10.169, de 29.12.00,

RESOLVEM EXPEDIR O PRESENTE AVISO, para conhecimento dos notários, registradores e interessados, no sentido de que os valores dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registros do Estado de Minas Gerais são os fixados nas Tabelas 1 a 8 do Anexo I da Lei Estadual nº 12.727, de 30.12.97, com as alterações e acréscimos da Lei nº 13.438, de 30.12.99, até o dia 31 de dezembro de 2001.

Belo Horizonte, 30 de março de 2001.

Desembargador SÉRGIO LELLIS SANTIAGO
Presidente

Desembargador PAULO GERALDO DE OLIVEIRA MEDINA
Corregedor-Geral de Justiça

-:::-

PORTARIA Nº 071/GACOR/2001, DE 23 DE MAIO DE 2001
(da Corregedoria-Geral de Justiça)

O Desembargador Paulo Medina, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais e Diretor do Foro da Comarca de Belo Horizonte, no uso das atribuições que lhe confere a lei e,

CONSIDERANDO que a Resolução nº 290/95, da egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais regulamentou a movimentação de autos de processos nas Secretarias de Juízo das comarcas do Estado, dispondo sobre as hipóteses legais de consulta, vista, retirada e devolução de autos;

CONSIDERANDO que, além daquelas hipóteses, é imperiosa, por vezes, a necessidade de extração de cópias reprográficas de peças processuais pela parte e seus procuradores;

CONSIDERANDO que a falta de regulamentação da matéria tem

gerado diversidade de procedimentos e adoção de praxes viciosas por parte das Secretarias de Juízo da Comarca de Belo Horizonte,

RESOLVE:

Art. 1°. Fica assegurada ao advogado com procuração nos autos, ou que exibir na Secretaria procuração de qualquer das partes, ainda que não juntada aos autos, a sua retirada para extração reprográfica de peças processuais mediante assinatura de livro de carga próprio na Secretaria de Juízo, no qual sejam relacionados o número do processo, o nome, o número de registro na OAB e o número do telefone do advogado;

§ 1°. Ao estagiário é assegurada a retirada dos autos para extração de cópias mediante carga dos autos, desde que devidamente autorizado para tal fim, especificado o número do processo;

§ 2°. Em qualquer das hipóteses, os autos deverão ser devolvidos até o final do expediente.

Art. 2°. Os advogados sem procuração nos autos e as partes em geral que necessitarem de cópias de peças processuais deverão preencher requisição, em duas vias, no balcão da Secretaria de Juízo, anotando sua identificação e as peças do processo a serem reprografadas.

§ 1°. Com a primeira via, e ciente do valor a ser pago, o interessado fará o recolhimento, em guia própria, em agência bancária existente no próprio Fórum.

§ 2°. No mesmo dia, a Secretaria remeterá, com a segunda via da requisição, o processo à Administração do Fórum, que o devolverá com as cópias no dia seguinte, tudo mediante carga.

§ 3°. Os interessados retirarão as cópias em 48 (quarenta e oito) horas, mediante a apresentação da 1ª via da requisição e do comprovante do recolhimento.

§ 4°. Na hipótese deste artigo, fica facultada a extração de cópias pelo próprio advogado ou estagiário, no balcão da Secretaria, por equipamento reprodutor portátil.

Art. 3°. É proibida, sob qualquer pretexto, a retenção da carteira do advogado pela Secretaria de Juízo.

Art. 4°. Os casos omissos serão resolvidos pelo Juiz da Vara.

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2001.

Desembargador PAULO MEDINA
Corregedor-Geral de Justiça

-:::-

PORTARIA CONJUNTA Nº 011/2001, DE 04 DE JUNHO DE 2001

O Desembargador Sérgio Lellis Santiago, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e o Desembargador Paulo Medina, Corregedor-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais, e

CONSIDERANDO que o artigo 8° da Lei Federal nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, que "Regula o § 2° do art. 236 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro", dispõe que os Estados, "respeitado o prazo estabelecido no art. 9° desta Lei, estabelecerão forma de compensação aos registradores civis das pessoas naturais pelos atos gratuitos, por eles praticados, conforme estabelecido em lei federal";

CONSIDERANDO que a Lei Estadual nº 12.727, de 30.12.97, com as alterações e acréscimos da Lei nº 13.438, de 30.12.99, que "Dispõe sobre contagem, cobrança e pagamento de emolumentos devidos por serviços extrajudiciais e dá outras providências", já estabelece 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;

CONSIDERANDO o fato de que a referida compensação constitui "encargo dos serviços notariais e de registro", não pode ser "repassada ao usuário do serviço" e não gera ônus para o Poder Público;

CONSIDERANDO que o artigo 38, § 2°, da legislação mineira que cuida dos emolumentos determina que "Cabe à Corregedoria-Geral de Justiça administrar os recursos provenientes do acréscimo de que trata o *caput* deste artigo e regulamentar a forma de seu recolhimento e de seu repasse aos serviços de registro civil das pessoas naturais";

CONSIDERANDO que o Tribunal de Justiça, através de sua Secretaria de Finanças, possui a competência para receber e processar valores;

RESOLVEM:

Art. 1°. A partir de 02 de julho de 2001, consoante o disposto no artigo 8° da Lei Federal nº 10.169, de 29.12.2000, e no artigo 38 da Lei Estadual nº 12.727, de 30.12.97, com as alterações e acréscimos da Lei nº 13.438, de 30.12.99, os notários e registradores do Estado de Minas Gerais recolherão a importância de R$ 0,20 (vinte centavos), por ato 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.

Art. 2°. Os notários e registradores deverão efetuar o recolhimento dos valores decorrentes da compensação aludida no artigo 1° desta Portaria até o 3° (terceiro) dia útil do mês subseqüente, através da guia de depósito identificado, na conta nº 8.000-4, de

nome TJMG/REGISTRO CIVIL, do Banco do Brasil, Agência nº 1615-2, informando o número do CPF ou CNPJ no campo destinado à identificação do depositante, em favor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Parágrafo único - A Secretaria de Finanças do Tribunal de Justiça expedirá as instruções necessárias para o recolhimento previsto no *caput* deste artigo.

Art. 3º. Os registradores civis das pessoas naturais, delegados ou substitutos legais, para fins de cadastramento, deverão preencher e encaminhar à Corregedoria-Geral de Justiça, até o dia 22 de junho de 2001, os dados e informações constantes da ficha cadastral, com observância do modelo em anexo.

§ 1º. O cadastramento a que se refere o *caput* deste artigo constitui requisito obrigatório para o recebimento das importâncias destinadas à compensação dos atos gratuitos previstos na legislação pertinente.

§ 2º. No caso de o registrador civil, eventualmente, responder pelo exercício de outro serviço de registro civil das pessoas naturais, a situação também deverá ser informada, para o recebimento dos valores relativos aos atos gratuitos praticados.

Art. 4º. O repasse das importâncias recolhidas aos registradores civis das pessoas naturais, pela prática dos registros civis de nascimento e pelos assentos de óbito gratuitos, será obtido por meio da divisão do montante arrecadado no mês, deduzidos os custos operacionais, pelo número de atos gratuitos informados à Corregedoria-Geral de Justiça, no mês imediatamente anterior.

§ 1º. O registrador civil das pessoas naturais deverá requerer o pagamento da compensação através de certidão que indique e informe os atos gratuitos praticados no respectivo mês e encaminhar o expediente à Corregedoria-Geral de Justiça, até o 2º (segundo) dia útil do mês subseqüente, conforme modelo anexo.

§ 2º. O valor a ser repassado para cada ato gratuito não será superior a R$ 25,00 (vinte e cinco reais).

§ 3º. Realizado o rateio previsto no *caput* deste artigo, e atingido o valor-limite estipulado em lei, alinhado no parágrafo anterior, o saldo financeiro remanescente da conta TJMG/REGISTRO CIVIL deverá ser utilizado para a compensação dos meses subseqüentes.

§ 4º. Caberá à Corregedoria-Geral de Justiça aprovar ou indeferir, justificadamente, o ressarcimento dos atos gratuitos indicados na certidão prevista no § 1º deste artigo e encaminhar o expediente de aprovação à Secretaria de Finanças do Tribunal, que terá prazo, até o 15º (décimo quinto) dia útil subseqüente, para proceder ao repasse das importâncias aos registradores civis das pessoas naturais.

Art. 5º. O registrador civil das pessoas naturais, quando da prática de atos com cobrança de emolumentos, também deverá efetuar o recolhimento da importância de R$ 0,20 (vinte centavos), nos termos dos artigos 1º e 2º desta Portaria.

Parágrafo único - O oficial do registro civil das pessoas naturais com a competência "para a lavratura de instrumentos traslatícios de direitos reais, procurações, reconhecimento de firmas e autenticação de cópia reprográfica", consoante o disposto no artigo 52 da Lei Federal nº 8.935, de 18.11.94, quando da prática destes atos, também deverá proceder ao recolhimento previsto nos artigos 1º e 2º desta Portaria.

Art. 6º. Na vacância de qualquer serviço notarial ou de registro do Estado de Minas Gerais, por força do disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 2º da Resolução nº 350, de 09.06.99, o Diretor do Foro deverá comunicar o fato à Corregedoria-Geral de Justiça, para a revogação do cadastramento e adoção das providências cabíveis.

Art. 7º. A Secretaria de Finanças do Tribunal de Justiça deverá publicar, mensalmente, relatório sintético e analítico dos valores recolhidos, das importâncias repassadas aos registradores civis das pessoas naturais e, quando for o caso, do saldo financeiro remanescente.

Art. 8º. Os notários e registradores responderão civil, penal e administrativamente pelo descumprimento das disposições desta Portaria.

Art. 9º. Os casos omissos serão dirimidos pela Corregedoria-Geral de Justiça.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 04 de junho de 2001.

Desembargador SÉRGIO LELLIS SANTIAGO
Presidente

Desembargador PAULO MEDINA
Corregedor-Geral de Justiça

ANEXO
(a que se refere o artigo 3º da Portaria Conjunta nº 011, de 04 de junho de 2001)

Ficha Cadastral

Nome legível do registrador civil das pessoas naturais (delegado ou substituto):

Comarca:

Município:

Distrito:

Endereço do serviço de registro civil:

CEP:

Telefone:

Fax:

E-mail:

Carteira de Identidade:

CPF ou CNPJ:

Nome e número do banco:

Nome e número da agência bancária:

Número da conta do estabelecimento bancário onde serão efetuados os depósitos:

Responde pelo exercício de outro serviço de registro civil das pessoas naturais? ( ) SIM ( ) NÃO

Em caso afirmativo, informar: qual?

_____

(local), ___ /___ / 2001.

_____ (assinatura)

- Após o preenchimento dos dados acima, encaminhar até o dia 22/06/2001 para a
Corregedoria-Geral de Justiça
Rua Guajajaras nº 1.984 - Barro Preto
Belo Horizonte - Minas Gerais
CEP 30.180-101

ANEXO
(a que se refere o § 1º do artigo 4º da Portaria Conjunta nº 011, de 04 de junho de 2001)

Modelo de Requerimento e Certidão

Exmo. Sr. Corregedor-Geral de Justiça,

_____ (nome), Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais (delegado ou substituto) do Município/Distrito de _____, da Comarca de _____, abaixo assinado, respeitosamente vem à presença de V. Exa. para requerer o pagamento da compensação pelos atos gratuitos praticados no mês de _____, nos termos do § 1º do artigo 4º da Portaria Conjunta nº 001, de 04 de junho de 2001.

CERTIFICO e dou fé que no mês de _____ do ano de _____ foram praticados no registro civil das pessoas naturais do Município/Distrito de _____, da Comarca de _____, os seguintes atos gratuitos, com a indicação do(s) livro(s) e folha(s):

REGISTROS CIVIS DE NASCIMENTO = _____ [número de atos praticados, livro(s) e folha(s)]

ASSENTOS DE ÓBITO = _____ [número de atos praticados, livro(s) e folha(s)]

Pede e espera deferimento.

_____ (local), ___ /___ / 2001.

_____ (assinatura)

Corregedoria-Geral de Justiça
Rua Guajajaras nº 1.984 - Barro Preto
Belo Horizonte - Minas Gerais
CEP 30.180-101

-:::-

PROVIMENTO Nº 54/2001, DE 25 DE MAIO DE 2001
(da Corregedoria-Geral de Justiça)

O Desembargador Paulo Medina, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais e Diretor do Foro da Comarca de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais, nos termos do artigo 23 e seguintes da Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, e

CONSIDERANDO que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais está implantando nas comarcas

do Estado o sistema de informatização dos serviços judiciários;

CONSIDERANDO que o banco de dados da primeira instância do Poder Judiciário de Minas Gerais deverá ser o mais completo possível, para que sejam espelhados de forma correta os nomes das partes envolvidas em litígio e assim sua qualificação;

CONSIDERANDO que as certidões cíveis e criminais são expedidas pelo sistema informatizado, colhidos os dados necessários do banco de dados da primeira instância;

CONSIDERANDO a necessidade de se uniformizar e racionalizar os serviços de distribuição de feitos em todas as comarcas do Estado, e assim o cadastramento dos nomes e qualificação das partes, bem como de terceiros que posteriormente venham a intervir nos autos do processo;

PROVÊ:

1 - As petições iniciais somente serão distribuídas, sem prejuízo dos demais requisitos legais, quando delas constarem os nomes e prenomes completos das partes, sem qualquer tipo de abreviação, estado civil, profissão, CPF ou Carteira de Identidade em se tratando de pessoa física, com endereço completo, e assim como o número de inscrição no CNPJ, em se tratando de pessoa jurídica.

2 - Em se tratando de ações direcionadas contra pessoas que figurem no pólo passivo, cuja identificação seja desconhecida, os Srs. Escrivães das respectivas Secretarias de Juízo nas quais tramitem os autos do processo deverão fazer constar dos mandados expedidos a determinação de que os Srs. Oficiais de Justiça, no momento de se proceder à sua citação ou à diligência correspondente ao mandado expedido, deverão fazer constar de sua certidão os dados relativos à qualificação de tais pessoas, mencionando-se o número do CPF ou o número da Carteira de Identidade.

3 - Aquele que intervier nos autos do processo na condição de terceiro, deverá fazer-se qualificar na forma estabelecida no item 1 deste Provimento, cabendo aos Srs. Escrivães das respectivas Secretarias de Juízo, em caso de inexistirem nos autos os dados correspondentes, fazer constar dos mandados a determinação aos Srs. Oficiais de Justiça de promover a respectiva identificação para os efeitos deste Provimento.

4 - Da petição inicial, da resposta e de qualquer outra peça que importe em intervenção nos autos do processo, ou no instrumento de mandato, deverá constar, também, o nome e endereço completo do(s) advogado(s) subscritor(es) da petição e o número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, com indicação da Seção na qual se encontra inscrito, nos moldes do artigo 14 da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

5 - As denúncias e queixas apresentadas nas ações penais, públicas ou privadas, deverão preencher os requisitos

enumerados neste Provimento ou, na sua impossibilidade, dos mandados de citação ou intimação deverá constar a determinação de que os Srs. Oficiais de Justiça, no momento de se proceder à sua citação ou à diligência correspondente ao mandado expedido, deverão fazer constar de sua certidão os dados relativos à qualificação de tais pessoas, mencionando-se o número do CPF ou o número da Carteira de Identidade.

6 - Os casos em que ocorrerem dúvidas a respeito da aplicação do presente Provimento serão decididos pelo Juiz Corregedor assim designado pelo Corregedor-Geral de Justiça para a função de Juiz Distribuidor ou pelo Juiz Diretor do Foro nas comarcas do Interior do Estado.

7 - Nos casos de medidas consideradas como de urgência, tais como *habeas corpus*, pedidos de concessão de liberdade provisória, de prisão temporária ou preventiva, mandados de segurança e medidas cautelares, bem como atos que importem em perecimento de direito, será procedida regularmente à distribuição, cabendo ao Juiz que receber a petição determinar o atendimento ao item 1 deste Provimento, fixando para tanto o prazo de 15 (quinze) dias.

8 - Recebidas as petições iniciais, assim como as respostas das partes litigantes ou qualquer petição que importe em intervenção nos autos, os dados pessoais das partes, ainda não cadastradas, deverão ser lançados no sistema de informatização de maneira imediata pelos Servidores do Foro, conforme já disciplinado, sob pena de responsabilidade, mediante as providências cabíveis a cargo do respectivo Juiz Diretor do Foro.

9 - Este Provimento entra em vigor a partir do dia 01 de julho de 2001, revogadas as disposições em contrário.

Registre-se, publique-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2001.

Desembargador PAULO MEDINA
Corregedor-Geral de Justiça

-:::-

Índice Numérico

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

ESPÉCIE E Nº	COMARCA	RELATOR: DES.	PÁG.
1 CORTE SUPERIOR			
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE			
172.670-2/00	Cambuí	Hugo Bengtsson	57
DÚVIDA DE COMPETÊNCIA			
222.535-7/00	Sete Lagoas	Rubens Xavier Ferreira	62
223.844-2/00	Mesquita	Rubens Xavier Ferreira	64
225.936-4/00	Belo Horizonte	Rubens Xavier Ferreira	66
230.101-8/00	Itabira	Rubens Xavier Ferreira	69
MANDADO DE SEGURANÇA			
133.943-1/00	Belo Horizonte	Bady Curi	71
2 GRUPOS DE CÂMARAS			
2.1 PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS			
AÇÃO RESCISÓRIA			
160.209-3/00	Conc. do Rio Verde	Orlando Carvalho	77
2.2 SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS			
AÇÃO RESCISÓRIA			
156.288-3/00	Teófilo Otoni	Isalino Lisbôa	83
179.777-8/00	Varginha	Carreira Machado	92

MANDADO DE SEGURANÇA

207.281-7/00	Belo Horizonte	Lucas Sávio Gomes	95

2.2 GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS

REVISÃO CRIMINAL

191.992-7/00	Uberaba	Guido de Andrade	96
197.619-0/00	Belo Horizonte	Herculano Rodrigues	105
200.730-0/00	Lima Duarte	Kelsen Carneiro	109
206.432-7/00	Açucena	Edelberto Santiago	113
206.481-4/00	Belo Horizonte	Lauro Bracarense	116
207.159-5/00	Coração de Jesus	Reynaldo Ximenes Carneiro	123

3 CÂMARAS ISOLADAS

3.1 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AGRAVO

170.424-6/00	Sete Lagoas	Carreira Machado	127
182.511-6/00	Belo Horizonte	Corrêa de Marins	129
185.856-2/00	Andradas	Bady Curi	131
190.246-9/00	Governador Valadares	Hugo Bengtsson	133
190.633-8/00	Belo Horizonte	Isalino Lisbôa	135
190.709-6/00	Uberaba	Corrêa de Marins	137
197.023-5/00	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	138
200.123-8/00	Andradas	Lucas Sávio Gomes	144
209.818-4/00	Belo Horizonte	Bady Curi	146
211.772-9/00	Ponte Nova	Murilo Pereira	149
213.891-5/00	Uberlândia	Kildare Carvalho	150
218.587-4/00	Abaeté	Antônio Hélio Silva	152
219.949-5/00	Contagem	Antônio Hélio Silva	155

AGRAVO REGIMENTAL

210.977-5/01	Contagem	Almeida Melo	157
222.452-5/01 (no MS nº 222.452-5/00)	Governador Valadares	Kildare Carvalho	160

APELAÇÃO CÍVEL

138.826-3/00	Governador Valadares	Aloysio Nogueira	163
161.812-3/00	Governador Valadares	Isalino Lisbôa	168
167.579-2/00	Belo Horizonte	Pinheiro Lago	169

179.070-8/00	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	174
179.502-0/00	Contagem	Aluízio Quintão	177
179.998-0/00	Carangola	Aloysio Nogueira	180
184.478-6/00	Pedro Leopoldo	Pinheiro Lago	186
185.437-1/00	Poço Fundo	Célio César Paduani	188
185.462-9/00	Andradas	Cláudio Costa	194
185.600-4/00	Belo Horizonte	Pinheiro Lago	197
186.387-7/00	Rio Pardo de Minas	Francisco Figueiredo	201
187.063-3/00	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	209
187.805-7/00	Ipatinga	Hyparco Immesi	211
188.395-8/00	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson	216
189.338-7/00	Divinópolis	Garcia Leão	219
189.396-5/00	João Monlevade	Hyparco Immesi	224
190.146-1/00	Belo Horizonte	Aloysio Nogueira	228
190.236-0/00	Campo Belo	Hugo Bengtsson	231
190.855-7/00	Teófilo Otoni	Abreu Leite	233
192.282-2/00	Ituiutaba	Célio César Paduani	236
192.810-0/00	Vazante	Célio César Paduani	238
192.994-2/00	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	242
193.248-2/00	Belo Horizonte	Cláudio Costa	246
194.028-7/00	Barbacena	Páris Peixoto Pena	248
194.276-2/00	Belo Horizonte	Abreu Leite	251
194.710-0/00	Belo Horizonte	José Antonino Baía Borges	253
195.238-1/00	Belo Horizonte	Carreira Machado	256
195.326-4/00	Monte Carmelo	Campos Oliveira	260
195.758-8/00	Belo Horizonte	Campos Oliveira	265
196.228-1/00	Belo Horizonte	Páris Peixoto Pena	267
196.610-0/00	São Seb. do Paraíso	Orlando Carvalho	275
197.993-9/00	Belo Horizonte	Carreira Machado	278
198.279-2/00	Brasília de Minas	Almeida Melo	281
198.555-5/00	Itajubá	Lucas Sávio Gomes	286
198.651-2/00	Belo Horizonte	Isalino Lisbôa	288
198.691-8/00	Betim	Corrêa de Marins	291
199.288-2/00	Uberaba	Lúcio Urbano	293
199.585-1/00	Tupaciguara	Lúcio Urbano	298
199.805-3/00	Lagoa Santa	Bady Curi	301
200.447-1/00	Ubá	Cláudio Costa	304
201.505-5/00	Montes Claros	José Francisco Bueno	305
201.565-9/00	Alfenas	José Francisco Bueno	308
201.862-0/00	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	310
201.879-4/00	Caratinga	Antônio Hélio Silva	315
202.187-1/00	Paraisópolis	Almeida Melo	316

202.518-7/00	Coromandel	Lucas Sávio Gomes	319
202.908-0/00	Belo Horizonte	Páris Peixoto Pena	322
203.905-5/00	Poços de Caldas	Garcia Leão	328
206.138-0/00	São Lourenço	Garcia Leão	330
207.829-3/00	Belo Horizonte	Lúcio Urbano	331
208.437-4/00	Divinópolis	José Francisco Bueno	334
210.224-2/00	Aiuruoca	Kildare Carvalho	338
211.944-4/00	Betim	Francisco Figueiredo	341
212.367-7/00	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	344
212.943-5/00	Itabirito	Francisco Lopes de Albuquerque	348
213.240-5/00	Belo Horizonte	Francisco Lopes de Albuquerque	352
228.394-3/00	Itambacuri	Francisco Lopes de Albuquerque	358

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

217.549-5/01 (no Agravo 217.549-5/00)	Belo Horizonte	Murilo Pereira	361

EMBARGOS INFRINGENTES

159.967-9/01 (na Ap. Cível 159.967-9/00)	Belo Horizonte	Murilo Pereira	364

MANDADO DE SEGURANÇA

194.129-3/00	Santa Luzia	Abreu Leite	366
195.382-7/00	Ituiutaba	Campos Oliveira	370

3.2 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

162.575-5/00	Belo Horizonte	Guido de Andrade	372
188.874-2/00	Sete Lagoas	Herculano Rodrigues	374
189.472-4/00	Betim	Kelsen Carneiro	378
191.320-1/00	Lambari	Odilon Ferreira	381
192.002-4/00	Unaí	Mercêdo Moreira	385
192.453-9/00	Cataguases	Roney Oliveira	392
194.300-0/00	Aimorés	Luiz Carlos Biasutti	396
195.042-7/00	Caratinga	Roney Oliveira	403
195.866-9/00	Alfenas	Odilon Ferreira	405
196.164-8/00	Belo Horizonte	Gomes Lima	409
196.445-1/00	Divino	Guido de Andrade	412
197.691-9/00	Manhuaçu	Sérgio Resende	414
199.079-5/00	Monte Sião	Odilon Ferreira	420
199.208-0/00	Araguari	Mercêdo Moreira	424

202.411-5/00	Cataguases	Guido de Andrade	432
204.398-2/00	Belo Horizonte	Herculano Rodrigues	436
205.654-7/00	Contagem	Luiz Carlos Biasutti	439
207.447-4/00	Resplendor	Sérgio Resende	444
207.598-4/00	Ouro Branco	Edelberto Santiago	446
207.760-0/00	Botelhos	Sérgio Resende	449
210.981-7/00	Teófilo Otoni	Reynaldo Ximenes Carneiro	453
212.201-8/00	Leopoldina	Zulman Galdino	456
217.295-5/00	Candeias	Reynaldo Ximenes Carneiro	458

EMBARGOS INFRINGENTES

177.637-6/01	Uberlândia	Roney Oliveira	461

HABEAS CORPUS

211.300-9/00	Lavras	Herculano Rodrigues	466
213.707-3/00	Belo Horizonte	Gomes Lima	468
222.902-9/00	Mantena	Reynaldo Ximenes Carneiro	473
225.981-0/00	Alfenas	Luiz Carlos Biasutti	475
226.412-5/00	Varginha	Gudesteu Biber	477
227.381-1/00	Ribeirão das Neves	Gudesteu Biber	479
229.499-9/00	Buenópolis	Zulman Galdino	482
230.744-5/00	Araxá	Gudesteu Biber	483
231.557-0/00	Pompéu	Zulman Galdino	487
232.450-7/00	Pará de Minas	José Antonino Baía Borges	489
232.773-2/00	São João Evangelista	Márcia Milanez	491
233.088-4/00	Belo Horizonte	Mercêdo Moreira	495
235.440-5/00	Contagem	Márcia Milanez	497

RECURSO DE AGRAVO

184.126-1/00	Itaúna	Kelsen Carneiro	501
197.434-4/00	Teófilo Otoni	Gomes Lima	509
215.542-2/00	Abaeté	Edelberto Santiago	511
217.668-3/00	Belo Horizonte	José Antonino Baía Borges	513
231.874-9/00	Belo Horizonte	Márcia Milanez	518

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

193.341-5/00	Bocaiúva	Kelsen Carneiro	522
221.513-5/00	Araçuaí	Edelberto Santiago	524

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPÉCIE E Nº	RELATOR: MINISTRO	PÁG.
HABEAS CORPUS		
12.137-MG	Jorge Scartezzini	527
15.063-MG	José Arnaldo da Fonseca	530
15.755-MG	Fernando Gonçalves	537
RECURSO ESPECIAL		
122.782-MG	Milton Luiz Pereira	541
125.317-MG	Milton Luiz Pereira	544
131.774-MG	Francisco Peçanha Martins	548
173.748-MG	Francisco Peçanha Martins	552
212.940-MG	Felix Fischer	556
RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*		
9.966-MG	Jorge Scartezzini	562
10.992-MG	Gilson Dipp	565
RECURSO ORDINÁRIO EM MS		
9.646-MG	Jorge Scartezzini	569
12.342-MG	Jorge Scartezzini	573

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ESPÉCIE E Nº	RELATOR: MINISTRO	PÁG.
AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO		
297.217/8-MG	Sydney Sanches	579
AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO		
285.820/0-MG	Maurício Corrêa	581
HABEAS CORPUS		
72.049/8-MG	Marco Aurélio	583
75.352/3-CE	Carlos Velloso	598
76.062/7-SP	Nelson Jobim	613
76.246/1-MG	Carlos Velloso	625

80.026/2-RS	Moreira Alves	637
80.566/3-GO	Sepúlveda Pertence	648
RECURSO EXTRAORDINÁRIO		
179.852/1-MG	Marco Aurélio	659
195.927/4-MG	Moreira Alves	663
220.322/7-MG	Marco Aurélio	668
286.385/8-MG	Moreira Alves	674

LEGISLAÇÃO

DA UNIÃO

Decreto nº 3.834, de 5 de junho de 2001 681
Lei nº 10.215, de 6 de abril de 2001 682
Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001 682
Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001 685
Lei nº 10.222, de 9 de maio de 2001 686
Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001 686
Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001 687

DO ESTADO

Decreto nº 41.646, de 02 de maio de 2001 690
Decreto nº 41.688, de 30 de maio de 2001 691

Do Tribunal de Justiça

Aviso Conjunto nº 001/2001, de 30 de março de 2001 692
Portaria nº 071/GACOR/2001, de 23 de maio de 2001 (Corregedoria) 693
Portaria Conjunta nº 011/2001, de 04 de junho de 2001 695
Provimento nº 54/2001, de 25 de maio de 2001 (Corregedoria) 699

-:::-

Índice Alfabético e Remissivo

- A -

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, III, ampliou o campo de atuação do Ministério Público, suprindo limitação imposta pelo art. 1° da Lei n° 7.347/85, atribuindo ao *Parquet* legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa do patrimônio público.

- A aprovação das contas do Executivo pelo Legislativo não possui o condão de afastar a investigação da questão pelo Ministério Público, e sequer de excluir do Judiciário a apreciação sobre a matéria, sob pena de ofensa à garantia de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5°, XXXV, da CF).

- Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face de agente político, visando à apuração de irregularidades havidas durante sua administração e a conseqüente reparação de eventuais danos causados ao erário, é obrigatória a citação da pessoa jurídica de direito público interno, como litisconsorte necessário, para que se manifeste nos termos legais. A ausência de citação dessa pessoa jurídica ocasiona a nulidade do processo, a partir do momento em que ela deveria ser citada, ressalvados os atos aproveitáveis. - Ministério Público - Ressarcimento de danos ao erário - Litisconsorte necessário **188**

- A existência de termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ibama e garimpeiros para a recuperação de área ambiental degradada não alcança o objeto de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público a este fim, caso não haja o cumprimento de tal termo.

- A competência ao processamento da ação civil pública é a do local do dano, nos termos do art. 2° da Lei n° 7.347/85, a qual não pode ser derrogada pela vontade das partes, principalmente quando não se trata de execução do termo de conduta. - Meio ambiente - Poder Público **319**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - São inconstitucionais os artigos 27, XVII; 28, VII, *b*, e XIII; 67, §§ 2° e 5°; 74, XII; e 87, XLII, todos da Lei Orgânica do Município de Bom Repouso, por violarem os artigos 6°, 74, 76, 165, § 1°, 169, 170, parágrafo único, 172, 173, *caput*, e 180, *caput*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que o legislador municipal, ao estabelecer tais dispositivos, ultrapassou os limites de sua competência,

quer ditando regras para prática de atos típicos da Administração Municipal, quer criando procedimentos incompatíveis com os preceitos constitucionais citados.

- A fiscalização da Câmara Municipal sobre contas do prefeito é exercida após parecer prévio do Tribunal de Contas, consoante prescrição inserta no art. 180 da Constituição Estadual. São inconstitucionais as disposições contidas em Lei Orgânica do Município que exigem contas mensais do prefeito, bem como as que permitem a aprovação ou rejeição destas contas por mero decurso de prazo, de acordo com a conclusão do parecer do Tribunal de Contas do Estado, haja vista que as contas, por força de preceito da Lei Maior, a tempo e modo, devem ser efetivamente julgadas pela Câmara Municipal.

- É inconstitucional o dispositivo de Lei Orgânica do Município que atribui à Câmara Municipal competência para aprovar convênios, acordo, ou qualquer outro instrumento celebrado pelo Município, pois invade competência privativa do Poder Executivo, que possui autonomia para determinar a conveniência, a forma e a oportunidade de realização de suas atividades afins. A Lei Orgânica Municipal deve observar os princípios norteadores estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, sendo que os Poderes devem manter-se independentes e harmônicos entre si (arts. 172 e 173 da Constituição do Estado de Minas Gerais)..... **57**

AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - Improcede a preliminar de cerceamento de defesa, por julgamento antecipado da lide, em ação discriminatória, se o autor admitiu esta providência, desde que o julgamento não abrangesse o usucapião, tendo a sentença se limitado à ação discriminatória, restando pendente o usucapião, o qual teve seu curso suspenso, ficando o Estado (autor) ciente de tal fato, restando, ainda, asseguradas à parte todas as garantias do processo, especialmente o exercício da defesa e do contraditório.

- Em ação discriminatória, ao Estado cumpre provar a afirmação de que as terras são devolutas, uma vez que a falta de transcrição do imóvel no registro não gera presunção *juris tantum* de que toda área que não seja particular é pública. - Terras devolutas - Usucapião - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa **281**

AÇÃO RESCISÓRIA - A violação de literal disposição de lei resta caracterizada quando o acórdão rescindendo, podendo levar em consideração determinados comandos normativos mencionados na contestação e no recurso apelatório, não os considera por omissão e impõe o dever de indenizar a contratação temporária legal de servidor público. Constatada a legalidade das contratações, não deve subsistir o dever de indenizar o erário municipal **77**

- Rejeita-se a preliminar argüida de extinção do processo, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC, sob o fundamento de que o autor da ação rescisória, interposta com base no art. 485, VII, do CPC, não tem interesse processual e, portanto, carecedor da ação, porque o acórdão rescindendo se baseou em dispositivo inconstitucional, donde não teria fundamento jurídico, e que a rescisão do acórdão não teria qualquer efeito prático. Tal argumento não procede, sendo cabível a rescisória, uma vez que não incidente a Súmula nº 343 do STF, e a declaração de inconstitucionalidade ocorreu em ação direta, caso em que possível a mesma sob o intento de desconstituir o julgado que se guiou por norma legal posteriormente declarada inconstitucional, mesmo em parte, especialmente quando a declaração de inconstitucionalidade não fora bussolada pela via do controle difuso. Outrossim, os efeitos declaratórios de um *decisum* de inconstitucionalidade nada nulificam. Fosse o caso de sucessivas declarações de inconstitucionalidade, ter-se-ia como pensar em efeito *ex tunc* e sob eficácia *erga omnes*, porém, e na espécie, não se cuida de tal.

- A posterior declaração de inconstitucionalidade em parte do dispositivo legal que amparava o direito da parte, no acórdão rescindendo, não constitui documento novo, nos moldes do art. 485, VII, do CPC, a fundamentar a ação rescisória. Documento novo para tal fim é o que já existe ao tempo em que proferida a decisão, alvo de rescisão, e do qual a parte não se utilizou por motivo estranho à sua vontade e capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável. A novidade do documento não diz respeito à sua constituição, e sim à época de sua produção e como prova, em face do processo.

- Os predicamentos da coisa julgada são sempre os mesmos, uma vez que protegidos pela Constituição Federal, ainda porque, e por esta, elevados à categoria de direito fundamental. A coisa julgada e a conseqüente segurança da relação jurídica não são de natureza diversa, ante o fato de ter o julgamento se apoiado em lei que mais tarde veio a ser considerada inconstitucional em parte. A intangibilidade da *res judicata* é sempre a mesma e afasta, daí, a possibilidade de rediscussão do tema decidido, quer tenha o acórdão atingido ou não nível de discussão de matéria constitucional..... **83**

- É de se julgar improcedente ação rescisória que visa desconstituir decisão proferida em ação de investigação de paternidade cujo fundamento é a existência de documento novo (art. 485, VII, CPC) consistente no resultado de exame de DNA realizado extrajudicialmente após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, porquanto documento novo é aquele existente à época do julgamento da causa, sendo certo que o adjetivo "novo" expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se.

- As alegações do autor suscitadas nas razões finais concernentes a dolo da parte vencedora, violação a literal disposição de lei, prova falsa e erro de fato constituem inovação na causa de pedir, o que é vedado expressamente consoante prescrição inserta no art. 264 do diploma processual civil..... **92**

ACORDO - V. **Falência** **248**

ADOÇÃO - V. **Pátrio poder** **233**

ADVOGADO - V. **Patrocínio simultâneo ou tergiversação** **522**

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Não tendo o agravante anexado aos autos a cópia do contrato objeto do litígio, peça que, embora não obrigatória, é necessária para a análise da pretensão posta no agravo, imprescindível, portanto, para o deslinde da questão pelo órgão revisor, dá-se pelo não-conhecimento do recurso..... **150**

- V. **Mandado de segurança** **366**

- V. **Decisão interlocutória** **370**

AGRAVO RETIDO - V. **União estável** 334

AIDS - V. **Saúde** 95

ALIMENTOS - Constitui mera irregularidade postular a mãe, em seu nome próprio, ação de alimentos ou sua execução, visando a satisfazer os interesses dos filhos menores.

- Inexistindo provas acerca da alegada novação ou mesmo da compensação supostamente celebrada entre o casal e, ainda que tais normalidades de extinção da obrigação tivessem sido celebradas, não seriam válidas na espécie, uma vez que a natureza do crédito alimentar não o permite.

- Qualquer alteração no acordo celebrado em juízo entre as partes sobre a pensão alimentícia dos filhos menores deve ser submetida ao Judiciário, não sendo possível sua modificação ao talante daquelas. - Novação - Carência de ação - Compensação - Prova testemunhal - Audiência 301

- V. **União estável** 334

ALIMENTOS PROVISIONAIS - Sendo o alimentante vendedor comissionado e não trazendo elementos suficientes à formação de um convencimento maior e mais exato quanto aos seus ganhos, os alimentos provisórios arbitrados não devem ser modificados. 133

ANOTAÇÕES SOBRE O EXAME DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO - Des. José Tarcízio de Almeida Melo 13

ANTÔNIO PEDRO BRAGA, Des. - Comarca de Além Paraíba - Memória do Judiciário Mineiro 7

APELAÇÃO - V. **Registro de imóveis** 322

APELAÇÃO CRIMINAL - V. **Qualificadora** 461

APREENSÃO DE BEM - V. **Depositário** 315

ARROLAMENTO - A teor do art. 1.034 do CPC, no arrolamento não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. Assim sendo, não pode o juiz cuidar da questão referente à incidência ou não do ITCD sobre os bens nominados de terceiro, ainda mais por se tratar de questão de alta indagação a ser resolvida em procedimento próprio.

- É vedada em sede de arrolamento a discussão acerca da incidência tributária sobre os bens a serem inventariados. 131

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - O benefício da assistência judiciária é um direito somente concedido àqueles que dele realmente necessitem. O simples fato de o interesse de alguém ser patrocinado pela Defensoria Pública não vincula o juiz nem leva ao entendimento de que por isso o estado de pobreza do favorecido já esteja de pronto comprovado. Por isso, aos olhos da norma legal, presume-se pobre, até prova em contrário, somente quem afirmar essa condição nos termos da lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. - Processo penal - Custas processuais 518

ATENUANTE - V. **Menoridade** 377

ATIVIDADE ILÍCITA - V. **Responsabilidade civil do município** 194

AUDIÊNCIA - V. **Novação** 301

AUTARQUIA - A Lei nº 7.918/99 não extinguiu o vínculo dos pensionistas com a autarquia previdenciária do Município de Belo Horizonte. O município apenas passou a assumir o ônus do pagamento dos benefícios.

- Sendo a autarquia um ente autônomo, nada impede que ela figure no pólo passivo das ações dos pensionistas a ela vinculados, mesmo porque cabe a ela o processamento, a confecção e a expedição de contracheques referentes a pensão e aposentadoria. - Pensão - Legitimidade passiva 253

AUTARQUIA ESTADUAL - Dispondo as autarquias de patrimônio próprio, e possuindo a autarquia estadual autonomia administrativa e financeira, responde ela individualmente pelo cumprimento de suas obrigações, sendo o Estado parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação. - Ilegitimidade passiva 265

AUTORIDADE COATORA - V. **Litisconsorte passivo necessário** (STJ) 573

AVISO CONJUNTO DA PRESIDÊNCIA DO TJMG E DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA - Nº 001, de 2001 692

- B -

BANCO - V. **Competência** 219

BENS RESERVADOS - V. **Separação judicial** 224

BIS IN IDEM - V. **Furto qualificado** 116

- C -

CARÊNCIA DA AÇÃO - O fato de conter a inicial equívoco quanto à correta qualificação das partes litigantes não é motivo suficiente para que seja declarada a carência da ação, desde que tenha sido possível a sua precisa identificação e regular citação, dada a ausência de prejuízo. - Alimentos - Novação - Compensação - Prova testemunhal - Audiência 301

CARLOS WEBER AD-VINCULA VEADO, Dr. - Preciosidades forenses - Memória do Judiciário Mineiro 11

CARTA-CONVITE - A omissão do limite orçamentário, na carta-convite, não é motivo para obrigar a Administração a contratar o licitante que ofereceu menor preço, mas superior àquele limite. - Licitação 348

CARTA PRECATÓRIA - V. **Júri** 377

CASA PRÓPRIA - Válida é a cláusula contratual prevendo o reajustamento das prestações da casa própria calculadas sobre o saldo devedor corrigido no dia do pagamento da parcela amortizadora, estando o mutuário obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade (art. 1.256 do Código Civil), sujeitando-se as partes às condições pactuadas, consoante o princípio universal do *pacta sunt servanda*. - Operações financeiras - Seguro habitacional 344

CASAMENTO - Provado através de perícia médica e depoimento pessoal que o marido não é inserido no quadro da

normalidade, ante o relacionamento homem e mulher, no campo sexual, constatando-se a "falta de libido" do varão em relação à virago, quadro este em que não se conhece facilidade de solução clínica, ficando demonstrado, ademais, que tal fato não era do conhecimento da mulher, antes do matrimônio, é de se anular o casamento, por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. 168

CERCEAMENTO DE DEFESA - Se o documento foi juntado com a réplica apresentada pelo autor, e, posteriormente a esta juntada, as partes tiveram vista dos autos, tendo o recorrente, na oportunidade de produção de provas, requerido a prova testemunhal, que foi deferida, sendo as testemunhas ouvidas na audiência realizada e, ainda, sendo dada às partes nova vista dos autos, para elaboração de memoriais, não se vislumbra na espécie qualquer cerceamento de defesa, a ensejar a nulidade da sentença, pela alegada ausência de vista sobre dito documento. - Documento - Preclusão - Posse de má-fé - Decisão 180

- V. **Ação discriminatória** 281

- V. **Defesa** (STF) 613

CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - A presunção de certeza e liquidez de que goza a dívida ativa regularmente inscrita é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite, a teor do art. 3º e seu parágrafo único da Lei nº 6.830/80. - Taxa Selic - Multa de revalidação - Denúncia espontânea - Embargos do devedor 216

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL - V. **Penhora** 177

CIRURGIA PELO SUS - V. **Mandado de segurança** 288

CITAÇÃO - V. ***Habeas corpus*** 468

CO-AUTORIA - V. **Tóxico** 392

CÓDIGO CIVIL
- Art. 188 330
- Art. 214 308
- Art. 246 224
- Art. 263, XII 224
- Art. 395, II 233
- Art. 454 286
- Art. 513 180
- Art. 703 296
- Art. 1.136, parágrafo único 201
- Art. 1.139 338
- Art. 1.256 344

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
- Art. 138 544
- Art. 245 ..... 180/544
- Art. 264 92
- Art. 267 502
- Art. 267, VI 83/201
- Art. 333, I 238
- Art. 462 177
- Art. 485, VII 83/92
- Art. 499 366
- Art. 513 502
- Art. 515 e §§ 322
- Art. 522 370
- Art. 535 548
- Art. 535, II 544
- Art. 639 293
- Art. 659, § 4º 322
- Art. 740, parágrafo único 301
- Arts. 861 a 866 105
- Art. 991, VII 473
- Art. 1.034 131

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
- Art. 156 424
- Art. 159 625
- Art. 312 ..... 497/565
- Art. 384, parágrafo único 409

- Art. 386, VI 96
- Art. 475 436
- Art. 499 366
- Arts. 513 e seguintes 482
- Art. 571, VIII 414
- Art. 621, I 105
- Art. 621, I, parte final 96
- Art. 621, III 113/123
- Art. 623 123

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
- Art. 7º, III 138
- Art. 24 138
- Art. 309 449

CÓDIGO PENAL
- Art. 14, parágrafo único 113
- Art. 29 530
- Art. 32, III 501
- Art. 44, I 439
- Art. 51 501
- Art. 59 396
- Art. 61, II, *b* 396
- Art. 68 396
- Art. 70 ..... 396/412
- Art. 71 385
- Art. 81, § 2º 381
- Art. 121, § 2º, IV 385
- Art. 122 583
- Art. 213 ..... 444/625
- Art. 214 109
- Art. 224, *a* 444/625
- Art. 226, I 109
- Art. 226, II 109
- Art. 288 412
- Art. 304 ..... 396/449
- Art. 312 396
- Art. 317 446
- Art. 327, § 1º 556
- Art. 329, § 1º 424
- Art. 342, § 1º 458
- Art. 355, parágrafo único 522

CÓDIGO PENAL MILITAR
- Art. 207, § 2º 583

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
- Art. 133 146
- Art. 138, parágrafo único 216
- Art. 173 352

COMARCA DE ALÉM PARAÍBA - Memória do Judiciário Mineiro - Des. Antônio Pedro Braga 7

COMPENSAÇÃO - V. **Alimentos** 301

COMPETÊNCIA - A competência para regular normas de segurança de agências bancárias é exclusivamente da União Federal, não cabendo ao município legislar sobre essa matéria.

- V.v.: - Não há falar-se em inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.343/98, do Município de Divinópolis, que dispõe sobre a obrigatoriedade da instalação de portas de segurança nas agências bancárias, no âmbito daquele município, eis que incide, na espécie, a competência suplementar do município prevista no art. 24, § 2º, e art. 30, II, da CF, pelo princípio da simetria. - Banco 219

- V. **Prefeito** (STF) 637

COMPETÊNCIA CRIMINAL - Se o juiz reconhecer sua incompetência, durante o processo, poderá dela declinar e, no juízo competente, os atos probatórios serão ratificados. Somente os atos decisórios serão refeitos, não sendo, assim, considerado o recebimento da denúncia. 466

COMPETÊNCIA RECURSAL - Se o Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais - BDMG, entidade oficial, não mais figura como parte interessada no recurso e tampouco na causa, uma vez que houve execução de honorários advocatícios prosseguida nos autos do processo principal, através da qual o advogado está cobrando da outra parte os honorários advocatícios, em

caráter particular, como simples pessoa física, a competência para julgar o agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmite nomeação de bens à penhora é do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, por não se tratar de circunstância que importa em aplicação do disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais. **62**

- É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência para julgar recurso interposto contra sentença extintiva de processo, em ação anulatória de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, com pedido cumulativo de cancelamento da respectiva averbação no Registro Público, eis que o objetivo principal da ação é a desconstituição de negócio jurídico, colocando-se o cancelamento da averbação do contrato no Registro Público apenas como possível resultado do sucesso da causa. Não se trata, portanto, de hipótese da aplicabilidade da norma contida no art. 106, II, *d*, da Constituição Estadual..... **64**

- É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência para julgar recurso interposto em ação que teve tramitação e desfecho em vara cível, envolvendo interesse de acionistas de empresa comercial, cujo processo falimentar foi declarado encerrado. Se a demanda não encerra discussão sobre matéria falimentar, mas simples controvérsia sobre direitos de propriedade dos acionistas da ex-falida, inaplicável é a regra do art. 106, II, *e*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, que prevê a competência do Tribunal de Justiça para julgar, em grau de recurso, "*causa relativa a falência e concordata*".

- Encerrado o processo de falência (art. 132 do Dec.-lei nº 7.661/45), não mais prevalece a regra da universalidade do juízo falimentar. **66**

- É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência para julgar agravo de instrumento interposto contra decisão indeferitória de substituição de penhora em execução de entrega de coisa certa, por título executivo judicial extraído de ação de prestação de contas, por não se enquadrar a matéria na previsão do art. 106, II, *c*, da Constituição Estadual, uma vez que diz respeito tão-somente a prestação de contas, sem qualquer vínculo com o tema sucessório. **69**

- Em se tratando de ação ajuizada pelo herdeiro, na condição de condômino, a fim de concretizar o direito de preferência previsto no art. 1.139 do Código Civil, a competência para conhecer, processar e julgar apelação aviada contra a sentença exarada em seu bojo é do Tribunal de Alçada, a teor do art. 108, II, da Constituição Estadual. - Direito de preferência - Condômino **338**

COMUTAÇÃO DA PENA - V. **Pena**

CONCORDATA PREVENTIVA - Desnecessária a intimação do comissário para se manifestar e defender os interesses dos credores, em concordata preventiva, uma vez que o comissário não possui poderes de representação dos credores, nem do devedor, resumindo-se sua função em auxiliar o juiz, fiscalizando apenas durante o processo a atividade e o comportamento do concordatário.

- Só o fato de a pessoa estar em concordata preventiva é um sinal evidente de que é devedor em mora e insolvente, sendo desnecessária a inclusão do nome do concordatário nos órgãos de proteção ao crédito, com a finalidade de advertir seus parceiros de negócios, pois tal atitude dificultaria o regular funcionamento da empresa e o cumprimento das obrigações assumidas..... **155**

CONCUBINATO IMPURO - V. **União estável** **334**

CONCURSO DE AGENTES - V. **Pena** **109**

- V. **Tóxico** **372**

CONCURSO DE INFRAÇÕES - V. **Uso de documento falso e falta de habilitação para dirigir** **449**

CONCURSO FORMAL - Havendo mais de uma ação com desígnios distintos, não há que se falar em concurso formal de delitos. - Qualificadora - Homicídio privilegiado-qualificado - Concurso material - Crime hediondo - Homicídio qualificado-privilegiado **385**

- Pela própria exegese do art. 70 do CP, reconhecido o concurso formal de crimes, não se exige a fixação penal para cada crime concorrente, competindo ao juiz sentenciante estabelecer a pena fulcrado exclusivamente no delito punido com a pena mais grave, sendo que a individualização da pena se opera sobre a mais grave das penas cabíveis.

- Em caso de possível prescrição, tratando-se de crime formal, não se leva em conta apenas o acréscimo decorrente do concurso formal. - Concurso material - Peculato - Pena - Prescrição **396**

- Perpetrados dois crimes de roubo através de uma só conduta delitiva, embora com dois resultados puníveis, é de se aplicar ao agente a regra preconizada no art. 70 do CP (concurso formal). - Pena pecuniária - Quadrilha ou bando **412**

CONCURSO MATERIAL - Sendo as mesmas as condições de tempo, lugar e maneira de execução, prevalece a regra contida no art. 71 do CP, restando afastado o concurso material pretendido pela acusação. - Qualificadora - Homicídio privilegiado-qualificado - Concurso formal - Crime hediondo - Homicídio qualificado-privilegiado **385**

- Ocorrendo condutas distintas, impõe-se a regra do concurso material. Presentes os elementos do concurso material, aplicam-se cumulativamente as penas cominadas a cada infração penal. - Peculato - Pena - Concurso formal - Prescrição **396**

CONCURSO PÚBLICO - A aprovação em concurso público não gera para o candidato direito adquirido à nomeação, mas tão-somente mera expectativa de direito, competindo à Administração Pública decidir acerca da conveniência e oportunidade em prover os cargos existentes para os quais foram aprovados, o que encontra guarida no âmbito do poder discricionário da Administração. Entretanto, se a Administração escolhe o momento oportuno para o preenchimento das vagas contidas no edital do concurso, o que pode ocorrer quando ela celebra contratos temporários para o exercício das funções inerentes a tais cargos, impõe-se, então, a nomeação dos candidatos habilitados e classificados dentro do limite de vagas, com rigorosa observância da ordem de classificação.

- V.v.: - Não há que se falar em preterição do direito dos impetrantes à nomeação ante o fato da contratação de servidores e dos próprios impetrantes para desem-

penhar as mesmas atividades relativas aos cargos levados a concurso público. A Administração Pública não está obrigada a efetuar nomeações de concursados, ainda que haja suficiente número de vagas, pois que validamente pode optar pelo provimento dos cargos postos em certame público através de regulares contratações temporárias. 71

- Nos casos em que os pretendentes a ocupar cargos públicos aceitam as regras editalícias, não há como, posteriormente, contra elas se insurgirem.

- Se o exame psicotécnico é previsto em lei e é utilizado para fins de ingresso em concurso público, não há que se falar na presença de subjetividade na sua realização.

- V.v.: - A realização de exame psicotécnico deve-se submeter a critérios objetivos que permitam ao candidato conhecer o resultado do exame e dele recorrer, vedada qualquer forma subjetiva, sigilosa, inclusive entrevistas individuais. Critérios subjetivos estabelecidos em edital são incompatíveis com a nova ordem constitucional, devendo prevalecer nos concursos públicos, outrossim, o princípio da igualdade entre os candidatos. - Exame psicotécnico 364

CONDÔMINO - V. **Competência recursal** 338

CONFISSÃO ESPONTÂNEA - Havendo retratação da confissão anteriormente feita, não incide a atenuante da confissão espontânea. - Júri - Menoridade - Retratação - Atenuante - Delação premiada - Preclusão - Nulidade - Carta precatória - Intimação criminal 377

- V. **Pena** 424

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL
- Art. 6º 57
- Art. 74 57
- Art. 76 57
- Art. 106, II, *a* 62
- Art. 106, II, *c* 69/338
- Art. 106, II, *d* 64
- Art. 106, II, *e* 66
- Art. 108, II 338
- Art. 165, § 1º 57
- Art. 169 57
- Art. 170, parágrafo único 57
- Art. 172 57
- Art. 173, *caput* 57
- Art. 180, *caput* 57
- Art. 272 163

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- Art. 5º, II 366
- Art. 5º, X 366
- Art. 5º, XII 366
- Art. 5º, XIII 663
- Art. 5º, XXIII 144
- Art. 5º, XXXV 188
- Art. 5º, XLVI 374
- Art. 24, § 2º 219
- Art. 29, X 637
- Art. 30, II 219
- Art. 30, III 138
- Art. 30, V 138
- Art. 37, XI 197
- Art. 39, § 2º 186
- Art. 39, § 8º, VIII 186
- Art. 40, § 4º 253
- Art. 40, § 5º 197/253
- Art. 46, VIII 513
- Art. 84, XII 513
- Art. 102, III, *a* 579
- Art. 106, II, *c* 338
- Art. 108, II 338
- Art. 129, III 188
- Art. 145, § 1º, I 674
- Art. 146, III, *a* 674
- Art. 150, § 6º (redação da EC nº 3, de 1993) 674
- Art. 150, II 674
- Art. 151, III 674

- Art. 153, § 2º 177
- Art. 155, § 2º, *a* 174
- Art. 155, § 2º, I 157/256
- Art. 155, II 174
- Art. 155, § 2º, XI 242
- Art. 195, § 5º 197/253
- Art. 196 288
- Art. 212 541
- Art. 225 319
- Art. 226, § 3º 334

ADCT
- Art. 34 674

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1969
- Art. 23, II 256

CONSTRANGIMENTO ILEGAL - V. **Falso testemunho** 487

CONSULTA - A consulta formulada pelo contribuinte ao órgão competente para dirimir dúvidas sobre a aplicação da legislação tributária, em relação a fato concreto, somente inibe a instauração de qualquer procedimento fiscal, nos termos da lei, se protocolizada dentro do prazo para o cumprimento da respectiva obrigação. Esgotado este prazo, a consulta já não pode ter o condão de impedir a ação do Fisco, pouco importando que, podendo ter sido declarada ineficaz (art. 22, I, *d*, do Decreto nº 23.780/84), não o fora, principalmente quando formulada por entidade representativa de classe, o que lhe confere um grau de grande impessoalidade. - Transporte intermunicipal de passageiros - Legislação tributária - ICMS - Isenção fiscal 267

CONTESTAÇÃO - Contestar é direito facultativo do réu, embora da sua inércia sobrevivam as seqüelas da revelia, como é de preceito. Isso quer dizer que, para o desenvolvimento do processo e para a edição da sentença, a contestação não é imprescindível, evidentemente, restando ao juiz avaliar exatamente a atendibilidade das referidas seqüelas. - Revelia - Reconvenção - Quesitos suplementares - Laudo pericial - Servidão - Servidão de passagem 296

CONTRATO ADMINISTRATIVO - V. **Crimes previstos na Lei nº 8.666/93** 482

CONVÊNIO ICM
- Nº 24, de 1989 267

CORRUPÇÃO PASSIVA - O crime de corrupção passiva previsto no art. 317 do CP é formal e funcional, bastando para a sua configuração a simples solicitação da vantagem indevida, sendo indiferente o seu recebimento e, por conseguinte, desnecessária a existência de corrupção ativa, ou seja, que aquele a quem foi solicitada a vantagem aquiesceu e a entregou.

- O oficial de justiça que exige da parte importância em dinheiro, como cobrança de diligências realizadas, bem como lhe cobra, diretamente, valores relativos a reembolso de verbas indenizatórias, comete o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal. - Oficial de justiça - *Sursis* 446

CRÉDITO FISCAL - A liminar não pode ser concedida quando se tratar de compensação de crédito tributário, que compreende o aproveitamento necessário a evitar a cumulatividade, a teor das disposições contidas no art. 155, § 2º, I; na Súmula nº 212 do STJ; no art. 5º, § 1º, da Lei nº 8.437, de 30.06.92; e na Medida Provisória nº 2.102-27, de 29.01.01. - Liminar 157

- V. **ICMS** 256

CRIME CONTINUADO - Não se considera como continuidade delitiva a prática de delitos num lapso de tempo superior a 30 (trinta) dias. Se o agente faz do crime uma opção de vida, não estando presente o fator temporal a favorecer o desencadeamento da ação criminosa, sendo que a continuidade, sucessão circunstancial de crimes, não pode ser confundida com a habitualidade criminosa, sucessão planejada, indiciária do *modus vivendi* do agente, que reclama não tratamento amenizado, mas reprimenda mais severa, a hipótese é de aplicação da somatória das penas, e não da unificação. - Pena **511**

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - Perfeitamente caracterizada a conduta descrita no artigo 1°, item V, da Lei n° 8.137/90, uma vez que, a par do prejuízo causado ao Fisco com a supressão do ICMS em uma das transações comerciais, a tutela jurídica se prende à lisura da documentação fiscal, resguardando-a de defeitos de forma e conteúdo fraudados pelo apelante, na sua condição de comerciante/contribuinte, em operação ardilosamente engendrada, utilizando, nas notas fiscais, a denominação de outras empresas, suas clientes, e não da empresa de sua propriedade, e deixando de fornecer essa documentação em seu nome quando da revenda a terceiros. - Sonegação fiscal - Denúncia - Defesa - Pena . **439**

CRIME HEDIONDO - V. **Homicídio qualificado-privilegiado** **385**

- V. **Estupro** **509**

- V. **Pena** **513**

- 1. Se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença de que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação que seja o integralmente, assim deverá ser entendido, em obediência ao comando do art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90, sendo, pois, descabida a progressão.

- 2. *Habeas corpus* denegado. (STJ) **537**

CRIME IMPOSSÍVEL - Não há que se falar em crime impossível, consistente na absoluta impropriedade dos meios para a obtenção de vantagem ilícita prevista no delito de estelionato, se o apelante só não conseguiu o fim almejado por circunstâncias alheias à sua vontade. - Estelionato - Falsificação de documento público - Pena - Prestação pecuniária **456**

CRIMES PREVISTOS NA LEI N° 8.666/93 - Havendo procedimento próprio para os crimes previstos na Lei n° 8.666/93, deve ser o mesmo adotado em razão do princípio da especialidade, uma vez que o CPP somente tem aplicação subsidiária. - *Habeas corpus* - Procedimento **482**

- V. **Licitações e contratos administrativos** (STF) **648**

CURATELA - A condição de sobrinha da interditada não acarreta à parte a precedência para ser designada como sua curadora, em face de não se adequar às hipóteses do art. 454 do Código Civil; por isso, facultado estará ao magistrado designar quem considerar melhor habilitado a ser curador, tendo em vista o interesse da curatelada.

- Comprovado no feito que terceiro reúne melhores condições ao exercício da curatela do que os familiares da interditada, haverá de prevalecer a decisão que o designou ao *munus* respectivo. **286**

CUSTAS PROCESSUAIS - O condenado juridicamente miserável não fica imune ao pagamento das custas processuais, mas, apenas, beneficiado pela condição e prazo estabelecidos no artigo 12 da Lei n° 1.060/50, a teor da Súmula 58 do TJMG. - Processo Penal - Assistência judiciária **518**

- D -

DANO MORAL - V. **Preclusão** **194**

DÉBITO TRIBUTÁRIO - A empresa contribuinte não pode ser compelida ao pagamento de débito tributário, por um *modus procedendi* que fere seu direito líquido e certo de exercer a atividade comercial. A restrição imposta à impressão de documentos fiscais (art. 159 do Decreto n° 38.104, de 06.09.96 - RICMS) se mostra como evidente e indireta limitação das atividades profissionais, que não pode prevalecer diante da garantia constitucional das atividades econômicas da iniciativa privada (art. 153, § 2°, da CR), posto que a inadimplência tributária tem no processo de execução fiscal um meio idôneo e bastante para conseguir o pagamento do débito. - Penhora - Mandado de segurança - Nota fiscal - Certidão negativa de débito fiscal **177**

DECISÃO - Se a lide foi julgada por inteiro, dentro dos limites em que foi proposta, não deixando o julgador de fornecer os motivos do seu convencimento, ainda que de forma resumida, não há que se falar em nulidade da decisão, pois nula é a decisão desmotivada, nada impedindo que ela seja concisa. - Decisão *citra petita* e *ultra/extra petita* - Defensor dativo **163**

- A nulidade da decisão decorre da falta ou inexistência de fundamentação, o mesmo não ocorrendo quando ela for concisa. - Posse de má-fé - Documento - Cerceamento de defesa - Preclusão **180**

DECISÃO *CITRA PETITA* E *ULTRA/EXTRA PETITA* - Não ocorre decisão *citra petita*, *ultra/extra petita* ou qualquer outro vício, quando a sentença, fiel ao princípio *da mihi factum, dabo tibi jus*, julga procedente o pedido constante da inicial, revelando suas razões para tanto, rejeitando as preliminares suscitadas na contestação e considerando os argumentos expendidos na defesa, não os acolhendo, porém. - Decisão - Defensor dativo **163**

DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - V. **Júri** **436**

DECISÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DEFERE INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO - 1. A decisão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em município não tem natureza jurisdicional, mas, sim, político-administrativa, contra a qual não cabe recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, III, da CF/88.

- 2. Precedentes: Petições n^{os} 1.256 e 1.272 (Q.O.).

- 3. Agravo improvido. (STF) **579**

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - Constitui decisão interlocutória a desafiar recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC, o despacho do juiz que, nos autos de inventário, determina o sobrestamento de expedição de formal de partilha. - Mandado de segurança - Partilha - Inventário - Agravo de instrumento **370**

DECRETO ESTADUAL
- Nº 23.780, de 1984 - art. 22, I, *d* **267**
- Nº 30.818, de 1989 ..... **267**
- Nº 36.647, de 1995 ..... **573**
- Nº 38.104, de 1996 - art. 159 (RICMS) **177**
- Nº 41.646, de 2001 ..... **690**
- Nº 41.688, de 2001 ..... **691**

DECRETO FEDERAL
- Nº 2.838, de 1998 ..... **513**
- Nº 3.226, de 1999 - art. 2º **513**
- Nº 3.226, de 1999 - art. 7º, I **513**
- Nº 3.834, de 2001 ..... **681**

DECRETO-LEI FEDERAL
- Nº 3.688, de 1941- art. 32 (LCP) **449**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 59 ..... **248**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 63, XVIII ... **248**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 76 ..... **228**
- Nº 7.661, de 1945 - art. 132 ..... **67**
- Nº 201, de 1967 - art. 1º, § 2º **637**
- Nº 406, de 1968 - art. 3º **552**
- Nº 406, de 1968 - art. 9º, *caput* **674**
- Nº 406, de 1968 - art. 9º, §§ 1º e 3º **674**

DEFENSOR DATIVO - O defensor dativo nomeado pelo juiz, para defender réus pobres, em processo criminal, faz jus aos honorários de advogado. Se o Estado, que, por imperativo constitucional, tem a obrigação precípua de prestar assistência judiciária aos necessitados, se omite na prestação dessa assistência, deve pagar os honorários dos advogados nomeados pelos juízes, sob pena de configurar-se enriquecimento ilícito. São devidos honorários do defensor dativo, quando do exercício do *munus* público, na hipótese de sua nomeação, independentemente da ausência de norma regulamentadora a que alude o art. 272 da Constituição Estadual, sendo que a presença de assistência judiciária, mantida pelo Estado, não afasta o dever de remunerá-lo, se o mencionado serviço é insuficiente para atender ao movimento forense. - Decisão *citra petita* e *ultra/extra petita* - Decisão **163**

DEFESA - V. **Denúncia** **439**

- A defesa não pode ser cerceada quanto às testemunhas que deseje arrolar, obedecidas as restrições da Lei Processual sobre quem pode, ou não, depor. Ao Tribunal do Júri cabe avaliar o conteúdo dos depoimentos. A imprestabilidade pode ser do depoimento de uma testemunha, não dela própria. A defesa não pode ser compelida a informar sobre quais temas alguém, arrolado, irá depor. Testemunha pode ser do fato, de circunstâncias e situações anteriores ao fato, de costumes e hábitos, de situações técnicas. Ao Júri caberá avaliar os depoimentos.

- *HC* deferido, em parte. (STF) **613**

DELAÇÃO PREMIADA - V. **Júri** **377**

DENÚNCIA - Estando a nova desclassificação contida expressamente no texto da denúncia, sendo que, no nosso sistema penal, o acusado se defende da *imputatio facti*, não há falar-se em surpresa ou prejuízo à defesa do apelante. - Defesa - Crime contra a ordem tributária - Sonegação fiscal - Pena **439**

- V. **Falso testemunho** **487**

DENÚNCIA ESPONTÂNEA - Para que a responsabilidade seja excluída da denúncia espontânea da infração, é necessário que o sujeito passivo reconheça tê-la praticado e, simultaneamente, recolha o débito tributário porventura existente, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, ou deposite o montante arbitrado, se dependente de apuração, consoante disposição contida no art. 138 do CTN, não sendo possível considerar-se espontânea a denúncia apresentada quando já existente procedimento administrativo ou medida de fiscalização diretamente vinculada à infração, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo e Código. - Taxa Selic - Multa de revalidação - Certidão da dívida ativa - Embargos do devedor **216**

DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIO - Se uma mãe solteira se casa com um terceiro e dele passa a ser dependente econômica, seu filho menor - se não receber pensão do pai - passa também a ser dependente econômico do marido da mãe para fins legais, previdenciários e sociais. - Guarda de menor **341**

DEPOIMENTO EXTRAJUDICIAL - V. **Estupro seguido de morte** **432**

DEPOSITÁRIO - Na dúvida sobre a propriedade do bem apreendido pela autoridade, não pode o Delegado de Polícia nomear depositário outro que não seja aquele que está na posse do mesmo. - Apreensão de bem **315**

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - O adquirente do imóvel sub-roga-se nos direitos e ações relativos à indenização a que teria direito o antigo titular, detendo pois legitimidade ativa para a ação de desapropriação indireta incidente no imóvel adquirido.

- O prazo prescricional para o exercício da ação de indenização nas hipóteses de desapropriação indireta é de vinte anos.

- Incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC), sem o que suas alegações devem ser desconsideradas. Assim, se o autor, no pedido de ressarcimento por desapropriação indireta, não identifica precisamente a faixa do terreno objeto da referida desapropriação, como lhe cumpre, tal fato impossibilita o exercício do direito à indenização. - Ônus da prova - Prazo prescricional - Legitimidade ativa - Indenização **238**

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - V. **Lesão corporal grave** **403**

- V. **Suspensão condicional do processo** **453**

DESCLASSIFICAÇÃO OCORRIDA NO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI PARA CRIME DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL, A - Dr. João Batista Lopes - Doutrina **45**

DESEMBARGADOR EROTIDES DINIZ - Nota biográfica - Memória do Judiciário Mineiro - Des. Walter Veado **3**

DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - O despacho do magistrado condutor do processo que acolhe o laudo pericial produzido é de mero expediente, não desafiando qualquer recurso. - Recurso **137**

DETRAN - O Detran, embora encarregado de efetuar a fiscalização dos veículos, expedindo documentação a eles relativa, não exerce função semelhante ao registro público, chancelando negócios de terceiros. O licenciamento é exigido apenas para possibilitar a circulação do veículo, e não como garantia de domínio. Pelo dano causado por terceiro, sem a participação do Estado, em seu nexo causal, não cabe imputação de responsabilidade objetiva. - Veículo - Responsabilidade civil do Estado **129**

DEVIDO PROCESSO LEGAL - V. **Impossibilidade jurídica do pedido** **316**

DIREITO AUTORAL - Existindo a difusão de obras musicais, em eventos públicos, reconhece-se o lucro indireto, ou seja, aquele não mensurável pela cobrança de ingresso, configurado, no entanto, em uma gama de benefícios que representam um lucro, muitas vezes superior àquele: captação de turista, propaganda do município, lazer dos usuários, conquista de eleitor em comícios, venda de bebidas e comidas, ocupação de hotéis e outras mais, impondo-se, assim, o recolhimento de direitos autorais. **328**

DIREITO DE PREFERÊNCIA - V. **Competência recursal** **338**

DIREITO DE PROPRIEDADE - O direito de propriedade não é absoluto e exclusivo, cedendo ante a função social que se deva atribuir ao bem, nos termos do art. 5º, XXIII, da CF, cuja concepção não se deve restringir aos seus aspectos econômicos, mas alcançar todos os princípios adotados na Carta Magna; por isso, como a união estável é reconhecida como entidade familiar, aos fins de proteção do Estado, resulta concluir que a propriedade haverá de sujeitar-se às disposições estatais que normatizam a união estável. É reconhecido o direito de habitação à companheira, ainda que, eventualmente, o mesmo estenda-se à meação de terceiros. - União estável **144**

DIREITO DE VISITAS DO PRESIDIÁRIO - V. **Mandado de segurança** **160**

DIREITO INDISPONÍVEL À VERDADE HISTÓRICA - EXAME COMPULSÓRIO DE DNA - Dr. José Rubens Costa - Doutrina **35**

DIREITO LÍQUIDO E CERTO - V. **Mandado de segurança**

- V. **Servidor público estadual** **278**

- V. **Servidor público municipal** **305**

DISPENSA *AD NUTUM* - V. **Servidor temporário** (STJ) **569**

DOAÇÃO - V. **Separação judicial** **293**

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS - É inadmissível a exigência, pelo Instituto de Identificação, no ato da expedição da Carteira de Identidade, da expressa manifestação da vontade do menor, absoluta ou relativamente incapaz, a respeito de ser ou não doador de órgãos e tecidos, para efeito da Lei nº 9.434/97, ainda que representado ou assistido pelos pais ou representantes legais, uma vez que estes não possuem poderes legais para suprir a incapacidade do menor, por meio da emissão volitiva própria, no que se refere à disposição *post mortem* de doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, nos termos da referida lei, já que a disposição da integridade física afeta direito personalíssimo. Tal exigência, além de violar direito indisponível do menor, ofende o disposto no art. 5º da mencionada Lei nº 9.434/97, que o exclui da chamada doação presumida, excepcionando a regra contida no artigo 4º da mesma lei.

- O artigo 4º da Lei nº 9.434/97, ao dispor em seu *caput* que "*salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei*", exigiu que a manifestação seja externada por quem seja portador de plena capacidade, excluindo de seu

âmbito todos os demais, sejam absoluta ou relativamente incapazes. Logo, a presunção legal resultante da ausência de emissão volitiva no sentido da condição de não doador *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo alcança somente aqueles a quem a legislação civil atribui a plena capacidade, sendo inaplicável aos absolutamente ou relativamente incapazes. - Menor **169**

DOCUMENTO - V. **Cerceamento de defesa e Preclusão** **180**

DOUTRINA - Anotações sobre o exame do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário - Des. José Tarcízio de Almeida Melo **13**

- Direito indisponível à verdade histórica - Exame compulsório de DNA - Dr. José Rubens Costa **35**

- A desclassificação ocorrida no julgamento pelo Tribunal do Júri para crime de competência do Juizado Especial - Dr. João Batista Lopes **45**

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - V. **Competência recursal**

- E -

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - 1. Suficientemente oferecida a prestação jurisdicional, não se amolda ofensa ao artigo 535, II, CPC.

- 2. Definida a intempestividade e inadmitida a postulação recursal, não há como ou por que examinar o fundamento das prédicas recursais. Incensurável o julgado que, vindos a destempo os embargos à execução, dá provimento à remessa oficial e determina o seguimento do processo executivo.

- 3. Recurso sem provimento. (STJ) **544**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Não se pode substituir o critério fundamentado do julgador por outro, ainda que também fundamentado, do litigante. Os embargos de declaração não são recurso idôneo para corrigir os fundamentos de uma decisão.

- Não se pode falar em omissão do julgador quando deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes, quando a apreciação da liminar se faz em juízo de cognição sumária e provisória e ali o julgador explicita as razões pelas quais teve por inexistente o *periculum in mora* e indeferiu a liminar. **361**

EMBARGOS DO DEVEDOR - Os embargos do devedor não são mero meio de defesa, mas verdadeira ação incidental, visando desconstituir o título executivo que sustenta a execução. - Denúncia espontânea - Taxa Selic - Multa de revalidação - Certidão da dívida ativa **216**

EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL (CF/69)
- Nº 1, de 1969 - art. 153, § 23 ..... **663**
- Nº 23, de 1983 ..... **256**

EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL (CF/88)
- Nº 3, de 1993 ..... **674**
- Nº 20, de 1998 ..... **197**

ENTIDADE FAMILIAR - V. **Sociedade de fato** **358**

ESTELIONATO - V. **Crime impossível** **456**

ESTUPRO - O crime de estupro constitui crime hediondo e como tal enseja o

cumprimento da pena em regime integralmente fechado, conforme a regra geral do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, sendo inadmissível a sua progressão para o regime semi-aberto.

- A Lei nº 9.455/97 aplica-se apenas a crime de tortura e não tem efeito revogatório do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, não devendo prevalecer, nem ser aceito, no caso, o emprego do princípio da isonomia, pois estar-se-ia buscando tratamento igual para autores de crimes diferentes. - Crime hediondo - Regime prisional **509**

- I - O consentimento da menor de quatorze anos para prática de relações sexuais e a experiência desta não elidem a presunção de violência prevista no art. 224, *a*, do Código Penal, para a caracterização do crime de estupro. Código Penal, art. 213. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: *HC* 74.700-PR. M. Corrêa, 2ª T., *DJ*, 09.05.97; RE 108.267-PR, Sanches, 1ª T., *RTJ*, 130/802; *HC* 74.286-SC, Sanches, 1ª T., *DJ*, 04.04.97; *HC* 74.580-SP, Galvão, *DJ*, 07.03.97; *HC* 69.084-RJ, Galvão, *RTJ*, 141/203.

- II - Legitimidade constitucional da presunção de violência inscrita no art. 224, *a*, do Código Penal: *HC* 74.983-RS, Velloso, Plenário, *DJ* de 29.08.97.

- III - Validade do laudo pericial firmado por um único perito oficial, dado que elaborado anteriormente à vigência da Lei 8.862, de 28.03.94, que, dando nova redação ao art. 159 do CPP, estabeleceu que "*os exames de corpo delito e as outras pericias serão feitos por dois peritos oficiais*".

- IV - *HC* indeferido. (STF) **625**

ESTUPRO SEGUIDO DE MORTE - Tratando-se de estupro seguido de morte, em que sequer a palavra da vítima pode ser colhida, é suficiente para a condenação do agente a prova consistente no seu depoimento extrajudicial, realizado perante a autoridade policial e na presença de testemunhas que atestam a lisura do interrogatório e a espontaneidade das declarações prestadas, através das quais o acusado confessa o crime, com riqueza de detalhes de toda a dinâmica dos fatos. Nesta hipótese, é irrelevante a retratação do réu em juízo, alegando ter sofrido coação para assumir a autoria do crime, mormente se inexistem nos autos quaisquer indícios nesse sentido.

- Inadmite-se o acolhimento das argumentações expendidas no sentido de se conceder o regime prisional apenas inicialmente fechado a réu que cometeu crime de estupro seguido de morte, permitindo-lhe o direito à progressão, com fundamento no art. 10 da Lei nº 9.034/95. Não há conflito entre o referido diploma legal e a Lei nº 8.072/90. Se o crime resultante de ações de quadrilha ou bando for um daqueles de que trata a Lei dos Crimes Hediondos, sujeitar-se-ão os seus integrantes aos rigores desta, inclusive quando ao disposto em seu art. 8º, e à exigência de cumprimento da pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado. Do contrário, se outro for o delito, não abrangido pela Lei nº 8.072/90, deverão os agentes, seja qual for o *quantum* da pena aplicada, iniciar em regime fechado o cumprimento da referida pena - além de estarem impedidos de recorrer em liberdade (art. 9º da Lei nº 9.034/95).

- Não se cuidando de crime decorrente de ação de quadrilha ou bando, mas de crime de estupro seguido de morte perpetrado por um único réu, tal crime é

alcançado pelo disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. - Depoimento extrajudicial - Prova - Regime prisional **432**

EXAME PSICOTÉCNICO - V. **Concurso público** **364**

EXCESSO DE PRAZO - V. ***Habeas corpus*** **489**

EXTINÇÃO DO PROCESSO - V. **Impossibilidade jurídica do pedido** **316**

- F -

FALÊNCIA - Quando o Decreto-lei nº 7.661/45, art. 76, assegura a desconstituição da arrecadação em razão de contrato, está admitindo a obrigação de a falida entregar o bem por força da relação obrigacional, tornando certa a restituição. O pedido de restituição não se funda na regularidade da posse do bem pela falida quando da arrecadação. **228**

- À luz dos artigos 59 e 63, inc. XVIII, do Decreto-lei nº 7.661/45, é inequívoca a possibilidade do síndico, no processo falimentar, de realizar acordos, no interesse da massa, com o referendo judicial que supre, inclusive, a oitiva do falido, que, pela própria redação do referido inciso XVIII do artigo 63, não é indispensável.

- A suposição de que a parte não lograria êxito na demanda acidentária, em face de já se encontrar plenamente recuperada do acidente de trabalho sofrido enquanto laborava junto à falida, formulada pelo representante do Ministério Público, padece de legitimidade, já que aquela conclusão só compete ao juiz, além do que, sendo subjetiva, já que sujeita a diferentes interpretações e valorações, que podem culminar em condenação de variadas proporções conforme prudente abítrio do julgador, não é obstativa de transação.

- O valor da transação, quando mais resguarda do que prejudica o interesse dos demais credores, pois certamente a massa seria desfalcada em maior valor do que aquele transacionado, deve ser mantido.

- Não impede a realização do acordo a alegação de indisponibilidade dos bens da massa, na medida em que esta só se justifica para preservá-los até a fase de liquidação, na qual seria auferido o produto a ser rateado aos credores habilitados, mormente quando o acordo entabulado não desrespeita a sistemática do procedimento falimentar ou burla o interesse dos demais credores, constando do mesmo, expressamente, ressalva quanto à ordem de preferência dos créditos e o momento processual devido, em conformidade com a tramitação judicial do processo falimentar. - Transação - Acordo - Síndico **248**

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - Se o documento era apto a iludir o *homo medius*, sendo potencialmente hábil para lograr a fé pública e o particular, tendo sido identificado, pelo policial, devido à sua experiência e conhecimento específico da profissão, não pode ser tido como grosseiramente falsificado. - Estelionato - Crime impossível - Pena - Prestação pecuniária **456**

FALSO TESTEMUNHO - Meras contradições constatadas, não só nos depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa como também naqueles prestados pelas da acusação, são insuscetíveis

de caracterizar, em relação a qualquer delas, o delito de falso, previsto no art. 342, § 1º, do CP. **458**

- Constitui constrangimento ilegal a denúncia do paciente conjuntamente com o autor do homicídio por falso testemunho praticado no inquérito policial e sem que haja conexão entre os crimes. Ainda que se admitisse que a ação penal pudesse ser intentada antes de proferida a sentença no processo onde ocorreu o depoimento acoimado de falso, a denúncia respectiva seria objeto de outro processo, no qual se deveria aguardar a prolação daquela decisão. - Inquérito policial - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* - Denúncia **487**

FHEMIG - V. **Litisconsorte passivo necessário** (STJ) **573**

FIANÇA - O crime cometido com violência contra pessoa é inafiançável. - Prisão preventiva - *Habeas corpus* **491**

FUNÇÃO PÚBLICA - Os servidores estatutários regem-se por normas constitucionais próprias, sendo-lhes assegurados os direitos e benefícios concedidos aos trabalhadores em geral, limitados, porém, aos termos do art. 39, § 2º, da CF/88, que nenhuma referência faz à prerrogativa instituída pelo art. 8º, em seu inciso VIII, desautorizando sua extensão automática aos servidores públicos.

- O caráter precário com que se exerce a função pública autoriza a demissão *ad nutum* do servidor não estável, sem direito a reposições pecuniárias a título indenizatório, ainda que concomitantemente estivesse aquele no cargo de direção no sindicato da categoria, verificando-se visível incompatibilidade entre a precariedade do cargo e a estabilidade pretendida. - Servidor não estável **186**

FURTO - V. **Prova** **420**

FURTO QUALIFICADO - Porque a circunstância qualificadora do furto praticado em concurso de pessoas integra o tipo penal do crime de associação em quadrilha ou bando, configura inadmissível *bis in idem* a condenação do peticionário também na qualificadora. - Quadrilha ou bando - Pena - *Bis in idem* - Revisão criminal **116**

- G -

GUARDA DE MENOR - É incabível o pedido de homologação de acordo com a conseqüente transferência de guarda de menor formulado entre o pai biológico e o pai existencial, se a criança foi sempre criada pela mãe, que só veio a casar-se com o pai existencial mais tarde, e cujo pai biológico jamais teve a guarda, não havendo que se confundir o pátrio poder com a guarda. Assim, embora aquele ainda seja detentor do pátrio poder, mas jamais tendo tido a guarda, o ato traslativo dela é esdrúxulo e sem a menor proteção jurídica, posto que não se transfere o que não se tem, não se podendo falar em homologação do inexistente. - Dependente previdenciário **341**

- V. ***Habeas corpus*** (STF) **598**

- H -

HABEAS CORPUS - A matéria referente à citação, se válida ou não, foge do âmbito restrito do *habeas corpus*.

- Depois de transcorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, não

há como, em *habeas corpus*, alegar *novatio legis in pejus* e buscar a sua nulidade.

- O excesso na imposição de pena não é matéria para ser decidida em *habeas corpus*, e, se o fosse, não ensejaria nulidade, mas simples adequação da mesma.

- Se o paciente se encontra doente, estando a necessitar de tratamento médico adequado ou especializado, e se o caso aconselha a prisão domiciliar, tais questões devem ser submetidas ao juízo da execução, e, se se pretender ir a fundo no exame do processo, o caso, seguramente, é de revisão criminal, jamais de *habeas corpus*. - Citação - *Novatio legis in pejus* - Pena - Sentença condenatória - Crime hediondo - Regime prisional **468**

- Constitui constrangimento ilegal, a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus* para o trancamento de inquérito policial, a instauração do mesmo contra advogado para apurar prática de crime de desobediência, por não ter o causídico, quando intimado em processo de inventário, providenciado a prestação de contas, omitida pelo inventariante. Tal providência, nos termos do inciso VII do art. 991 do CPC, é de responsabilidade pessoal do inventariante, e não de seu procurador, o qual age em nome da parte que representa e não pode sofrer sanção em razão de ato comissivo ou omissivo de seu representado. - Inquérito policial **473**

- V. **Suspensão condicional do processo** **475**

- V. **Mandado de prisão** **477**

- Em princípio, o *habeas corpus* não é meio idôneo para se obter a progressão do regime penitenciário nem o livramento condicional, muito menos a prisão domiciliar, já que, nesses casos, há necessidade de verificação de circunstâncias de ordem subjetiva. - Regime prisional - Livramento condicional - Prisão domiciliar **479**

- V. **Crimes previstos na Lei nº 8.666/93** **482**

- Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo preparatório para a ação penal e que tem por objetivo apenas a apuração do fato tido como delituoso, não deve ser sumariamente trancado pela via estreita do *writ*, sob pena de se coarctarem as atividades da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

- Para se dizer da presença ou não de dolo ou de má-fé, é necessário exame aprofundado, crítico e comparativo da prova, e isso é incomportável no âmbito restrito do *writ*.

- Por não possuir o *habeas corpus* largo espectro cognitivo, não se podem para ele transferir questões cíveis intrincadas, envolvendo altas cifras econômicas. O deslinde de tais questões está afeto ao juízo cível e nesse campo deve permanecer. - Inquérito policial **483**

- V. **Falso testemunho** **487**

- Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução, a teor da Súmula nº 21 do STJ.

- A teor da Súmula nº 4 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, o réu que se encontrava preso por força de flagrante ou preventiva deve continuar preso após a pronúncia, mesmo que seja primário e de bons antecedentes,

especialmente se as demais alegações do paciente, de vícios na ocasião do interrogatório, não estão acompanhadas de qualquer adminículo de prova, além de não ter ele boa conduta carcerária. - Excesso de prazo 489

- Se as peças existentes nos autos traduzem a convicção de que a denúncia está lastreada em elementos que fazem verossímil a acusação, sendo típicos os fatos imputados ao réu, a fundamentação de inexistência de justa causa para a ação penal não se presta à concessão do *habeas corpus*, eis que tal fundamentação somente é reconhecida em sede do remédio heróico quando o fato não constituir crime, ou então quando se verificar, *prima facie*, que não se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas, capazes de serem produzidas somente no decorrer da instrução criminal. - Prisão preventiva - Fiança 491

- Ao paciente condenado no regime aberto, que se encontra recolhido em Delegacia de Polícia, em regime fechado, à espera de transferência para estabelecimento prisional adequado, deve-se conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* para o cumprimento da pena em prisão domiciliar, mediante as condições fixadas pelo juiz da vara de execuções criminais, até que surja vaga em casa de albergado ou estabelecimento próprio, para continuidade do cumprimento da pena. - Regime prisional - Prisão domiciliar 494

- A apreciação da negativa da autoria é inviável na estreita via do *writ* por demandar estudo aprofundado de matéria fático-probatória. - Prisão preventiva 497

- V. **Prisão preventiva** 497

- I - O *habeas corpus* não se presta a decidir questão ligada à guarda de filhos, matéria a ser tratada no juízo cível.

- II - *HC* não conhecido. (STF) 598

- V. **Prefeito** (STF) 637

- V. **Licitações e contratos administrativos** (STF) 648

"HABITE-SE" - É inconstitucional a exigência, como condição de concessão de habite-se, de apresentação de notas fiscais referentes à aquisição do material empregado na obra, por não provir de lei formal, senão de convênio entre Município e Estado. Subsiste a inoperância da exigência ainda diante de lei expressa, por ferir o princípio da razoabilidade. 304

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO - V. **Qualificadora** 385

HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO - O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo. - Qualificadora - Concurso material - Concurso formal - Crime hediondo - Homicídio privilegiado-qualificado 385

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - V. **Mandado de segurança** 288

- I -

ICMS - A teor do art. 155, § 2º, *a*, da Constituição Federal, bem como da Lei Complementar nº 87/96, o ICMS não incide sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, ressaltando-se, ainda, que o art. 155, II, da Constituição Federal afastou da hipótese de incidência tributária as operações iniciadas no território nacional e concluídas no exterior. 174

- É possível excluir da base de cálculo do ICMS o montante concernente ao IPI, quando a operação for realizada entre contribuintes e referir-se a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurando fato gerador dos dois impostos (ICMS e IPI), a teor do disposto no artigo 155, § 2º, inciso XI, da Constituição Federal. - IPI 242

- Por força da Lei Complementar nº 63/90, ainda que não seja tributável a operação de aquisição de mercadorias destinadas à industrialização, devem elas figurar como entradas, para fins de apuração do VAF, cujo mecanismo é regido por aquela Lei Complementar, sem sofrer qualquer influência da Resolução nº 2.901/98, de inferior hierarquia. 246

- A aquisição de mercadoria sob o regime de alíquota reduzida não enseja ao contribuinte crédito fiscal pela diferença. Assim, se o contribuinte pagou, no Estado de origem, não poderá creditar-se das diferenças, no Estado de destino.

- No atual texto constitucional, não mais existe a previsão do inciso II do art. 23 da Constituição anterior, na forma da Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983, que permitia que o abatimento, para efeito de não-cumulatividade, se fizesse na forma da lei complementar, não sendo mais possível à lei complementar estabelecer ficta ampliação ao limite de compensação, como fixado pela Constituição. O limite da compensação é o valor da obrigação tributável, ou seja, a ser tributada pelo ICMS. O montante cobrado nas operações anteriores, para efeito de compensação, tem por limite o valor do tributo da operação atual (CF, art. 155, § 2º, I); o que exceder não é objeto de compensação: faz-se o estorno. - Crédito fiscal 256

- V. **Transporte intermunicipal de passageiros** 267

- Na transferência de ativo imobilizado, entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que para outra unidade da Federação, incabível é a incidência de tributo por circulação de mercadoria, por não consubstanciar circulação econômica, suscetível de tributação. 291

- Se o v. aresto hostilizado sequer mencionou o tema abordado pelo dispositivo do DL 406/68 invocado pelo recorrente e os embargos declaratórios opostos não tiveram o condão de suscitar a apreciação do mesmo na instância *a quo*, carece o recurso do prequestionamento indispensável à sua admissibilidade.

- Acórdãos colacionados para ilustrar dissídio pretoriano, que cuidam de matéria estranha àquela decidida no Tribunal de origem, não se prestam à comprovação da divergência alegada.

- O simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS.

- Recurso conhecido e parcialmente provido. (STJ) 552

- Ocorrência de prequestionamento da questão relativa à ofensa ao artigo 153, § 23, da Emenda Constitucional nº 1/69, que encontra correspondência no inciso XIII do artigo 5º da atual Constituição.

- Procedência, no caso, da alegada violação ao texto constitucional acima referido por parte do ato da autoridade coatora que bloqueou de modo profundo a atividade profissional lícita da contribuinte. Precedente específico da Corte: RE 76.455, *RTJ*, 73/821 e segs.

- Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF) **663**

ILEGITIMIDADE DE PARTE - V. **Mandado de segurança** **160**

- V. **Investigação de paternidade** **260**

ILEGITIMIDADE PASSIVA - V. **Autarquia estadual** **265**

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - A impossibilidade jurídica do pedido não se confunde com a sua improcedência. No primeiro caso, a lei não possibilita que a questão venha a juízo, afastando, de pronto, a possibilidade de vitória do autor. No segundo caso, a lei autoriza que se examine a pretensão, que poderá ou não ser provida.

- O fato de existir jurisprudência consolidada em torno de determinada matéria não significa que o ordenamento jurídico fechou ao autor as portas para a análise do seu pedido, especialmente porque não consolidada a súmula vinculante, que obriga os magistrados a adotarem o entendimento da Corte.

- Mesmo que um dos fundamentos do pedido do autor possa levar à sua impossibilidade jurídica, mas se, na inicial, houver também alegação de ofensa ao devido processo legal, não se deve indeferir a petição e extinguir o processo, sem julgamento do mérito, pois lesão a direito individual é matéria indiscutivelmente ao alcance do Judiciário.

- A sentença que extingue o processo, ao fundamento de que o pedido de reexame das contas do prefeito pelo Judiciário é impossível, deve ser cassada, eis que profere verdadeiro exame do mérito da pretensão, embora fundamente a extinção do feito na impossibilidade jurídica do pedido. - Prefeito - Sentença - Extinção do processo - Devido processo legal **316**

INDENIZAÇÃO - V. **Desapropriação indireta** **238**

INDÍCIOS - V. **Prova** **96**

INDULTO - A concessão de indulto e de comutação de pena é matéria afeta à execução penal, não comportando discussão na esfera revisional. - Regime prisional - Concurso de pessoas - Partícipe - Pena - Reincidência - Revisão criminal **109**

- V. **Pena** **513**

INQUÉRITO POLICIAL - V. ***Habeas corpus*** **473/483**

- V. **Falso testemunho** **487**

INSTRUÇÃO CRIMINAL - É permitido ao juiz, no curso da instrução, até a prolação da sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, nos termos do que dispõe o art. 156 do CPP. - Prova - Resistência - Penhora - Motivo de relevante valor moral - Violenta emoção - Porte de arma - Prova emprestada - Pena - Confissão espontânea **424**

INTIMAÇÃO CRIMINAL - V. **Júri** **377**

INTIMAÇÃO DA SENTENÇA - Se na certidão de intimação da sentença não

há a aposição do ciente pelo Ministério Público, nem o certificado de sua recusa em apô-lo, dela não pode começar a fluir o prazo do Órgão Ministerial para interposição de recurso. - Ministério Público - Prazo recursal - Medida socioeducativa - Remissão **405**

INVENTÁRIO - V. **Decisão interlocutória** **370**

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - O filho é parte ilegítima para propor ação de investigação de paternidade contra outrem, se tem pai reconhecido em seu registro de nascimento, mormente quando este o reconheceu na constância do casamento com sua mãe, sendo dele, portanto, a legitimidade para contestar tal paternidade, por se tratar de ação própria e personalíssima. - Ilegitimidade de parte **260**

IPI - V. **ICMS** **242**

IPTU - V. **Taxa de limpeza pública** **331**

ISENÇÃO FISCAL - V. **Transporte intermunicipal de passageiros** **267**

ISS - Não há que se falar em nulidade de acórdão que, examinando todas as alegações suscitadas na apelação, necessárias ao deslinde da controvérsia, decide a lide de forma contrária àquela desejada pelo recorrente.

- O STF assentou o entendimento (ADIN 493-0) de que a Taxa Referencial (TR) não é índice de atualização da expressão monetária de valores defasados pela inflação passada.

- Recurso conhecido e provido parcialmente. (STJ) **548**

- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 236.604, assim decidiu: "*Constitucional. Tributário. ISS. Sociedades prestadoras de serviços profissionais. Advocacia. DL 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º; CF, art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º. - I. O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88, art. 146, III, a. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II, e 145, § 1º, CF/88. - II. RE não conhecido*".

- E, no RE 220.323, o mesmo Plenário assim julgou: "*Constitucional. Tributário. ISS. Sociedade prestadora de serviços profissionais: base de cálculo. DL 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º; CF, art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993. - I. As normas inscritas nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no* caput *do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da CF, com a redação da EC nº 3, de 1993. - II. Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68. - III. RE não conhecido*".

- Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (STF) **674**

ISSQN - Ocorrendo omissão do contribuinte quanto ao dever de informar o recolhimento do ISSQN, tributo lançado por homologação, o prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN começa a fluir do momento em que o contribuinte é notificado da infração cometida.

- O fato gerador do ISSQN é o serviço prestado e o respectivo preço, não importando que o pagamento não seja feito,

ou que seja feito no próprio mês da prestação, ou algum tempo depois, com ou sem reajuste. - Lançamento fiscal - Prazo decadencial **352**

- J -

JOÃO BATISTA LOPES, Dr. - A desclassificação ocorrida no julgamento pelo Tribunal do Júri para crime da competência do Juizado Especial - Doutrina **45**

JOSÉ RUBENS COSTA, Dr. - Direito indisponível à verdade histórica - Exame compulsório de DNA - Doutrina **35**

JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO, Des. - Anotações sobre o exame do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário - Doutrina **13**

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - V. **Ação discriminatória** **281**

JÚRI - A ausência de intimação da defesa da expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas por ela arroladas não leva à nulidade do julgamento, se estas testemunhas nada sabiam de relevante sobre o fato, sendo apenas referenciais, e o depoimento delas nenhuma influência teve no desfecho da causa, não acarretando, portanto, nenhum prejuízo para o réu.

- Se a prorrogação do julgamento se deu por motivo justo, uma vez que não tinha sido juntado aos autos, sem que para isso concorresse o Ministério Público com qualquer culpa, o auto de corpo de delito (*acd*), peça que, se não imprescindível, é pelo menos necessária para comprovar a natureza da lesão, o que é importante para o perfeito enquadramento legal do delito, não há que se falar que o adiamento do julgamento importou em nulidade, especialmente quando a defesa não foi capaz de apontar qual foi o prejuízo sofrido pelo acusado em razão da transferência do dia da sessão.

- Não há necessidade de se convocar nova sessão, com sorteio de novos jurados apenas para o julgamento do réu, adiado do dia 01.12 para 13.12, se a transferência se deu para o primeiro dia útil desimpedido e apenas o dia não foi o mesmo. O fato de o último julgamento da sessão estar marcado para 10.12 e o julgamento do réu ter-se realizado no dia 13.12 não tem a menor importância e não constitui sequer irregularidade. A transferência do julgamento para uma outra sessão periódica seria, na realidade, absurda e prejudicial ao réu, que se encontrava preso.

- Não havendo protesto da irregularidade, em ata de julgamento, opera-se a preclusão.

- A delação premiada prevista na Lei nº 9.807/99 não pode ser reconhecida e aplicada ao réu, quando ele admite o delito somente porque, na fuga, fora deixado para trás pelos seus comparsas, tendo o mesmo, ainda, dificultado a ação da Polícia, na medida em que aponta como partícipe do crime pessoa inocente. Outrossim, não se podem aplicar ao acusado os benefícios da referida lei, se ele, em plenário do Júri, se retrata negando sua participação no crime, dizendo que foi incriminado por manobra da Polícia.

- Se a decisão dos jurados não se mostrou em descompasso com os elementos dos autos, no sentido de que o homicídio praticado foi em razão de disputa por pontos de venda de drogas, tendo o próprio réu admitido que receberia certa importância em dinheiro pela empreitada, o reconhecimento do motivo torpe não foi arbitrário e nem constituiu criação mental do jurados, não havendo que se falar em decisão contrária à prova dos autos. - Menoridade - Confissão espontânea - Retratação - Atenuante - Intimação criminal - Carta precatória - Nulidade - Preclusão - Delação premiada **377**

- Preliminar de nulidade - Cerceamento de defesa - Interrogatório. - Não se pode falar em cerceamento de defesa no indeferimento do pedido de novo interrogatório do réu, se o magistrado entendeu dispensável a repetição do ato.

- Supressão de quesito da defesa - Inexistência de protesto em momento oportuno - Preclusão - Inteligência do artigo 571, inciso VIII, do CPP - Preliminares rejeitadas - Decisão dos jurados com supedâneo em uma das versões do autos - Súmula 28 do TJMG - 1º recurso desprovido (réu Manoel Henrique Filho) - Preliminar de nulidade - Leitura de documento durante o julgamento pelo Tribunal do Júri - Comunicação à parte contrária dentro do prazo legal e na forma determinada pela lei - Quesitação - Tese da participação de menor importância defendida na tréplica - Negativa do magistrado em incluí-la no questionário - Plenitude de defesa assegurada pela Constituição - Possibilidade de inovação de quaisquer teses em tréplica - Preliminar acolhida - Julgamento anulado - 2º recurso provido (réu Ronivon Gomes). - Nulidade - Quesito **414**

- A leitura ou exibição de jornais ou revistas em plenário, noticiando erros judiciários, não tem o poder de anular o julgamento, uma vez que a proibição estampada no art. 475 do CPP diz respeito a documentos que afetam a prova.

- Admitida a autoria do crime na fase extrajudicial e retratada no juízo, vindo a retratação desvestida de adminículo probatório, havendo versão fluente na prova testemunhal da afirmação da autoria imputada ao réu, mas se o Júri decide pela sua absolvição, com base na tese de negativa da autoria, é de se cassar a decisão, por contrária à prova dos autos, determinando-se que outro Conselho de Sentença examine a prova. - Quesito - Decisão contrária à prova dos autos - Retratação **436**

- V. **Suspensão condicional do processo** **453**

- V. **Qualificadora** **461**

- Eventuais irregularidades na formulação dos quesitos no procedimento do Tribunal do Júri devem ser argüidas no momento oportuno, sob pena de preclusão. Precedentes.

- Tratando-se de homicídio cometido em concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal), a formulação de quesito genérico, seja no libelo ou na própria sessão do Júri, não é vedada no nosso ordenamento jurídico-processual-penal, sendo aconselhável quando, pela complexidade das circunstâncias em que ocorreu o crime, a conduta colaboradora do coréu no evento delituoso não é conhecida em seus pormenores individuais.

- Ordem denegada. (STJ) **530**

- L -

LANÇAMENTO FISCAL - Havendo claros indícios de localização simulada do

contribuinte em outra base territorial, deve prevalecer o lançamento fiscal feito no local da efetiva prestação dos serviços. - ISSQN - Prazo decadencial 352

LAUDO PERICIAL - Não há que se falar que o laudo pericial é imprestável, se, por atropelo cartorário, a parte não teve oportunidade de formular quesitos suplementares no momento certo, ficando o fato superado quando o juízo, ainda na fase instrutória, manda vir aos autos os ditos quesitos, a que o perito respondeu prontamente, purgando, desta forma, a irregularidade. - Contestação - Revelia - Reconvenção - Quesitos suplementares - Servidão - Servidão de passagem 296

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - V. **Consulta** 267

LEGÍTIMA DEFESA - Ainda que estivesse o apelante em momento inicial de legítima defesa, deixou, *a posteriori*, de estar amparado pelo tipo permissivo, quando, durante a discussão, chutou a perna da vítima, derrubando-a, e, estando esta ainda ajoelhada, dilacerou-lhe, com um facão, a orelha, constituindo tal ato utilização de meio desnecessário, descaracterizador da excludente. - Lesão corporal grave - Desclassificação do crime 403

LEGITIMIDADE ATIVA - V. **Desapropriação indireta** 238

LEGITIMIDADE PASSIVA - V. **Autarquia** 253

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL
- Nº 63, de 1990 247
- Nº 87, de 1996 174
- Nº 107, de 2001 687

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-lei nº 3.688/41)
- Art. 32 449

LEI ESTADUAL
- Nº 6.763, de 1975 268
- Nº 6.763, de 1975 - art. 226, parágrafo único 216
- Nº 10.470, de 1991 581
- Nº 12.729, de 1997 216

LEI FEDERAL
- Nº 1.060, de 1950 - art. 2º, e 4º ao 13 518
- Nº 1.533, de 1951 - art. 5º, II 370
- Nº 4.380, de 1964 - art. 14 344
- Nº 6.015, de 1973 236
- Nº 6.015, de 1973 - art. 12 322
- Nº 6.015, de 1973 - art. 213 201
- Nº 6.015, de 1973 - art. 182 e seguintes 322
- Nº 6.368, de 1976 - art. 12 96
- Nº 6.368, de 1976 - art. 18, III 372
- Nº 6.766, de 1979 231
- Nº 6.830, de 1980 - art. 3º, parágrafo único 216
- Nº 6.830, de 1980 - art. 16 544
- Nº 7.210, de 1984 - art. 164 501
- Nº 7.210, de 1984 - art. 197 501
- Nº 7.347, de 1985 - art. 1º 188
- Nº 7.347, de 1985 - art. 2º 319
- Nº 7.348, de 1985 - art. 1º 541
- Nº 8.069, de 1990 - art. 6º 444
- Nº 8.069, de 1990 - art. 180 405
- Nº 8.072, de 1990 ..... 432/468/527
- Nº 8.072, de 1990 - art. 2º 513
- Nº 8.072, de 1990 - art. 2º, § 1º 432/509/537
- Nº 8.072, de 1990 - art. 8º 432
- Nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) 344
- Nº 8.137, de 1990 - art. 1º, V 439
- Nº 8.429, de 1992 - art. 20, parágrafo único 127
- Nº 8.437, de 1992 - art. 5º, § 1º 157
- Nº 8.666, de 1993 - art. 89 648
- Nº 8.666, de 1993 - art. 90 ..... 482/648

- Nº 8.666, de 1993 - art. 96 482
- Nº 8.666, de 1993 - art. 104 482
- Nº 8.862, de 1994 625
- Nº 8.971, de 1994 334
- Nº 8.971, de 1994 - art. 1º 334
- Nº 9.034, de 1995 - art. 9º 432
- Nº 9.034, de 1995 - art. 10 432
- Nº 9.065, de 1995 216
- Nº 9.099, de 1995 45
- Nº 9.099, de 1995 - art. 89, § 6º 475
- Nº 9.099, de 1995 - art. 92 381
- Nº 9.268, de 1996 501
- Nº 9.278, de 1996 334
- Nº 9.434, de 1997 - art. 4º 169
- Nº 9.434, de 1997 - art. 5 º 169
- Nº 9.455, de 1997 509
- Nº 9.494, de 1997 - art. 1º 135
- Nº 9.503, de 1997 (CTB) 139/449
- Nº 9.807, de 1999 377
- Nº 10.215, de 2001 682
- Nº 10.216, de 2001 682
- Nº 10.217, de 2001 685
- Nº 10.222, de 2001 686
- Nº 10.224, de 2001 686

LEI MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE
- Nº 5.641, de 1989 668
- Nº 7.907, de 1999 138
- Nº 7.918, de 1999 253

LEI MUNICIPAL DE DIVINÓPOLIS
- Nº 4.343, de 1998 219

LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BOM REPOUSO
- Art. 27, XVII 57
- Art. 28, VII, *b* 57
- Art. 28, XIII 57
- Art. 67, §§ 2º e 5º 57
- Art. 74, XII 57
- Art. 87, XLII 57

LESÃO CORPORAL GRAVE - Resultando dos autos que a vítima ficou afastada por mais de trinta dias de suas ocupações habituais, não há falar-se em desclassificação para lesão simples. - Legítima defesa - Desclassificação do crime 403

LICENÇA SEM VENCIMENTO - V. **Servidor público municipal** 305

LICITAÇÃO - A desclassificação de licitante, lastreada na constatação de que a respectiva proposta supera o saldo disponível na previsão orçamentária específica, nada encerra de ilegal e tampouco de lesivo a qualquer direito do licitante desclassificado. - Carta-convite 348

- V. **Crimes previstos na Lei nº 8.666/93** 482

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - *HC* parcialmente deferido (STF) 648

LIMINAR - V. **Crédito fiscal** 157

LITISCONSORTE NECESSÁRIO - V. **Ação civil pública** 188

LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO - 1. Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato atacado e responde pelas suas conseqüências administrativas. Executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico.

- 2. Na presente hipótese, o Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais baixou um Decreto (nº 36.647/95), onde suspende, concretamente, qualquer nomeação e contratação no âmbito da Administração Direta e Indireta, entre elas, a fundacional e a autárquica. Sendo a Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - Fhemig uma fundação pública, portanto, autarquia, sub-

mete-se ao controle administrativo do ente político que a tenha criado. Logo, o seu Presidente, mero executor, não pode ser elencado como autoridade coatora, posto que o ato atacado não é de sua autoria, nem tampouco tem ele poderes para revê-lo. Contudo, deve o ente autárquico figurar como litisconsorte passivo necessário, já que sofrerá o ônus pecuniário de eventual decisão concessiva. Desta forma, correto o chamamento *ex officio*, sob pena de nulidade.

- 3. Exame do mérito por esta Corte prejudicado, sob pena de ferir-se o juízo natural e um grau de jurisdição, ambos legalmente assegurados.

- 4. Recurso conhecido e preliminar suscitada pelos recorrentes acolhida para, reformando o v. acórdão *a quo*, reconhecer o chamamento *ex officio* da Fhemig para compor a lide, como litisconsorte passiva necessária, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento do mérito, restando prejudicada sua análise por esta Corte. (STJ) **573**

LIVRAMENTO CONDICIONAL - V. ***Habeas corpus*** **479**

- M -

MANDADO DE PRISÃO - A regra geral é no sentido de que a interposição dos recursos especial e extraordinário não impede a expedição imediata de mandado de prisão contra o condenado. Entretanto, se no acórdão constou expressamente que o mandado de prisão só seria expedido após seu trânsito em julgado, não poderia o juiz, recebendo os autos, determinar a prisão imediata. - *Habeas corpus* **477**

MANDADO DE SEGURANÇA - É o pai parte ilegítima para impetrar mandado de segurança contra ato de juiz que determina a transferência do filho presidiário para estabelecimento distante de sua residência, visando, com a ação, ao restabelecimento do direito à visitação, bem como o de o preso permanecer próximo de seus familiares, porquanto tais direitos pertencem ao preso, e não ao seu pai, que, embora possa ter interesse em visitar o detento, não detém a titularidade desses direitos, não possuindo, assim, legitimidade para figurar no pólo ativo da ação mandamental.

- A via estreita do mandado de segurança não comporta proteção de interesses, mas apenas e tão-somente de direitos, públicos ou privados, sendo legitimados a pleiteá-los aqueles que detêm a titularidade do direito líquido e certo protegido pelo texto legal. Os interesses devem ser pleiteados na esfera administrativa. - Ilegitimidade de parte - Direito de visitas do presidiário **160**

- O mandado de segurança presta-se como instrumento de controle de constitucionalidade das leis tributárias. - Penhora - Débito tributário - Certidão negativa de débito fiscal - Nota fiscal **177**

- Em mandado de segurança, o direito invocado há que vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. O pedido deve ser apoiado em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de prova, pois direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco. - Servidor público estadual - Direito líquido e certo - Tempo de serviço **278**

- É de se conceder a ordem de mandado de segurança para assegurar ao impetrante o direito de se submeter ao procedimento cirúrgico intitulado angioplastia com implantação da prótese denominada *stent*, às expensas do Sistema Único de Saúde (SUS), não havendo que se falar em "*necessidade de conformação da despesa pública à previsão orçamentária*", na medida em que o procedimento requisitado ao SUS está contido na tabela de serviços prestados.

- Em ação mandamental, não se admite condenação ao pagamento de honorários advocatícios, a teor da Súmula nº 105 do egrégio Superior Tribunal de Justiça. - Saúde - Cirurgia pelo SUS - Honorários de advogado - SUS **288**

- Não cabe mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial de que caiba recurso ou se possa modificar pela via da correição, desde que não contenha ilegalidade absurda ou abuso de poder.

- Não sendo parte no processo e tendo tomado conhecimento do fato, tanto que entrou com mandado de segurança, ainda assim os impetrantes poderiam recorrer da decisão, via agravo de instrumento, como terceiros prejudicados, na forma do art. 499 do CPC, restando, de igual modo, inviabilizada a impetração do *mandamus* por violação do art. 5º, II, da Lei Mandamental. - Sigilo bancário - Agravo de instrumento - Terceiro prejudicado **366**

- A teor do art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51, é incabível mandado de segurança contra decisão que desafia recurso previsto no ordenamento processual, não sendo, ainda, sucedâneo deste, quando já precluso o prazo. - Decisão interlocutória - Partilha - Inventário - Agravo de instrumento **370**

MANDATO ELETIVO - V. **Prefeito** **127**

MEDICAMENTO GRATUITO - V. **Saúde** **95**

MEDIDA PROVISÓRIA
- Nº 2.102 - 27, de 29.01.2001 ..... **157**

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz. Não compete ao Ministério Público promover transações com o menor infrator para a aplicação de tais medidas, competindo-lhe, tão-somente, a teor do art. 180 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para propor a aplicação dessas medidas.

- A cumulação da remissão com medida socioeducativa deve ocorrer em casos eventuais, e não sistematicamente, ou seja, apenas quando haja comprovação da necessidade de tal cumulatividade, sendo necessário, ainda, para a ocorrência dessa cumulação, que a mesma seja aceita, previamente, pelo menor e seu representante legal. - Remissão - Ministério Público - Intimação da sentença - Prazo recursal **405**

MEIO AMBIENTE - O Poder Público tem o dever de defender o meio ambiente, a teor do art. 225 da Constituição Federal, resultando que todos os seus entes, nas mais diversas esferas de atuação, estão legitimados ao seu exercício, sem que a legitimidade de um órgão exclua a do outro, ou seja, verifica-se a legitimação concorrente dos mesmos, a tanto. - Ação civil pública - Poder Público **319**

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO - Desembargador Erotides Diniz - Nota biográfica - Des. Walter Veado 3

- Comarca de Além Paraíba - Des. Antônio Pedro Braga 7

- Preciosidades forenses - Dr. Carlos Weber Ad-Vincula Veado 11

MENOR - V. **Doação de órgãos e tecidos** 169

- Presente a possibilidade de imposição de pena criminal e de gravidez de menor de dezesseis anos, é de se deferir pedido de suprimento de idade para celebração de casamento, a teor do art. 214 do Código Civil. - Suprimento de idade para casamento 308

- V. **Suprimento de consentimento para namoro** 330

- Ato infracional análogo ao crime previsto no art. 213, c/c o art. 224, *a*, do CPB.

- Menor que leva a namorada menor de 14 anos a morar consigo na casa de seus pais.

- Interpretação teleológica dos dispositivos do Código Penal, considerado o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- Inocorrência de ato infracional ante a incolumidade do bem jurídico tutelado pelo legislador.

- Apelação criminal. Recurso desprovido. 444

MENORIDADE - A atenuante da menoridade, por se tratar de circunstância preponderante, prevalece sobre as circunstâncias objetivas contrárias. - Júri - Confissão espontânea - Atenuante - Retratação - Delação premiada - Preclusão - Nulidade - Carta precatória - Intimação criminal 377

MINISTÉRIO PÚBLICO - V. **Ação civil pública** 188

- V. **Nulidade absoluta** 275

- V. **Intimação da sentença e Medida socioeducativa** 405

MOTIVO DE RELEVANTE VALOR MORAL - V. **Resistência** 424

MULTA DE REVALIDAÇÃO - Se a multa de revalidação foi aplicada com fiel observância da norma legal de regência da época, não pode ser tachada de excessiva e/ou ilegal. Outrossim, havendo redução de tal penalidade, no curso da execução fiscal, através da Lei Estadual nº 12.729/97, o que certamente deverá ser observado na fase satisfativa da execução independentemente de qualquer pronunciamento judicial a respeito, nessa oportunidade, esse fato não macula a liquidez e a certeza do crédito tributário. - Taxa Selic - Denúncia espontânea - Certidão da dívida ativa - Embargos do devedor 216

- N -

NATUREZA CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO - 1. Centrada a fundamentação do julgado na Constituição, inexistindo interpretação ou aplicação de padrão legal para a edificação de questão federal autônoma, a articulação recursal não colhe exame na via Especial.

- 2. Recurso não conhecido. (STJ) 541

NOME - É possível a retificação do registro civil para que seja incluído no nome o patronímico materno, uma vez que a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) não veda expressamente tal inclusão e nem mesmo determina, expressamente, que somente no primeiro ano após alcançada a maioridade, é que o interessado poderá requerer a alteração do nome. - Patronímico materno - Registro civil 236

NOTA BIOGRÁFICA - Desembargador Erotides Diniz - Memória do Judiciário Mineiro - Des. Walter Veado 3

NOTA FISCAL - V. **Débito tributário** 177

NOVAÇÃO - Nos termos do parágrafo único do art. 740 do CPC, a novação do acordo homologado em juízo e a compensação dos deveres recíprocos entre o ex-casal prescinde de produção de prova testemunhal, sendo, portanto, desnecessária a realização de audiência. - Alimentos - Carência de ação - Compensação - Prova testemunhal - Audiência 301

NOVATIO LEGIS IN PEJUS - V. ***Habeas corpus*** 468

NULIDADE - V. **Júri** 377/414

NULIDADE ABSOLUTA - A intervenção do Ministério Público se dá sempre em virtude do interesse público, acarretando sua falta nulidade absoluta. Tem-se admitido, contudo, a conservação de atos já praticados devido ao princípio da economia processual, retornando os autos à comarca de origem para a devida manifestação do promotor de justiça. - Ministério Público - Princípio da economia processual 275

- O -

OBRIGAÇÃO DE FAZER - V. **Separação judicial** 293

OFICIAL DE JUSTIÇA - V. **Corrupção passiva** 446

ÔNUS DA PROVA - V. **Desapropriação indireta** 238

OPERAÇÕES FINANCEIRAS - Operações financeiras não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, mas às normas das relações creditícias e civis, eis que o crédito não constitui produtos utilizáveis por destinatário final, mas intermediário da troca nas relações econômicas. - Seguro habitacional - Casa própria 344

- P -

PARTÍCIPE - O fato de o acusado não haver praticado nenhum ato direto de execução, sendo apenas partícipe, é irrelevante ao reconhecimento do aumento de pena. - Regime prisional - Indulto - Concurso de agentes - Pena - Reincidência - Revisão criminal 109

PARTILHA - V. **Decisão interlocutória** 370

PÁTRIO PODER - Defere-se o pedido de destituição de pátrio poder c/c adoção, quando provado que a mãe abandonou o filho, deixando-o, comodamente, sob os cuidados de outra pessoa, sem se interessar pelo mesmo. Nesta hipótese fica caracterizado o abandono a que se refere o art. 395, II, do Código Civil, o qual não se restringe apenas ao abandono material, abrangendo também o abandono afetivo, consistente na negligência, no descaso do progenitor, quanto ao dever de manter consigo a prole e

proporcionar-lhe não só o sustento e a educação mas também o afeto imprescindível e necessário à boa formação da sua personalidade. - Adoção **233**

PATROCÍNIO SIMULTÂNEO OU TERGIVERSAÇÃO - A conduta do advogado que, após defender honestamente seu cliente e cumprir fielmente o mandato recebido, assume a defesa da parte contrária, promovendo ação contra o ex-cliente, embora seja contrária à ética, é atípica, não caracterizando o patrocínio sucessivo ou tergiversação (art. 355, parágrafo único, do CP). - Advogado **522**

PATRONÍMICO MATERNO - V. **Nome** **236**

PECULATO - No caso de peculato, a finalidade principal do legislador, a par de tutelar o dinheiro e o patrimônio público, é garantir a moralidade administrativa, sem a qual se torna impossível o regular desenvolvimento da atividade estatal.

- Caracterizado está o crime de peculato, na sua configuração central, a impor a condenação nos termos do art. 312 do CP, quando comprovado induvidosamente nos autos que a apelante, no cargo de contadora-tesoureira *ratione officii*, recebeu certa quantia em dinheiro referente a pagamento de multa, dela se apropriando em proveito próprio.

- Se a apelante, consumado o peculato, resolveu utilizar-se de guia falsamente autenticada, para encobri-lo, juntando-a aos autos, evidenciado está o crime do art. 304 do CP.

- Inaplicável a consunção do crime de *falsum* pelo delito de peculato, tratando-se de delitos autônomos com objetividade jurídica distinta, sem relação de meio e fim. - Concurso material - Concurso formal - Prescrição - Pena **396**

- Equipara-se a funcionário público para efeitos penais quem exerce cargo, emprego ou função em sociedade de economia mista, *ex vi* do art. 327, § 1º, do Código Penal.

- Recurso provido. (STJ) **556**

PENA - O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 226, I, do Código Penal (cometimento do crime com o concurso de duas ou mais pessoas) não importa em *bis in idem*, vez que aludida causa de aumento não constitui elemento do tipo penal do crime preconizado no art. 214 do mesmo diploma.

- A exclusão da causa de aumento de pena decorrente do concurso de pessoas não enseja qualquer efeito prático nem beneficia o réu, na medida em que subsiste aquela relativa à circunstância de exercer o agente autoridade sobre a vítima (art. 226, II, CP), cujo reconhecimento isolado, por si só, já implica o aumento da pena em 1/4. - Concurso de agentes - Partícipe - Reincidência - Indulto - Regime prisional - Revisão criminal **109**

- Se a fixação da pena-base do peticionário não traduz erro técnico nem evidente injustiça, não há se falar em redução da mesma ao patamar mínimo. - Revisão criminal - Furto qualificado - Quadrilha ou bando - *Bis in idem* **116**

- V. **Tóxico** **372**

- Mesmo que o réu seja primário e sem antecedentes desabonadores, não se mostra elevada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, se consideradas a

natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, cerca de 400 gramas de cocaína, droga de grande poder entorpecente e altamente lesiva à saúde. - Pena pecuniária - Tóxico - Tráfico - Concurso de agentes **372**

- De acordo com a norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, o juiz não está isento de discriminar, na sentença, as penas de cada delito praticado, individualizando-as em relação aos co-réus, para somente depois fazer incidir as causas modificadoras necessárias no caso concreto. - Sentença **374**

- V. **Concurso formal** e **Concurso material** **396**

- Inocorrente a alegada transgressão à norma prevista no art. 68 do Código Penal, sendo a pena estabelecida com a necessária observância do critério trifásico, se o juiz sentenciante, ao fixar a pena-base, analisou, à luz das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o crime do art. 312, punido com pena mais severa; numa segunda fase, aumentou a pena, considerando a agravante de que o segundo delito foi praticado para ocultar a existência de crime anterior; e, num terceiro momento, aumentou a pena em 1/3 (um terço), por força do concurso formal. - Concurso material - Peculato - Concurso formal - Prescrição - Pena **396**

- Se a pena foi fixada no mínimo legal, não há possibilidade de a atenuante da confissão espontânea reduzir o *quantum* aquém desse mínimo. - Confissão espontânea - Resistência - Penhora - Motivo de relevante valor moral - Violenta emoção - Porte de arma - Prova emprestada - Instrução criminal - Prova **424**

- A teor do art. 44, I, do Código Penal, deve-se aplicar ao apelante, em substituição à pena corporal, uma pena restritiva de direitos. - Crime contra a ordem tributária - Sonegação fiscal - Denúncia - Defesa **439**

- V. **Prestação pecuniária** **456**

- V. **Qualificadora** **461**

- V. ***Habeas corpus*** **468**

- V. **Crime continuado** **511**

- O indulto e a comutação da pena são institutos diversos, que absolutamente não se confundem. O indulto é um perdão que se concede ao condenado, diminuindo-lhe a pena - chamado indulto parcial -, ou até mesmo isentando-o de seu cumprimento - o denominado indulto total. Por sua vez, a comutação de pena, conquanto também seja um ato de indulgência, não importa na redução ou na isenção do cumprimento da pena, mas na mudança, na troca de uma pena por outra. O indulto é causa de extinção de punibilidade; a comutação de pena tão-somente reduz a pena. Assim, por se tratarem, tecnicamente, de institutos diversos, a vedação para a concessão de um desses benefícios não pode alcançar o outro.

- Não tendo o Decreto nº 3.226/99 previsto qualquer óbice à comutação de pena, inserta em seu art. 2º, nos crimes hediondos, fato que expressamente assinala para a figura do indulto, em seu art. 7º, inc. I, e que, inclusive o decreto anterior de igual natureza (Dec. nº 2.838/98) quanto ao tema vedava, é de se concluir que, por motivo de política criminal, foi estendida a possibilidade da concessão da comutação de pena aos condenados pelo cometimento de crimes hediondos. Assim, e ainda porque

em sede penal não se admite interpretação restritiva para prejudicar o réu, bem como inexistindo vedação legal para a concessão da comutação de pena, visto que o art. 2º da Lei nº 8.072/90 dela não cuidou, deve-se conceder a comutação ao réu que na hipótese se enquadra.

- V.v.: - O desate da questão está na definição da natureza jurídica do instituto da comutação, passando ao largo dos debates sobre a modificação do texto do decreto presidencial de indulto e comutação de pena, operada no ano de 1999, relativamente ao diploma expedido em 1998. A comutação, juntamente com a anistia, a graça e o indulto são manifestações do poder de clemência ou de indulgência soberana. Modernamente, e na forma da Constituição Federal, compete ao Congresso decidir sobre a anistia (art. 46, VIII) e quanto aos demais compete ao Presidente da República (art. 84, XII). Embora o dispositivo constitucional induza à conclusão de que o indulto e a comutação de penas sejam institutos autônomos, uma vez que se refere a ambos expressamente, em verdade, a comutação, como regulada no Dec. nº 3.226/99, é espécie de indulto. Essa limitação se faz necessária, porque há grande confusão entre os institutos de clemência soberana, acerca dos quais a doutrina pátria avançou muito pouco.

- Em sendo a comutação prevista no Dec. nº 3.226/99 nada mais que indulto coletivo parcial, vê-se que o obstáculo do art. 7º é inarredável e absoluto, pois, sendo vedada a concessão de indulto aos crimes hediondos e apresentando a comutação natureza jurídica semelhante àquele, estende-se a ela a proibição contida no referido diploma. - Indulto - Crime hediondo **513**

- A questão não é nova perante esta Turma. Em casos análogos, tem-se decidido que a incidência do percentual da comutação deve atingir todo o *quantum* da pena aplicada por ocasião da decisão condenatória, e não apenas o restante a ser cumprido.

- Recurso provido para, reformando o v. acórdão guerreado, determinar que a comutação da pena seja calculada sobre o total da pena, e não no restante a ser cumprido. (STJ) **562**

PENA PECUNIÁRIA - Se a pena pecuniária foi fixada com observância aos mesmos parâmetros que orientam a aplicação da pena privativa de liberdade e se o magistrado, ao estabelecer o seu valor unitário no mínimo legal, atendeu às condições financeiras do acusado, inadmissível é a sua redução. - Tóxico - Tráfico - Pena - Concurso de agentes **372**

- Se a pena pecuniária foi omitida na sentença, não constituindo tal omissão objeto do recurso interposto pela acusação, não há como cuidar-se de sua majoração. - Concurso formal - Quadrilha ou bando **412**

- Tendo o Ministério Público ingressado com pedido de execução de multa criminal, junto a vara criminal, sendo o mesmo indeferido por ilegitimidade ativa, cabe contra esta decisão o agravo, nos termos do art. 197 da LEP, que é o recurso próprio contra decisão do juiz da execução penal. O recurso de apelação somente seria cabível se a execução fosse proposta perante o juízo cível, caso em que a competência para apreciá-lo seria de uma da câmaras cíveis do Tribunal de Justiça.

- O fato de a Lei nº 9.268/96 ter considerado a pena de multa como dívida de valor não implicou alteração de seu caráter, que continua sendo penal, e não fiscal.

- O Ministério Público era e continua sendo parte legítima para intentar execução de sanção pecuniária, e é o juízo criminal o competente para processar e julgar a ação, não o juízo cível, especializado ou comum, de acordo com a comarca.

- V.v.: - Se, no exame do pedido de execução de multa criminal, o juiz extingue o processo, sem julgamento do mérito, para considerar a ilegitimidade ativa do Ministério Público, baseando-se na regra do art. 267 do CPC, contra essa decisão cabe apelação, que é o recurso próprio contra toda e qualquer decisão terminativa, com ou sem julgamento do mérito, segundo o art. 513 do CPC. Neste caso, não se pode conhecer do recurso de agravo interposto com base no art. 197 da LEP, por inadequado à espécie, sendo incabível a aplicação do princípio da fungibilidade, porquanto grosseiro o equívoco, além da impossibilidade de exame, em face da competência recursal diversa da turma julgadora de matéria criminal, e não cível. **501**

PENHORA - Não comprovada a formalização da penhora nas execuções fiscais em curso, contra o impetrante, condição imprescindível para a concessão da certidão positiva de débito fiscal com efeitos de certidão negativa pretendida, não possui este direito líquido e certo quanto à obtenção das mesmas certidões, e, portanto, não lhe assiste direito à segurança pleiteada neste aspecto.

- A alegação de realização de penhora após a impetração, apontada como fato superveniente, na forma do art. 462 do CPC, somente teria agasalho se levasse à extinção do processo, por perda de objeto, jamais para se rever julgamento de mérito, em sede mandamental. - Mandado de segurança - Débito tributário - Nota fiscal - Certidão negativa de débito fiscal **177**

- V. **Resistência** **424**

PENHORA EM IMÓVEL - V. **Registro de imóveis** **322**

PENSÃO - A garantia contemplada pelo art. 40, § 5º, da CF é de eficácia imediata, prescindindo de qualquer preceito ordinário para que possa começar a surtir efeito, com a ressalva de que o comando da norma do art. 195, § 5º, da CF tem como destinatário o legislador ordinário, e não o constituinte originário ou decorrente, visto que a proibição de criação, majoração ou extensão de benefícios sem a correspondente fonte de custeio se refere a outros benefícios que não os criados pelo próprio legislador constituinte.

- O conteúdo da norma do § 5º do art. 40 da Constituição Federal estabelecendo que a "*pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido*" e que, na sua segunda parte, preceitua: "*até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior*", não admite nem mesmo temperamentos, como o de que possa norma jurídica infraconstitucional da pessoa jurídica de direito público interno limitar o pagamento da pensão. A expressão "*até o limite estabelecido em lei*", nele contida, refere-se apenas ao preceito que fixará o limite máximo de remuneração dos servidores públicos, nos termos do art. 37, XI, do Texto Constitucional.

- Não possibilitou a Emenda Constitucional nº 20/98 nova abordagem sobre a matéria relativa ao artigo 40, § 5º, da CF. Enganam-se os que acreditam que a nova estrutura do preceito não mais contempla a equiparação automática do benefício da pensão aos proventos ou remuneração do servidor público falecido, passando a condicioná-la à edição de lei, na medida em que, na verdade, para o legislador infraconstitucional, a norma atual deixou tão-somente o encargo de disciplinar aspectos práticos da outorga da pensão, porque, do contrário, não faria sentido a expressão contida no preceito constitucional, estabelecendo que o benefício "*será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento*". E, ainda que se pudesse pensar de forma diversa, seria preciso limitar no tempo a nova feição conferida ao preceito, de modo que só pudesse produzir efeitos a partir daquela emenda constitucional, sob pena de afronta a direito adquirido, que não pode ser ignorado nem mesmo pelo Poder Constituinte Derivado, por compreender cláusula pétrea, insuscetível, por este aspecto, de novas reformulações. **197**

- A teor da previsão constitucional, a pensão por morte deve corresponder à totalidade dos proventos que percebia em vida o ex-servidor. **209**

- As normas dos §§ 4º e 5º do artigo 40 da Constituição Federal são auto-aplicáveis, não dependendo, pois, de lei que as regulamente e não estando condicionadas ao disposto no art. 195, § 5º, também da Constituição da República, que teve por destinatário o legislador ordinário, e não o constituinte. - Autarquia - Legitimidade passiva **253**

PERITO - O fato de o perito ter funcionado efetivamente nos inquéritos civis públicos que embasam a ação civil pública denota, de maneira objetiva, absoluta, a parcialidade do mesmo na realização da perícia, sendo impertinente indagar-se da sua intenção, vez que não se admite prova em contrário. **152**

PETIÇÃO INICIAL - V. **Preclusão** **194**

PODER PÚBLICO - V. **Meio ambiente** **319**

PORTARIA CONJUNTA DA PRESIDÊNCIA DO TJMG E DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- Nº 011, de 2001 ..... **695**

PORTARIA DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- Nº 071/GACOR, de 2001 ..... **693**

PORTE DE ARMA - O crime de porte ilegal de arma se consuma com o simples fato de o agente possuir arma sem o devido registro e permissão de uso, independentemente de estar ela municiada ou não.

- A inexistência de auto de apreensão e laudo de eficiência da arma, em relação ao delito de porte ilegal de arma, justifica-se em face da tentativa de homicídio praticada pelo réu, com emprego da mesma arma, restando esse instrumento apreendido nos autos do processo relativo ao crime contra a vida. A prova emprestada, na hipótese, torna-se necessária.

- Não se justifica a posse de arma sem o devido registro e porte, não socorrendo a defesa do réu a alegação de residir o mesmo em local perigoso, visto ser necessário, para caracterizar a excludente, o perigo atual ou iminente, o que não ocorre na hipótese.

- O porte ilegal de arma é crime autônomo, que já se havia consumado quando da ocorrência da resistência, não havendo que se falar na sua absorção. - Prova emprestada - Resistência - Penhora - Motivo de relevante valor moral - Violenta emoção - Instrução criminal - Prova - Pena - Confissão espontânea **424**

POSSE DE MÁ-FÉ - É de má-fé a posse, quando o possuidor a exerce a despeito de estar ciente de obstáculo jurídico à sua legitimidade.

- O possuidor de má-fé responde pelos frutos que o proprietário deixou de auferir (art. 513 do Código Civil), em face da sua responsabilidade objetiva, sendo devida a indenização pelo uso ilegítimo do imóvel. - Documento - Cerceamento de defesa - Preclusão - Decisão **180**

PRAZO DECADENCIAL - V. **ISSQN** **352**

PRAZO PRESCRICIONAL - V. **Desapropriação indireta** **238**

PRECIOSIDADES FORENSES - Memória do Judiciário Mineiro - Dr. Carlos Weber Ad-Vincula Veado **11**

PRECLUSÃO - Não tendo a parte se insurgido, na primeira oportunidade que lhe coube falar nos autos, contra a juntada de documento, o qual entende de crucial importância, não pode, agora, voltar a agitar o tema, reclamando vista específica para o exame do mesmo, por força da preclusão, a teor do art. 245 do CPC. - Documento - Cerceamento de defesa - Posse de má-fé - Decisão **180**

- Torna-se preclusa a matéria de inépcia da inicial, argüida pelo réu, na parte referente ao pedido de danos morais, por ausência de causa de pedir, se, rejeitada tal argüição pelo juízo, na audiência de tentativa de conciliação, a parte não apresentou recurso. - Petição inicial - Dano moral - Atividade ilícita - Responsabilidade civil do município **194**

- V. **Júri** **377**

PREFEITO - A suspensão de mandato eletivo constitui medida extrema, configurando-se admissível na hipótese do parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92, quando "*se fizer necessária à instrução processual*", caso em que deve restar comprovado que a autoridade administrativa se encontra obstando a regular instrução do processo. Assim, presentes os requisitos necessários, é de se conceder a tutela antecipada, em ação civil pública, para o afastamento de prefeito municipal. - Tutela antecipada - Mandato eletivo **127**

- Se a prova trazida aos autos é inequívoca e verossímil de modo a justificar o afastamento do prefeito temporariamente do seu cargo, medida que se legitima, por ser necessária à instrução processual, a fim de integral apuração dos fatos, é de se manter a liminar concedida na ação civil pública que determinou aquele afastamento, sendo de se indeferir o pedido formulado no agravo para suspender a decisão, por não estarem presentes os requisitos justificadores da sua concessão. **149**

- V. **Impossibilidade jurídica do pedido** **316**

- A condenação definitiva a que alude o § 2º do artigo 1º do Decreto-lei 201/67 é a condenação transitada em julgado.

- No caso, não se decretou a perda do cargo de imediato, mas sim o afastamento do exercício dele.

- Assim, e de qualquer sorte, não tendo ainda o ora paciente perdido o cargo de Prefeito, pois a perda deste só ocorrerá com o trânsito em julgado de sua condenação, o Tribunal de Justiça local, ao prolatar originariamente a condenação que agora se pretende invalidar, era competente para proferi-la com base no artigo 29, X, da Constituição Federal, não interferindo nessa competência o cancelamento da Súmula 394 desta Corte, o que só ocorreria se tivesse havido essa perda.

- *Habeas corpus* indeferido. (STF) 637

- Em se tratando de ação ordinária de reparação de danos, a competência para julgá-la é do Juízo.

- Prefeito - Prestação de contas x Responsabilidade civil. - Descabe confundir a tomada de contas do Prefeito, a cargo do Tribunal de Contas competente e da Câmara Municipal, com ação ordinária visando a responsabilizá-lo por danos causados. (STF) 655

PRENOTAÇÃO - V. **Registro de imóveis** 322

PRESCRIÇÃO - V. **Concurso formal** 396

- V. **Suspensão condicional do processo** 475

PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - Exercendo o réu a profissão de servente de pedreiro, não possuindo, pois, condições econômicas para arcar com o *quantum* imposto na sentença, deve-se reduzir ao mínimo legal a prestação pecuniária. - Pena - Falsificação de documento público - Estelionato - Crime impossível 456

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - V. **Estupro** (STF) 625

PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL - V. **Nulidade absoluta** 275

PRISÃO DOMICILIAR - V. ***Habeas corpus*** 479/494

PRISÃO PREVENTIVA - Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes da sua autoria, constatado que a custódia cautelar se destinou a garantir a ordem pública, presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, dada a periculosidade do agente e o clamor público, é de se manter a prisão decretada, que não fica elidida pela circunstância de ter o réu bons antecedentes. - Fiança - *Habeas corpus* 491

- Consubstancia constrangimento ilegal, susceptível de ataque por via de *habeas corpus*, a ordem de prisão preventiva sem fundamentos suficientes que demonstrem de modo objetivo a presença de uma das circunstâncias inscritas no artigo 312 do Código de Processo Penal. - *Habeas corpus* 497

- I. Não é ilegal a decisão que mantém a custódia cautelar do paciente, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedente.

- II. Recurso desprovido. (STJ) 565

PROCEDIMENTO - V. **Crimes previstos na Lei nº 8.666/93** 482

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - Cabe ao Judiciário tão-somente avaliar os aspectos da regularidade da tramitação de processo administrativo de que resultou a punição, não sendo de sua competência a análise da conduta disciplinar do servidor, sendo competente para tal o próprio órgão administrativo.

- Se não houve qualquer ato ilegal, arbitrário ou abusivo durante a tramitação de processo administrativo, que foi conduzido por autoridade competente, e que, ao final, foi acolhida a proposição da comissão processante, que opinou pela demissão do servidor, tendo este exercido livremente a sua defesa, a sentença absolutória, no âmbito criminal, não tem o condão de interferir no resultado de regular processo administrativo, que não pode ter sua decisão revogada, porque o acusado foi absolvido em processo criminal. Tal fato não altera o resultado de processo administrativo, visto que são independentes as instâncias administrativa e penal. 251

PROCESSO PENAL - V. **Assistência judiciária** e **Custas processuais** 518

PRONÚNCIA - Se a prova dos autos não repele, manifesta e declaradamente, a qualificadora do recurso que tornou impossível a defesa da vítima, é defeso ao juiz singular excluí-la, ao fazer a pronúncia, sendo o julgamento, por imposição constitucional, do Tribunal do Júri, que, como juiz natural dos processos por crimes dolosos contra a vida, dirá sobre a sua incidência ou não. - Qualificadora 524

- A sentença de pronúncia deve consubstanciar a certeza quanto à materialidade do delito e a revelação de indícios sobre a autoria. Não lhe é própria a utilização de tintas fortes quer relativamente à autoria, ou personalidade do acusado, simples acusado, quer às circunstâncias em que ocorrido o crime, sob pena de vício grave, capaz de maculá-la, isto tendo em conta a competência dos jurados para o julgamento e a necessidade de manutenção, pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, da eqüidistância desejável. A sentença de pronúncia não pode servir de argumento à acusação, influenciando o ânimo dos jurados. O comedimento e a sobriedade no emprego dos vocábulos hão de ser constantes. Descabe, a título de fundamentação, tomar de empréstimo peça apresentada na acusação. Precedente: *Habeas Corpus* nº 69.133, relatado pelo Ministro Celso de Mello perante a Primeira Turma.

Suicídio - Tipicidade - Elemento subjetivo. - O tipo do artigo 122 do Código Penal deve estar configurado em uma das três formas previstas na norma - o induzimento, a instigação ou auxílio ao suicídio, exsurgindo daí o dolo específico.

Suicídio - Maus-tratos - Lesões corporais. - Em toda ciência, e o Direito o é, vocábulos, as expressões e os institutos têm sentido próprio, cumprindo àqueles que deles se utilizam o apego à maior tecnicidade possível. Ao contrário do que preceituado no artigo 207, § 2º, do Código Penal Militar, o Diploma Penal Comum não contempla como tipo penal a provocação indireta ao suicídio, de resto cogitada no § 2º do artigo 123 do que seria o Código Penal de 1969, cuja vigência, fixada para 1º de agosto de 1970, jamais ocorreu. (STF) 583

PROVA - Os indícios são provas meramente relativas, que só autorizam o reconhecimento do fato principal quando

mantenham com ele relação incontestável, de forma a estabelecer, por indução, a sua realidade material. Indícios polivalentes, com o condão de levar as possibilidades da autoria para direções diversas, sem força suficiente para afirmar, estreme de dúvida, que foi o acusado o autor do delito, não constituem elementos probatórios capazes de sedimentar o livre convencimento do juiz, não podendo servir de suporte para a condenação. Se o réu é condenado, com base somente nesses indícios, é de deferir o pedido revisional formulado com base no art. 621, I, parte final, do CPP, para, nos termos do art. 386, VI, do mesmo diploma penal, absolver o peticionário da imputação que lhe moveu a Justiça Pública. - Tóxico - Indícios 96

- Sendo robusta a prova de que os réus foram os autores do furto a eles imputado, havendo o reconhecimento dos mesmos na Delegacia de Polícia pelas vítimas, é absolutamente desnecessário o reconhecimento em juízo, mostrando-se impossível o atendimento de suas súplicas no sentido de absolvê-los da acusação da prática do referido crime. - Furto - Reconhecimento do réu em juízo 420

- V. **Instrução criminal** 424

- V. **Estupro seguido de morte** 432

PROVA EMPRESTADA - V. **Porte de arma** 424

PROVA NOVA - Para a revisão é necessário que a prova nova seja produzida judicialmente, com obediência aos princípios constitucionais pertinentes e na forma dos arts. 861 a 866 do CPC.

- Se as provas novas apresentadas não foram produzidas em juízo, obedecendo ao princípio do contraditório, não se prestam à rescisão do decreto condenatório. - Revisão criminal 105

- Se a prova nova não foi feita em juízo, sendo capaz de trazer dúvida ao julgador, e se a revisão criminal inadmite reexame de provas, não merece acolhida a pretensão absolutória - inadmissível por se tratar de condenação interposta pelo Júri - ou a sujeição do peticionário a novo julgamento.

- Para justificar a revisão, as provas novas devem ser produzidas em juízo, obedecendo-se ao princípio do contraditório. A declaração extrajudicial da vítima não se presta para embasar revisão criminal interposta com fundamento no art. 621, III, do CPP. - Revisão criminal 113

PROVA TESTEMUNHAL - V. **Novação** 301

PROVIMENTO DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- Nº 54, de 2001 699

- Q -

QUADRILHA OU BANDO - V. **Furto qualificado** 116

- O crime de quadrilha, tanto em face da doutrina como da jurisprudência, possui conceituação própria, exigindo-se, para a sua configuração, uma organização permanente. Se a hipótese estampada nos autos configura tão-somente a chamada *societas in crimine*, e não uma *societas delinquentium*, não há que se falar em crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP). - Concurso formal - Pena pecuniária 412

QUALIFICADORA - As circunstâncias qualificadoras contidas no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal são objetivas e dizem respeito ao modo de execução do crime, sendo perfeitamente conciliáveis com o homicídio privilegiado, praticado em face de violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima, de natureza subjetiva. - Homicídio privilegiado-qualificado - Concurso material - Concurso formal - Crime hediondo - Homicídio qualificado-privilegiado 385

- As qualificadoras são da essência dos delitos e integram o seu conceito típico. O crime simples é uma realidade penal e o qualificado é outra. Por isso, é vedado ao juiz agir de ofício, injetando matéria estranha na peça de acusação, considerando qualificadora não enunciada na denúncia. O que se admite é que se alerte o Ministério Público sobre a possibilidade de uma nova leitura do fato para o devido aditamento permitido pelo art. 384, parágrafo único, do CPP, abrindo-se para o réu oportunidade de rever, modificar, restringir ou ampliar sua defesa. - Sentença *ultra petita* 409

- Pode o Tribunal de Justiça, quando do julgamento da apelação, decotar umas das qualificadoras reconhecidas pelo Júri, se entender que a mesma não encontra apoio na prova dos autos, sendo possível, em conseqüência, reduzir a pena, fixando nova apenação pela instância revisora, sem que isso implique a cassação do veredicto do Conselho de Sentença e/ou atentado à sua soberania.

- VV.vv.: - Se afastada, em grau de apelação, uma das qualificadoras admitidas pelos jurados, por manifestamente contrária à prova dos autos, impõe-se a cassação do Júri, para que sua soberania não seja vulnerada pela redução da pena na instância recursal, após o decote da qualificadora, determinando-se que o réu seja submetido a novo julgamento. A qualificadora é elemento do crime, e não circunstância da pena. Se reconhecida pelo Júri, não pode o Tribunal excluí-la e retificar a pena. - Apelação criminal - Júri - Pena 461

- V. **Pronúncia** 524

QUESITO - V. **Júri** 414

- Não ocorre contradição na resposta aos quesitos quando as séries são distintas, para situações distintas, inclusive com vítimas diversas. - Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Retratação 436

- V. **Júri** (STJ) 530

QUESITOS SUPLEMENTARES - V. **Laudo pericial** 296

- R -

RECONHECIMENTO DO RÉU EM JUÍZO - V. **Prova** 420

RECONVENÇÃO - V. **Servidão** 296

RECURSO - V. **Despacho de mero expediente** 137

- Inocorre a inépcia do apelo, quando as razões que o sustentam se acham satisfatoriamente colocadas, tendo, inclusive, possibilitado a impugnação pelo recorrido, transparecendo claramente os fundamentos do pedido de nova decisão. - União estável - Concubinato impuro - Alimentos - Sucessão - Agravo retido 334

REENQUADRAMENTO DE SERVIDOR - 1. Reenquadramento do servidor. Lei Estadual nº 10.470/91. Correção. Impossibilidade, dado que a solução da matéria implica interpretação de norma de direito local. Súmula 280/STF.

- 2. Redução de vencimentos. Alegação refutada nas instâncias ordinárias em face das provas coligidas para os autos. Reexame. Não-cabimento do extraordinário. Súmula 279/STF.

- Agravo regimental não provido. (STF) **581**

REGIME PRISIONAL - Se a matéria foi objeto de decisão por parte do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe, agora, decidir a questão, se novamente provocado, não tem o tribunal *ad quem* como modificar o regime prisional do paciente. - Indulto - Concurso de pessoas - Partícipe - Pena - Reincidência - Revisão criminal **109**

- Se as reduções das penas impostas ao peticionário e ao co-réu são decorrentes da aplicação do parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, em razão de tentativa de homicídio, impõe-se seja reduzida a pena do peticionário ao mesmo *quantum* fixado para o co-réu, a ser cumprida em mesmo regime prisional imposto a este, em obediência ao princípio constitucional da isonomia. - Prova nova - Revisão criminal **113**

- V. **Estupro seguido de morte** **432**

- V. ***Habeas corpus*** **479/494**

- V. **Estupro** **509**

- V. **Crime hediondo** (STJ) **537**

REGISTRO CIVIL - V. **Nome** **236**

REGISTRO DE IMÓVEIS - V. **Retificação de área** **201/231**

- O entendimento no sentido de que o registro de penhora junto à matrícula do imóvel não tem efeito constitutivo, servindo apenas para eximir de boa-fé eventual terceiro adquirente do bem penhorado, e de que a penhora de bem imóvel se aperfeiçoaria apenas com o auto ou termo de penhora constitui fruto de desarrazoada interpretação do § 4º do artigo 659 do CPC, o qual dispõe que "*A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora e inscrição no respectivo registro*", pois da norma transcrita se verifica o uso da conjunção aditiva "*e*", sendo inquestionável que a penhora de imóvel exige também a inscrição no respectivo registro.

- Se a questão posta nos autos se restringe à forma de realização do registro de mais de uma penhora em imóvel de devedor comum, é irrelevante para o desate da lide a discussão quanto aos efeitos de tal registro, a qual deverá ser exercida por meio próprio, em um momento posterior ao registro, sendo que tal matéria, inclusive, é estranha à competência do Juízo de Registro Públicos.

- Em que pese à decisão monocrática ter deixado de apreciar a questão referente à violação aos termos da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), tal questão pode ser apreciada no recurso de apelação, uma vez que este devolve ao Tribunal a apreciação de toda a matéria discutida, mesmo que não tenha sido objeto de decisão expressa, nos termos do artigo 515 e §§ do CPC.

- A prenotação do título não tem o efeito de registro nem o substitui. Consiste no lançamento do título no protocolo, para assegurar a prioridade de direitos para o apresentante (Lei nº 6.015/73, artigos 12, 182 e seguintes), caducando se o título é devolvido sem que seja suscitada dúvida ou se em trinta dias o interessado não houver atendido às exigências para a efetivação do registro. Assim, passados trinta dias sem atendimento das exigências legais, a prenotação da penhora perde a validade e, conseqüentemente, falece ao apresentante a prioridade e antecedência do registro, que só poderá ser feito mediante nova prenotação, com o suprimento das demandas da lei, retroagindo, portanto, à data de nova prenotação, e não mais da primeira, frustrada. - Penhora em imóvel - Prenotação - Apelação **322**

REINCIDÊNCIA - Não há que se falar em reincidência se, embora a agravante tenha sido corretamente reconhecida na decisão condenatória em face do registro, à época, de condenação trânsita em julgado pela prática de crime de abuso de autoridade, teve o réu, em julgamento de revisão criminal, declarada extinta a sua punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, cujo fato novo apagou e extinguiu toda a carga jurídica daquela condenação, incluindo a reincidência. Tanto assim é que o acórdão, ao decretar a extinção da punibilidade, determinou a exclusão do nome do peticionário do rol dos culpados. - Pena - Regime prisional - Indulto - Concurso de agentes - Revisão criminal - Partícipe **109**

REMISSÃO - V. **Medida socioeducativa** **405**

RESISTÊNCIA - A oposição efetivada a cumprimento de mandado judicial de penhora e remoção, inclusive com emprego de arma de fogo, configura o delito de resistência, mesmo que, em decisão posterior, o juiz reformule seu posicionamento, decotando a determinação da remoção dos bens. Configurado o delito de resistência, a posterior alteração da decisão não tem o condão de afastar a conduta típica já consumada.

- Fica caracterizado o dolo no crime de resistência, quando o agente, após tomar conhecimento do mandado de penhora e remoção, conscientemente, impede o cumprimento da diligência, mediante violência e ameaça às pessoas que auxiliam o oficial de justiça.

- A qualificadora do crime de resistência prevista no § 1º do artigo 329 do Código Penal deve prevalecer, se a diligência não se realizou exclusivamente em face da oposição oferecida pelo agente.

- Improcede a alegação da defesa do réu de que o mesmo agiu por motivo de relevante valor moral, ao defender seu patrimônio e o direito de propriedade, quando impediu o cumprimento do mandado de penhora, se esta é decorrente de processo de execução instaurado contra o acusado. Outrossim, não se pode dizer que agiu sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, eis que ao credor da dívida cobrada em processo de execução é assegurado o devido processo legal para reaver seu crédito, não podendo ser considerada essa cobrança ato injusto. - Penhora - Motivo de relevante valor moral - Violenta emoção - Porte de arma - Prova emprestada - Instrução criminal - Prova - Pena - Confissão espontânea **424**

RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA

- Nº 2.816, de 1996 ..... **216**
- Nº 2.825, de 1996 ..... **216**
- Nº 2.901, de 1998 ..... **246**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - V. **Detran** **129**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - Responde o município pelos danos causados por mau uso da propriedade contra particulares. Além da responsabilidade objetiva do Estado, como decorrência da teoria do risco, a Administração, como comprovada causadora direta de danos ao particular, responderá, com maior soma de razão, pelos prejuízos que sua atividade ilícita haja causado. - Atividade ilícita - Petição inicial - Dano moral - Preclusão **194**

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - A teor do art. 133 do CTN, quem adquirir fundo de comércio ou estabelecimento comercial e continuar explorando-o, ainda que sob outra razão social ou sob firma ou nome individual, passa a ser responsável pelo pagamento dos tributos devidos pelo estabelecimento sucedido. **146**

RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO - V. **Ação civil pública** **188**

RETIFICAÇÃO DE ÁREA - O procedimento administrativo de retificação de área só é cabível quando se tratar de erro que não cause prejuízo a terceiro, tal como um erro material, ou mesmo um erro substancial, como, exemplificativamente, aquele em que o imóvel já esteja devidamente inscrito com suas divisas e medidas sem, no entanto, ter sua área total inserida na descrição, hipótese em que não haverá óbice à adoção do procedimento retificatório administrativo previsto no art. 213 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), desde que não haja oposição dos confrontantes ou alienante.

- Na compra *ad corpus*, segundo a regra do art. 1.136 do Código Civil, parágrafo único, presume-se que a referência às dimensões tenha sido simplesmente enunciativa quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total enunciada, presunção esta que limita o procedimento do comprador tão-somente aos casos em que a diferença não seja tolerável.

- A extinção do processo de retificação, por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos dos art. 267, VI, do CPC, é o melhor caminho a ser tomado para elucidar o registro originário, que parece ter sido alimentado somente de fermento e que pretende aumentar a área originária em sete vezes, especialmente quando houve erros citatórios e os nomes dos confrontantes não conferem com os nomes da planilha atual, inexistindo prova de sucessão, existindo ainda impugnação de um confrontante que culminara em acordo.

- V.v.: - Pouco importa que, como resultante da retificação, a área seja aumentada, muito importando que o requerente preencha os requisitos estabelecidos pela Lei de Registros Públicos, pois, ainda que a alteração objetivada no Registro de Imóveis implique substancial aumento de área, o pedido não é juridicamente impossível, vedada, só por esse motivo, a extinção prematura do processo.

- Desde que não se alterem as confrontações, é possível a retificação, denominada *intra muros*, especialmente quando a aquisição é *ad corpus*, pretendendo o adquirente que a metragem seja verdadeira no registro. - Registro de imóveis **201**

- Sendo os imóveis distintos, com suas correspondentes matrículas, e se o primitivo terreno, definido e delimitado, não tem a área resultante de anunciado desmembramento, há que se proceder à sua retificação, independentemente de ter sido ou não observado, na época, o contido na Lei nº 6.766/79. - Registro de imóveis **231**

RETRATAÇÃO - V. **Júri** **377/436**

REVELIA - V. **Servidão** **296**

REVISÃO CRIMINAL - A finalidade da revisão é corrigir erros de fato ou de direito ocorridos em processos findos, quando se encontrem provas da inocência ou de circunstância que devesse ter influído no andamento da reprimenda, sendo inadmissível o reexame da prova como se fora uma nova oportunidade de apelação. Verificando-se que a condenação se baseia em elementos probatórios coligidos durante a fase persecutória, exaustivamente analisados pelo Conselho de Sentença, tendo sido confirmada quanto à conclusão da culpabilidade, não se tem como cassar a decisão trânsita, com base no inciso I do art. 621 do CPP. - Prova nova **105**

- É de se conhecer de pedido revisional, malgrado não existir certidão comprobatória do trânsito em julgado, mormente se, em relação à defesa, efetivamente houve o trânsito em julgado e, pendendo de julgamento apenas recurso especial apresentado pelo Ministério Público, este fora julgado e provido, restando prejudicado agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário manejado pela Procuradoria de Justiça e cujo objeto era exatamente o mesmo do especial, vale dizer, o restabelecimento do regime prisional fixado na sentença e modificado em grau recursal. - Reincidência - Pena - Regime prisional - Concurso de agentes - Partícipe - Indulto **109**

- Na revisão criminal, a dúvida não milita em favor do condenado, devendo, ao contrário, prevalecer o *in dubio pro societate*, no resguardo da *res judicata* e, conseqüentemente, da segurança e estabilidade da tranqüilidade social. - Prova nova - Regime prisional **113**

- A revisão criminal baseada na evidente contrariedade aos autos não se presta a fornecer ao condenado uma segunda apelação, com reapreciação de tudo quanto já foi apreciado e decidido anteriormente. Exige, para o seu deferimento, sejam trazidos ao processo elementos que tornem a decisão transitada em julgado flagrantemente divorciada de tudo quanto foi apurado, não encontrando respaldo no que quer que seja, sendo que, a teor da Súmula nº 67 deste egrégio Tribunal, "*na revisão criminal a dúvida não beneficia o peticionário*". Deverá haver nos autos, portanto, prova cabal da inocência do peticionário, mostrando-se a decisão que se pretende rever evidentemente absurda e injusta. - Furto qualificado - Quadrilha ou bando - *Bis in idem* - Pena **116**

- O princípio de que a *res judicata* seria intangível não é de todo absoluto, já que é lícito ao condenado ou seu procurador legalmente constituído, nos termos do art. 623 do CPP, promover a revisão criminal para o fim de se corrigir condenação que, em tese, revelou-se injusta, restaurando-se, assim, com a rescisão do julgado, o *status dignitatis* do condenado.

- É de se indeferir pedido revisional fulcrado na alegação de que a decisão condenatória teria imposto a retroação de diplomas legais posteriores com

cominação de penas mais elevadas para os crimes praticados, de modo a prejudicar o réu, quando, ao contrário, se verifica que a decisão rescindenda tão-somente fixara a pena-base em patamar superior ao mínimo legal, à vista da análise das circunstâncias judiciais, sendo estabelecida de forma equilibrada, restando observado, rigorosamente, o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

- A adoção pelo magistrado de corrente jurisprudencial, ainda que minoritária, não revela contrariedade a texto expresso de lei que possa ensejar a procedência de pedido revisional. Se fosse possível a análise no âmbito revisional de questões que constituam objeto de polêmica doutrinária, a ação revisional transmudar-se-ia, inevitavelmente, em segunda apelação, não constituindo este, naturalmente, o objetivo do legislador penal.

- Defere-se revisão para o fim de se corrigir, de ofício, erro detectado na dosimetria da pena, consoante permissivo constante da parte final do inciso III do artigo 621 do CPP, vez que o juiz singular não considerara a ocorrência da atenuante da confissão espontânea, que, efetivamente, se vislumbra nos autos, tanto no depoimento prestado pelo peticionário no curso do inquérito, como por ocasião de seu interrogatório em juízo, a permitir, por isso, proceder a certa diminuição na reprimenda definitiva. **123**

- S -

SAÚDE - É de se conceder a segurança, se dos autos exsurge direito líquido e certo do impetrante, devidamente estabelecido em lei, de receber gratuitamente medicamento específico do Sistema Único de Saúde e pelo tempo que necessitar para tratamento da síndrome da imonudeficiência (AIDS), cuja omissão pela autoridade pública constitui indiscutível abuso a dar guarida ao *mandamus* impetrado. **95**

- A saúde é um direito constitucionalmente consagrado a todos, constituindo dever do Estado, nos termos do art. 196 da CF, norma esta provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta, imediata e total, não podendo, pois, ser violada por portarias e ofícios. - Mandado de segurança - Cirurgia pelo SUS - Honorários de advogado - SUS **288**

SEGURO HABITACIONAL - No que pertine a seguro habitacional, é de se negar provimento ao pedido que visa transferir o seguro pactuado para outra seguradora de prestações mensais mais baratas, se o autor não traz, no bojo da inicial, prova da ilegalidade da pactuação, nem de que o seguro contratado tenha trazido prejuízo à parte. Outrossim, sendo o seguro avençado benéfico a ambas as partes, já que contém cláusula prevendo a quitação do saldo devedor, em caso de morte ou invalidez, nesta hipótese, o seguro é imposição legal, conforme art. 14 da Lei nº 4.380/64. Não se pode correr o risco de seguradoras sem tradição, aventureiras, vendo-se muitas delas restadas inadimplentes. - Operações financeiras - Casa própria **344**

SENTENÇA - V. **Decisão**

- V. **Impossibilidade jurídica do pedido** **316**

- V. **Pena** **374**

SENTENÇA CONDENATÓRIA - O simples fato de o sentenciante ter inserido em sua decisão a frase "*delito dessa espécie, um dos inscritos na lista dos hediondos*" não significa que a condenação se deu nos termos da Lei nº 8.072/90; ao contrário, se o regime prisional imposto foi o semi-aberto, isso basta para verificar que tal lei não presidiu a decisão hostilizada, uma vez que a Lei nº 8.072/90 estatuiu o regime integralmente fechado para o cumprimento de penas decorrentes de prática de crimes hediondos. - Crime hediondo - Regime prisional - *Habeas corpus* - Citação - *Novatio legis in pejus* - *Pena* **468**

SENTENÇA *ULTRA PETITA* - É *ultra petita* a sentença que reconhece qualificadora não cogitada pelo Ministério Público, aplicando pena maior que a proposta na denúncia. - Qualificadora **409**

SEPARAÇÃO JUDICIAL - Mesmo tendo sido restabelecido o regime da comunhão universal de bens através de reconciliação, não se pode deferir, ao "*varão, a pretendida partilha do bem adquirido pela varoa, com exclusividade e recursos próprios*", no longo interregno havido entre a separação e a reconciliação, mormente se dita aquisição ocorreu antes do advento da Constituição Federal de 1988. Trata-se, "*neste caso específico*", de bem reservado da mulher, nos precisos termos dos artigos 246 e 263, XII, ambos do Código Civil. - Bens reservados **224**

- Não se qualifica como simples promessa de doação o pacto celebrado pelos separandos, de doar aos filhos imóvel comunial. Tal avença se tem instituído *intuitu cautionis*, ou *intuitu securitatis* relativamente aos filhos menores, adquire feição alimentar e guarda força cogente porque é artigo da "lei da separação", ditada pelos cônjuges e sancionada pelo poder jurisdicional, não mera cláusula acessória do desenlace. Comporta, por isso, a execução direta à luz do art. 639 do CPC. - Doação - Obrigação de fazer **293**

SERVIDÃO - Desde que o réu, em reconvenção, pretenda a mudança da servidão, o pedido originário de permanência desta ao estado anterior, feito pelo autor, passa necessariamente não à situação de secundário, mas à de outro aspecto de uma postulação dúplice, que o juiz decidirá univocamente. Em tal caso, o pedido reconvencional se ombreia ao pedido originário, e aí os efeitos da revelia se acanham, porque o juízo deverá julgar os dois pleitos, e, como é elementar, a revelia do reconvinte não põe a perder a sua ação contra o reconvindo só pela via singela da confissão ficta por falta de contestação do pedido originário. Outrossim, pela simples consideração de ordem prática, dificilmente existirá resistência mais veemente ao pedido do autor que a ação reconvecional, mesmo que esta não tenha o nome, nem o contorno e nem a natureza de contestação. É um perfeito dislate considerar que a reconvenção não tem o condão de contrariar, por si só, todo o pedido do autor.

- Cabe reconvenção no interdito recuperatório quando o dono do prédio serviente, que remove a servidão, é demandado pelo dono do prédio dominante, que visa ao retorno da situação anterior. Não há vedação legal ao uso da ação reconvencional do proprietário do prédio serviente contra o do prédio dominante, quando se trata de localizar materialmente a servidão. Assim, se o réu, antes de rechaçar o pedido interdital, pretende que a sentença chancele a remoção

da servidão, é óbvio que terá o uso da ação reconvencional, porque nesta o pedido é diverso da pretensão possessória solicitada pelo autor do interdito, que não poderia ser atendido através de simples contestação, nem mesmo de declaratória incidental; até porque para o efeito registral da servidão seria necessária sentença constitutiva.

- Pequenas alterações advindas da remoção da servidão não traduzem os prejuízos e agravos a que alude o art. 703 do Código Civil. - Contestação - Revelia - Reconvenção - Quesitos suplementares - Laudo pericial - Servidão de passagem **296**

SERVIDÃO DE PASSAGEM - Institui-se a servidão de passagem pela forma menos onerosa para o dono do prédio serviente, que já sofre a *deminutio* para possibilitar o privilégio legal do dono do prédio dominante.

- A posição geográfica da servidão de passagem é alterável, por sua própria índole e por licença do art. 703 do Código Civil. Portanto, a alteração, por si só, não é ilegal, mormente quando o *dominus rei servile* custeia a modificação. - Contestação - Revelia - Reconvenção - Quesitos suplementares - Laudo pericial - Servidão **296**

SERVIDOR NÃO ESTÁVEL - V. **Função pública** **186**

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - Tratando-se de averbação de tempo de serviço, mesmo havendo possível erro material, pode a Administração Pública considerar apenas aqueles dias que, segundo suas regras, sejam tidos como corretos.

- O servidor público estadual possui direito à averbação do tempo de serviço prestado perante outros órgãos públicos, ferindo seu direito líquido e certo exigências meramente formais e prescindíveis da Administração. - Mandado de segurança - Direito líquido e certo - Tempo de serviço **278**

- V. **Reenquadramento de servidor** (STF) **581**

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - A conveniência ou a inconveniência, que deflui de forma expressa da norma municipal em que se embasa a parte para pretender o pedido de licença sem vencimentos para tratar de interesses particulares, constitui elemento do mérito do ato de concessão da licença, o que o coloca na condição dos atos não vinculados, e o direito líquido e certo se afina com a ocorrência de vinculação, sendo cediço que é vedado ao Judiciário imiscuir-se na questão de mérito administrativo, não lhe sendo lídimo declarar se haveria ou não inconveniência para o afastamento do servidor, em LIP, cabendo unicamente à Administração ajuizar dessa conveniência e oportunidade, daí fluindo que para o servidor não existe direito líquido e certo, amparável na via do *writ*, para obter referida licença. - Direito líquido e certo - Licença sem vencimento **305**

SERVIDOR TEMPORÁRIO - 1. A autoridade coatora (Juiz Diretor do Foro) é competente para dispensar os servidores contratados temporariamente, porquanto agiu por determinação delegada da Presidência do Tribunal de Justiça daquele Estado, ao promover a contratação e designação.

- 2. Os ocupantes de cargos, empregos ou funções temporárias, em razão da instabilidade do vínculo, da precariedade da admissão e do lapso temporal a que se subordinaram desde o início, podem ser demitidos *ad nutum*, não se cogitando qualquer afronta ao devido processo legal, pertinente somente aos servidores concursados.

- 3. Precedente (RMS nº 9.649-MG).

- 4. Recurso conhecido, porém, desprovido. (STJ) **569**

SIGILO BANCÁRIO - A quebra do sigilo bancário, segundo a jurisprudência de nossos tribunais, inclusive Tribunais Superiores, não afronta a norma do art. 5º, X e XII, da CF/88, por não constituir um direito absoluto, podendo, quando demonstradas fundadas razões, ser desvendado por iniciativa do Ministério Público, em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciário, donde a impetração que se funda na suposta violação da quebra do sigilo bancário, que observara aquela interpretação jurisprudencial, não está amparada por direito líquido e certo. - Mandado de segurança - Agravo de instrumento - Terceiro prejudicado **366**

SÍNDICO - V. **Falência** **248**

SOCIEDADE DE FATO - Não basta o simples relacionamento sexual para a constituição de entidade familiar ou de sociedade de fato, exigindo-se também o decurso de tempo, a convivência, a estabilidade, o estabelecimento de objetivos comuns, a conjugação de esforços para concretizá-los. - Entidade familiar **358**

SONEGAÇÃO FISCAL - V. **Crime contra a ordem tributária** **439**

SUCESSÃO - V. **União estável** **334**

SUICÍDIO - V. **Pronúncia** (STF) **583**

SÚMULA DO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS DO TJMG
- Nº 4 ..... **489**

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
- Nº 21 ..... **489**
- Nº 105 ..... **288**
- Nº 166 ..... **552**
- Nº 211 ..... **541**
- Nº 212 ..... **157**

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
- Nº 279 ..... **581**
- Nº 280 ..... **581**
- Nº 282 ..... **552**
- Nº 343 ..... **83**
- Nº 356 ..... **552**
- Nº 394 ..... **637**

SÚMULAS DO TJMG
- Nº 21 ..... **489**
- Nº 28 ..... **414**
- Nº 48 ..... **449**
- Nº 58 ..... **518**
- Nº 67 ..... **116**

SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PARA CASAMENTO - V. **Suprimento de consentimento para namoro** **330**

SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PARA NAMORO - O suprimento de consentimento para matrimônio de menor púbere, previsto no art. 188 do CC, não pode ser aplicado analogicamente ao suprimento de consentimento para namorar, por não haver previsão ou ausência da vedação nesse sentido no ordenamento jurídico. - Suprimento de consentimento para casamento - Menor **330**

SUPRIMENTO DE IDADE PARA CASAMENTO - V. Menor **308**

SURSIS - Sendo péssimos os antecedentes do condenado, correta é a decisão que lhe nega a concessão do *sursis*. - Corrupção passiva - Oficial de justiça **446**

***SURSIS* PROCESSUAL - V. Suspensão condicional do processo**

SUS - V. Saúde **95**

- V. Mandado de segurança **288**

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - Se o acusado não fazia jus ao *sursis* processual, já que estava sendo processado por outro crime, mas, mesmo assim, tal benefício lhe foi concedido, é possível a prorrogação do mesmo, até decisão definitiva proferida no outro processo a que responde o réu, aplicando-se subsidiariamente o disposto no § 2º do art. 81 do CP, eis que, a teor do art. 92 da Lei nº 9.099/95, o Código Penal deve ser aplicado subsidiariamente quando com ela não houver incompatibilidade.

- Sendo revogado o *sursis* processual, prosseguindo o processo até a sentença que condenou o réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade, não há falar-se que a sentença condenatória impôs ao acusado o cumprimento de outra pena no mesmo processo, pois a suspensão condicional do processo não é aplicação de pena, mas tão-somente a verificação do cumprimento de certas condições aceitas pelo réu, para que não seja processado e julgado por um delito de pequeno porte. Tem esta medida natureza de transação, através da qual o Ministério Público abre mão do seu direito de ação, enquanto o réu abdica do devido processo legal, submetendo-se às condições propostas. **381**

- Se, por ocasião do julgamento de crime da competência do Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença proceder à desclassificação do delito originalmente capitulado na denúncia, para outro cuja pena mínima, abstratamente considerada, seja igual ou inferior a um ano, tal como ocorre no caso de crime de homicídio qualificado desclassificado para o de homicídio culposo, não caberá a proposta de suspensão condicional do processo, uma vez que o processo já chegou a termo, estando preclusa esta oportunidade. - *Sursis* processual - Júri - Desclassificação do crime **453**

- Incabível o reconhecimento de ocorrência de prescrição em face do § 6º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, ao asseverar que, durante o prazo de suspensão do processo, não ocorrerá a prescrição. E, isto considerando, como não decorreu lapso de tempo suficiente entre as causas interruptivas, em momento algum foi o paciente alcançado pelo instituto legal.

- Se o pedido de trancamento da ação penal, ao que tudo indica, tem como fundamento único a alegação de que, cumpridas as condições impostas, estaria extinta a punibilidade, inadequada a via escolhida, incompatível com discussão e exame aprofundado da prova.

- O descumprimento de uma das obrigações assumidas pelo paciente acarreta revogação do benefício e conseqüente retomada da marcha processual. - *Habeas corpus* - Trancamento da ação penal - Prescrição **475**

- T -

TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO - Na dicção da ilustrada maioria - entendimento em relação ao qual, e em harmonia com a jurisprudência, guardo reservas - o fato de, na fixação da taxa de fiscalização e funcionamento, levar-se em conta elemento próprio ao cálculo de imposto - a metragem do imóvel - não a revela conflitante com a Constituição Federal. Precedente: Recurso Extraordinário nº 220.316-7, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão. (STF) **668**

TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - A base de cálculo da Taxa de Limpeza Pública não guarda qualquer correspondência com a base de cálculo do IPTU, eis que neste se leva em consideração o valor venal do imóvel e naquela a área ocupada pelo estabelecimento comercial ou industrial, levando-se em conta as dimensões físicas deste, não o seu valor de mercado ou a capacidade econômica do contribuinte. Esses procedimentos, por certo, não se equivalem, e as bases de cálculo não se confundem. Portanto o legislador municipal, ao estabelecer a base de cálculo para a Taxa de Limpeza Pública, levando em conta a área que ocupa o estabelecimento, não afrontou disposição constitucional, pois considerou apenas as dimensões físicas que seriam objeto da limpeza a ser feita, sem fazer qualquer referência a valor venal ou padrão de construção como fato determinante do preço do serviço.

- É legal a cobrança da Taxa de Limpeza Pública em razão do serviço específico e divisível prestado ao contribuinte, situando-se a exação fiscal no âmbito do poder de polícia do município. - IPTU **331**

TAXA SELIC - Inexiste óbice à incidência da taxa Selic na cobrança de juros nos débitos tributários, já que prevista na Resolução nº 2.816, de 25.09.96, alterada pela Resolução nº 2.825, de 01.11.96, baixadas com suporte na Lei Federal nº 9.065, de 30.06.95, uma vez que, conforme prevê o parágrafo único do art. 226 da Lei Estadual nº 6.763/75, "*na falta da TRD, os juros serão obtidos tomando-se por base os mesmos critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais*". - Multa de revalidação - Denúncia espontânea - Certidão da dívida ativa - Embargos do devedor **216**

TEMPO DE SERVIÇO - V. Servidor público estadual **278**

TERCEIRO PREJUDICADO - V. Mandado de segurança **366**

TERRAS DEVOLUTAS - V. Ação discriminatória **281**

TÓXICO - Notícias do envolvimento pretérito do peticionário com o nefário comércio de drogas e de que o local onde se procedeu à apreensão era por este freqüentado não constituem indícios suficientes para a condenação no delito do art. 12 da Lei nº 6.368/76, que exige, para a sua configuração, a vinculação entre o agente e a posse da substância apreendida. - Prova - Indícios **97**

- O concurso de agentes no caso de tráfico de drogas, ainda que decorrente de um acerto transitório, determina a incidência da causa de aumento de pena, constante do artigo 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76. - Pena pecuniária - Tráfico - Pena - Concurso de agentes **372**

- O fato de o mandado de busca e apreensão ser expedido em desfavor do apelante não implica sua participação no delito, já que, no endereço dele constante, situa-se a sua residência.

- Ainda que sabedora da condição de traficante de seu filho, a mãe não tem o dever jurídico de denunciá-lo à Polícia. Ausentes provas de sua participação no crime, seu silêncio não implica co-autoria, em face da inexigibilidade de conduta diversa e da conseqüente exclusão de sua culpabilidade. - Tráfico - Co-autoria **392**

- V. **Tráfico de entorpecentes** (STJ) **527**

TRÁFICO - V. **Tóxico** **372/392**

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, se o paciente, condenado pelo tráfico de drogas, não se recolheu à prisão como determinado na sentença, empreendendo fuga, não configura constrangimento ilegal o não conhecimento do recurso de apelação por não satisfeito aquele pressuposto de admissibilidade (Lei 8.072/90).

- Ordem denegada. (STJ) **527**

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - V. **Suspensão condicional do processo** **475**

TRANSAÇÃO - V. **Falência** **248**

TRANSPORTE COLETIVO ALTERNATIVO - Não merece acolhida a alegada inconstitucionalidade da Lei nº 7.907/99, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 30, III e V, confere expressamente aos municípios competência para disciplinar o serviço de transporte público remunerado de passageiros, possuindo a referida Lei Municipal nº 7.907/99 conteúdo específico local, destinando-se à realização de transporte coletivo remunerado de passageiros no Município de Belo Horizonte, estabelecendo sanções para aqueles que infringirem suas disposições.

- Legítima é a atuação da BHTrans como órgão fiscalizador, integrante do Sistema Nacional de Trânsito, conforme dispõe o art. 7º, inc. III, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), competência também definida no art. 24 do mesmo diploma legal.

- A modalidade de serviço prestado pelo impetrante, qual seja, a colocação de seu veículo à disposição do público, cobrando passagem, à semelhança do que fazem as linhas regulares de ônibus, constitui prestação de serviço público essencial e, como tal, deve ser regido pelas normas da Administração Pública, ou seja, submeter-se ao procedimento licitatório e obter concessão ou permissão.

- Lícitas são a apreensão de veículo utilizado no transporte público sem a devida concessão ou permissão pelo município, bem como a aplicação de multa pela transgressão das normas legais preexistentes. **138**

- Inquestionável que compete aos órgãos impetrados a fiscalização do trânsito nas vias sob sua jurisdição, o que se exerce através dos comandos ostensivos integrados da PMMG e BHTrans, sujeitando os infratores às sanções próprias da legislação de trânsito e aos regulamentos dos transportes públicos, reservado ao Detran/MG o lançamento das infrações e pontuação em prontuários, pelo que não há como acolher as objeções preliminares quanto à permanência dos mesmos no pólo passivo da ação mandamental que aquelas ações busca combater.

- O transporte remunerado de passageiros se enquadra no gênero dos serviços

públicos não essenciais prestados por particulares sob delegação do Poder Público, mediante concessões, permissões ou autorizações, podendo-se dar na forma individual ou coletiva, no âmbito dos municípios, através de permissão formalmente concedida, mediante processo licitatório tendente ao permissionamento.

- O licenciamento (emplacamento) do veículo na categoria aluguel apenas possibilita a sua utilização na prestação de serviço remunerado, não significando delegação para exploração de serviço aberto ao público, que depende da concessão ou permissão da Administração.

- Ainda que se invoque a perspectiva de que estaria exercitando o direito ao trabalho previsto na Carta Maior, inexiste direito líquido e certo do "perueiro", e sua resistência às medidas repressivas, que classifica como ilegais e abusivas, na condução dos atos fiscalizatórios ordenados, como revelam os autos, só faz evidenciar a prática, até confessada por ele, de ato sorrateiro e clandestino, desautorizada pelo Poder Público, em manifesta e flagrante afronta à lei, como também transgride, quer pela habitualidade, quer pelo agenciamento de passageiros ou pela cobrança de passagens *per capita*, as normas que seriam inerentes ao controle e fiscalização insertas no exercício regular de um serviço autorizado. **310**

TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS - Nos períodos compreendidos entre 01.05 a 05.06.89 e 21.09 a 31.12.89, por força do disposto no Decreto nº 30.818, de 29.12.89, que definiu as características do transporte intermunicipal de passageiros, nas regiões metropolitanas, para que pudessem ser considerados "urbanos", só aquelas empresas que já as satisfaziam poderiam ser alcançadas pelo benefício da isenção tributária do ICMS. Àquela época, já não mais tinha aplicação o disposto, a respeito da mesma matéria, na Lei nº 6.763/75, pois, nessa questão, cedera lugar ao Convênio ICM 24/89, que simplesmente "autorizava" os Estados a conceder aquela isenção definitivamente, não os obrigando a fazê-lo. E, se concedessem, concederiam nas condições que lhes consultassem o interesse.

- Fixada a premissa de que o imposto sobre o transporte intermunicipal de passageiros é devido, impõe-se o recolhimento, pouco importando que esteja, ou não, incluído o preço da passagem, pois este fato não constitui hipótese de isenção. Ocorrido o fato gerador previsto em lei, o contribuinte deve recolher o tributo. - Consulta - Legislação tributária - ICMS - Isenção fiscal **267**

TUTELA ANTECIPADA - V. **Prefeito** **127**

- É possível a concessão da tutela antecipada em ações que versam sobre pedido de pensão, cujo caráter é induvidosamente alimentar, eis que configurado o receio de dano irreparável, ante a possível demora na solução do litígio, já que as necessidades vitais a que o benefício visa atender são imediatas e nem sempre possíveis de reparação futura.

- O ordenamento jurídico não veda a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, a não ser nos casos expressos no art. 1º da Lei nº 9.494/97, neles não estando incluídas demandas que versam sobre pensão. As hipóteses ali previstas dizem respeito apenas aos servidores públicos, classe à qual não

pertence beneficiário da pensão por morte. 135

- U -

UNIÃO ESTÁVEL - V. **Direito de propriedade** **144**

- Para o reconhecimento de direito a alimentos, sucessão e patrimônio comum, entre os companheiros, necessário se faz o reconhecimento de união estável passível de converter-se em casamento. A expressão constitucional atinente à possibilidade dessa conversão em casamento é que estabelece o conceito de união estável, como entidade familiar, distinguindo-a do que se convencionou chamar de "concubinato impuro", consistente na convivência *more uxore* entre homem e mulher cuja situação de estado não permite aquela conversão, servindo de exemplo o relacionamento extraconjugal ou adulterino.

- É de ser provido o agravo retido, constante do apelo, que visa à extinção do processo, por impossibilidade jurídica do pedido de alimentos formulado por ex-companheira de homem que, embora se encontrasse separado de fato à época daquela relação com a ex-companheira, se achasse casado de direito com outra mulher, inclusive àquela prestando alimentos. É que, relativamente a alimentos e sucessão, tem-se como requisitos (Lei nº 8.971/94, art. 1º) tratar-se o devedor ou o *de cujus* de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, e que a convivência tenha sido por mais de cinco anos. No tocante aos demais direitos e obrigações resultantes da união estável, nos termos da Lei nº 9.278/96, os pressupostos são a convivência duradoura, pública e contínua estabelecida com o objetivo de constituir família. Assim, mesmo que se pudesse reconhecer o relacionamento duradouro entre os mesmos, é impossível atribuir-se a ele a característica de "união estável", para tratamento de vinculações próprias de direito de família, como o é o da obrigação alimentar, posto que não se pode transformar em casamento. - Alimentos - Sucessão - Agravo retido - Concubinato impuro - Recurso **334**

USO DE DOCUMENTO FALSO E FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR - Artigo 32 da LCP, que se encontra implicitamente revogado pelo artigo 309 do Código Nacional de Trânsito.

- Crime de uso de CNH falsa, que, mais severamente apenado, já contém em si a segunda prática delituosa.

- Fenômeno jurídico da consunção caracterizado.

- Solicitação do documento pela autoridade de trânsito. Súmula 48 do TJMG. Caracterização do crime tipificado no artigo 304 do CP.

- Recurso parcialmente provido para decretar a absolvição quanto à contravenção. - Concurso de infrações **449**

USUCAPIÃO - V. **Ação discriminatória** **281**

- V -

VEÍCULO - V. **Detran** **129**

VENCIMENTOS - V. **Reenquadramento de servidor** (STF) **581**

VEREADOR - A participação de membro de CPI em comissão processante nela fundada e destinada à cassação de mandato de vereador acarreta sua nulidade (dela, comissão), por evidente comprometimento da imparcialidade no julgamento do processo cassatório, ainda que seja este de cunho político. Ademais, quem apresenta denúncia fica impedido de votar sobre ela, e, por óbvio, de participar da comissão processante, pois o liame acusatório que passa a existir entre denunciante e denunciado o impede. **211**

VIOLENTA EMOÇÃO - V. **Resistência** **424**

- W -

WALTER VEADO, Des. - Desembargador Erotides Diniz - Memória do Judiciário Mineiro - Nota biográfica **3**

-:::-

IMPRENSA OFICIAL MINAS GERAIS

Av. Augusto de Lima, 270 - Centro - Fone: (31) 3237-3400
Internet: http://www.iof.mg.gov.br

Revisão: Responsabilidade do Encomendante