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. 51	nº 152	2000

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 1950-2000
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
FRANCISCO DE ASSIS FIGUEIREDO (até 28/06/2000)
RUBENS XAVIER FERREIRA (a partir de 29/06/2000)

Segundo Vice-Presidente: Desembargador
MURILO JOSÉ PEREIRA

Corregedor-Geral de Justiça: Desembargador
PAULO GERALDO DE OLIVEIRA MEDINA

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

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

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Des. **Lúcio Urbano** Silva Martins - Presidente
Des. **Francisco** de Assis **Figueiredo** (a partir de 29/06/2000)
Des. **Rubens Xavier Ferreira** (até 28/06/2000)
Des. Márcio Antônio **Corrêa de Marins**
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. **José Antonino Baía Borges**
Des. **Lucas Sávio** de Vasconcellos **Gomes**

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** (a partir de 29/06/2000)
Des. **Rubens Xavier Ferreira** (até 28/06/2000)
Des. Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins**
Des. **Orlando** Adão de **Carvalho**
Des. **Antônio Hélio Silva**
Des. Petrônio José **Garcia Leão**
Des. **José Brandão de Resende** Filho
Des. Armando **Pinheiro Lago**
Des. Geraldo de **Abreu Leite**
Des. **Páris Peixoto Pena**

SEGUNDO GRUPO

Des. **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. **José Antonino Baía Borges**
Des. **Lucas Sávio** de Vasconcellos **Gomes**
Des. **José Francisco Bueno**
Des. **Célio César Paduani**
Des. **Hyparco** de Vasconcellos **Immesi**

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. **Paulo Tinôco** (a partir de 21/06/2000 até 27/06/2000)
Des. **Gudesteu Biber** Sampaio - Presidente (a partir de 21/06/2000)
Des. **Edelberto** Léllis **Santiago**
Des. **Sérgio** Antônio de **Resende** - Presidente (até 20/06/2000)
Des. **Zulman** da Silva **Galdino**
Des. **Luiz Carlos Biasutti**

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. **José Arthur** de Carvalho Pereira - Presidente
Des. **Paulo Tinôco** (até 20/06/2000)
Des. José **Guido de Andrade**
Des. **Sérgio** Antônio de **Resende** (a partir de 21/06/2000)
Des. **Reynaldo Ximenes Carneiro**
Des. Joaquim **Herculano Rodrigues**

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

Des. **José Arthur** de Carvalho Pereira - Presidente
Des. **Paulo Tinôco** (até 27/06/2000)
Des. **Gudesteu Biber** Sampaio
Des. **Edelberto** Léllis **Santiago**
Des. José **Guido de Andrade**
Des. **Odilon Ferreira** da Silva
Des. **Kelsen** do Prado **Carneiro**
Des. **Sérgio** Antônio de **Resende**
Des. **Roney Oliveira**
Des. **Zulman** da Silva **Galdino**
Des. Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Des. Joaquim **Gomes Lima** Filho
Des. **Luiz Carlos Biasutti**
Des. **Reynaldo Ximenes Carneiro**
Des. Joaquim **Herculano Rodrigues**

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. **Sérgio Lellis Santiago** - Presidente
Des. **Francisco** de Assis **Figueiredo** - Primeiro Vice-Presidente (até 28/06/2000)
Des. **Rubens Xavier Ferreira** - Primeiro Vice-Presidente (a partir de 29/06/2000)
Des. **Murilo** José **Pereira** - Segundo Vice-Presidente
Des. **Paulo** Geraldo de Oliveira **Medina** - Corregedor-Geral de Justiça
Des. Nilo **Schalcher Ventura**
Des. Geraldo de **Abreu Leite** (até 04/06/2000)
Des. Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Des. Joaquim **Gomes Lima** Filho
Des. **Aloysio** Pereira **Nogueira**
Des. **Reynaldo Ximenes Carneiro**
Des. **Páris Peixoto Pena** (a partir de 05/06/2000)

CORTE SUPERIOR

Des. **Sérgio Lellis Santiago** - Presidente
Des. **José Arthur** de Carvalho Pereira
Des. **Paulo Tinôco** (até 28/06/2000)
Des. **Lúcio Urbano** Silva Martins
Des. **Francisco** de Assis **Figueiredo** - Primeiro Vice-Presidente (até 28/06/2000)
Des. **Gudesteu Biber** Sampaio
Des. **Bady** Raimundo **Curi**
Des. **Rubens Xavier Ferreira** - Presidente do TRE (até 27/04/2000) e Primeiro Vice-Presidente (a partir de 29/06/2000)
Des. José **Guido de Andrade**
Des. Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Vice-Presidente do TRE (até 27/04/2000) e Presidente (a partir de 28/04/2000)
Des. **Murilo** José **Pereira** - Segundo Vice-Presidente
Des. **Hugo Bengtsson** Júnior - Vice-Presidente do TRE (a partir de 28/04/2000)
Des. **Orlando** Adão de **Carvalho**
Des. **Antônio Hélio Silva**
Des. **Paulo** Geraldo de Oliveira **Medina** - Corregedor-Geral de Justiça
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. **José Brandão de Resende** Filho
Des. **Sérgio** Antônio de **Resende**
Des. **Luiz Carlos Biasutti**
Des. **Aluízio** Alberto da Cruz **Quintão**

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. Márcio Decat de Moura

Revista Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Diretor

Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Primeiro Vice-Presidente do TJMG (até 28/06/2000)

Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Primeiro Vice-Presidente do TJMG (a partir de 29/06/2000)

Diretor-Geral do TJMG

Luiz Carlos G. Elói

Comissão de Divulgação e Jurisprudência

Des. Francisco Figueiredo - Presidente (até 28/06/2000)

Des. Rubens Xavier Ferreira - Presidente (a partir de 29/06/2000)

Des. Garcia Leão

Des. Abreu Leite

Des. Isalino Lisbôa

Des. Almeida Melo

Des. Aluízio Quintão

Des. Luiz Carlos Biasutti

Des. Paulo Tinôco

Des. Mercêdo Moreira

Secretária Judiciária

Marina de Souza

Diretora de Jurisprudência

Maria Helena Duarte

Redatores

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

Revisores

Maria Célia da Silveira - Coordenadora
Eudes José da Silva Melo
Lucy Maria Brant Miranda
Maria Mônica Ribeiro Rocha
Pedro Jorge Fonseca
Tadeu Rodrigo Ribeiro

Distribuição e Divulgação

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

Redação e Administração

Rua Goiás, 229 – 9° andar
Fone: (31) 237-6125
Belo Horizonte - 30190-030 - MG - Brasil

Sumário

PÁG.

NOTA BIOGRÁFICA

Desembargador Walter Machado 3

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Um acervo que se enriquece - Des. Walter Veado 7
Desembargador Cristovam Breiner - Des. Walter Veado 11

DOUTRINA

O Processo penal brasileiro e o novo impulso pela sua modernização - Dr. Sálvio de Figueiredo Teixeira 15

A incapacidade penal do menor no direito comparado - Dr. Tarcísio José Martins Costa 23

Os impostos sobre o consumo e o comércio de produtos digitais - Drª. Flávia de Vasconcellos Lanari 55

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

1 CORTE SUPERIOR

Mandado de segurança - Decisão concessiva ou denegatória de liminar - Irrecorribilidade 71

Competência - Mandado de segurança impetrado contra ato ou decisão do Juizado Especial - Julgamento - Tribunal competente 75

Dúvida de competência - Ação monitória - Juizado Especial - Declinação de competência para a Justiça Comum - Impossibilidade - Apelação - Exame - Competência da turma recursal de Conselheiro Lafaiete **78**

Dúvida de competência - Ausência de posicionamento de qualquer tribunal acerca da matéria - Recebimento como conflito de competência - Auditorias militares - Argüição de incompetência em razão do foro privilegiado por prerrogativa de função de alguns indiciados - Crime único - Conexão impeditiva de julgamento - Indiciados com foro privilegiado - Jurisdições diversas - Desmembramento - Impossibilidade - Competência do Supremo Tribunal Federal **80**

Dúvida de competência - Ação civil pública - Reparação de danos ao erário por atos de improbidade administrativa - Interesse do município - Preliminar anteriormente decidida pelo Tribunal de Alçada - Irrelevância - Competência do Tribunal de Justiça **84**

Dúvida de competência - Multa penal - Execução - Lei nº 9.268/96 - Art. 51 do Código Penal - Ministério Público - Ação de execução por título judicial - Art. 584, inciso II, do Código de Processo Penal, c/c o 164 da Lei de Execuções Penais - Ajuizamento em Vara Cível - Competência de uma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça **88**

Dúvida de competência - Lei nº 6.024/74 - Liquidação extrajudicial - Banco - Cautelar - Arresto dos bens dos ex-administradores - Competência do Tribunal de Alçada **98**

Dúvida de competência - Ação anulatória de ato jurídico - Nulidade do testamento dos bens da herança - Apelação - Exame - Competência do Tribunal de Justiça - Art. 106, II, *c*, da Constituição Estadual **101**

Dúvida de competência - Ação ordinária de reconhecimento de sociedade de fato c/c petição de herança - Caráter patrimonial - Direito obrigacional - Competência do Tribunal de Alçada **103**

Mandado de injunção - Norma de natureza infraconstitucional - Regulamentação - Imprestabilidade **105**

Titular de cartório de registro de protesto de títulos - Afastamento - Ato do diretor do foro - Competência - Aposentadoria compulsória - Possibilidade **108**

Embargos de declaração - Ausência de requisitos - Fins de pré-questionamento - Contradição entre a ementa e o acórdão - Irrelevância - Rejeição **130**

2 CONSELHO DA MAGISTRATURA

Usufruto - Cessação - Cancelamento - Inexistência de valor patrimonial - Aplicação do artigo 24, inciso II, da Lei Estadual nº 12.727/97 ..... **135**

3 GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS

Súmulas Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais **137**

Revisão criminal - Fato novo - Ônus da prova **142**

Revisão criminal - Pedido visando à oitiva de testemunhas não arroladas no processo principal - Provas novas - Pré-constituição - Justificação judicial **152**

4 GRUPO DE CÂMARAS ISOLADAS

4.1 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Perícia - Anulação - Impedimento e/ou suspeição do perito - Inocorrência **153**

Advogado - Vista dos autos fora de cartório - Documentos originais - Difícil restauração - Circunstância relevante - Ocorrência - Impossibilidade - Despacho - Irrecorribilidade **157**

Dano ambiental - Ação civil pública - Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* - Concessão de liminar - Direito subjetivo do postulante **159**

Alimentos - Revisão - Ações autônomas - Ausência de prevenção - Competência firmada no artigo 100, inciso II, do CPC **160**

Contrato de mútuo - Ação declaratória - Correção das prestações pelo INPC - Permanência do mutuário no imóvel objeto do financiamento - Tutela antecipada - Deferimento **163**

Alimentos - Exoneração - Filho maior - Tutela antecipada - Inexistência de elementos objetivos - Indeferimento - Decisão - Fundamentação sucinta - Validade **164**

Concubinato - Afastamento do concubino da residência comum dos companheiros - Medida acautelatória - Admissibilidade **166**

Concordata - Ação de restituição de bens - Apelação - Efeito suspensivo - Artigo 207 da Lei Falimentar e artigo 520 do Código de Processo Civil - Inteligência - Agravo de instrumento - Artigo 526 do Código de Processo Civil - Descumprimento - Irrelevância **168**

Prova - Gravação magnética de ligações telefônicas - Obtenção clandestina - Ilicitude **170**

Laudo pericial - DNA - Impugnação inconformismo - Repetição da prova - Caráter protelatório **171**

Inspeção judicial - Discricionariedade do juiz - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Agravo de instrumento - Caráter protelatório - Imposição de multa **174**

Interdição - Curador provisório - Nomeação de pessoa estranha em detrimento de parente próximo do interditando - Possibilidade - Agravo - Cópias não autenticadas - Conhecimento do recurso - Retirada dos autos da secretaria do juízo - Cerceamento de defesa - Inocorrência **176**

Execução - Exceção de pré-executividade - Admissibilidade **179**

Assistência judiciária - Defensoria Pública - Existência na comarca - Constituição de advogado particular - Irrelevância - Concessão do benefício **181**

Assistência judiciária - Ausência de procuração com poderes expressos - Indeferimento - Agravo de instrumento - Peças não autenticadas - Recurso não conhecido **183**

Nome - Mulher casada - Exclusão total dos próprios apelidos para adoção do patronímico do marido - Inadmissibilidade - Inteligência do artigo 240, parágrafo único, do CCB **186**

Ação civil pública - Matéria tributária - Impropriedade - Ministério Público - Ilegitimidade ativa **188/202**

Responsabilidade civil do Estado - Homicídio cometido por foragido do sistema penitenciário - Falha no dever de vigilância dos detentos - Nexo causal caracterizado - Indenização - Fixação **213**

Permissão de serviço público - Transporte coletivo de passageiros - Ato discricionário, precário e unilateral - Reajuste de tarifas em índices elevados

- Indenização - Inadmissibilidade - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Honorários de advogado - Causas de pequeno valor **217**

Conselheiro tutelar - Função de caráter especial e transitório - Múnus público - Busca de vantagem pecuniária - Incompatibilidade - Fins patrimoniais pretéritos - Mandado de segurança - Impropriedade **223**

Licitação - Dispensa - Aquisição de mercadorias variadas de fornecedores diversos - Inteligência do art. 24, II, da Lei nº 8.666/93 - Improbidade administrativa - Ausência de dolo ou culpa grave - Descaracterização **225**

Desapropriação - Área expropriada - Destinação - Utilidade pública - Retrocessão - Descabimento - Aprovação de loteamento - Alteração pelo município - Ausência do devido processo legal - Impossibilidade - Laudo oficial - Prevalência - Juros compensatórios - Juros moratórios - Correção monetária - Incidência - Nova perícia - Avaliação da necessidade - Competência do juiz **227**

Ação civil pública - Improbidade administrativa - Ministério Público - Legitimidade ativa - Deputado estadual - Ilegitimidade passiva - Prefeito - Lesividade - Ausência de prova - Presunção - Condenação - Impossibilidade - Juiz - Competência **231**

Alimentos - Propositura - Filho maior portador de síndrome de pânico - Possibilidade **242**

Responsabilidade civil do estado - Cirurgia - Hospital público - Defeito nos equipamentos cirúrgicos - Lesões graves ao paciente - Indenização - Dano moral - Dano estético - Cumulação - Possibilidade - Verbas reparatórias - Honorários de advogado - Fixação - Denunciação da lide pelo Estado - Adminissibilidade **244**

Imposto - Serviços de qualquer natureza - Construção civil - Materiais fornecidos pelo prestador do serviço e subempreitadas - Parcelas - Base de cálculo - Inclusão - Lei municipal - Ilegalidade e inconstitucionalidade - Decreto-lei nº 406/68, artigo 9º, § 2º - Aplicabilidade **260**

Investigação de paternidade - Direito indisponível - Desistência - Impossibilidade - Recurso - Ministério Público - Legitimidade **263**

Servidor público estadual - Aposentadoria - Contribuição previdenciária - Desconto de proventos - Possibilidade durante a vigência da Lei nº 12.278/96 -

Alteração legal superveniente - Lei nº 13.441/2000 - Inaplicabilidade a situações pretéritas - Sujeito passivo da contribuição - Servidor aposentado e servidor em atividade - Ausência de distinção **267**

Imposto - Predial e territorial urbano - Imunidade - Entidade educacional - Utilização de imóvel para atividade essencial **272**

Repetição de indébito - Ação declaratória de inexistência de débito fiscal - Incompatibilidade - Ato administrativo - Atributos - Ônus da prova - Cerceamento de defesa - Inocorrência **275**

Adoção - Consentimento da mãe biológica posterior à sentença - Interesse da criança - Observância - Deferimento - Destituição do pátrio poder - Pedido prejudicado **280**

Apostilamento - Servidor não concursado - Cargo de provimento efetivo - Ausência de titularidade - Impossibilidade - Artigo 34 da Lei Municipal nº 1.206/92, de Nanuque - Inteligência **282**

Responsabilidade civil - Indenização - Acidente automobilístico - Obrigação de indenizar - Ausência de prova - Improcedência - Despesas de funeral da vítima realizadas pelo réu - Irrelevância - Fato ocorrido em rodovia federal - Ilegitimidade passiva do Poder Público municipal - Existência de passarela próxima ao local do evento - Responsabilidade do Poder Público - Inocorrência **284**

Imposto - Predial e territorial urbano - Progressividade - Taxa de limpeza pública - Inconstitucionalidade - Mandado de segurança - Coisa julgada - Incidência - Sentença *extra petita* - Inocorrência **287**

Monitória - Propositura em face da Fazenda Pública - Possibilidade **295**

Adoção - Ocorrência antes da Constituição Federal/88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) - Revogação - Possibilidade **298**

Falência - Crédito trabalhista - Habilitação - Inclusão direta no quadro de credores - Admissibilidade - Sentença - Ausência do nome das partes - Irregularidade **301**

Alimentos - Reais rendimentos do alimentante - Dúvida - Prestação de contas - Carência de ação **303**

Bem público - Execução de projeto habitacional pela municipalidade - Ação de sustação e demolição das obras - Ajuizamento por particulares detentores da posse - Ilegitimidade ativa *ad causam* **304**

Execução - Extinção do feito com fundamento no art. 794, I e II, do CPC - Despesas judiciais - Honorários de advogado - Distinção **306**

Servidor público estadual - Tempo de serviço prestado à municipalidade - Averbação devida - Contribuição previdenciária para o INSS - Certidão de recolhimento - Exigência ilegítima - Regime estatutário - Compensação a cargo do órgão beneficiário **312**

Concurso público - Anulação - Ilegalidade - Comissão parlamentar de inquérito - Prova colhida unilateralmente - Reprodução no processo administrativo - Ausência - Prova testemunhal - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Sindicato - Ilegitimidade ativa - Extinção do processo em relação a apenas alguns servidores - Coisa julgada - Alcance - Mandato - Cassação e posterior ratificação - Efeitos **315**

Ação civil pública - Ressarcimento - Prescrição - Ministério Público - Legitimidade ativa - Artigo 129, III, da Constituição Federal, artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85 c/c artigo 25, inciso IV, letra *b*, da Lei nº 8.625/93 - Inteligência - Perícia - Ausência - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Parte final do § 5º, do artigo 37 da Constituição Federal - Alcance **320**

Imposto - Serviço de qualquer natureza - Sociedade civil prestadora de serviços profissionais - Decreto-lei nº 406/68, art. 9º, § 3º - Aplicabilidade - Lei Municipal nº 6.810/94 - Incompetência legislativa do Município - Mandado de segurança - Prazo - Inocorrência - Carência da ação - Inexistência **327**

Taxa - Serviços de instalação e distribuição de energia elétrica - Lei municipal instituidora - Inconstitucionalidade - Cobrança - Inadmissibilidade - Inteligência dos arts. 21, 22 e 155, § 3º, da Constituição Federal **333**

Dano moral - Prisão ilegal - Homonímia - Legitimidade passiva do Estado (artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal) - Responsabilidade - Indenização - Fixação - Critérios **337**

Consignação em pagamento - Sistema Financeiro da Habitação (SFH) - Prestações - Reajuste - Valor - Discussão no âmbito da consignatória - Possibilidade - Defesa do consignado - Insuficiência de depósito - Inteligência do art. 896, parágrafo único, do CPC **340**

Saúde - Garantia constitucional - Dever do Estado - Tratamento médico - Início através de plano de saúde privado - SUS - Prosseguimento - Recusa - Ofensa a direito líquido e certo **344**

Falência - Habilitação de crédito - Cheque - Origem - Prova - Necessidade - Autonomia cambiária - Restrição **346**

Imposto - Circulação de mercadorias e serviços - Notas fiscais inidôneas - Aproveitamento de crédito - Impossibilidade - CDA - Presunção de liquidez e certeza **349**

Falência - Instrumento de protesto - Validade **353**

Mandado de segurança - Concessão liminar - Requisitos - Informações - Apresentação por procurador - Viabilidade - Necessidade do uso da via judicial - Interesse processual caracterizado **357**

Desapropriação - Perito oficial - Assistente técnico - Laudos conflitantes - Juros compensatórios - Redução - Medida provisória - Inteligência - Bem rentável - Prova - Prescindibilidade - Sucumbência recíproca - Não-caracterização **360**

Imposto - Circulação de mercadorias e serviços - Mercadoria dada em bonificação - Inocorrência de operação mercantil **364**

Ensino - Idade - Defasagem - Igualdade de acesso - Inteligência dos arts. 206, I, e 208, I, da CF/88 - Estudos de ensino médio - Projeto básico de aceleração - Matrícula - Restrição - Impossibilidade **365**

Pensão previdenciária - Servidor falecido - Fixação - IPSM - Entidade autárquica - Art. 40, § 5°, da CF/88 - Eficácia *self-executing* **367**

União estável - Patrimônio comum - Inexistência - Enriquecimento sem causa - Inocorrência - Ressarcimento indevido - Concubinato impuro - Possibilidade de indenização por serviços prestados **370**

Embargos de retenção por benfeitorias - Oportunidade para oposição - Art. 744 do CPC - Inteligência - Posse precária - Reconhecimento anterior - Efeitos - Condições da ação - Preclusão - Inocorrência **374**

Banco - Lei municipal impondo limite máximo de tempo para atendimento aos clientes - Interesse local não caracterizado - Funcionamento de instituição bancária - Competência da União para legislar - Princípio da isonomia de tratamento - Violação - Mandado de segurança - Concessão da ordem **378**

Isenção tributária - Convênio - Impossibilidade **380**

Sentença - Falta de assinatura do juiz - Impossibilidade processual de baixa dos autos para regularização - Caso de inexistência de ato processual **384**

Servidor autárquico - Direito ao reajuste previsto no Decreto Estadual n° 36.829/95 - Posterior edição de lei delegada - Fixação de novos valores de vencimentos - Não-incidência da revisão anterior - Aumento de remuneração - Matéria de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo - Autarquia - Responsabilidade pessoal e direta **388**

Usucapião extraordinário - Bem público - Área verde decorrente de loteamento - Inadmissibilidade - Sentença - Requisitos legais - Observância **393**

Servidor público municipal - Processo administrativo disciplinar - Comissão processante - Composição - Servidores comissionados - Admissibilidade - Ato administrativo - Controle jurisdicional - Apelação - Apresentação de razões - Ausência de petição - Conhecimento do recurso **396**

Guarda de menor - Prevalência do interesse dele - Transferência do respectivo encargo - Justificativa hábil a tanto **403**

Indenização - Ato ilícito - Morte de detento - Responsabilidade objetiva do Estado - Danos material e moral - Cumulatividade - Data do pensionamento - Verba honorária **406**

Sonegação - Bens do espólio - Posse - Ocultação - Recusa da entrega - Necessidade de prova **411**

Cirurgia - SUS - Negativa de autorização - Autoridade municipal - Co-gestor do SUS - Legitimidade para figurar como autoridade coatora - Argüição de incompetência da Justiça comum afastada - Mandado de segurança - Concessão da ordem **413**

Indenização - Contrato celebrado entre o Poder Público e o particular - Descumprimento pelo entre público - Prejuízo para o contratado - Procedência - Honorários de advogado - Fixação - Legislativo municipal - Personalidade jurídica - Ausência - Legitimidade processual - Inexistência - Ministério Público - Desnecessidade de intervenção - Prejudicial - Não-configuração **417**

Falência - Depósito elisivo - Custas processuais - Honorários de advogado - Pagamento - Complementação - Descabimento - Sentença - Nulidade - Inocorrência - Juros moratórios - Correção monetária - Despesas de protesto

- Não-inclusão no depósito - Elisão da falência - Extinção do processo - Possibilidade - Cobrança das parcelas - Via executiva **420**

Registro civil - Retificação - Alteração do nome da mãe no registro civil do filho - Retorno ao nome de solteira por força de divórcio - Impossibilidade **423**

Mandato - Falecimento do outorgante antes da propositura da ação - Extinção - Substabelecimento - Impossibilidade - Inexistência de parte - Irregularidade de representação judicial - Pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo - Ausência **425**

Falência - Decretação - Recusa dos credores ao encargo de síndico - Ausência de bens a garantir o custeio do processo falimentar - Encerramento da falência - Art. 75 do DL nº 7.661/45 ..... **428**

Competência - Execução de título extrajudicial - Intervenção do Estado de Minas Gerais na lide - Foro privativo - *Perpetuatio jurisdictionis* - Inocorrência **430**

Competência - Ação de modificação de cláusula ajustada em separação judicial - Juiz da causa principal - Inteligência do artigo 108 do CPC **432**

Embargos declaratórios - Obscuridade - Falta de dispositivo da decisão - Inocorrência - Concubinato - Concubino casado, mas separado de fato - Não-concomitância com o casamento - União estável - Reconhecimento **434**

Alimentos - Despesas escolares - Dedução - Consentimento tácito dos credores - Débito - Inocorrência - Revisional - Acordo - Redução do *quantum* alimentício - Referência a débitos pretéritos - Ausência - Presunção de concordância dos credores - Execução - Liquidez da condenação - Desaparecimento - Impossibilidade **439**

Mandado de segurança - Alvará de autorização de permanência de menores de 18 anos em bailes populares de clube socioesportivo - Cassação - Negligência do clube no controle dos excessos praticados por menores e consumo de drogas em seu recinto - Alegação indemonstrada de violação de direito líquido e certo e abuso de poder - Conseqüente manutenção do ato cassatório **442**

4.2 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Tóxico - Tráfico - Sentença - Desclassificação - Vista ao Ministério Público para oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo - Inviabilidade - Pena - Fixação - Ausência - Nulidade da decisão **445**

Crime contra a ordem tributária - Inteligência do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 - Responsabilidade objetiva - Impossibilidade - Sócio de empresa comercial - Conduta a ele atribuída - Imprescindibilidade da caracterização do dolo **448**

Júri - Adiamento - Pedido indeferido - Protesto - Ausência - Preclusão - Reincidência - Quesito - Não-inclusão - Fixação da pena - Inclusão - Mera irregularidade - Segunda instância - Decotação - Decisão contrária à prova dos autos - Inexistência - Pena-base - Dolo natural - Ofensa - Inocorrência - Crime hediondo - Art. 10 da Lei nº 9.034/95 - Inaplicabilidade **453**

Incompetência - Estelionato - Furto - Falsidade documental **458**

Resistência - Configuração - "Voz de prisão" - Desnecessidade - Declarações do réu - Falta de apoio nas provas dos autos - Pena - Aplicação correta - Fundamentação suficiente - *Quantum* necessário - Redução - Impossibilidade **461**

Peculato - Configuração - Funcionários de sociedade de economia mista - Equiparação à funcionários públicos para efeitos penais - Confissão espontânea - Atenuante - Não-reconhecimento - Pena - Substituição - Impossibilidade - Sentença - Nulidade - Inocorrência **465**

Júri - Homicídio triplamente qualificado - Cerceamento de defesa - Inexistência - Alegação de deficiência da defesa - Não-caracterização - Embriaguez voluntária - Irrelevância - Decisão consentânea com a prova - Pena-base **470**

Desacato - Comissário de menores - Apreensão irregular de menor - Reação do pai - Ânimo exaltado - Ausência de dolo - Descaracterização do delito - Criança ou adolescente - Privação ilegal da liberdade - Infringência do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, e do art. 106 da Lei nº 8.069/90 - Crime previsto no art. 230 do ECA **474**

Peculato - Continuidade delitiva - Condenação - Sentença anulada por recurso exclusivo da defesa - Apelo ministerial em face da segunda decisão objetivando aumento de pena - Impossibilidade - Proibição da *reformatio in pejus* indireta **476**

Júri - Razões - Ministério Público - Extemporaneidade - Jurado - Indicação como testemunha - Prova nova - Prazo - Contagem - Nulidades - Não-acolhimento **479**

Arma de fogo - Porte ilegal - Art. 10, § 3º, VI, da Lei nº 9.437/97 - Reincidência - Art. 61 do Código Penal - Circunstância agravante, elementar do tipo -

Fixação da reprimenda - Ocorrência do *bis in idem* - Prova testemunhal - Suspeição - Depoimento de policiais - Inocorrência **483**

Falsidade ideológica - Caracterização - Crime formal - Funcionário público - Majorante - Pena pecuniária - Função preventiva, educativa e aflitiva - Fixação adequada **486**

Receptação qualificada - Artigo 180, §§ 1° e 2°, do Código Penal - Inteligência - Elemento normativo - Falsidade ideológica - Concurso de agentes - Caracterização - Suspensão condicional do processo - Retratação - Possibilidade - Ausência de Nulidade - Patrono - Falta de intimação - Inocorrência - Falta de prova da origem criminosa do objeto material - Nulidade - Inexistência **490**

Abuso de autoridade - Art. 4°, *b*, da Lei n° 4.898/65 - Preso sob custódia policial - Exposição em praça pública - Vexame - Constrangimento não autorizado em lei - Delito configurado - Inteligência do art. 38 do CP **503**

Rito processual - Inobservância - Defesa prejudicada - Nulidade do feito **507**

Prostituição - Casa - Não-configuração do crime - Estabelecimento em zona de meretrício - Denúncia - Inépcia - Inocorrência **508**

Júri - Homicídio qualificado - Preliminares de nulidade - Agravante não contida no libelo - Art. 484, parágrafo único, inc. II, do Código de Processo Penal - Aplicação - Peças não submetidas ao contraditório - Prazo suficiente para exame - Ausência de objetos apreendidos - Ocorrência de prejuízo - Argüição - Artigo 571, inc. V, do Código de Processo Penal - Preclusão - Incomunicabilidade dos jurados - Certidão - Assinatura não contestada - Decisão contrária à prova dos autos - Não-comprovação - Manutenção do veredicto popular - Pena - Mínimo legal - Réu primário e de bons antecedentes - Fixação **511**

Medida socioeducativa - Menor - Conduta tipificada no artigo 147 do Código Penal - Ameaça - Falta de representação - Recurso adesivo do Ministério Público - Não-conhecimento **516**

Júri - Segunda apelação pelo mesmo motivo - Inadmissibilidade - Quesito - Falta de indagação da desistência voluntária - Nulidade - Inexistência - Penas - Fixação **517**

Crime contra as relações de consumo - Art. 7°, inciso IX, da Lei n° 8.137/90 - Venda de gêneros alimentícios com data de validade vencida -

Caracterização do ilícito - Erro de proibição - Inconsciência da ilicitude do fato - Inocorrência **522**

Crime de trânsito - Delito do art. 306 do CNT - Condenação - Prática comprovada - Aplicação da pena específica e cumulativa de suspensão da habilitação - Desacato - Não-configuração - Embriaguez completa - Denúncia - Inépcia - Inocorrência **525**

Relação de causalidade - Causa e condição - Distinção - Ausência - Lesão corporal seguida de morte - Forças concorrentes **529**

Júri - Nulidades - Constrangimento dos jurados - Alegação infundada - Oitiva de testemunhas - Critério do juiz togado - Art. 209, *caput*, do CPP - Pena - Fixação **531**

Tóxico - Tráfico - Confissão em juízo - Desclassificação para uso - Impossibilidade - Princípio da proporcionalidade - Observância - Laudo toxicológico - Pena - Substituição - Não-cabimento - Auto de prisão em flagrante - Irregularidades **535**

Dolo eventual - Culpa consciente - Regime prisional - Réu reincidente - Substituição da pena - *Sursis* - Impossibilidade **539**

Tóxico - Tráfico - Coação irresistível - Visitas a cadeia - Ameaças feitas por preso - Art. 22 do Código Penal - Inocorrência **543**

Crime contra a organização do trabalho - Falsidade ideológica - Frustração fraudulenta de direito trabalhista - Delitos dos arts. 203 e 299 do CP - Caracterização - Julgamento - Competência da Justiça Comum **546**

Júri - Supressão de quesitos obrigatórios - Nulidade absoluta **550**

Competência criminal - Conflito negativo de jurisdição - Inexistência - Não-conhecimento - Motivo de foro íntimo - Procedimento **552**

Júri - Quesito relativo à imperícia - Impertinência - Indeferimento - Ausência de nulidade **555**

Prisão civil - Prestações pretéritas - Diligência da requerente - Demora na execução - Perda do caráter alimentar - Não-ocorrência **565**

Habeas corpus - Trancamento de ação penal - Denúncia - Descrição de fato atípico - Tráfico ilícito de entorpecentes - Art. 12 da Lei n° 6.368/76 - Psicotrópico

receitado por médico - Farmacêutico que vende o medicamento em caso de urgência comprovada condicionado ao envio posterior da receita - Ausência de dolo - Descaracterização do delito - Concessão da ordem **567**

Erro material - Sentença de pronúncia - Correção - Coisa julgada - Inexistência - *Habeas corpus* - Meio idôneo - Concessão do *writ* como única solução viável **573**

Execução penal - Regime semi-aberto - Ausência de prédio na comarca para cumprimento da pena - Autorização para que o réu possa assinar diariamente livro próprio na cadeia pública justificando suas atividades - Ilegalidade **575**

Pena - Remição - Freqüência a curso de suplência - Possibilidade - Inteligência do art. 126 da LEP (Lei nº 7.210/84) **578**

Trabalho externo - Condenado que cumpre pena em regime semi-aberto - Concessão independentemente do cumprimento de um sexto da pena - Possibilidade - Critério da razoabilidade na aplicação das normas de execução penal - Caso concreto - Precedentes do STJ - Recurso de agravo (art. 197 da Lei nº 7.210/84) - Prazo - Procedimento **584**

Pena - Comutação - Inteligência do artigo 2º do Decreto nº 3.226/99 - Redução incidente sobre o total da reprimenda imposta - Condenado por delito hediondo - Irrelevância **588**

Regime prisional - Crime hediondo - Sentença condenatória transitada em julgado - Regime estabelecido como sendo simplesmente "fechado" - Progressão para semi-aberto - Possibilidade **590**

Denúncia - Inépcia - Configuração - Nulidade do feito - Possibilidade **592**

Prefeito - Infração político-administrativa - Art. 4º, VIII e X, do Decreto-lei nº 201/67 - Trancamento do processo - *Habeas corpus* - Descabimento - Recurso em sentido estrito - Inteligência do art. 581, X, do CPP - Sistemática do Decreto-lei nº 201/67 - Mesmo fato - Infrações concorrentes **594**

Queixa-crime subsidiária - Denunciação caluniosa - Ministério Público - Omissão - Ausência - Rejeição da queixa **598**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alimentos - Prisão **603**

Civil - Alimentos - Concubinato - Possibilidade jurídica do pedido - CC, art. 233, IV **604**

Processo civil - Inventário - Suspensão **606**

Divórcio - Partilha de imóvel adquirido pelo varão antes do casamento pelo Sistema Financeiro da Habitação - Prestações concernentes ao financiamento solvidas com o esforço comum do casal - Adequada solução encontrada pelo acórdão recorrido: a mulher fica com o direito à metade das prestações pagas na constância da união, mais as benfeitorias realizadas **608**

REsp - Coação moral irresistível - Hipótese em que a vítima figura como agente coator - Separação judicial - Não-configuração **612**

Ação de investigação de paternidade - Legitimidade de filho nascido na constância do casamento - Precedentes da Corte **616**

Administrativo - Ensino superior - Transferência - Aluno - Aprovação em concurso público - Primeira investidura **619**

Recurso em *habeas corpus* - Processual - Denúncia - Exclusão - Possibilidade ante a ausência de causalidade **621**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso extraordinário inadmitido **627**

Habeas corpus - Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei nº 9.099/95) - *Lex mitior* - Âmbito de aplicação retroativa **630**

Habeas corpus - Crime de tráfico de entorpecente - Competência do Supremo Tribunal Federal, segundo quem seja a autoridade coatora **643**

Mandado de segurança - Candidato aprovado em concurso e nomeado juiz de direito - Acumulação de proventos com vencimentos **646**

- A condição de dirigente ou representante sindical não impede a exoneração do servidor público estatutário, regularmente reprovado em estágio probatório (artigos 8º, VIII; 37, VI; 39, § 2º; e 41 da constituição, em seu texto original) **648**

Ministério Público - Ação civil pública - Taxa de iluminação pública do Município de Rio Novo-MG - Exigibilidade impugnada por meio de ação pública, sob alegação de inconstitucionalidade - Acórdão que concluiu pelo seu não-cabimento, sob invocação dos arts. 102, i, *a*, e 125, § 2º, da Constituição **654**

Administrativo - Município de Belo Horizonte - Pedido de licença de instalação de posto de revenda de combustíveis - Superveniência de lei (Lei nº 6.978/95, art. 4º, § 1º) exigindo distância mínima de duzentos metros de estabelecimentos como escolas, igrejas e supermercados - Alegada ofensa aos arts. 1º, IV; 5º, XIII e XXXVI; 170, IV e V; 173, § 4º; e 182 da Constituição Federal **678**

Recurso de *habeas corpus* - Cerceamento de defesa - Sustentação oral obstada ... **681**

LEGISLAÇÃO

DA UNIÃO

Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000 ..... **685**

Decreto nº 3.474, de 19 de maio de 2000 ..... **696**

Decreto nº 3.516, de 20 de junho de 2000 ..... **704**

Decreto nº 3.517, de 20 de junho de 2000 ..... **706**

Decreto nº 3.518, de 20 de junho de 2000 ..... **713**

Emenda Constitucional nº 28, de 25 de maio de 2000 ..... **720**

Lei nº 9.975, de 23 de junho de 2000 ..... **722**

Medida Provisória nº 1.940-22, de 26 de maio de 2000 ..... **722**

Medida Provisória nº 1.949-22, de 26 de maio de 2000 ..... **724**

Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000 ..... **726**

Medida Provisória nº 2.027-38, de 4 de maio de 2000 ..... **730**

Medida Provisória nº 2.029, de 20 de junho de 2000 ..... **737**

DO ESTADO

Decreto nº 41.025, de 27 de abril de 2000 ..... **740**

Decreto nº 41.026, de 27 de abril de 2000 ..... **740**

Lei nº 13.495, de 5 de abril de 2000 ..... **743**

Lei nº 13.514, de 7 de abril de 2000 ..... **746**

Lei nº 13.515, de 7 de abril de 2000 ..... **747**

Resolução nº 693/2000 ..... **757**

Resolução nº 694/2000 ..... **758**

ÍNDICES

Índice numérico **759**

Índice alfabético e remissivo **765**

-:::-



Desembargador Walter Machado

Nota Biográfica

WALTER MACHADO
Desembargador

Walter Machado nasceu em Patrocínio (MG), no dia 31 de maio de 1912, e faleceu em Belo Horizonte no dia 05 de novembro de 1996. Era filho de Teodorico Machado de Miranda e Augusta Dias de Miranda. Foi casado com Genuína de Queiroz Machado, que lhe sobrevive, residindo em Belo Horizonte.

Iniciou e concluiu o curso ginasial no Colégio Mineiro de Barbacena, classificando-se como primeiro colocado em todos os anos do curso. Foi posteriormente aprovado em primeiro lugar no vestibular para o curso de direito, tendo colado grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em 25 de novembro de 1938.

Após, inscrito na Ordem dos Advogados - Seção de Minas Gerais, sob o nº 1.731, exerceu a advocacia em Patrocínio, no período de 15 de fevereiro de 1939 a 1º de dezembro de 1940.

Iniciou-se na Magistratura em 02 de dezembro de 1940, ao assumir o cargo de Juiz Municipal de Coromandel (MG), então Distrito de Patrocínio, por ato de nomeação do Governador do Estado, Dr. Benedito Valadares Ribeiro, datado de 21 de outubro de 1940, tendo assumido em diversos períodos o cargo de Juiz de Direito da Comarca de Patrocínio, por ocasiões das férias e licenças do Juiz de Direito da Comarca.

Por ato do Governador do Estado, Benedito Valadares Ribeiro, datado de 18 de janeiro de 1944, foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Monte Azul e, logo após assumir o cargo, em ato de 09 de março de 1944 foi removido para a Comarca de Pedro Leopoldo.

O ato do Interventor Federal do Estado de Minas Gerais, Dr. João Tavares Corrêa Beraldo, datado de 04 de fevereiro de 1946, nomeou-o para o cargo de Diretor da Imprensa Oficial do Estado, em comissão.

Após retornar à Magistratura, por indicação do Tribunal de Justiça e ato do Governador Milton Soares Campos, datado de 26 de outubro de 1949, foi promovido, por merecimento, do cargo de Juiz de Direito da Comarca de Pedro Leopoldo para o de Juiz de Direito da Comarca de Sacramento.

Mediante indicação do Tribunal de Justiça e ato do Governador Juscelino Kubitscheck, datado de 25 de março de 1953, a pedido, foi removido da Comarca de Sacramento para a Comarca de Araxá, onde permaneceu até janeiro de 1966, tendo neste período recusado diversas promoções, por merecimento e antigüidade.

Indicado pelo Tribunal de Justiça, foi promovido, por antiguidade, em ato do Governador José Magalhães Pinto, datado de 22 de dezembro de 1965, para o cargo de Juiz de direito da 4ª Vara da Assistência Judiciária e Acidentes do Trabalho da Comarca de Belo Horizonte.

O Tribunal de Justiça indicou e o ato do Governador Rondon Pacheco, datado de 20 de dezembro de 1972, o promoveu, por merecimento, ao cargo de Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, onde integrou a sua Segunda Câmara Civil, da qual foi Presidente. Exerceu os cargos de Vice-Presidente e Presidente daquela Corte, tendo sido o idealizador e o primeiro Diretor da *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*.

Foi promovido, por antigüidade, mediante indicação do Tribunal de Justiça e ato do Governador Francelino Pereira dos Santos, datado de 02 de maio de 1979, ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, onde oficiou, ininterruptamente, nos julgamentos proferidos por sua Quarta Câmara Cível e Câmaras Cíveis Reunidas. Desempenhou ainda as funções de membro do Conselho da Magistratura estadual, vindo a ser agraciado, por fim, com a mais alta distinção conferida pelo Tribunal aos seus membros e juristas renomados, o Colar do Mérito Judiciário, quando foi também condecorado pelo Governo do Estado, com a Medalha de Honra da Inconfidência e, depois, por promoção, com a Grande Medalha. Foi homenageado, ainda, pelo Clube dos Advogados de Minas Gerais, nos anos de 1976 e 1977, como "Personalidade de Destaque do Judiciário", com inscrição em placas de prata de palavras de reconhecimento e gratidão pelo tratamento sempre cordial e respeitoso dispensado à ilustre classe dos Advogados.

O Clube dos Advogados de Minas Gerais, em 1978, outorgou-lhe o Diploma e a Comenda "Doutor Cláudio Manoel da Costa", pelos relevantes serviços prestados à causa pública.

Em 31 de maio de 1982, foi aposentado no cargo de Desembargador, por limite de idade, com passagem antes pela política partidária como Diretor da Imprensa Oficial do Estado, quando interventor no Estado o Dr. João Tavares Corrêa Beraldo e como suplente de Deputado Federal à Assembléia Nacional Constituinte de 1946, posição a que renunciou, retornando à judicatura, quando já próxima a sua convocação para participar dos trabalhos congressuais.

A Câmara Municipal de Araxá concedeu-lhe o título de Cidadão Araxaense em 03 de abril de 1963 (Lei nº 1/63, de 22/02/1963).

Da união matrimonial do Des. Walter Machado com Genuína de Queiroz Machado, nasceram os filhos Maria Ignez Machado Mendes, pedagoga; José Walter de Queiroz Machado, advogado militante; José Amílcar de Queiroz Machado, Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Maria Augusta Machado Portella, psicóloga; e José Teodorico de Queiroz Machado, advogado militante.

Concluindo estas notas, registre-se ainda: o bisavô materno do Des. Walter Machado, Major Antônio Alves de Souza, além de alongada e efetiva militância política em Patrocínio, no curso do Reinado de Dom Pedro II, exerceu as funções de Juiz Municipal, substituto, do Termo da Vila de Patrocínio, da Comarca de Paracatu, por nomeação em 23 de março de 1846, de acordo com as leis do Império, pelo então Presidente da Província de Minas Gerais e Oficial da Ordem da Rosa, Doutor Quintiliano José da Silva. Foi alçado, posteriormente, ao cargo de Desembargador da Relação da Província, em Ouro Preto, Tribunal presentemente sediado em Belo Horizonte, com a denominação de Tribunal de Justiça, onde Walter Machado encerrou a sua carreira de magistrado como Desembargador integrante de sua Corte, colegiado limitado de Desembargadores.

-:::-

Memória do Judiciário Mineiro

UM ACERVO QUE SE ENRIQUECE

Des. Walter Veado (*)

Em pouco mais de um decênio de existência, este setor do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, criado em 9 de novembro de 1988, por iniciativa do então Presidente, o saudoso Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira, tem procurado cumprir o seu relevante papel como órgão incumbido da preservação, guarda e divulgação da história judiciária mineira, exteriorizada em peças, processos, livros, documentos e fatos relacionados com a vida e a obra das mais expressivas figuras da Magistratura estadual.

Dentre as peças que, desde então, vieram a integrar o acervo da *Memória*, despertam maior curiosidade: a ata da primeira sessão do antigo Tribunal da Relação, em 3 de fevereiro de 1874; os originais do testamento e do inventário de Ana Jacintha de São José, a decantada Dona Beja, de Araxá; o inventário dos bens deixados pelo Barão e pela Baronesa de Paraopeba; um processo criminal de falsificação de cédulas, nos primórdios da República; processos e livros relacionados com a escravidão; documentos assinados por D. Pedro II e Presidentes da República; o primeiro exemplar do *Minas Gerais* e a Constituição Mineira de 1947.

Constitui-se precioso acervo, continuamente enriquecido por novas aquisições, muitas por doação, graças, muitas vezes, à eficiente colaboração de magistrados estaduais, cuja preocupação com a preservação das importantes fontes de pesquisa histórica existentes nos cartórios tem sido de alta valia para o crescimento do Museu.

O falado desinteresse pela salvação dos arquivos forenses, se existiu, cedeu lugar a elogiável conscientização de Juízes e serventuários da Justiça, no sentido da sua conservação, seja enviando processos, livros e outras peças à *Memória*, seja, como é desejável, procurando mantê-los na própria Comarca, em museus judiciais ou confiados aos municipais.

(*) Superintendente da *Memória do Judiciário Mineiro*.

São exemplos eloqüentes dessas iniciativas o Museu da Cidade de Entre Rios de Minas, denominado "Centro Cultural Ministro João Ribeiro", a Casa de Cultura Municipal da Cidade de Bonfim e a criação da Memória Judicial da Comarca de Rio Preto, com a colaboração de professores e alunos da Faculdade de Direito de Valença, RJ.

Paralelamente, celebraram-se convênios com entidades educacionais para o recolhimento, restauração e estudo de processos e objetos com estes relacionados, como a Universidade Estadual de Montes Claros, a Pontifícia Universidade Católica de Minas, "Campus" de Poços de Caldas, e a Fundação de Ensino Universitário de São João Del-Rei, esta em parceria com a representação local do IPHAN/MEC.

Dois estudos justificam especial destaque, ambos realizados com o apoio dos Juízes de Direito Drs. Paulo Antônio Begalli, de Caldas, e Paulo Rubens Salomão Caputo, de Cabo Verde:

- um, projeto sobre o tema "O valor da vida nos processos criminais da Comarca de Caldas, no período de 1874-1889";

- outro, realizado pelo acadêmico de Direito e serventuário da Justiça Edson Alexandre da Silva, teve como tema a última execução da pena de morte naquela Comarca, em 1857, com o enforcamento do homicida Francisco Baptista Ribeiro, vulgo "Cachico", recebendo a *Memória* cópia da alentada pesquisa.

Novas aquisições

Sempre contando com a colaboração dos nossos colegas das Comarcas do interior, como também de outros setores do Tribunal, a *Memória* vem ampliando o seu acervo com valiosas aquisições, dentre as quais:

a) da Comarca de Alvinópolis, livros de registro civil do Distrito de Fonseca, contendo atos notariais relativos a escravos, enviados pelo Juiz de Direito Dr. Afonso José de Andrade;

b) o Livro de Notas nº 1754, que contém a carta de alforria de Francisca da Silva de Oliveira, a conhecida Chica da Silva. Esse livro foi descoberto no arquivo forense da Comarca de Serro pela emérita historiadora Júnia Ferreira Furtado, Doutora em História pela USP, e enviado à *Memória* pelo Juiz de Direito Selmo Silo de Souza;

c) a espirituosa narrativa da penosa viagem, em 1926, da Holanda ao Brasil, das seis freiras que fundaram, em Araçuaí, o Colégio Normal Nazareth, localizada, por cópia, em processo enviado pelo Juiz de Direito da Comarca, Dr. Fábio Torres de Souza;

d) os originais do processo criminal nacionalmente conhecido como "O Caso dos Irmãos Naves", famoso erro judiciário, remessa do Juiz de Direito da Comarca de Araguari, Dr. Carlos Henrique Batista Braga;

e) livro de atas do Tribunal da Relação de Minas, contendo manifestações de aplauso à Princesa Isabel pela abolição da escravatura, em maio de 1888; e ao Imperador D. Pedro II, em regozijo por ter escapado ileso de atentado, em meados de 1889. Em outra folha, vêem-se as assinaturas do monarca, da imperatriz, da Princesa Isabel, do Príncipe Pedro Augusto e de acompanhantes. Encontrava-se esse livro no Arquivo Geral do Tribunal, enviado a *Memória* pelo então Chefe daquele setor, Sr. Syllas Dutra Vieira.

Deve-se registrar que até mesmo de pesquisadores estranhos ao Judiciário têm vindo expressivas contribuições, como o estudo que o historiador espinosense Dirceu Ribeiro da Cruz elaborou, analisando a conduta funcional e a trágica morte, em 1927, do magistrado Carlos Vicente de Carvalho, sob o título "Juiz de Direito é assassinado à traição em Espinosa".

Incineração suspensa

Acolhendo as ponderações da *Memória*, a Corte Superior do Tribunal de Justiça emitiu Resolução, em fins de 1998, suspendendo a incineração de autos findos, que anterior provimento havia autorizado.

A medida foi recebida com aplausos nos meios culturais, porque possibilita a salvação de processos cuja importância talvez não estivesse ainda bem avaliada.

Entrementes, atendendo à recomendação da anterior Resolução, diversos Juízes de Direito, previamente auscultada a *Memória*, remeteram apreciável número de processos, cuja conservação se mostrava necessária. Assim, preservaram-se processos em que figuras exponenciais como os Ministros Arthur Ribeiro e Orozimbo Nonato haviam atuado, bem assim juristas de tomo, como Celso Agrícola Barbi; e outros, que tiveram curso por procedimentos hoje extintos, como ações decendiárias, ou extravagantes, como autorização para transporte de cadáver, de interesse para o estudo da história do processo civil brasileiro.

Põe-se a *Memória do Judiciário*, como se vê, em sintonia com o moderno conceito de que não são os museus meros repositórios de peças e documentos antigos, recolhidos para servirem como fontes inertes da pesquisa histórica, à disposição dos estudiosos. Eles documentam os fatos do passado, a vida e a obra de grandes figuras, aqueles contribuindo para a compreensão do momento presente, estas inspirando, pelo exemplo, as gerações posteriores.

-:::-

DESEMBARGADOR CRISTOVAM BREINER

Des. Walter Veado (*)

O ano que findou viu passar o centenário de nascimento de exponencial vulto das letras e da Magistratura nacionais, nascido em Minas Gerais, em verdade, pouco conhecido dos mineiros, embora sua carreira judiciária se tenha iniciado em nosso Estado.

Nasceu Cristovam Breiner em Ubá, aos 22 de maio de 1899, mas, aos sete anos, transferiu-se para Mariana, onde passou a infância e parte da juventude, tornando-se eterno apaixonado da velha cidade, e, depois, para Ouro Preto, a fim de se preparar para os exames preparatórios seriados. Antes, cursou o Seminário, tornando-se conhecido pelo latim castiço.

Fez o curso de Direito na Faculdade de Belo Horizonte, lecionou na Escola de Comércio Tito Novaes e se iniciou na advocacia, mas, ante as dificuldades da profissão, obteve a nomeação para o cargo de Juiz Municipal de Itapecerica e, depois, de Curvelo.

Então já casado com a emérita professora Zulmira de Queiroz Breiner, uma das cultas e competentes mestras que a revolucionária reforma do ensino encetada por Francisco Campos, Mário Casassanta e Gustavo Capanema revelara, voltou a lecionar, no Lyceu Mineiro daquela cidade do Centro-Norte mineiro, além de escrever na imprensa local.

Em Curvelo ficou por algum tempo. Enquanto a professora Zulmira regia a cadeira de Metodologia na Escola Normal Oficial, implantando, com notável eficiência, os novos procedimentos didáticos preconizados pelos educadores vindos da Europa, Cristovam, de permeio com a atividade forense e o magistério, auxiliava os Padres Redentoristas do Santuário de São Geraldo, dando asas à sua marcante vocação religiosa.

Destemido e independente, veio a desagradar aos chefes políticos locais, deixou o Judiciário e transferiu-se para o Rio de Janeiro, onde voltou ao magistério, em uma academia de comércio. Foi contratado pelo *Jornal do Comércio* para a seção "Vida Religiosa" e trabalhou na revista *A Ordem*, dirigida por Alceu de Amoroso Lima, convivendo com brilhantes figuras, como o beneditino Dom Marcos Barbosa.

(*) Superintendente da *Memória do Judiciário Mineiro*.

Agitado, irrequieto, Cristovam Breiner exerceu inúmeras outras atividades, além do jornalismo e da advocacia, mas, sua real vocação era a Magistratura, e pôde dar-lhe efetividade, inscrevendo-se em concurso de provas e títulos para Juiz do Distrito Federal, sendo aprovado, entre colegas de alto nível, como Aguiar Dias e Henrique Horta de Andrade.

Depois de muita luta para obter a nomeação, seguiu, alegre e feliz, para a distante Maracaju, capital do hoje extinto Território de Ponta Porã. Embora homem da cidade, vivendo e vibrando com a metrópole, adaptou-se rapidamente à nova sede, então uma capital sem luz elétrica, água encanada e sem esgoto.

Extintos todos os territórios, retornou ao Rio, o que só conseguiu graças à intervenção de seu amigo, Desembargador Afrânio Costa, assumindo a 2ª Vara de Família da Capital. Enquanto a esposa lecionava, com o mesmo brilho dos tempos de Curvelo, no tradicional Colégio Jacobina, e publicava livros sobre educação, Cristovam realizava verdadeiro apostolado como Juiz de Família, aconselhando os casais desavindos, incentivando o reconhecimento de filhos naturais.

Dotado de grande capacidade de trabalho, e sempre com o serviço rigorosamente em dia, ainda conseguia lecionar em duas Faculdades de Direito e uma de Economia e em cursos de extensão na Associação dos Magistrados. Pertenceu a inúmeras entidades culturais, assistenciais e do laicato católico, dentre estas a Federação das Congregações Marianas do Rio de Janeiro, da qual foi presidente por quatro períodos.

Ainda assim, jamais abandonou a atividade literária, que iniciara ainda em Curvelo, no ano de 1932, com o aplaudido romance *Um Caixeiro Viajante e seu Filho Doutor*.

Sua obra literária é grande e multiforme, deixando inúmeros livros de poesias, entre os quais se destacam os dedicados às queridas Ouro Preto e Mariana e à Virgem Maria. Nessa rica produção intelectual se incluem, além do romance citado: *A Família e sua Constituição*, *Bosque da Ingenuidade*, *Meu Poema de Ouro Preto*, *O Santo Rosário* e *Poemas Religiosos*. No campo do direito da sociologia cristã e da deontologia deixou consolidados os princípios que sempre lhe nortearam a vida, como magistrado, professor e cidadão: *Cristianismo e Sociedade. No Limiar da Ética*, *Pensamentos Sociais Cristãos* e, como tese para concurso à livre docência de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, *Psicopenologia*.

Aposentou-se compulsoriamente como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Somente a velhice conseguiu afastá-lo, pouco a pouco, de tudo o que constituía a sua razão de existir, até mesmo dos versos e do direito, como do laicato cristão, vindo a falecer em 5 de setembro de 1991. A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sentida homenagem, reverenciou-lhe a memória, em nota transcrita em ata.

Cristovam Breiner foi modelo de Juiz, de professor e de cristão, sempre fiel às suas origens mineiras, as quais jamais abandonou ou obscureceu, legando-nos um exemplo que deve servir de inspiração às novas gerações e, especialmente, aos integrantes da Magistratura.

-:::-

Doutrina

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O NOVO IMPULSO PELA SUA MODERNIZAÇÃO

Sálvio de Figueiredo Teixeira (*)

1 A iniciativa, a metodologia e os anteprojetos da Reforma

Estavam o Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Associação dos Magistrados Brasileiros buscando caminhos para reformular a legislação processual quando, juntamente com o Ministério da Justiça, resolveram entregá-la à direção da Escola Nacional da Magistratura.

Em relação ao processo civil, adotou-se então, como metodologia, dentro de uma linha prioritária de simplificar, agilizar e dar efetividade:

a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional;

b) deixar de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas;

c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho;

d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos se necessário (*v.g.*, CPC, arts. 272/273, 478/479), mas sem alterar a fisionomia dos Códigos;

e) buscar o consenso nas alterações propostas.

(*) Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor de Direito Processual.

Com tais objetivos, após debates, reflexões, críticas e sugestões recebidas, onze projetos foram encaminhados ao Legislativo.

Este, embora a efervescência política, causada pelo *impeachment*, pelo escândalo do orçamento, pela frustrada revisão constitucional e pela proximidade das eleições, até o final de junho de 1994 já havia convertido em lei (3) três desses (11) onze projetos. Posteriormente, outros (7) sete foram também aprovados, restando sobrestado apenas um, concernente às denominadas "demandas múltiplas", no aguardo da "Reforma do Judiciário".

Recentemente, dando seqüência à Reforma, agora em sua segunda etapa, outros três e importantes anteprojetos vieram a ser elaborados e entregues ao Ministério da Justiça, para encaminhamento ao Congresso Nacional.

Em relação ao *processo penal*, cujos trabalhos tiveram início mais lento, observando-se a mesma metodologia, uma Comissão se encarregou da formulação dos textos básicos.

O resultado desses trabalhos foi publicado no *DOU* de 30 de junho de 1993, não apenas para ciência dos interessados, mas sobretudo para o recebimento de críticas e sugestões, como então se fez constar, com o escopo do aperfeiçoamento dos textos e da democratização do processo de reforma.

Sobre referidos textos, e as manifestações recebidas, que foram numerosas, laborou uma segunda Comissão, que se encarregou da revisão e elaboração final dos anteprojetos, tendo até mesmo ampliado o número dos textos inicialmente preparados. O *DOU* de 16 de março de 1994 publicou, no expediente do Ministério da Justiça, referidos anteprojetos.

2 Os anteprojetos

Tomando por base o texto desses anteprojetos, a Comissão, coordenada pela Escola Nacional da Magistratura e integrada por magistrados, advogados, membros do Ministério Público, delegados, todos eles professores universitários e/ou doutrinadores, houve por bem proceder a uma minuciosa revisão daquele documento, por ela mesma elaborado, daí resultando o total de 16 (dezesseis) anteprojetos, assim distribuídos, publicados na íntegra no *DOU* de 25/11/94:

- *1º Conjunto*

1. Do inquérito policial

2. Do procedimento ordinário

3. Dos procedimentos sumário e sumaríssimo

4. Da suspensão condicional do processo

- *2º Conjunto*

1. Da prova ilícita

2. Da prova pericial

3. Da prova testemunhal

4. Da defesa efetiva

- *3º Conjunto*

1. Da citação-edital e da suspensão do processo

2. Da intimação

- *4º Conjunto*

1. Da prisão e outras medidas restritivas

2. Da fiança

3. Da prisão temporária

- *5º Conjunto*

1. Do agravo

2. Dos embargos

- *Projeto isolado*

Do júri.

3 Os participantes

Participaram desses trabalhos, por ordem alfabética, além de outras eventuais presenças, os Professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Nabor Areias Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Edson Freire O'Dweyer, Fátima Nancy Andrighi, Francisco Camargo Lima, José

Barcelos de Souza, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Flávio Gomes, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Roberto Maurício Genofre, Rogério Lauria Tucci, Sidnei Agostinho Beneti e este expositor, que os presidiu.

4 Principais inovações

Destacavam-se entre as principais inovações, assinaladas na exposição publicada no *DOU* e posteriormente aprimoradas em sua redação e em seu conteúdo:

a) a modernização do julgamento pelo Tribunal do Júri, através de medidas como a simplificação e redução dos quesitos, a dispensabilidade da presença do acusado, a supressão do libelo e do protesto por novo júri, o saneamento prévio, a escolha e convocação dos jurados, a legitimação para requerer-se o desaforamento, a disciplina e organização da pauta, a maior liberdade do jurado na formação do seu convencimento;

b) a melhor disciplina do procedimento ordinário, estabelecendo-se inclusive contraditório prévio ao recebimento da denúncia, na linha hoje adotada pela maioria dos estatutos processuais penais modernos, privilegiando-se os princípios que regem a oralidade, especialmente os da imediação e da concentração;

c) a adoção dos procedimentos sumário e sumaríssimo para as contravenções e os crimes punidos com pena de detenção, realizando-se interrogatório, instrução e julgamento em uma única audiência, priorizando-se os princípios da oralidade, da informalidade e da celeridade;

d) a conceituação, como infrações penais de menor potencial ofensivo, das contravenções e dos crimes a que for cominada pena máxima de (2) dois anos de detenção, submetendo-as ao procedimento sumaríssimo e admitindo-se, ressalvadas as exceções legais, a tentativa de conciliação nessas modalidades de infração, prevendo-se reparação do dano ou suspensão condicional do processo em não havendo dano ou na impossibilidade econômica da sua reparação;

e) a preocupação em tutelar a vítima, não apenas quanto à reparação nas hipóteses de transação, com fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos causados e considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, executando-se esse valor após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido;

f) a intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente da acusação através do órgão incumbido da publicação das intimações, em havendo, no qual deverão ser arrolados, separadamente, na mesma edição e em ordem alfabética, os nomes dos advogados;

g) a adoção do agravo, nos próprios autos ou por instrumento, com efeito suspensivo nos casos que enumera e naqueles em que, a critério do relator, possa resultar da decisão dano grave de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação;

h) a uniformização, com o processo civil, dos prazos relativos aos embargos de declaração e aos embargos infringentes;

i) a suspensão do processo e do prazo da prescrição, se o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, podendo o juiz, nesses casos, determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e decretar a prisão preventiva nos termos do art. 312, CPP;

j) o prosseguimento do processo sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente, para qualquer ato, deixa de comparecer sem motivo justificado, assim como daquele que, em caso de mudança, não comunica o seu novo endereço ao juízo, com o que se evitará o abusivo fenômeno da prescrição, tão freqüente;

k) a imprescindibilidade da defesa efetiva, com nomeação de outro defensor se insuficiente a mesma se apresentar;

l) a suspensão condicional do processo[1] por prazo determinado, no qual não flui o prazo prescricional, submetendo-se o acusado a regime de prova, observados determinados requisitos, dentre os quais pena mínima a ele atribuída não superior a 1 (um) ano, bons antecedentes e obrigação de reparar o dano causado pelo crime, declarando-se extinta a punibilidade se expirado o prazo sem revogação da medida, inovação que tem similar no melhor direito estrangeiro, a descongestionar o foro criminal;

m) a melhor disciplina do inquérito policial, com substituição deste pela "autuação sumária" nas infrações penais de menor potencial ofensivo;

n) o aprimoramento do texto da Lei nº 7.960/89, que trata da prisão temporária, destinada às investigações policiais;

o) as modificações quanto ao instituto da fiança, para aperfeiçoá-lo, inclusive adotando escala de valores calcada no salário mínimo, substituindo tal modalidade de liberdade provisória nos casos de comprovada pobreza;

p) a previsão da separação obrigatória dos presos provisórios em relação aos já condenados;

1 Esta proposta, com pequenas alterações, foi aproveitada na Lei nº 9.099/95, que introduziu em nosso sistema jurídico os Juizados Especiais.

q) a ampliação das hipóteses de prisão preventiva e a possibilidade de sua substituição por medidas restritivas de liberdade que dispensem o recolhimento à prisão, contribuindo para a melhoria do sistema carcerário;

r) nos casos de crime contra a fé pública, a administração pública ou o sistema financeiro, a faculdade outorgada ao juiz de também impor o afastamento do acusado do exercício da função pública e o impedimento de sua participação, direta ou indiretamente, em licitação pública, ou em contrato com a administração direta, indireta ou fundacional, e com empresas públicas e sociedades de economia mista;

s) o dever de decidir o juiz motivadamente, na pronúncia, sobre a manutenção de prisão ou de medida restritiva de liberdade anteriormente decretada, decretando-a, tratando-se de réu solto, se atendidos os requisitos legais.

t) a maior preocupação com a produção das provas pericial e testemunhal e repúdio à prova ilícita;

u) a solução legislativa a algumas divergências de exegese, ajustando-se os anteprojetos a princípios e garantias constitucionais, a exemplo da preservação da privacidade e da presunção de inocência.

5 Os projetos

Ao encaminhar os projetos ao Congresso Nacional, o Executivo, em fins de 1994, já com outro titular na Pasta da Justiça, introduziu algumas alterações, o que forçou a Comissão a elaborar substitutivo e emendas aos Projetos nºs 4.895, 4.896, 4.897, 4.898 e 4.900, encaminhando-os ao relator na Câmara.

Infelizmente, ao contrário do que ocorreu no âmbito do processo civil, a "Reforma do Processo Penal" não recebeu o mesmo apoio, prestando-se hoje os trabalhos realizados apenas como referencial e subsídio para novas tentativas de reforma.

6 O espírito da Reforma

Os anteprojetos refletiram as tendências modernas do processo penal na busca de realizar o interesse público na prevenção e repressão da criminalidade, acelerá-lo e dar-lhe eficácia, sem descurar das garantias e dos direitos do acusado, assim como a preocupação com a vítima e seus dependentes, atendendo à segurança jurídica e às coordenadas do Estado Democrático de Direito proclamado pela Constituição, que tem na dignidade da pessoa humana seu primeiro e mais valioso fundamento.

Após mais de meio século de vigência do Código de Processo Penal, surgem justificados reclamos da sociedade de novos instrumentos de política

processual penal, em correspondência aos novos tempos sociais, políticos, econômicos e culturais. Os textos daqueles projetos se inserem nesse universo de inquietação, reflexões e esperança.

7 A retomada da Reforma, com a participação do Instituto Brasileiro de Direito Processual, e a previsão no texto da "Reforma do Judiciário"

Após tantas expectativas e frustrações, em 1999 o Ministério da Justiça convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual, então presidido pela Profª Ada Pellegrini Grinover, a promover os estudos necessários à realização da Reforma do Processo Penal.

Nesta linha de novas perspectivas, é de assinalar-se também a previsão do texto aprovado no 1º turno da "Reforma do Judiciário" na Câmara dos Deputados, segundo o qual o Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação da Emenda Constitucional, comissão especial mista destinada a promover, além de outros projetos de lei, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, "alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional".

Renovam-se as esperanças nesta alvorada de novo século, notadamente em um momento no qual tanto se reivindica uma nova Justiça penal, mais eficiente, eficaz e humana.

-:::-

A INCAPACIDADE PENAL DO MENOR NO DIREITO COMPARADO

Dr. Tarcísio José Martins Costa (*)

Sumário: 1 Critérios doutrinários sobre a idade penal. 2 A polêmica fórmula do discernimento. 3 Dificuldades para a fixação de uma idade-limite. 4 Argentina. 5 Uruguai. 6 Alemanha. 7 Itália. 8 França. 9 Bibliografia.

1 Critérios doutrinários sobre a idade penal

A determinação do limite de idade a respeito da incapacidade penal do menor, que ao legislador cumpre estabelecer por um imperativo do ordenamento sociojurídico e exigência da vida prática, não é tarefa de fácil solução, porquanto plena de arestas conflitivas resultantes dos diferentes aspectos que envolve: biológicos, psicológicos, sociais, políticos, filosóficos e até climatológicos.

Daniel Hugo D'Antonio[1], renomado menorista argentino, ao analisar o alcance do sistema de normas dirigido a regular a capacidade penal do menor, aponta uma contradição essencial. Se, de um lado, se verifica uma intenção legislativa acentuada por diversas disposições, consistente em excluir total e definitivamente o menor do âmbito do Direito Penal e conceder-lhe um tratamento específico e diferenciado, por outro, depreende-se da análise da regulamentação legal do Direito Positivo a manutenção de intituições vinculadas ao âmbito do Direito Penal.

De qualquer sorte, conforme assinala *Rafael Sajón*[2]:

En general, existe consenso en que los menores deben recibir un tratamiento separado, pero se discute la determinación de la edad en que debe aplicarse la legislación y los principios del Derecho Penal común. Las soluciones legislativas oscilan entre los 14 y los 21 años como limite de edad de la imputabilidad penal, lo que significa su exclusión de la órbita del Derecho Penal.

(*) Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude de Belo Horizonte - Membro do Comitê Geral da Associação Internacional dos Magistrados da Juventude e de Família - Diretor-Tesoureiro da Associação Internacional (Mercosul) dos Juízes da Infância e da Juventude - Ex-Presidente da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude-ABRAMINJ.

1 D'ANTONIO, Daniel Hugo. *El menor ante el delito*. Buenos Ayres: Astrea, 1992, p. 102.

2 SAJÓN, Rafael. *Derecho de menores*. Buenos Ayres: Abeledo Perrot, 1995, p. 122.

Sem dúvida, é difícil encontrar-se uma solução universalmente válida para o problema, verificando-se que a idade flutua nos diversos códigos, desde aqueles que estabelecem a responsabilidade, ainda que atenuada, a partir dos 12 ou 14 anos até os que somente a exigem desde os 20 anos de idade.

Assim, para somente citar alguns exemplos, mencionamos os códigos penais de alguns países:

Hungria, Romênia e ex-União Soviética	12 anos
Alemanha, Grã-Bretanha, Itália	14 anos
Egito, Honduras, Guatemala, Índia, Iraque, Paquistão, Paraguai, El Salvador e Síria	15 anos
Argentina, Bélgica, Birmânia, Ceilão, Cuba, Chile, Filipinas, Espanha, Hong Kong, Israel, Marrocos, Nicarágua, Portugal e Cingapura	16 anos
Austrália[3], Bolívia, Costa Rica, Grécia, Malásia, Nigéria e Nova Zelândia	17 anos
Áustria, Austrália Meridional e Ocidental, Brasil, Canadá[4], Colômbia, Dinamarca, Equador, Finlândia, França, Holanda, Irã, México, Noruega, Luxemburgo, Panamá, Peru, República Dominicana, Suíça, Tailândia,Turquia, Tunísia, Uruguai e Venezuela	18 anos
Japão	20 anos
Ilhas Salomão e Suécia	21 anos

Nos *Estados Unidos*[5], os menores de 7 anos de idade são totalmente irresponsáveis. Dos 7 aos 14 são presumidos também irresponsáveis penalmente, mas estão sujeitos à prova da capacidade, para discernir entre o bem e o mal. Os menores de mais de 14, 16 ou 18 e até os 21 anos, conforme as legislações estaduais, têm, pelo contrário, a presunção da capacidade penal.

3 Queensland, Tasmânia e Victória. Nos Estados de Nova Gales do Sul, Austrália Meridional e Austrália Ocidental, e territórios, a responsabilidade penal é fixada em 18 anos.
4 Quebec, Manitoba e Saskatchewam. Nas outras províncias é fixada em 16 anos.
5 Aos 21 anos no Arkansas, Califórnia e Wyoming (sexo fem.). Aos 18 anos em Dakota do Norte e do Sul, Ohio, Oklahoma (sexo fem.), Oregon, Pensilvânia, Rhode Island, Texas (sexo fem.), Utah, Virgínia, Virgínia Ocidental, Washington, Wisconsin, Indiana, Iowa, Kentucki (sexo fem.), Hawai, Maryland, Minesota, Mississipi, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Novo México. Aos 17 anos em Delaware (sexo fem.), Flórida, Illinois (sexo masc.), Kentucki (sexo masc.), Louisiana, Maine, Massachussets, Michigan, Missouri, Tennesee, Texas (sexo masc.). Aos 16 anos em Alabama, Connecticut, Georgia, Kansas, New York, Carolina do Sul e do Norte, Oklahoma (sexo masc.), Vermont, Porto Rico.

Como se sabe, a posição do menor perante a lei penal norte-americana é bastante complexa, porquanto cada Estado possui legislação penal própria, muitas delas permitindo que os menores sejam julgados por tribunais comuns, conforme a gravidade do crime.

Alguns dos países acima mencionados e outros não citados, que fixam a idade penal entre 12 ou 14 e 16, estabelecem uma responsabilidade condicionada à verificação do *discernimento*, com pena bastante atenuada. A pena imposta será sempre cumprida em estabelecimentos de reeducação, totalmente distintos daqueles destinados aos maiores.

Essa diversidade de idades, podemos dizer, é o resultado da polêmica teórica existente em torno do tema, pois, excluindo-se determinados extremos, como o expressado por um escritor belga, que sugeriu a idade de 30 anos como a da maturidade plena e, portanto, da responsabilidade penal, bem como o extremo contrário, que considera a criança como um ente perigoso, certo é que ninguém duvida que a personalidade de uma pessoa só se encontra plenamente formada depois de alcançar um certo grau de maturidade que só se adquire com o decurso dos anos. Até então, os jovens são mais vulneráveis à tentação de violação das regras jurídicas, por se tratar de pessoas em formação e desenvolvimento, sem a firmeza propiciada pela normas morais que orientam a vida em sociedade, cujos padrões de conduta não têm a consistência adequada, que permita exigir uma responsabilidade plena pelo atos praticados.

Como se sabe, a menoridade é um conceito jurídico que o legislador extrai da própria realidade, fixando os seus limites.

Três são os critérios utilizados para delimitá-la:

a) *critério biológico ou cronológico*, vigente no Brasil, que estabelece uma idade fixa, abaixo da qual se considera o menor inimputável. Algumas legislações estabelecem gradações de incapacidade (*Argentina* e *Cuba*);

b) *critério psicológico*, adotado geralmente pelos países do *common law* e nos antigos países socialistas, que tem por fundamento a capacidade de entender e de querer, em sentido amplo. Demonstrado que o menor, independentemente de sua idade, seja possuidor de capacidade intelitiva e volitiva, poderá ser condenado até mesmo à prisão perpétua e à morte;

c) *critério biopsicológico*, previsto no Código Penal brasileiro de 1969 e em nosso Código Penal Militar, em que se conjuga uma idade mínima com a capacidade intelitiva e volitiva, aferida através de uma espécie de exame criminológico. É também adotado na *Alemanha* e *Itália*.

O *critério biológico*, adotado pela maioria das legislações, presume *juris et de jure* a imaturidade dos menores abaixo de determinada idade, que pode ser tanto 12, 13, 14, 15 ou 16, como 17, 18, 19 ou 20 anos.

A presunção absoluta responde a ponderações que o legislador, apoiado em apreciações científicas, faz da realidade infanto-juvenil, que varia, no tempo, não só de pessoa para pessoa, como por influência de fatores psicológicos e mesológicos. Daí, a grande flutuação das idades acolhidas pelos legisladores dos diferentes países, no decurso dos anos, e as intransponíveis dificuldades para se estabelecer qual é realmente a idade adequada para se poder exigir responsabilidade na ordem penal.

Segundo *Gonzales Del Solar*[6]:

En favor del primer criterio juega la generalización que permite la observación científica en una pluralidad de individuos sometidos a estudio; en contra del segundo criterio (e também do terceiro), la impossibilidad de determinar con exactitud el momento en que el individuo alcanza la capacidad para juzgar con madurez las diversas situaciones de significación ético-jurídica y obrar conscientemente. Una cosa es apreciar en la persona el advenimiento de la consciencia moral, cuya existencia evidencian actitudes y acciones indubitables, y otra es determinar la capacidad para desenvolverse ética e jurídicamente con madurez.

Criticando o *critério biológico* adotado em seu país, o *Uruguai*, *Maria de los Angeles Pérez Ferreiro*[7] assinala que o direito, ao admitir que o menor, pura e simplemente, é inimputável antes de atingir os 18 anos de idade, acaba por negar-lhe *la possibilidad de autodeterminación, la compreensión de su conducta y lo deja fuera del derecho penal, trasladándolo al derecho de menores, donde los conceptos de imputabilidad y culpabilidad no tienen recibo. En derecho de menores no se admite la ficción garantista de la culpabilidad y su consecuencia, la responsabilidad del acto. Allí las ficciones son más crueles y non implican al hombre 'como si fuese libre', porque definitivamente la realidad muestra a un menor, un joven en quien no se pensó como hombre. Al no admitirle negún grado de autodeterminación, nada resulta más prejudicial que esta ficción legal respecto la inimputabilidad, pues ella nos da paso a la represión de los menores, en eras de la prevención especial que viene legitimada desde el discurso legal.*

6 GONZALES DEL SOLAR, José H. *Delincuencia y Derecho de Menores*. Buenos Ayres: Depalma, 1995, p. 44.
7 FERREIRO, Maria de los Angeles Pérez. *Derecho Penal Juvenil*. Montevidéu: Editorial Universidad Ltda., p. 70.

Guido Arturo Palomba[8], psiquiatra forense e titular da *Academia de Medicina de São Paulo*, anota que

"O menor de idade, a rigor, pode ser visto como um ser portador de um desenvolvimento mental incompleto, pois o seu biopsicossociocultural ainda não se desenvolveu completamente. Quem, com desenvolvimento mental completo pode, em sã consciência, dizer que o entendimento de um adolescente e a forma como ele se determina de acordo com esse entendimento é igual à maneira como um homem maduro entende e se determina?".

O ilustre autor, como outros, manifesta sua estranheza ante a concepção que considera criminalmente inimputável o menor com 17 anos e 364 dias, pois se tivesse completado 18 anos, no caso de ser um indivíduo mentalmente normal, ao contrário, os atos praticados lhe seriam totalmente imputados.

"Esse maniqueísmo deve ser condenado em nossas leis, pelo simples motivo de que *natura non facit saltus* (a natureza não dá saltos): quando termina a noite não é nesse momento que começa o dia; há entre ambos a aurora, que não é nem noite, nem dia, e começa com o sol a 18 graus abaixo da linha do horizonte, segundo os astrônomos... Admitindo-se graduações, estaríamos deixando de parte o maniqueísmo do claro-escuro, do tudo ou nada, do responsável-irresponsável, do capaz-incapaz, condenável quando aplicável ao ser humano, cujo desenvolvimento mental começa com a inconsciência e a pouco e pouco vai-se diferenciando, evoluindo, amadurecendo, tornando-se consciência reflexiva e transcendente".

Bélgica (16 anos), *Brasil* (18 anos), *Espanha* (16 anos), *França* (18 anos) e *Grã-Bretanha* (14 anos), entre outros, optaram pela teoria da maturidade, que se presume *juris et de jure*, a partir de determinada idade, enquanto pouquíssimos países, dentre eles se destacando o *Chile, Alemanha* e *Itália*, optaram por uma categoria intermediária de maturidade verificável, na qual a imputabilidade está subordinada à prova do discernimento.

2 A polêmica fórmula do discernimento

Conforme veremos adiante, tanto o *Código Penal italiano* (arts. 97 e 98), como a *Lei Judicial Juvenil alemã* distinguem uma categoria de menores compreendidos entre 14 e 18 anos. Para a lei peninsular, esses menores são imputáveis se se demonstra que atuaram com capacidade de entender e de querer, devendo ser examinado o desenvolvimento da personalidade em cada caso. Para a lei germânica, tornam-se penalmente responsáveis se forem considerados suficientemente

8 PALOMBA, Guido Arturo. *Os limites da menoridade do ponto de vista psiquiátrico-forense*. Pretor-Softwares.

maduros, conforme o desenvolvimento moral e mental, para compreender *lo injusto del obrar y actuar según esa compreensión.*

Na *Argentina*, o *Anteproyecto de Ley de Justicia de Menores*, redigido por especialistas do Poder Executivo, ainda em discussão, veio a acolher a teoria do discernimento em seu art. 2°, que estatui:

Es inimputable el menor que al momento del hecho no hay cumplido los dieciséis años de edad. También lo es el menor de dieciséis a veintiún años de edad que en el momento del hecho, por insuficiencia de su madurez mental o emocional, no haya podido compreender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones sin prejuicio de las restantes previstas en el art. 34 del Código Penal.

Tal fórmula, que admite uma categoria intermediária de presunção *juris tantum*, acolhida em nosso País pelo *Código Criminal do Império*, *Código Penal de 1890*, *Código Penal de 1969* e *Código Penal Militar*, por sua imprecisão, tem sofrido as mais pesadas críticas, podendo constituir-se em fonte de inesgotáveis controvérsias, geradora de insegurança para a normal distribuição da justiça.

As Propostas de Emenda Constitucional nºs 386 e 20, de 1996 e 1999, apresentadas, respectivamente, pelo Dep. *Pedrinho Abraão* e pelo Sen. *José Roberto Arruda*, pretendem ressuscitá-la em nosso País. A primeira, ao reduzir a idade da imputabilidade penal para os adolescentes entre 16 e 18 anos, em relação *aos delitos contra a pessoa, o patrimônio e aos definidos em lei como crimes hediondos* e, a segunda, sem distinção quanto à espécie de crime, *quando constatado o seu amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei.*

É de se convir que enormes são as dificuldades para se provar a inimputabilidade por insuficiência de maturidade mental ou emocional. À evidência, nenhum advogado deixará de argüir em favor de seu jovem cliente a existência de uma das causas de exclusão da imputabilidade, objetivando subtraí-lo do juízo penal.

Convém lembrar, ainda, que nem sempre os distintos especialistas encarregados da elaboração do laudo pericial estarão acordes em suas conclusões, o que dificultará, sobremodo, o julgamento de cada caso, sendo certo que o prejudicado haverá de recorrer às instâncias superiores, retardando, assim, a aplicação da pena ou da medida socioeducativa pertinente.

A experiência de mais de quarenta anos da Alemanha na matéria, recolhida por *Hilde Kaufmann*[9] em sua obra *Delincuentes Juveniles: Diagnosis y Juzgamiento*, nos é relatada por *Gonzales Del Solar* ao examinar o tormentoso tema.

9 KAUFMANN, Hilde. *Delincuentes juveniles: diagnosis y juzgamiento. Apud* GONZALES DEL SOLAR, José H. *Op. cit.*, p. 215/216.

A autora adverte que, na prática dos tribunais alemães, se apresentam dificuldades consideráveis na aplicação do diagnóstico psíquico e que *por eso la administración de justicia penal juvenil es insegura respecto de la selección de consecuencias jurídicas orientadas por el pensamiento educativo.*

Ao falar do espírito com que se empreendeu a investigação de campo em sua obra, diz que foi o de tentar atuar sobre a prática judicial, concitando o juiz juvenil a ouvir o perito a respeito da situação psíquica do menor, e a incorporar a seus conhecimentos jurídicos outros dirigidos à melhor compreensão *de la problemática concreta de la personalidad respecto de aquellos jóvenes cuyo desarollo, cuya socialización, han sido gravemente perturbados.*

Finalmente, ao valorar os resultados da investigação empreendida, relata haver recolhido a impressão *de que la praxis penal de los tribunales juveniles es dirigida todavía en forma muy fuerte por el pensamiento individualizador, que debe tener vigencia en el derecho penal juvenil, pero que esta comprobación no contiene necesariamente en modo alguno un reproche en contra de los tribunales juveniles, pues más bien se pone en claro la difícil situación en que ellos se ven ante el estado actual del derecho y práctica procesal.*

Sustenta que tal deficiência obedece a que *los tribunales no están en situación adecuada de colocar como base de sus decisiones un diagnóstico de personalidad suficiente.*

Induvidosamente, os obstáculos para se proceder na prática forense, em cada caso, a uma eficiente verificação da capacidade de compreender e de querer ou estabelecer a suficiente maturidade psíquica do jovem para a compreensão do injusto e atuar de acordo com esse entendimento são, na verdade, praticamente intransponíveis.

Como bem enfatizou *Gonzales Del Solar*[10]:

Sin embargo, cabe tener presente, y de manera importante, que no se há adoptado esta solución legal porque se estime que es lógicamente imposible tal verificación, sino porque se há experimentado la imposibildad real actual de formar un juicio cierto en cada caso. La legislación debe ofrecer soluciones acorde a las reales capacidades humanas, y no imponer condiciones que arrojen al juez al abismo de lo insondable y acarren desasosiego social.

Com muito mais razão, o exemplo alemão não deve ser seguido por nós,

10 *Op. cit.*, p. 216/ 217.

especialmente, levando-se em conta que não contamos no Brasil, em nenhum dos Estados da Federação, sobretudo nas comarcas mais distantes, com uma Justiça aparelhada e com pessoal habilitado para a realização de diagnósticos psíquicos do menor. Muito menos se conta com instituições apropriadas e pessoal habilitado no acompanhamento e orientação do jovem adulto, uma vez que sua pena deverá ser cumprida em estabelecimentos especiais, totalmente distintos dos destinados aos adultos.

A propósito, lembrou muito bem *Aldo de Assis Dias*[11]:

"(...) que tais leis são feitas para vigerem por toda a imensa extensão de nossa Pátria, não apenas em magalópoles como São Paulo e Rio de Janeiro; lembremo-nos ainda de que as condições imperantes no País são acentuadamente diversas das dessas duas grandes cidades, que, além do mais, já entre si muito diferem; de que, nessas condições, a generalização a todo País de providências provocadas por casuística local de uma cidade grande não se explica em hipótese alguma. É de direito inaceitável.

Onde, por todo o território nacional, serão encontrados os requisitos técnicos, em material e pessoal especializados, necessários para apurar o 'desenvolvimento psíquico do menor para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta', se nem sequer nas duas maiores cidades brasileiras são eles facilmente encontradiços?".

Enfim, como disse *Del Solar*, recordando a lição bíblica de *Esaú*, que trocou sua primogenitura por um prato de lentilhas, o que se quer evitar é que um passo imprudente da legislação troque o que hoje é objeto de precisão normativa pelo que amanhã pode ser fonte de inesgotáveis controvérsias, confusão judicial e generalização de práticas punitivas.

3 Dificuldades para a fixação de uma idade-limite

Como todos sabemos, não faz muito tempo que o menor foi excluído da possibilidade de ser submetido a uma condenação criminal. Recorde-se que muitas crianças, mesmo de curta idade, chegaram a ser condenadas a sofrer penas corporais e, até mesmo, a morte.

A moderna orientação no tratamento da conduta juvenil desviada, com fundamento nos princípios da especialização e individualização, culminou por

11 DIAS, Aldo de Assis. *O menor em face da Justiça*. São Paulo: Ed. Lex, 1977, p. 212.

reconhecer, em definitivo, que o menor tem efetivamente uma capacidade diminuída e requer juiz especial, procedimento especial e meios especiais de correção em vez de penas[12].

Erige-se, assim, como sua maior defesa, a consagração jurídica de sua incapacidade.

O reconhecimento da distinção biológica da idade cronológica e do desenvolvimento do psiquismo da criança e do adolescente, em suas diversas fases de crescimento, provoca o nascimento das instituições especializadas no tratamento das questões menoristas, dentre elas, os tribunais de menores.

Surge o que sociologicamente se denominou uma *cultura legal especial para jovens*, como uma forma de autolimitação do poder estatal.

Todavia, o estabelecimento de idades demasiado curtas, por algumas legislações do século passado e do início deste, como pressuposto da imputabilidade penal, em completo divórcio com essa nova realidade, tem merecido reprovação unânime dos especialistas e da moderna normativa internacional.

A necessidade de consagrar uma idade, a partir da qual se devam sofrer as conseqüências de uma sanção penal, reveladora de uma posição eminentemente retributiva, e, por via de conseqüência, estabelecer uma idade determinada, abaixo da qual se deva aplicar um regime tutelar, pedagógico e reeducador, tem, sem dúvida, se constituído num dos maiores desafios aos especialistas[13].

A idade, como definem os dicionários jurídicos e sociais, é o período computado desde o nascimento do homem e serve para graduar sua capacidade[14].

Esta capacidade resulta de um conjunto de condições biossociopsicológicas, que possibilitam ao ser humano, no decurso dos anos, estruturar-se, conhecer,

12 V. MONTES, Jeronimo. *Derecho Penal Español*. *Apud* D'ANTONIO, Daniel Hugo. *El menor ante el delito*. Buenos Ayres: Astrea, 1992, p. 163.

13 Da observação do psiquismo humano se têm distinguido as seguinte fases de desenvolvimento: a) do nascimento aos 14 anos, fase de aquisição frênica, compreendendo os seguintes períodos: de 0 a 1, período sensorial; de 1 a 3, período glóssico; de 3 a 7, período dos interesses gerais; dos 7 aos 14, período dos interesses especiais; b) dos 15 aos 21 anos, a fase da organização frênica: período dos interesses sociais e éticos; c) acima dos 21, é a fase da organização frênica: período dos interesses práticos.

14 ORGAZ, Arturo. *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*. *Apud* GONZALES DEL SOLAR, J. H. *Op. cit.*, p 18.

compreender e internalizar os valores morais, éticos e jurídicos, que pautarão sua conduta em sociedade.

Tratar menores, ainda em desenvolvimento biopsicossocial, para fins de reprovação sancionatória, igualmente aos adultos, implicaria, portanto, a possibilidade real de amplo conhecimento do menor das situações jurídicas que vive, sendo necessária a minuciosa e impraticável verificação, em cada caso concreto, do nível de conhecimento, compreensão, internalização da proibição e antijuridicidade de sua conduta[15].

A idade, sem dúvida, constitui um primeiro pressuposto da imputabilidade penal, em razão de que tem a medida do tempo vital transcorrido, fazendo presumir certo grau de desenvolvimento no conhecimento e autodeterminação.

Como bem enfatizou *Del Solar*[16]:

No resulta fácil, sin embargo, su determinación, porque las leyes naturales de la mente operan en la interioridad, revistiendo la contextura somática únicamente valor indiciario al respecto. Por eso corresponde el recurso a los datos que a propósito brindan al legislador la filosofía y las ciencias del hombre, como que vienen de la propia experiencia con un marco referencial concreto.

Aúnque la universalidad insita en la naturaleza podría llevar a la elaboración de fórmulas de imputabilidad aplicables a toda la humanidad, lo cierto es que cualquiera de ellas pecaría de irrealidad al no consultar la dimensión que ocupa en la evolución de la personalidad el recorde mismo de su existencia, dimensión a la cual no es ajeno el grado alcanzado por un pueblo en el dominio de la moralidad. De allí que cada país establezca en su regulación penal el límite de imputabilidad, procurando conjugar en la persona los aspectos de su ser y de su existir, sin poder evitar muchas vezes que la falta de fundamento científico lleve presunciones nacidas de mudables opiniones.

A presunção absoluta de incapacidade penal atende a ponderações que o legislador faz da realidade infanto-juvenil, calcado em apreciações científicas, porém, unicamente, de caráter probabilístico.

15 ZAFFARONI, em brilhante elaboração doutrinária, remete o conceito de culpabilidade ao problema do conhecimento e compreensão do direito, distinguindo os conceitos de conhecimento e compreensão da norma. Entende que o conhecimento é um grau anterior à compreensão. Por compreender não só se entende conhecer. *El conocimiento es un grado anterior a la compreensión, pero ésta requiere además la internalización de las normas, al hacerlas parte del propio equipo psicológico.* V. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Ayres: Ediar, 1986, p. 529/530.
16 GONZALES DEL SOLAR, José H. *Op. cit.*, p. 173/174.

Como já se disse, é difícil encontrar uma solução válida universalmente para o problema, porquanto cada país adota suas soluções levando em conta fatores de natureza diversa, próprios de seu ambiente e cultura.

Cuida-se, de certa forma, de uma ficção legal atribuir a imputabilidade a partir de determinada idade, nada indicando, como observa *Hungria*[17], que a idade de 18 anos, adotada pelo Código Penal brasileiro de 1940, inspirado principalmente por um critério de política criminal, seja um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação.

Ressalte-se que a idade de 18 anos, fixada nos arts. 28 da Constituição Federal, 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 27 do Código Penal, não se afigura menos caprichosa e até mesmo arbitrária do que a de 16 anos, pretendida em diversas emendas apresentadas no *Congresso Nacional*.

Todavia, por se tratar de um limite razoável de tolerância recomendado por importantes documentos internacionais, tem sido o adotado pelas maioria dos países, com pequenas variações para mais ou para menos[18].

Como anota *Rafael Sajón*[19]:

No obstante la diversidad existente, se ha recomendado nivel internacional la necesidad de fijar objetivamente, la edad a partir de la cual comienza a ser aplicable la ley penal; edad que non debe ser inferior a 18 años, ya que se sostiene desde el punto de vista de la psicología social, que lo individuo no há adquirido el modo de pensar y el comportamiento del adulto antes de esa edad.

Por debajo de los 18 años la persona no aprecia con objetividad los antecedentes e consecuentes de sus actos. Es propio de los adolescentes y jóvenes la presencia de una serie de factores emocionales que bloquean sus funciones mentales y su intelecto haciendo incompleta la percepción de lo realizado. Carecen por tanto de suficiente madurez como para compreender sus acciones y por ende de capacidad suficiente para responder penalmente.

Por compreender essa verdade, a idade de 18 anos foi apontada como o limite razoável de tolerância recomendado pelo *Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas*, em 1949.

17 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 359.
18 V. MASSA, Patrícia Helena. "A menoridade penal no Direito Brasileiro". *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais* - 4, doutrina, p. 129.
19 SAJÓN, Rafael. *Op. cit.*, p. 122.

Outros documentos internacionais, como o *Pacto de São José da Costa Rica*, de 1969, as *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Beijing Rules), a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU*, de 20/11/89, o *VII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente*, realizado em 1985, em Milão, recomendam que a fixação da idade penal não se dê em faixa demasiado baixa.

As *Regras de Beijing*, em seu ponto quarto, prescrevem:

"*Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de maioridade penal a respeito dos menores, seu começo não deverá fixar-se em uma idade demasiado baixa, tendo em conta as circunstâncias que acompanham a madurez emocional, mental e intelectual...*".

O *XII Congresso Panamericano da Criança*, de 1963, recomendou expressamente que o menor de 18 anos seja excluído da legislação penal comum:

(...) que el límite de la imputabilidad se establezca sobre la base de un conocimiento real de la minoridad de cada país y con relación a sus exigencias particulares, siendo deseable que el menor de 18 años quede excluído de la legislación penal común. Toda acción consecuente debe tender a obtener las mejores condiciones posibles que permitan su incorporación positiva al medio social.

O mesmo ocorreu nos Congressos realizados pela *Associação Internacional dos Juízes da Juventude e de Família*, que a cada quatro anos realiza eventos de caráter mundial. Em várias oportunidades, a conceituada entidade, sediada em Genebra, firmou a sua posição a favor do aumento, e jamais da diminuição da idade da responsabilidade penal. O *XII Congresso Internacional* do Rio de Janeiro, com a presença de 782 especialistas de 34 países, reiterou recomendação nesse sentido. Também o *XV Congresso Internacional*, realizado em Buenos Aires, de 2 a 6 de novembro de 1998.

Em maio de 1998, o *XVII Congresso da Associação Brasileira dos Juízes da Infância-ABRAMINJ* e o *I Congresso da Associação Internacional Mercosul dos Juízes da Infância e da Juventude-AIMJIJ*, reunidos em Recife, também se posicionaram contrariamente às emendas constitucionais que pretendem a redução da capacidade penal para 16 anos.

4 Argentina

4.1 Antecedentes históricos

O direito colonial espanhol vigorou nos territórios de ultramar até mesmo

depois da proclamação da independência de muitos deles. Assim, as *Leyes de las Siete Partidas*[20] *promulgadas por* Alfonso X, no século XII, para os reinos de *Castela* e *León*, regeram por longos anos a vida jurídica das colônias espanholas, dentre elas a do Território do Prata.

Na *Sétima Partida*, eximiam-se de responsabilidade penal os menores de *diez años y medio por méngua de razón y de sentido*, impondo um regime atenuado de pena para os que cometiam delitos entre essa idade e a de dezoito anos.

Tais disposições, com as modificações ocorridas no direito colonial espanhol, regeram o país platino até a sanção de seu primeiro Código Penal, em 1886.

4.2 Código Penal de 1886

Resultou do projeto elaborado pelo Dr. *Carlos Tejedor*, professor de Direito Penal da Universidade Federal de Buenos Aires, sob forte influência do Código Penal da Baviera de 1813 e do Código Espanhol de 1848.

No *Título IV, Livro II*, o codificador argentino eximia de responsabilidade os menores de dez anos, assim como os compreendidos entre esta idade e quatorze anos, a menos que *sean reconocidos capaces de imputabilidad*. Nestes casos, o projeto previa a correção doméstica com a cooperação e vigilância da autoridade.

Os maiores de dez anos e menores de quatorze, considerados capazes de imputabilidade, como os compreendidos entre esta idade e a de dezoito anos, ficavam sujeitos a penas atenuadas, havendo isenção de pena de morte para os menores de vinte e um anos. As referidas sanções deviam ser cumpridas em regime de separação dos maiores condenados, *con trabajo moderado y instrucción moral y religiosa*.

Revisto o *Projeto Tejedor* por uma comissão designada pelo Poder Executivo nacional, finalmente, o Congresso argentino sancionou, em 7 de dezembro de 1886, o Código Penal, mantendo no tocante à responsabilidade penal a solução apontada pelo autor, eliminando a perspectiva correcional para os isentos de responsabilidade.

4.3 Código Penal de 1921

Sancionado em 30 de setembro de 1921, o novo Código Penal, baseado em projeto elaborado por uma comissão de juristas, integrada por *Rodolfo Rivarola*,

20 Uma das mais perfeitas e curiosas compilações da Idade Média, iniciada em 1256 por Fernando II, o Santo, Rei de Castela, e concluída em 1263 por seu filho, D. Alfonso X. Tem esse nome porque foi dividida em sete partes.

Norberto Piñero, Diego Savedra, Francisco Beazley, Cornelio Moyano Gacitúa e *José Maria Ramos Mejía*, estabelecia a imputabilidade penal a partir dos quatorze anos, havendo previsto para menores desta idade a entrega aos pais, tutores ou guardiões, a menos que fossem considerados perigosos, caso em que o tribunal devia ordenar a colocação em estabelecimento correcional até a idade de dezoito anos.

Para os menores de idade que tivessem mais de quatorze anos e menos de dezoito, o Código contemplava duas respostas: a primeira, referente aos ilícitos reprimidos com pena que pudesse ensejar a suspensão condicional, o que possibilitava a entrega aos pais, tutores ou guardiões, a menos que considerados perigosos, caso em que o tribunal devia determinar a internação até os vinte e um anos; a segunda, tratando-se de ilícito com pena maior, o tribunal podia diminuí-la na forma prevista para a tentativa (art. 37).

Segundo anota *José Gonzales Del Solar*[21]:

Las categorías utilizadas por el Código Penal de 1921 dejaban definitivamente superada la cuestión del discernimiento, provocada por la referencia que a él hacía el Código de 1886. Al respecto, dice Sebastián Soler que al apelar al discernimiento 'la ley aparecia basada en un criterio unilateral y psicológicamente insuficiente; aparte de implicar una errada noción de la psicología infantil y un desconocimiento del poder con que actúan en la mala conducta infantil determinados factores mesológicos (abandono material y moral), de los cuales el menor es totalmente inculpable y que suelen coincidir con cierta precocidad intelectual, acuciada, precisamente, por la necesidad vital del menor abandonado a su propia suerte.

O novo Código argentino também beneficiava o menor de dezoito anos punível, eximindo-o da declaração de reincidência (art. 38).

4.4 Ley nº 14.394

Os dispositivos aplicáveis aos menores, no *Código Penal de 1921*, vigoraram na Argentina até 14 de dezembro de 1954, quando *Juan Perón* promulgou a *Ley 14.394*, diploma de grande amplitude, que em seus treze primeiros artigos estabeleceu o novo regime aplicável aos menores, derrogando no art. 57 os arts. 36 a 39 do Código Penal.

A mensagem que acompanhava o projeto proclama o propósito de

Sutraer a los menores del Código Penal, para ser sometidos a un régimen especial, adecuado a las modalidades de cada uno, destinándolos, cuando correspondiere, a establecimientos assistenciales y educacionales".

Jorge de la Rua[22], *citado por* Gonzales Del Solar, observa:

Como un primer paso en el tránsito de la equidad a la justicia legal, el nuevo dispositivo sólo traía un 'tamiz de especificidad' para la actuación de la 'ley penal común', pero no previa un regimen integral para la reeducación de los jóvenes delincuentes, ni siquiera lograba independencia en cuanto al derecho penal sustantivo. En este último aspecto, tanto en la determinación de lo que por delito se debía entender, como lo que por pena cabía imponer, esta ley especial seguía siendo tributaria del Código Penal, al que remitía a esos fines en un grado tal que de él dependía la precisión misma del concepto de imputabilidad en relación con la edad.

O novo ordenamento considerava inimputáveis os menores de dezesseis anos, devendo o tribunal indagar acerca do fato atribuído e de suas condições pessoais, familiares e ambientais, estas últimas em virtude do conhecimento direto e pessoal, bem como por perícias realizadas pelo *Consejo Nacional de Protección al Menor* ou órgão equivalente em cada uma das províncias (art. 1º). Se as circunstâncias do fato e as condições pessoais evidenciassem a inexistência de uma situação irregular subjacente - abandono, perigo material ou moral, falta de assistência ou graves problemas de conduta -, o juiz devia deixá-lo com seus pais, tutores ou guardiões, livremente ou sob um regime de liberdade vigiada (art. 2).

A lei procurava apoiar o marco familiar, seja o original ou o substituto e implementar a internação como uma medida subsidiária a cumprir-se nos institutos do *Conselho Nacional de Proteção ao Menor* ou das entidades provinciais equivalentes[23].

A *Lei 14.394* consagrava a imputabilidade a partir dos dezesseis anos ao considerar esta idade como representativa de suficiente discernimento, presumido *juris et de jure*. Não obstante, distinguia algumas categorias ao dividir o espectro menorista em menores inimputáveis (até os quatorze anos); imputáveis de sanção eventual (entre quatorze e dezesseis anos) e menores imputáveis com tratamento especial para sua detenção e prisão (entre os dezesseis anos e a maioridade).

Assinala *Daniel Hugo D'Antonio*[24] que:

La acentuación de las manifestaciones tutelares de la intervención judicial constituyó la característica más avanzada de la regulamentación normativa

21 GONZALES DEL SOLAR, José H. *Op. cit.*, p. 164.

22 DE LA RUA, Jorge. Código Penal Argentino. *Apud* GONZALES DEL SOLAR, José H. *Op. cit.*, p. 165.
23 GONZALES DEL SOLAR, José H. *Op. cit.*, p. 106.
24 D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Op. cit.*, p. 108.

impuesta por la Ley 14.394, concediendo a la actuación de los jueces una amplitud signada por la orientación proteccional de la tarea. Igualmente, las medidas tutelares que podían disponer los jueces abarcaban un amplio espectro que permitia atender con los elementos correspondientes.

E, mais adiante, concluía o mestre platino:

Todo ello nos llevó a ostener que se trataba de una ley típicamente enmarcada entre las normas correspondientes al derecho de menores, na atención a su finalidad tutelar y pedagógica. Agregamos oportunamente que constituyó un considerable avance legislativo en materia de protección al menor, y durante su vigencia las fallas observadas provenían más de la carencia de organismos especializados encargados de su aplicación que de la instrumentación legal misma.

Em razão da guerrilha de esquerda, ocorrida nos anos 70, foi promulgada pelo Presidente de fato, *Jorge Videla*, a *Ley 21.338*, de 25 de junho de 1976, que modificou a *Ley 14.394* ao reduzir a imputabilidade para quatorze anos, estatuindo que a regulamentação se aplicava até os dezesseis anos, idade esta a partir da qual os menores ficavam sujeitos ao regime especial penal comum.

4.5 Ley nº 22.278 (Regime legal vigente)

Sancionada em 25 de agosto de 1980, foi modificada três anos depois pela *Lei 22.803*.

Segundo *D'Antonio*[25], existe uma identidade teleológica entre o novo regime legal e as disposições da *Lei 14.394*,

lo cual constituye un reconocimiento a las bondades de la ley derrogada. Esta realidad fue reconocida en el mensaje que acompañó al proyecto de la Ley 22.278, lugar en el cual se admite que se han mantenido los lineamentos generales de la Ley 14.394.

A nova lei determina o limite da incapacidade penal do menor, estabelecendo sua inimputabilidade plena até os dezesseis anos, reconhecendo que a partir desse momento se presume de modo absoluto a existência de um desenvolvimento intelectual e volitivo suficiente para compreender a ilicitude do ato e dirigir as próprias ações.

É de se ver que a lei seguiu o critério biológico, evitando, assim, indagar em cada caso o desenvolvimento do discernimento, ao contrário do Código de 1886.

25 GONZALES DEL SOLAR, José H. *Op. cit.*, p. 105/106.

Todavia, o regime legal em referência, em consonância com o sistema anterior, estabelece uma categoria intermediária, que denomina eventualmente puníveis, estabelecendo uma faixa de menores compreendidos entre os dezesseis e dezoito anos de idade.

Tal posicionamento levou uma parte dos doutrinadores argentinos[26] a admitir uma imputabilidade relativa nesta faixa, porque o art. 1º os exime de pena quando cometem crimes de ação privada ou de ação pública punidos com pena não privativa de liberdade, ou privativa de liberdade que não exceda a dois anos.

Não compartilhando com a tese que pretende relativizar o discernimento do injusto, afirma *Gonzales Del Solar*[27] que:

Sólo una desafortunada redacción del art.1 há motivado la interpretación errónea que señalamos y que lleva al absurdo de atribuir incapacidad para lo leve y capacidad para lo grave. Al tomar como base la gravedad del hecho cometido, la Ley 22.278 se emancipa de la real existencia de la madurez que presume 'juris et de jure' da edad de dieciséis años, y resuelve en consecuencia da exención en base otro motivo que al de la inimputabilidad.

Ser imputable equivale, en principio, a ser "punible", pasible de la pena prevista por la ley para el obrar injusto culpable, pero hay causas que pueden excluir el castigo del autor. La punibilidad, por conseguiente, está supeditada a la existencia de esas causas excluyentes, las que en el marco de nuestro ordenamiento penal asumen dos formas: la extinción de la pretensión represiva y la existencia de una excusa absolutoria.

Al eximir a pena de los menores compreendidos entre dieciséis y los diecíocho años, por delitos de acción privada, o de acción pública reprimidos con pena no privativa de liberdad, o privativa de liberdad que so supere los dos años, la Ley 22.278 há resignado su pretensión punitiva al respecto en mérito a razones de política criminal - cual la de proteger a los adolescentes frente a las torpezas frecuentes que brotan de su habilidad personal y que tienen por su entidad escasa transcendencia social -, configurando una auténtica excusa absolutoria que libera a quienes podrían haber sido perseguidos en virtud de su edad.

De qualquer sorte, a *Lei 22.278*, ao regular, no art. 4º, a eventualidade de se aplicar uma sanção penal ao menor entre dezesseis e dezoito anos, acabou por

26 MARTINEZ, Julio J. Vivot e VIÑAS Raul Horácio. *Apud* GONZALES DEL SOLAR, J. H. *Op. cit.*, p. 174.
27 *Ibidem*, p. 175/176.

acoplar ao regime sobre a incapacidade penal do menor elementos e instituições típicas do direito penal, olvidando, assim, todos os fundamentos doutrinários e legislativos que orientaram a excluir o menor, de forma definitiva, do Direito Penal.

Como assinala Mestre *D'Antonio*[28]:

Pena y menor son términos absolutamente irreconciliables y que las motivaciones y finalidades vigentes en el ámbito del derecho penal común - con sus conotaciones de resarcimiento, venganza y enmienda - resultan totalmente extrañas en el campo del comportamiento juvenil desviado.

As sanções penais impostas aos adolescentes eventualmente puníveis (entre dezesseis e dezoito anos) estão, no entanto, condicionadas aos pressupostos que a mesma norma impõe.

Todavia, a sua imposição não depende de que se encontrem satisfeitos os requisitos contidos nos incisos *1*, *2* e *3* do art. 4, mas também que o menor apresente, através dos estudos realizados, *una sintomología abandónica en la que él mismo es factor concurrente, habiéndose tornado estéril al tratamiento impuesto.*

São os seguintes os requisitos do *art. 4*:

1) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal e la civil si correspondiere, conforme la norma procesal;

2) que haya cumplido dieciocho años de edad;

3) que haya submetido a un período de tratamiento no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoridad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, se fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá al menor en cuyo caso poderá prescindir del requisito del inciso segundo.

Sobre a imposição da sanção aos menores eventualmente puníveis, escreve *Daniel Hugo D'Antonio* que:

28 D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Op. cit., p.* 122.

Las modalidades del hecho y los antecedentes del menor, por si solo, no constituyen basamento eficaz para imponer la sanción. Es el resultado del tratamiento tutelar a que se refiere la propia norma el elemento decisivo para fundar la imposición de reproche, y es en este aspecto donde la decisión jurisdiccional debe ser fundada con suficiente desarollo.

Del mismo modo, la non aplicación de la sanción será el resultado de la respuesta eficaz al tratamiento, siendo la absolución a que se refiere el artículo otra consecuencia de utilizar instituiciones ajenas al ambito minoril.

Não se aplica ao menor o instituto da reincidência (*art. 5*) e as penas privativas de liberdade serão cumpridas em institutos especializados. Porém, *si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos* (*art. 6*).

5 Uruguai

5.1 Código Penal de 1889 e Lei nº 3.378, de 24/02/1911

O *Uruguai* foi um dos primeiros países a plasmar, em sua legislação, os princípios elaborados a partir da segunda metade do século XIX e consagrados em nosso século a respeito da criança, sua posição no seio da sociedade e suas relações com o Estado[29].

O *Código Penal Uruguaio de 1889*, em consonância com os diplomas criminais do século passado, no que se refere aos limites da imputabilidade penal, acolheu o vetusto sistema do discernimento. Tal critério foi derrogado pela *Lei nº 3.738, de 24 de fevereiro de 1911*, que procurou abarcar a problemática da menoridade, estabelecendo ampla normativa a respeito da perda do pátrio poder, tutela dos menores desamparados, limites ao trabalho do menor, correção dos menores delinqüentes e criou o *Consejo de Protección de Menores*.

O art. 33 do diploma em evidência substituiu o critério do discernimento por um sistema conforme

al cual los menores que incurran en una conducta calificada por la ley penal de delito castigado con pena de prisión o multa son inputables a los 18 años quedando, si son mayores de 10 años, a disposición del Consejo de Protección de Menores por el término que establezca la reglamentación[30].

29 V. RETA, Adela. *Prólogo. Código del Niño de la República Oriental del Uruguay.* Comentado e Anotado por D'ALESSANDRO, Nora y DÁLESSIO, Phortos. Montevidéu: Editorial Universidad, 1995, p. 7.
30 *Ibidem*, p. 7.

Caso o delito cometido fosse sancionado com uma pena penitenciária, os maiores de dezesseis anos ficariam, igualmente, sob a guarda da autoridade pública, submetidos ao mesmo tratamento, enquanto se demonstrasse eficaz, até a maioridade.

Em resumo, a lei de 1911 estabelecia a imputabilidade penal para os maiores de dezoito que incorressem em delitos punidos com pena de prisão ou multa (delitos menos graves), e para os maiores de dezesseis anos, quando o delito cometido é punido com pena penitenciária (delitos mais graves).

5.2 Código del Niño de 1934

Assinala *Adela Reta*[31] que

La temática de la minoridad há sido una preocupación básica de los uruguayos al punto que en 1933 se llegó a la creación de un Ministerio de Protección a la Infancia que no actuó porque la Comisión designada con el cometido de elaborar un Código de la niñez y que integraban los Dres. Roberto Berro, Luis Morquio, Melitón Romero, Julio A. Bauzá, Sofia Alvarez Vignoli de Demicheli, Victor Escadó y Anaya, José Infantozzi y el Prof. Emilio Fournié entregó al gobierno, con fecha noviembre de 1933, un anteproyecto de Código del Niño sancionado poco después.

Com efeito, em 6 de abril de 1934, foi promulgado o *Código del Niño*, em vias de substituição, que vigorou no país vizinho por mais de sessenta anos.

Anota, ainda, a ex-ministra da Educação do Uruguai que

Nuestro Código del Niño há sido objeto de críticas por parte de quienes lo consideran eminentemente programático. A nuestro juicio, por el contrario, constituye uno de los aspectos más relevantes el hacer echado las bases de un derecho de menores sustentado en sólidos principios que definen un cambio de enfoque del menor como persona humana, sujeto de derechos y principal acreedor de una protección estatal. A más de sesenta años de su sanción el Código del Niño nos asombra por la innegable vigencia de esos principios y la sabedoria que revelan sus soluciones[32].

O diploma uruguaio suprimiu a penalização para os menores de 18 anos que incorriam em delitos punidos com pena de prisão e, para os menores de 16 anos, se o delito é punido com pena penitenciária.

O art. 119 aboliu a distinção apontada, estabelecendo o regime educativo para todos os menores de 18 anos de idade.

31 *Ibidem*, p. 8.
32 *Ibidem*, p. 8.

Prescreve o dispositivo em referência:

Los menores de 18 años de edad que cometan delitos o faltas y todos los menores de 21 años de edad que se encuentren en estado de abandono moral o material serán puestos a disposición del Juez Letrado de Menores, quien previa la investigación sumaria del caso, dictará sentencia sometiéndolos al régimen de vigilancia y protección de acuerdo con las disposiciones de esta *ley.*

Tratándose de menores sometidos a la jurisdicción del Juez bajo imputación de haber cometido un delito, serán provistos de defensor, y el régimen podrá prolongarse hasta los 23 años. En los casos no podrá exceder de los 21 años; y las diligencias se practicarán sin intervención de defensor, sin perjuicio de la asistencia de los representantes legales de los menores.

No és necesario para la adopción de las medidas previstas en los incisos anteriores que los menores hayan obrado con discernimiento o que tengan la capacidad exigida por la ley penal para delinquir.

El menor en todos los casos será sometido al examen del médico psiquiatra, o si no fuese posible, de un médico calificado, quien informará al Juez de Menores dentro de las 48 horas sobre el estado físico y psíquico del menor.

Tal dispositivo, segundo assinala a exposição de motivos que acompanhou o projeto de 1933, coincide *con el proyecto recientemente formulado por el doctor Irureta Gooyena, que en el artículo 34 establece lo seguiente: "No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de 18 años"*[33] (*Código Penal de 1934*).

Diz, ainda, a referida exposição[34]*:*

La Comisión há tenido en cuenta, ante todo, que la gravedad del delito cometido no tiene en el caso mayor importancia: la experiencia demuestra que casi siempre los menores más inadaptables a la vida del hogar y al régimen de los reformatorios, los impermeables a la acción persuasiva y educadora se cuentan entre los vagos, los viciosos, los pequeños rateros procedentes de los centros urbanos; mientras que son más sumisos y reformables los delincuentes rurales, entre los que figuran generalemente los que han cometido atentados de sangre de cierta gravedad, fruto de la ignorancia o del ambiente en la mayoría de los casos. Por lo demás la ciencia moderna acentúa continuamente la tendencia de conceder mayor importancia al delincuente que al delito, porque la práctica enseña que el crimen es un índice engañador de la temibilidad del criminal.

33 Nota y Exposición de Motivos del Proyecto de noviembre de 1933. *Código del Niño.* Cit., p. 29.
34 *Ibidem*, p. 29/30.

Consigna, com propriedade, que entre os menores de 18 anos pode haver verdadeiros criminosos instintivos, incorrigíveis, que requeiram tratamento penitenciário, e não tutelar. Mas, na impossibilidade de determinar *a priori* quais são esses casos de exceção, optou-se por suprimir a penalidade para todos que não alcançaram aquela idade, convencidos de que quase sempre são susceptíveis de reeducação.

En las ciencias sociales y penales no puede exigirse la exactitud matemática; hay que conformarse con una aproximación tal que prive de valor a las fracciones despreciadas[35].

É de se ver que, além de estabelecer o regime de tutela e amparo a todos os menores de dezoito anos, mesmo os que tenham praticado infrações graves, o *Código del Niño* estendeu a menoridade até os 23 anos, em situação de abandono moral e material, por entender que submeter os adultos a um procedimento de emenda é indiscutivelmente melhor do que submetê-los ao regime penitenciário.

5.3 *Código de la Niñez y Adolescencia*

Em 12 de junho de 1997, o *Senado* e *Câmara de Representantes da República Uruguaia*, em reunião conjunta, aprovaram o *Código da Infância e Adolescência*, contendo 206 artigos, que até o presente momento ainda não entrou em vigor.

O novo diploma, tal como o Estatuto da Criança e do Adolescente, inspirou-se nos modernos instrumentos normativos internacionais de proteção a infantes e jovens, emanados do sistema das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, tais como *a Declaração Universal dos Direitos Humanos (10/12/48);o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing, 29/11/85); as Diretrizes para a Prevenção da Delinqüência Juvenil (Diretrizes de Riad, 14/12/90);o Pacto de San José da Costa Rica e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*, que se incorporaram, respectivamente, ao direito positivo uruguaio pelas Leis nº 15.737, de 22 de março de 1985, e nº 16.137, de 28 de setembro de 1990.

Incorporou-se, por conseguinte, uma nova filosofia, baseada no amplo reconhecimento dos direitos da criança e adolescente, suas obrigações e garantias, a integração à sociedade como sujeitos ativos, participativos e criativos, com capacidade para exercê-los progressivamente e transformar a sua realidade pessoal e social de futuro.

35 *Ibidem*, p. 30.

No que diz respeito aos adolescentes em conflito com a lei e abandonados, o novo diploma, como assinala a *Exposição de Motivos*[36] que acompanhou o *Projeto*, descartou as superadas posições do retribucionismo histórico e a do chamado paternalismo ingênuo.

Se descarto la primera en cuanto resuelve que el derecho penal significa el desideratum de las soluciones en el sentido de que el aumento constante de los tipos penales, de las sanciones, y baja de la imputabilitad, serían los únicos instrumentos con poder suficiente como para superar todos los problemas sociales.

Ninguna de ambos pautas son aconsejables; en experienciais en nuestro país há demostrado que el aumento de la criminalización y el supuesto de la pena no han surtido en ansiado efecto catalizador tan necesario para la seguridad ciudadana. La baja de la edad de la imputabilidad no produce otra consecuencia que la severización del sistema penal mediante el ingresso temprano de los adolescentes en el ámbito penitenciario común, conculcador de los derechos humanos consagrados en forma amplísima por la normativa más moderna.

Diz, ainda, que a teoria paternalista descarta a aplicação do direito penal, geralmente enquadrando a idade penal depois dos dezoito anos. Esses menores seriam incapazes de cometer violações penais graves e, no caso de que chegassem a cometê-las, não deveriam ser objeto de nenhum tipo de sanção retributiva, em atenção à sua escassa compreensão do fato lesivo, qualquer que seja a espécie do mesmo.

En las hipótesis - sea a repressiva como la paternalista - el niño es tratado y manipulado, a criterio de jueces, fiscales y autoridades administrativas, como un objeto dentro el contexto general del sistema, aún cuando el discurso se oriente hacia la mentada protección.

Ante estas conclusiones negativas, nos inclinamos decididamente por la consagración, en términos amplios, de la "Doctrina de las Naciones Unidas de la Protección Integral de la Infancia", consagrada en los instrumentos internacionales que le dan vida, citada en el artículo 4 - cuyo resultado primigenio eleva al niño y adolescente de la categoria de objeto a la de sujeto de todos los derechos reconocidos a la personalidad humana[37].

36 *Código de la Niñez y Adolescencia.* Exposición de Motivos. Cámara de Representantes, Comisón de Constituición, Códigos, Legislación General y Administración. Carpeta nº 1886, de 1997, República Oriental Uruguaya, p. 8/ 9.
37 *Ibidem*, p. 9.

O *Código de la Niñez y Adolescencia* exclui os menores de dezoito anos do Direito Penal.

No *Capítulo VI, nº II, art. 29*, seguindo a trilha dos modernos diplomas latino-americanos, inspirados também nos modernos instrumentos internacionais (*Bolívia, Brasil, Equador, Colômbia, Honduras, México, Peru e República Dominicana*), estabelece as garantias que dizem respeito ao devido processo legal (princípios da judicialidade, legalidade, inocência, inviolabilidade da defesa, contraditório e outros), prescrevendo na letra *b* que

Solo puede ser sometido a proceso especial regulado por este Código el adolescente mayor de 12 años y menor de 18 años, imputado de infracción a la ley penal.

La responsabilidad juvenil tendrá lugar a partir de la sentencia definitiva que atribuya al adolescente el hecho constitutivo de infracción juvenil a la ley penal.

Nos arts. 35 a 47 estabelece as medidas socioeducativas, privativas e não privativas de liberdade (internação, semiliberdade, liberdade assistida, advertência, prestação de serviços à comunidade, reparação de danos e outras) e o regime de seu cumprimento, aplicáveis no caso de infrações penais, selecionadas entre as figuras delitivas do *Código Penal* e da *Lei de Seguridade do Cidadão*.

As medidas privativas de liberdade obedecem a um critério restritivo,

solo aplicable a los adolescentes declarados responsables por sentenças ejecutoriadas, autores de infracciones juveniles gravísimas o a los que habiendo sido declarados por sentencia ejecutoriada, responsables de una infracción juvenil gravísima o grave, han infringido en forma reiterada las medidas aplicadas por el Juez.

Terão uma duração máxima de cinco anos e deverão guardar proporcionalidade com a infração. Em nenhum caso, o adolescente que chegar aos dezoito anos permanecerá sujeito à medida, devendo cumprir o que resta em estabelecimento destinado aos adultos.

Não são obrigatórias para o juiz, que aplicará a medida privativa de liberdade somente quando não existir outra mais adequada entre as não privativas de liberdade.

6 Alemanha

Na Alemanha, apesar dos reclamos gerais, o Direito Criminal de Menores somente foi introduzido em 16 de fevereiro de 1923, com a Lei sobre Tribunais de Menores *(Jugendgerichtsgesetz - JGG)*.

A *Lei Judicial Juvenil - JJG*, de 1953, em vigor, estabeleceu a inimputabilidade absoluta até 14 anos, atribuindo, todavia, responsabilidade penal ao menor entre 14 e 18 anos se no momento do fato era suficientemente maduro, conforme seu desenvolvimento moral e mental, para compreender o injusto do fato e atuar segundo essa compreensão (art. 43). Verificada a suficiente maturidade psíquica, o menor, portanto, imputável, era qualificado de responsável. Tais discrepâncias terminológicas são justificadas por *Maurach*[38] dizendo que:

Ante la falta de madurez ético-intelectual propia de la etapa del crescimiento natural y fisiológico de los menores, debe evitarse la expresión "inimputabilidad", la cual se refiere a pertubaciones de índole patológica.

Diz, ainda, o renomado penalista germânico que existe uma razão da maior importância, pois, no *Direito Penal Geral*, da apreciação da imputabilidade se segue a punibilidade do autor, enquanto no *Direito de Menores* a responsabilidade não gera esta conseqüência.

Para *Luiz Otávio de Oliveira Amaral*[39], o original no sistema alemão é a apuração da responsabilidade totalmente livre da questão do discernimento, que é substituída pela avaliação da maturidade intelectual, moral e volitiva, daí se podendo concluir da responsabilidade ou não do menor.

Entende, todavia, que este critério oferece as mesmas dificuldades do sistema de discernimento.

Assim, para que o menor seja declarado imputável, é preciso - como no direito antigo - que ele, ao tempo da infração, compreenda que pratica uma ação proibida (*maturidade intelectual*). Além disso, é preciso que ele próprio, com base nas noções de valor que fez suas, assim o considere (*maturidade moral*). Há que se notar, neste critério, a diferença entre capacidade intelectual e moral do menor; assim, ele pode entender o sentido da norma, mas não aceitá-la com a seriedade das exigências morais. Por outro lado, é indispensável que o menor tenha capacidade suficiente para resistir à prática da infração (*maturidade volitiva*), sobretudo nos casos de crimes contra o patrimônio e a propriedade[40].

Por conseguinte, a lei alemã, de 1953, que coincide com a italiana, estabelece a inimputabilidade absoluta até os 14 anos, mas, para os menores entre 14 e

38 MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal. Apud* D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Op. cit.*, p. 99.
39 AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. A atual problemática do menor. *In: Rev. Inf. Legisl.*, Brasília - 16, n. 61, jan./mar. 1979, p. 119.
40 GERSÃO, Eliana. *Tratamento criminal dos jovens delinqüentes. Apud* AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 119.

18 anos, agrega uma causal de imaturidade, pendente de verificação individual, que consiste na suficiente maturidade psíquica e moral para compreender e atuar.

Como vimos no estudo dos diferentes critérios, o sistema alemão, que, na verdade, acolheu a antiga teoria do discernimento, depois de mais de quarenta anos de experiência nesse particular, oferece dificuldades consideráveis na aplicação do diagnóstico psíquico, conforme aponta *Hilde Kaufmann*[41]:

por eso la administración de justicia penal juvenil es insegura respecto de la selección de consecuencias jurídicas orientadas por el pensamiento educativo.

Impende registrar que a *JJG*, de 1953, representou um significativo avanço no chamado Direito Penal de Menores, uma vez que veio expurgar da legislação alemã os aspectos punitivo-intimidativos, introduzidos pela Lei do *Reich sobre Tribunais de Menores (Reichjugendgerichtsgesetz)*, como, por exemplo, pena de morte, prisão perpétua, etc.

A prisão preventiva é bastante restringida. O Ministério Público pode deixar de propor a acusação, podendo o tribunal, por outro lado, recusar a acusação formulada, determinando o arquivamento do processo, sempre que houver outra forma para recuperar o menor, sem medidas repressivas. Ressurge a suspensão da pena e a extensão, em alguns casos, desta norma especial aos jovens adultos. Adotam-se medidas educativas, como imposição de normas de conduta[42], assistência educativa e pedagógica; medidas de correção, como repreensão, imposição de deveres especiais e detenção juvenil; pena juvenil - detenção de duração determinada ou indeterminada, conforme o caso.

Finalmente, importa mencionar que a substituição da chamada vigilância protetora pela assistência educativa, introduzida pela *Jugendwohlfahrtsgesetz*, de 11 de agosto de 1961, vem produzindo excelentes resultados e provando que a prevenção social é a solução mais recomendável à questão da criminalidade juvenil[43].

7 Itália

O velho *Código Penal de 1889* considerava inimputável o menor de 9 anos de idade, estabelecendo outros limites (9-14; 14-18; 18-21), dentre os quais,

41 KAUFMANN, Hilde. Delincuentes juveniles. Diagnosis y juzgamiento. *Apud* GONZÁLES DEL SOLAR, José H. *Op. cit.*, p. 215.
42 Para HOLZSCHUH, Juiz de Menores de *Adarmstadt*, as normas de conduta são de alto valor educativo, sendo a medida mais importante da *JGG* e assim adequada para resolver de 80% a 90% dos casos de delinqüência juvenil. V. AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Op. cit.*, p.120.
43 V. AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Op. cit.*, p.120.

conforme o caso, requeria a prova positiva ou negativa do discernimento e procedia a uma diminuição de pena.

É importante ressaltar que a Itália foi um dos últimos países a conceder autonomia à *Justiça de Menores*, tanto em relação aos órgãos judiciais quanto à legislação. Em 1908, uma *Circular* do *Ministro da Justiça* traçava as primeiras linhas do tratamento do infrator, prevendo que, nos tribunais onde houvesse mais de um Juiz de Instrução, um deveria cuidar especialmente dos processos referentes aos menores, que seriam julgados em dias de pouco movimento para evitar o contato de delinqüentes jovens com adultos. O *Código de Processo Penal* de 1914 introduziu profundas alterações, como, por exemplo, a substituição da prisão preventiva por recolhimento em reformatório ou em *Sociedade de Assistência de Menores*, de 14 até 18 anos, não sendo reincidentes (art. 373)[44].

O novo Código Penal, de 1930, que acolheu a fórmula do discernimento, distinguiu duas categorias de menores: os menores de 14 anos (art. 97) e os menores de 18 anos (art. 98). Os primeiros são considerados absolutamente incapazes de entender e de querer. Acima do limite de 14 e até 18 anos, é necessário pesquisar-se acerca da capacidade de entender (*intelitiva*) e de querer (*volitiva*), para haver imputabilidade com pena atenuada.

Giuseppe Bettiol[45], com relação aos inimputáveis, preleciona que

"Trata-se na verdade de excluir não tanto a capacidade de entender, que normalmente se adquire bem antes de atingir o limite de catorze anos, quanto a de querer. É fato sobre esta que é necessário chamar a atenção, já que dela depende precisamente a formação do caráter e da personalidade. A personalidade moral do menor de 14 anos está ainda *in fieri* e por isto se tende a não truncar a formação da própria personalidade e a não impedir o seu normal desenvolvimento, dispondo que não se aplique justamente a sanção penal. Estamos frente a uma presunção *juris et de jure* de incapacidade porque, uma vez verificada a menoridade do réu, é negado ao juiz substituir o seu convencimento positivo em relação à presença da imputabilidade, à vontade do legislador. Pode-se afirmar que em certos casos esta presunção parece gravosa porque em contraste com a realidade naturalística, mas juridicamente não há nada a fazer: quanto mais elevado for o limite de idade ao qual se pretende referir a incapacidade, tanto mais gravosa esta presunção".

Ousamos discordar do insigne mestre, pois a realidade naturalística demonstrada pela psicologia comprova as tormentosas mutações da personalidade em formação do jovem adolescente, que traz em si *los rasgos más opuestos, alternando como las cimas y los senos de las olas.*

44 *Ibidem*, p. 120.
45 BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. II, 1971, p. 69.

À luz da ciência, por conseguinte, a presunção *juris et de jure* de inimputabilidade de um adolescente de 14, 16 ou 17 anos de idade não se apresenta em contraste com a realidade naturalística e, muito menos, pode ser considerada gravosa.

Todavia, mesmo inimputável, o menor considerado perigoso, de acordo com o art. 224 do Código Penal italiano, tendo-se em conta especialmente a gravidade do fato e as condições morais da família, será recuperado mediante internamento em reformatório judiciário ou posto em liberdade vigiada.

Quanto ao art. 98, que estabelece a capacidade penal relativa do menor que tenha completado 14 anos, mas não ainda os 18, se dotado de capacidade de entender e de querer, tem suscitado enormes dúvidas, quanto ao que seja capacidade de entender e de querer.

Para *Luiz Otávio de Oliveira Amaral*[46],

"É necessário, ao analisar-se essas condicionantes da imputabilidade, determinar-se que, para ser responsável, não basta que o menor esteja com a sua inteligência desenvolvida, preciso é que esteja terminado, ou bem adiantado, o seu processo de formação ética; é, ao demais, imprescindível que ele bem entenda aquilo que faz e também avalie adequadamente os motivos da vontade e ainda o caráter moral do fato e de suas conseqüências".

A nosso sentir, no campo da razão prática, tal prospecção se afigura missão impossível, por impor ao juiz o exame de condições que culminam por remetê-lo ao abismo do insondável, acarretando, por via de conseqüência, insegurança na prestação jurisdicional e o próprio desasossego social, conforme já demonstrado.

8 França

Também a *França*, com o *Código Penal de 1810*, acolheu a criticada e imprecisa fórmula do discernimento. A alteração promovida em 1906, pela *Lei de 12 de dezembro*, manteve o discernimento e elevou a maioridade de 16 para 18 anos. Contudo, o menor entre 16 e 18 anos passou a integrar uma categoria intermediária de maioridade verificável. Constatado o discernimento, aplicava-se a punição como a do adulto, sem qualquer atenuação.

Foi a *Lei de 22 de julho de 1912* que introduziu o *Direito Criminal do Menor*, criando órgãos especializados e o regime de liberdade vigiada. A instrução

46 *Ibidem*, p. 122.

dos processos, nos grandes centros urbanos, passou a ser procedida por um juiz especializado, que avaliava as condições pessoais e familiares do menor, podendo determinar a realização de perícia médica e o estudo social do caso[47].

O novo diploma, que cuidou exclusivamente do menor infrator da lei penal, distinguiu os delinqüentes em diversas faixas etárias: os menores de 13 anos, os de 13 a 16 anos e os de 16 a 18 anos. Desta distinção derivam importantes conseqüências, especialmente quanto à determinação do tribunal competente e das reações criminais aplicáveis.

Os menores de 13 anos eram considerados absolutamente inimputáveis, cabendo apenas a aplicação de medidas tutelares (vigilância e educação).

O estatuto de 1912 não permitia a publicidade em sendo o infrator menor de 18 anos (arts. 6 e 19).

Todo o sistema anterior foi revogado pela *Lei de 27/07/42*. O novo diploma suprimiu o discernimento e reordenou os *Tribunais de Menores*, bem como os *Centros de Observação* a eles vinculados.

A guerra retardou a vigência dessas modificações, que só foram efetivadas com a *Ordonnance de 02/02/45*, que revogou a *Lei de 1942*. Com poucas alterações (*Lei de 24/05/51 e Ordonnance de 22/12/58*), a *Ordonnance de 02/02/45* vigora até hoje[48].

A *Ordonnance* em evidência, considerada o texto fundador da Justiça de Menores francesa, acolheu o princípio da primazia da medida educativa sobre a sanção. Criou em cada *Departamento* um ou mais tribunais de menores, instituindo a figura do juiz especializado, *le juge des enfants*.

Paralelamente, foi criada uma administração especializada, independente da administração penitenciária, subordinada ao Ministério da Justiça: *la Direction de l'Education Surveillée, hoje chamada Direction de la Protection Judiciaire de la Jeunesse*, cujo objetivo primordial é assegurar o direito à educação aos menores delinqüentes.

47 Embora o primeiro tribunal especializado para menores delinqüentes somente tenha sido criado em Paris, no ano de 1912, em 1836 foi criado o primeiro estabelecimento destinado à separação dos menores delinqüentes ou em situação de perigo - *en danger* -, que anteriormente eram aprisionados juntamente com os adultos. Assim, em 1836 foi inaugurada *La Prison de la Petite Roquette*; em 1840, *La Colonie Agricole de Mettray*, encarregada de educar os menores para o trabalho e aprendizagem, e, em 1850, as primeiras colônias penitenciárias e correcionais, chamadas *bagnes d'enfants*. V. "La Justice des Mineurs". *In: Les guides de la Justice*. Ministère de la Justice. Paris, 1997.

48 BOUZART, P. Pinatel. *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*. *Apud* AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 118.

Em 1958, conforme ressalta uma publicação do Ministério da Justiça francês, denominada *La Justice des Mineurs*[49],

Le domaine d'intervention de la justice des mineurs est étendu à l'enfance en danger. L'Ordonnance du 23 décembre 1958 donne compétence au juge des enfants de prendre des mesures éducatives à l'égard des jeunes en danger.

Em resumo, na França, atualmente, o menor de 18 anos é julgado pelo *Juiz de Menores*, enquanto o jovem adulto, entre 18 e 21 anos, é submetido ao Direito Penal comum.

Ressalte-se que em 1974 a idade da responsabilidade penal na França, que era de 21 anos, foi rebaixada para 18 anos. Todavia, os jovens adultos até 21 anos podem ainda se beneficiar da proteção e da ajuda do juiz de menores.

Pour permettre aux jeunes majeurs qui le souhaient de bénéficier de la protection judiciaire, l'intervention du juge des enfants a été étendue à leurs cas. Si un jeune majeur a des dificultés d'insertion, il peut, dès 18 ans, demander au juge des enfants que les mesures éducatives dont il bénéficiait auparavant, soient prolongées ou qu'une protection judiciaire soit organisée à son égard. Le juge des enfants fixe la durée de la mesure (généralement de 3 à 6 mois), qui prendra fin, en tout état de cause, lorsque le jeune aura 21 ans[50].

Finalmente, cumpre destacar que o critério do discernimento foi também abandonado pela Espanha, que o havia acolhido, inicialmente, para os menores entre 9 e 15 anos de idade, elevando, posteriormente, o limite da inimputabilidade penal para os 16 anos[51].

9 Bibliografia

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *A Atual problemática do menor. In: Rev. de Informação Legislativa*, Brasília - 16, nº 61 jan./mar. 1979.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. II, 1971.

BOUZART, P. Pinatel. *Traité de Droit Pénal et de Criminologie. Apud* AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Rev. de Informação Legislativa*. Brasília, 16, 1979.

49 "La Justice des mineurs". *In: Les guides de la Justice*. Ministère de la *Justice*. Paris, 1997, p. 5.
50 *Ibidem*, p. 8.
51 FERREIRO, María de los Angeles Pérez. *Derecho Penal Juvenil*. Montevidéu: Editorial Universidad Ltda., 1993, p. 71.

D'ALESSANDRO, Nora y D' ALESSIO, Phortos. *Código del Niño de la República del Uruguay*. Montevidéu: Editorial Universidad, 1995.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. *El menor ante el delito*. Buenos Ayres: Astrea, 1992.

DE LA RUA, Jorge. *Código Penal Argentino. Apud* GONZÁLES DEL SOLAR, José H. *Delincuencia y Derecho de Menores*. Buenos Ayres: Depalma, 1995.

DIAS, Aldo de Assis. *O menor em face da Justiça*. São Paulo: Ed. Lex, 1977.

FERREIRO, María de los Angeles Pérez. *Derecho Penal Juvenil*. Montevidéu: Editorial Universidad Ltda., 1993.

GERSÃO, Eliana. *Tratamento criminal dos jovens delinqüentes. Apud* AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Revista de Informação Legislativa*. Cit.

GONZALES DEL SOLAR, José H. *Delincuencia y Derecho de Menores*. Buenos Ayres: Depalma, 1995.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KAUFMANN, Hilde. *Delinquentes juveniles: diagnosis y juzgamiento. Apud* GONZÁLES DEL SOLAR, José H. Buenos Ayres: Depalma, 1995.

MARTINEZ, Julio J. Vivot e VIÑAS, Raul Horácio. *Apud* GONZÁLES DEL SOLAR, José H. Buenos Ayres: Depalma, 1995.

MASSA, Patrícia Helena. "A menoridade penal no Direito Brasileiro". *In*: *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, 4, doutrina.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal. Apud* D'ANTONIO, Daniel Hugo. *El menor ante el delito*. Buenos Ayres: Astrea, 1992.

MONTES, Jeronimo. *Derecho Penal Español. Apud* D'ANTONIO, Daniel Hugo. *El menor ante el delito*. Buenos Ayres: Astrea, 1992.

ORGAZ, Arturo. *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales. Apud* GONZÁLES DEL SOLAR, José H. *Delincuencia y Derecho de Menores*. Buenos Ayres: Depalma, 1995.

PALOMBA, Guido Arturo. *Os limites da menoridade do ponto de vista psiquiátrico-forense*. Pretor-Softwares (doutrina).

RETA, Adela. *Prólogo*. Código *Del Niño de la Republica Oriental del Uruguay*. Comentado e anotado por HALTY, Nora D'Alessandro y D'ALESIO, Phortos. Montevidéu: Editorial Universidad, 1995.

SAJÓN, Rafael. *Derecho de Menores*. Buenos Ayres: Abeledo Perrot, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Ayres: Ediar, 1986.

-:::-

OS IMPOSTOS SOBRE O CONSUMO E O COMÉRCIO DE PRODUTOS DIGITAIS

Dra. Flávia de Vasconcellos Lanari (*)

Sumário: I - A Internet e o comércio eletrônico. II - Os impostos sobre o consumo e o comércio de produtos digitais. III - Conclusões. IV - Bibliografia.

I - A Internet e o comércio eletrônico

Criada para servir a propósitos militares, a Internet, a partir da década de 80, mais especialmente nos anos 90, experimentou um crescimento surpreendente, servindo hoje a finalidades diversas: educacionais, profissionais, comerciais, culturais, e o que mais possa servir aos seus 150 milhões de usuários[1].

Embora as primeiras aplicações civis da Internet tenham sido acadêmicas, o crescimento do uso comercial[2] tem-se intensificado nos últimos anos, a ponto de representar, em termos mundiais, 85% de todas as organizações registradas[3], e, no Brasil, 90% dos registros de domínio novos[4].

Estima-se que só o comércio eletrônico direto já ultrapasse os US$ 7 bilhões no mercado interno americano. Mas note-se que a rede também se presta ao *marketing* de produtos e serviços, aumentando exponencialmente as receitas das empresas que se dedicam ao chamado *e-business*[5].

(*) Mestre em Direito Comercial (UFMG), Doutoranda em Direito Tributário (UFMG), Professora (Faculdade de Ciências Gerenciais da UNA), Assessora Judiciária no TJMG - fvlanari@task.com.br

1 Para saber mais sobre as estatísticas da Internet, sugere-se: www.nw.com. No entanto, são vários os centros dedicados a essa atividade, como se vê nos *links* do próprio *site* sugerido. Sobre estatísticas do crescimento da Internet no Brasil, consulte o Comitê Gestor da Internet no Brasil: www.cg.org.br (recente pesquisa do Ibope indica que no País mais de 2,5 milhões de pessoas já estão plugadas na rede).

2 Registre-se que nem todo o *site* registrado como "com" é lucrativo. Uma pesquisa realizada no Japão em outubro de 1996 concluiu que dentre as atividades ligadas ao comércio eletrônico apenas 28% eram lucrativas (*Weekly Diamond Magazine*, october 1996, *apud* www.oecd.org/dsti/sti/ec/pord/gd97219e.pdf).

3 GARCIA-SIERRA (sem data).

4 Estatística divulgada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil.

5 *1996 Jupiter Communications Report apud* MUSCOVITCH (1996). O *1999 Jupiter Communications Report* pode ser adquirido através da homepage da empresa: www.jup.com. Sobre o assunto, consulte-se, ainda, www.house.gov/chriscox/nettax/Web-commerce.html.

Se essas informações impressionam, é de bom aviso registrar que isso é apenas o começo. A Internet, em verdade, encontra-se ainda em sua infância, em termos de aplicações e alcance de público, e, nesse sentido, o comércio eletrônico encontra-se em gestação. O desenvolvimento da tecnologia de comunicações, com a utilização de linhas digitais e a queda dos monopólios das empresas de telefonia, entre outros, somado aos avanços da indústria de computadores e eletrônicos, resultarão no barateamento do acesso à Internet e, assim, na democratização desse meio. Na esteira desse raciocínio, o número de usuários de países em desenvolvimento vai crescer, aumentando as perspectivas do comércio eletrônico.

Mas não é só. O comércio eletrônico também vai-se beneficiar de melhorias como o aprimoramento do sistema de segurança nas comunicações entre os computadores, pela criação de novos métodos de criptografia, evitando assim os temores da utilização do cartão de crédito; o advento de novos meios de pagamento, como o dinheiro eletrônico; o aumento da largura das bandas de transmissão/recepção, que permitirá ao consumidor receber em seu próprio computador diversos produtos que passarão à categoria de incorpóreos, pois vão deixar de depender de um suporte material (físico), como os filmes, as músicas/CDs, os programas de computador, livros e revistas; a transformação dos meios tradicionais de comunicação entre as pessoas, como a telefonia, o sistema postal e o *fax*, para sistemas que muito em breve permitirão a comunicação em tempo real e com bom sinal entre usuários da Internet entre si e mesmo com não usuários, localizados nas mais longínquas partes do globo; a possibilidade de se autenticarem mensagens e conteúdos transmitidos através da assinatura digital, entre outros.

Vários fatores explicam a migração do comércio tradicional para a Internet: a possibilidade de contato direto entre fornecedores e consumidores localizados em qualquer parte do planeta; a redução dos custos com a manutenção de filiais ou sistemas de distribuição de produtos; a transformação do conceito de atendimento ao cliente[6]; a facilidade de se verificar os preços praticados no mercado e de compará-los; e *a possibilidade de a empresa escolher como sede de seu estabelecimento e de suas operações bancárias o local que melhor atenda a seus interesses fiscais*,

6 Nesse sentido, por exemplo, o trabalho pioneiro da amazon.com (livraria virtual), que, a par de informações sobre autor, editora, prazo de entrega, preço, número ISBN, tanto na versão capa mole como capa dura de todas as obras à venda, em seu *site* oferece indicações de compras, críticas e sumários dos livros à venda, comentários de leitores, informações sobre outras obras do mesmo autor, lista de aquisições de leitores de determinados livros, entrevista com autores e *hyperlinks* para livros em tópicos relacionados. O jornal *The Economist* (1997a, p. 4, *apud* Mc LURE JR [1998]), a propósito, registrou: "*better information about products, particularly in the form of other customer's views can be a greater draw than deep discounts*", citando Jeff Bezos, fundador e CEO (*Chief Executive Officer*) da referida amazon.com: "*Ultimately, we're an information broker. On the left side we have lots of products, on the right side we have lots of customers. We're in the middle making connections*".

sem que tal procedimento represente qualquer prejuízo econômico, pois não mais está jungida ao seu mercado consumidor no plano geográfico.

Embora o comércio eletrônico ainda não represente uma ameaça imediata ao comércio tradicional, não apenas pelas limitações tecnológicas do momento, mas também porque ainda não conseguiu (e talvez jamais consiga) suplantar a experiência e o prazer que o último proporciona aos consumidores, ele já merece a atenção das Fazendas Públicas no mundo inteiro, em razão do volume de negócios e serviços que movimenta.

A Internet, se por um lado abriu novas possibilidades para as administrações fazendárias aprimorarem suas operações, por outro ampliou as probabilidades de evasão e elisão tributárias, trazendo um novo desafio aos Governos para o século XXI: conseguir maximizar os ganhos de eficiência potenciais com a sua utilização e ao mesmo tempo proteger as bases de receita tributária sem obstaculizar o desenvolvimento destas novas tecnologias, pois tal teria o efeito de retardar o desenvolvimento econômico e social de uma sociedade.

Em vários países, tem-se refletido sobre as implicações tributárias do comércio eletrônico e da Internet através de estudos elaborados por departamentos específicos das administrações fazendárias, das universidades e de organismos empresariais. Também em nível internacional muito tem sido feito por organizações internacionais, como a OECD.

No Brasil, as autoridades têm negligenciado o tema, e a doutrina sobre o assunto ainda é tímida, até mesmo em razão do analfabetismo em novas tecnologias de comunicação que ainda prevalece no País. Embora o número de usuários seja crescente, do total apenas 35% têm mais de 35 anos[7], o que obviamente limita a produção científica sobre os diversos temas relacionados ao advento das novas tecnologias de comunicação, entre eles a questão da tributação.

II - Os impostos sobre o consumo e o comércio de produtos digitais

A transmissão eletrônica de produtos que dependiam de um suporte físico para serem disponibilizados é um dos grandes desafios das novas tecnologias aos sistemas tradicionais de tributação. Diferente de outras áreas do comércio eletrônico em que a adaptação das leis tributárias em vigor se mostra eficiente, ainda que apenas por curto prazo, para aplicação às diversas atividades que estão a migrar para a Internet, no caso de produtos digitais, em função do modo peculiar como são disponibilizados, a erosão de receita tributária é resultado certo e inevitável.

7 BRITO e MENCONI (sem data).

Não há como se negar que os grandes fornecedores dos produtos digitais se encontram fora do território nacional, especialmente na América do Norte e em paraísos fiscais, conforme a conveniência das empresas. Por outro lado, o volume de negócios a serem fechados, somente na área de *softwares*, facilmente ultrapassará a casa dos 80 bilhões de dólares no ano 2000, sendo que metade das operações serão viabilizadas pela Internet e parte desse valor com certeza sairá do Brasil[8]. A magnitude do potencial do comércio eletrônico pode ser constatada, igualmente, através dos valores movimentados no comércio tradicional, nos Estados Unidos e no mundo, pela indústria de locação de vídeos (US$ 12 bilhões/USA), venda de música em cassetes e CDs (US$ 12 bilhões/USA), televisão a cabo(US$ 25 bilhões/USA e US$ 40 bilhões/em todo o mundo), livros (US$ 24 bilhões/USA e US$ 70 bilhões/em todo o mundo), revistas e jornais (US$ 20 bilhões/USA e US$ 60 bilhões/em todo o mundo)[9], entre outras significantes como a indústria dos cassinos, que tende a crescer com o amadurecimento do dinheiro eletrônico, tornado possível principalmente através dos *Smart Cards*, que já existem no Brasil. Essas informações breves são fundamentais para a compreensão da seriedade da discussão que se segue.

Produtos digitais são bens e serviços que, por poderem tomar a forma de dígitos binários, são capazes de ser fornecidos pela Internet, sem perda de conteúdo: livros, relatórios, enciclopédias, jornais, fac-símiles, jogos de azar (cassinos), jogos eletrônicos, bancos de dados, serviços postais, música (áudio em geral), fotografias, partituras musicais, programas de computador, comércio de ações, transações bancárias, telefonia, televisão, ingressos, reservas de viagens, vídeos (filmes), entre outros. A distinção entre bens e serviços dessa classe de produtos é bastante tênue. Assim, por exemplo, enquanto a aquisição de uma enciclopédia pela Internet pode ser considerada a compra de um bem, o acesso remunerado *on-line* a esta mesma enciclopédia aparenta mais o fornecimento de um serviço ou a cessão de um direito de uso, o que, obviamente, traduz-se em aspecto relevante para a identificação do tributo a incidir na operação[10].

8 Se ao leitor esta situação parece mais uma cena futurista, sugere-se visita aos seguintes armazéns de *software* virtuais: www.jumbo.com (que disponibiliza mais de 200.000 aplicações de *softwares* pela Internet) e www.software.net (que disponibiliza 2.000 desses produtos, contra pronta remuneração, e 18.000 dos chamados *shareware*, que não requerem pagamento inicial, sendo que 1/3 do fornecimento é feito para clientes fora da América do Norte).

9 Valores obtidos de FRIEDEN e PORTER (1996) *apud* Mc LURE JR (1998). A propósito, mais uma vez se chama a atenção do leitor para o fato de que a migração dessas indústrias para a Internet já é realidade. *Global Music Outlet*, por exemplo, está praticando taxas de US$ 0,99 por música disponibilizada *on-line*. Por outro lado, o desenvolvimento e utilização de arquivos como o MP3, que comprimem a música em cerca de 10 vezes seu tamanho original, com muito pouca perda de qualidade, ampliam sobremaneira o potencial econômico desta atividade.

10 No exemplo dado, outra questão decorrente seria, no Brasil, analisar-se o alcance da imunidade tributária constante do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal. Sobre o assunto, consulte-se: BRITO (*RDDT*, 05/19), SARAIVA FILHO (*RDDT*, 07/34), CAVALCANTI FILHO, VALVERDE e SAMPAIO (*RDDT*, 27/77).

Por outro lado, uma vez que os produtos digitais não tomam a forma de bens corpóreos, a incidência de impostos sobre o consumo (ICMS, *Sales Tax* e IVA), com exceção para os países da União Européia[11], esbarra na intangibilidade dos bens disponibilizados como elemento que impede a caracterização da ocorrência do fato gerador, nas operações internas[12], pois os (1) impostos tradicionais sobre o consumo têm em comum o fato de seu regime alcançar apenas as operações com bens tangíveis, ou seja, corpóreos, pois este o único sentido possível da acepção da palavra mercadoria, como se entende em Direito Comercial[13], e (2) em razão do que se compreende por elemento de conexão nas legislações alienígenas, imprescindível para a incidência da tributação em operações interestaduais.

Ademais, porque esses produtos são transmitidos pela Internet, não conhecem barreiras alfandegárias, não se submetendo aos impostos que recaem sobre a importação. No Brasil, releva observar, ainda, a impossibilidade de incidência do IPI, pela mesma razão.

Registre-se ainda o impacto da redução da demanda de mercadorias tradicionais, como os videocassetes, os *CD-players*, os filmes das máquinas fotográficas, que estão associados aos bens que migram para a era digital (filmes, música, fotografia digital), com reflexos na arrecadação tributária. Até mesmo a receita proveniente da tributação sobre as operações de comunicação está sob ameaça, uma vez que o acesso à Internet já prescinde do uso de linhas telefônicas e, sendo uma de suas aplicações a transmissão de som e imagem, com certeza tornará

11 No caso da União Européia, A 6ª Diretiva, na forma do seu artigo 4º, considera como atividade econômica a exploração de propriedade tangível ou intangível, para o fim de obtenção de renda, desde que realizada de modo continuado/profissional. No entanto, a definição do lugar do fornecimento do bem ou do serviço, para fins de determinação da competência tributária, abre margem à elisão e evasão fiscal, na medida em que ao consumidor competiria declarar e pagar o tributo, o que é bastante improvável, pela possibilidade de as empresas como bancos e seguradoras, que não possam ressarcir-se integralmente do IVA pago, providenciarem para que os serviços pedidos sejam fornecidos a um seu estabelecimento no exterior, e pelo fato de os produtos digitais poderem ser fornecidos por estabelecimentos virtuais móveis, que não conhecem, portanto, um local fixo de funcionamento.

12 No caso de exportação, ainda que não houvesse esse obstáculo, não haveria incidência de tributo sobre o consumo. No Brasil, em razão de imunidade tributária, e em outros países, por fundamentos jurídicos diferentes, que de qualquer forma se justificam na necessidade de se obter uma maior competitividade no mercado internacional.

13 E tanto é assim que a inclusão da energia elétrica, no campo do ICMS, se fez de modo expresso e em nível constitucional. Esse entendimento, note-se, encontra eco em outras legislações. Nos países de colonização inglesa, o tributo correspondente ao ICMS é o *Sales Tax*, que recai sobre a venda de bens corpóreos (*tangible personal property*), exclusivamente, no regime tributário tradicional. Modernamente alguns Estados americanos têm imposto a tributação sobre bens intangíveis, e tal tem sido feito com adendos à legislação, num reconhecimento explícito de que o *Sales Tax*, em princípio, não recai sobre os mesmos. Sobre o assunto, consulte, ainda, GRECO (1999).

obsoletor as ligações telefônicas tradicionais e suas altas tarifas. Hodiernamente, embora a largura das bandas limite o aplicativo da videoconferência, a Internet tem sido massivamente utilizada em substituição aos interurbanos.

Outrossim, cresce o número de produtos "inteligentes", ou seja, que funcionam com o auxílio de um computador, que deles faz parte. Nessa interação, o computador tanto pode ser o controlador do funcionamento do produto, como no caso dos automóveis e refrigeradores, como pode ser parte integral da natureza digital do bem, como no caso das máquinas fotográficas digitais, das copiadoras, dos sistemas de segurança, entre outros.

Interessa observar que muitos desses produtos são reconfiguráveis, ou seja, sua funcionalidade pode ser alterada pela modificação de seu *software*. Um produto projetado para proporcionar certas facilidades pode ter algumas delas desativadas por razões as mais diversas, até mesmo para reduzir seu custo de aquisição e encorajar o consumidor a fazer um *upgrade* para a versão profissional/avançada.

Tradicionalmente, o *upgrade* envolve a troca, efetuada por um técnico, do chamado *Erasable Programmable Read Only Memory* (EPROM), que existe no produto. A Internet, no entanto, oferece uma nova perspectiva ao *upgrade*, pois possibilita a modificação da funcionalidade do produto de um modo muito mais simples, através da instalação de um novo *software*, que é disponibilizado pela rede.

No que se refere aos aspectos tributários da questão, duas são as implicações: 1) o comprador paga imposto sobre o consumo calculado em base de cálculo reduzida, uma vez que o preço do produto na versão básica é menor que na versão avançada/profissional e, posteriormente, evita pagar o imposto no *upgrade*. No caso do Brasil, a análise deve considerar ainda o custo do IPI. 2) A reconfiguração proporcionada pela instalação de um *software* a um produto pode modificar a sua natureza, com conseqüências na hipótese de existência de classes de tributação diferenciadas, como existe em alguns países, como forma de se estimular uma indústria. Por exemplo, na Austrália a tributação do *Sales Tax* sobre um CD ROM drive para computador é de 22%, enquanto a alíquota para os *CD players* é de 32%. Através da reconfiguração, feita pela instalação de *software* transmitido pela Internet, o *CD ROM player* pode se tornar um *CD player*, e, nesse caso, a par da discussão retro, há que se pensar, numa situação ideal, que os contribuintes estão dispostos a cumprir a obrigação tributária, em como fazer o enquadramento correto.

Todas as circunstâncias retromencionadas são de fundamental importância na opção de política tributária a ser desenvolvida pelo Governo, considerando-se a possibilidade de alteração da legislação pátria para alcançar as operações internas de cunho econômico envolvendo produtos digitais; a necessidade de se

modificar a posição do País no mercado internacional, para fornecedor de tecnologia, competindo em igualdade de condições com as nações desenvolvidas; a preocupação de proteger o mercado de trabalho interno e até mesmo as receitas tributárias existentes e imprescindíveis, como as que recaem sobre a folha de salários, visto que a disseminação do fornecimento desses produtos pela Internet e o aumento de usuários brasileiros podem piorar o quadro de desemprego no País, pois certos estabelecimentos reduzirão em número, como é o caso das locadoras de vídeo e lojas de discos, e até mesmo deixarão de existir, como pode acontecer com os departamentos de *softwares*, que hoje são encontrados em lojas de informática; o cuidado que se deve ter para não privilegiar os mais favorecidos em detrimento da maior parte da população, que não tem acesso à Internet e, portanto, às maravilhas dos produtos digitais, mas que são consumidores e contribuintes.

Na esteira deste raciocínio, importa definir os princípios tributários aplicáveis ao comércio eletrônico, que passam necessariamente pela neutralidade (a tributação incidente sobre o comércio tradicional e eletrônico deve ser neutra e eqüitativa) e flexibilidade (o sistema tributário deve ser flexível e dinâmico de modo a se adaptar aos desenvolvimentos tecnológicos e comerciais), mas que não podem ser compreendidos isoladamente, pois pouco beneficiará a mera imposição de tributos sobre a aquisição de produtos digitais nas operações internas, vez que os mesmos podem ser importados do ciberespaço, alimentando os lucros e o desenvolvimento de empresas estrangeiras, em detrimento do desenvolvimento nacional.

A propósito, o relatório elaborado pela Diretoria de assuntos financeiros, fiscais e empreendimentos do Comitê de Assuntos Fiscais da OECD, apresentado em 08 de outubro de 1998, não se olvidou de implicações como estas e concluiu que, em tema de impostos sobre o consumo, o fornecimento de produtos digitais não deve ser tratado como o fornecimento de mercadorias.

Podemos adiar esse debate por alguns poucos anos, conforme se verifiquem e se apliquem os avanços tecnológicos, mas não há como fugir dele. Não importa o quanto protelemos, chegará o momento de uma reformulação séria e consciente da tributação de certos produtos e serviços no Brasil, sob pena de agravarmos o caótico quadro econômico-social do País.

Imaginando-se, contudo, em esforço de raciocínio, que as diversas legislações tributárias fossem alteradas para alcançar as operações com produtos digitalizados, o campo para a evasão e elisão fiscal seria farto, ainda que a loja virtual estivesse situada na jurisdição do Estado onde ocorresse toda a operação.

Basicamente teríamos 8 cenários diferentes, no mínimo, que, por motivos óbvios, serão considerados sob o ponto de vista do Brasil: 1) comprador, vendedor e loja virtual, todos situados no Brasil; 2) comprador e vendedor no Brasil e loja virtual

em outro Estado; 3) comprador e loja virtual no Brasil e vendedor em outro Estado; 4) comprador no Brasil e vendedor e loja virtual em outro Estado; 5) comprador em outro Estado, vendedor e loja virtual no Brasil; 6) comprador e loja virtual em outro Estado e vendedor no Brasil; 7) comprador e vendedor em outro Estado e loja virtual no Brasil e 8) comprador, vendedor e loja virtual, todos em outro Estado.

Note-se, inicialmente, que os cenários 5, 6, 7 e 8 não são de interesse para as Administrações Fazendárias brasileiras, considerando-se a imunidade dos produtos destinados a exportação ou a ocorrência de operação sem qualquer elemento de conexão com a jurisdição brasileira, no que se refere a impostos sobre o consumo (em tema de imposto de renda a situação seria diferente).

O cenário 1 afigura-se o mais favorável para fins de observância à legislação tributária, porquanto toda a operação é realizada inteiramente dentro da jurisdição brasileira, havendo, portanto, possibilidade real de se identificar as partes envolvidas na transação.

Na hipótese de a loja virtual utilizar-se de um programa de comércio eletrônico de prateleira ou ser parte de um *shopping center* virtual que o utilize, informações sobre o negócio serão produzidas automaticamente, e estarão disponíveis no servidor que veicula o *site*, tornando possível a realização de uma auditoria fiscal. Caso contrário, ainda assim será possível pelo menos identificar as partes envolvidas em uma comunicação pela Internet, visto que parte do IP (*Internet Protocol*) transmitido pode ser examinado. Embora não seja possível examinar o conteúdo da transmissão, mas tão-somente o endereço remetente e destinatário da mesma, o volume de tráfico partindo ou chegando a um determinado usuário e a indicação do protocolo utilizado, tais informações podem ser úteis como evidências, a demandarem maiores investigações acerca da natureza das atividades de um ou outro endereço eletrônico. Também pode ser possível obter uma pista auditável a partir do IAP (*Internet Access Provider* - provedor) do comprador, mas não parece que tal poderá ser utilizado de modo significativo, uma vez que o provedor é um mero intermediário e não funciona como parte na transação.

No caso de a loja virtual estar situada em outra jurisdição (cenário 2), o acesso às pistas técnicas passíveis de auditoria fica difícil e depende de acordos entre países ou requisições judiciais. É possível, no entanto, obter-se através do provedor de *backbone* aquelas informações que normalmente seriam obtidas pelo IAP associado com a loja virtual - endereço das partes, volume de tráfico e indicação do protocolo utilizado. No Brasil estes provedores seriam basicamente a Embratel e a Rede Nacional de Pesquisa. No entanto, importa observar que as grandes empresas, como a IBM, não necessitam sequer de linhas telefônicas para terem acesso à Internet, dispensando, dessa forma, a intermediação do provedor

de *backbone*, sendo tudo feito via satélite. Nesse caso, não seria possível monitorar os negócios efetuados por empresas deste calibre no estrangeiro. Por fim, é de se registrar que essas informações obtidas do provedor de *backbone* estariam depositadas em um arquivo de dimensões inimagináveis, mas que poderia ser filtrado relativamente às transmissões de uma dada loja virtual.

No tocante ao cenário 2, uma outra questão seria determinar-se se as "mercadorias" entrando no Brasil estariam sendo importadas e, nesse caso, se são passíveis de tributação pelo Imposto de Importação ou se, em verdade, se trata de uma transação doméstica que estaria sujeita apenas ao ICMS ou ISS.

Finalmente, é de se destacar que esse cenário não é muito provável, uma vez que, destinado a brasileiros, estaria mais bem localizado se fosse veiculado do Brasil, porque estaria registrado em ferramentas de busca nacionais[14].

No cenário 3, em termos de pistas técnicas para auditoria, a situação é semelhante àquela exposta para o cenário 1. O principal obstáculo à observância da legislação tributária, aqui, está na dificuldade de se identificar o proprietário ou operador da loja virtual, bem como cobrar o imposto eventualmente devido, na medida em que a presença do comerciante no Brasil é apenas digital. É claro que, no caso, para se registrar um nome de domínio, que é o endereço eletrônico de cada *site*, o Comitê Gestor da Internet exige a apresentação de CGC, mas cada CGC permite o registro de até 10 nomes de domínios. Assim, é certo que existirão empresas cujo CGC se presta apenas a veicular lojas virtuais e não possuirão sequer patrimônio. Nesse caso, a dívida tributária será responsabilidade dos dirigentes da empresa, na forma prevista no CTN, mas que como se sabe é de reduzida eficácia em termos de arrecadação de dívidas tributárias. Também é possível que a empresa esteja alugando um endereço eletrônico, e cobrar o tributo do proprietário deste é tão absurdo como cobrar do *shopping center* o ICMS devido por seus inquilinos comerciantes.

Por fim, o cenário 4, que em princípio será bastante comum, pois o Brasil é importador de tecnologia, o que não é nada favorável às Administrações Fazendárias, que não terão como cobrar os tributos que normalmente incidiriam caso se tratasse de uma operação com bens corpóreos. Note-se que a utilização da técnica do lançamento por declaração seria totalmente ineficaz, pois não há possibilidade real de a Fazenda Pública efetivar fiscalização capaz de verificar o cumprimento das obrigações tributárias da espécie. Nesse sentido, a experiência norte-americana, nos Estados que implementaram o chamado *Use Tax* às operações interestaduais

14 Nada impede, no entanto, que a empresa tenha um *site* veiculado por servidor brasileiro, que através de um *link* transporte o consumidor para sua loja virtual sediada em servidor estrangeiro.

pela Internet (o sistema tributário dos Estados Unidos não permite a cobrança do *Sales Tax* sem elemento de conexão no caso de operações interestaduais).

Observe-se que os produtos digitais não são apenas vendidos para consumo residencial, mas também para empresas, que são compradoras importantes de programas de computador, catálogos de fotografias (que são usadas, por exemplo, em propaganda) e de serviços de contadores, arquitetos, consultores, advogados, engenheiros, pesquisas de mercado, relações públicas, etc., todos passíveis de serem transmitidos pela Internet, e são também e principalmente grandes consumidoras de bancos de dados digitalizados[15] (cobrindo, por exemplo, informações técnicas legais, médicas, gerenciais, científicas, entre outras), assim como de vídeoconferências (atualmente limitadas pela largura das bandas, repita-se) e treinamento profissional e educacional.

O que importa observar é que, como estes produtos e serviços são obtidos pela Internet, seus fornecedores não estão mais vinculados a uma determinada área geográfica de atuação, nem ao local onde fica situado seu mercado consumidor. Portanto, se em tema de ICMS e ISS se discute o local da ocorrência do fato gerador para fins de determinação da competência tributária, em se tratando de negócios tradicionais, a questão se tornará ainda mais complicada com a dispersão provocada pela Internet, trazendo outras dúvidas aos cenários já mencionados. Com certeza os fornecedores de serviços e outros produtos digitais procurarão se estabelecer em Estados e Municípios onde recebam tratamento tributário mais favorecido, embora seus consumidores permaneçam nos grandes centros urbanos.

Mais uma vez estaremos diante de um nó górdio, cujo desate depende da política tributária a ser adotada. No caso em discussão, é pertinente observar que esse movimento de deslocação dos fornecedores de produtos digitais pode ser utilizado em benefício do desenvolvimento de áreas de grande pobreza e atraso no País.

III - Conclusões

As tecnologias de comunicação, em especial da Internet, confrontam-nos todos com questões jurídicas novas e intrigantes.

Da mesma forma que a revolução industrial o fez, a revolução tecnológica apresentará (e já apresenta) à humanidade uma era de inovações e crescente produtividade que, no entanto, não virá acompanhada de um crescimento da oferta de

15 Estima-se em US$ 30 bilhões o valor gasto em todo o mundo com a obtenção de serviço de informações eletrônicas, seja com acesso instantâneo a banco de dados ou procuras computadorizadas nos mesmos.

empregos, embora seja certo que abrirá campo para profissões novas. Em verdade, em função do alto nível de automação das atividades econômicas, o cenário que se delineia é de grande depressão no mercado de trabalho. Assim, o exame da nova riqueza das nações e da economia que se delineia para o século XXI está na ordem do dia, afigurando-se fundamental para a opção de políticas governamentais, dentre as quais as políticas tributárias.

Verifica-se que se faz necessário adequar o sistema tributário à nova economia, dadas as fugas de receitas que já começam a se verificar, com prejuízo inclusive à neutralidade tributária. Ademais, o aumento do número de desempregados corresponde a uma demanda por benefícios fiscais.

O presente estudo procurou apresentar o cenário fiscal relativo às operações envolvendo produtos digitais, tendo-se concluído:

1. O segmento da Internet que mais tem crescido nesta década é o comercial (www. nome da empresa.com).

2. Nem todo *site* comercial é lucrativo, mas as perspectivas do comércio eletrônico para o ano 2000 são otimistas.

3. O potencial do comércio eletrônico ainda não se encontra inteiramente explorado e se beneficiará sobremaneira da ampliação da largura das bandas.

4. A inexistência de barreiras geográficas, a redução dos custos, o acesso de pequenas e médias empresas ao comércio exterior, a transformação do conceito de atendimento ao cliente, a facilidade de comparação de preços e a possibilidade de se escolher como sede do estabelecimento e das operações bancárias o local que melhor atenda a interesses fiscais explicam a migração do comércio tradicional para a Internet.

5. O comércio eletrônico ainda não representa uma ameaça ao comércio tradicional.

6. A substituição, pelas empresas, na construção e navegação de seus *sites*, dos programas de encomenda pelos programas de prateleiras permitirá a auditoria fiscal dos estabelecimentos virtuais.

7. Os *softwares* de prateleiras podem ser acrescidos de módulos que calcularão os tributos devidos em cada operação e poderão até mesmo efetuar o pagamento da exação *on line*.

8. Os produtos digitais representam o principal desafio às Fazendas Públicas, sendo responsáveis por uma grande erosão tributária, que já se começa a perceber.

9. A distinção entre bens e serviços na classe de produtos digitais é bastante tênue, dificultando a identificação do tributo a incidir nas operações com os mesmos.

10. Regra geral, a legislação tributária sobre impostos sobre o consumo não se aplica às operações com produtos digitais.

11. Como os produtos digitais são transmitidos pela Internet, não conhecem barreiras alfandegárias e não se submetem aos impostos que recaem sobre a importação.

12. Há que se definir uma política tributária que não obstaculize o desenvolvimento de novas tecnologias no País e tampouco privilegie os mais favorecidos em detrimento da maior parte da população.

13. Os produtos digitais, a par de representarem uma parte da economia não tributada, no momento, também afetam a arrecadação proveniente de operações com mercadorias tradicionais que tendem a desaparecer e a arrecadação proveniente de produtos reconfiguráveis.

14. Ainda que a legislação tributária seja alterada e passe a alcançar operações com produtos digitais, o campo para a evasão e elisão fiscal seria grande.

15. Os fornecedores de produtos e serviços pela Internet não estão vinculados à área geográfica de seu mercado consumidor e com certeza irão se estabelecer em Estados e Municípios onde recebam tratamento tributário mais favorecido, o que pode ser encarado como fator de desenvolvimento de áreas de grande atraso no País.

IV - Bibliografia

AFONSO, Carlos Alberto. "*The Internet and the community in Brazil:background, issues and options*", julho 1996, <http://www.cg.org.br/artigos/doc7.htm> (22/02/99).

ALMEIDA, Edgard Pitta de. "A tributação dos serviços de acesso à Internet", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 14, p. 07.

ASHRAF, Saba. "*Virtual taxation: state taxation of Internet and on-line sales*", 1997, <http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/issues/243/ashraf.html> (18/02/99).

BORGES, José Souto Maior. "Imunidade tributária dos produtos de informática (ICMS/IPI/ISS)", *Repertório IOB de Jurisprudência*: 2ª quinzena de dezembro de 1996, nº 24/96 - Caderno 1, p. 545.

BRITO, Edvaldo. "*Software*: ICMS, ISS ou imunidade tributária?", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 05, p. 19.

CARROLL, Jim; BROADHEAD, Rick. *1998 Canadian Internet Handbook*. Scarborough: Prentice Hall Canada Inc., 1998.

CAVALCANTI FILHO, Jayme Arcoverde de Albuquerque e VALVERDE, Gustavo Sampaio. "Conceito de livro e imunidade tributária", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 27, p. 77.

CHODOS, Robert; MURPHY, Rae; HAMOVITCH, Eric. *Lost in cyberspace? - Canada and the information revolution*. Toronto: James Lorimer & Company, 1997.

CORDELL, Arthur. "*New taxes for a new economy*", primavera 1996, <http://www.usask.ca/library/gic/v2n4/cordell/cordell.html> (23/03/99).

COX, Christopher. "*Web Commerce: a tempting target for tax collectors*?", last updated in january 1999, <http://www.house.gov/chriscox/nettax/Web-commerce.html> (18/02/99).

DERTOUZOS, Michael L. *What will be: how the new world of information will change our lives*. San Francisco: HarperEdge, first edition, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* - 1º volume: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 11ª edição, 1995.

Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs. Committee on Fiscal Affairs. OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. "*Electronic commerce: taxation framework conditions*", outubro 1998, <http://www.oecd.org/daf/fa/e-com/framework.pdf> (13/02/99).

Discussion Report of the ATO Electronic Commerce Project. "*Tax and the Internet*", agosto 1997, <www.ato.gov.au/ecp/ecom-p1.doc> (18/02/99).

EGGER JÚNIOR, Idelmar. "Da necessidade da utilização da Internet no mundo moderno", janeiro 1997, <http://www.egger.com.br/artigos/art-01-jr.htm> (18/02/99).

FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 6ª edição, 1995.

GARCIA-SIERRA, Andy. "*Electronic commerce and the Internet*", sem data, <http://www.cf.ac.uk/uwcc/masts/ecic/netcom.html> (20/02/99).

GLANZ, Semy. "Internet e contrato eletrônico", *Revista dos Tribunais*: ano 87, volume 757, p. 70, novembro 1998.

GRECO, Marco Aurélio. "Ajustamento da tributação às novas realidades", *Repertório IOB de Jurisprudência*: 2ª quinzena de janeiro de 1999, nº 2/99 - Caderno 1, p. 74.

_____ "*Electronic commerce: taxation framework - Report by OECD*", novembro 1998, <http://www.mashb.com/EC/112298.htm> (20/02/99).

_____ "*Sales taxation of downloaded software*", setembro 1998, <http://www.mashb.com/EC/092098.htm> (20/02/99).

HIGUCHI, Hiromi; HIGUCHI, Fábio Hiroshi; HIGUCHI, Celso H. *Imposto de Renda das empresas: interpretação e prática.* São Paulo: Editora Atlas, 24ª edição, 1999.

IRVINE, Martin. *Web works: a Norton pocket guide.* New York: WW Norton & Company Inc., first edition, 1997.

JACKSON, M. Drew; TAYLOR, Timothy L. *The Internet handbook for canadian lawyers.* Scarborough: Carswell - Thomson Professional Publishing. Second edition, 1997.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. "Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei nº 9.296/96", outubro 1996, <http://www travelnet.com.br/juridica/art40a96.htm> (25/02/99).

_____ "O ICMS e a prestação gratuita de serviço", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 20, p. 41.

_____ *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 18, p. 27.

McCREA, Philip e SMART, Bob. "*The Internet Report*", junho 1997, *CSIRO Division of Mathematical and Information Sciences*: <www.ato.gov.au/ecp/csiro.pdf> (18/02/99).

McLURE JR., Charles E. "*Taxation of electronic commerce: economic objectives, technological constraints and tax law*", maio 1998, <www-techlaw.stanford.edu/pages/Inttax.pdf> (18/02/99).

MOTTA FILHO, Marcello Martins. "*Software* de prateleira e o ICMS", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 35, p. 64.

MUSCOVITCH, Zak. "*Taxation of Internet commerce*", abril 1996, <http://www.globalserve.net/~zak/taxation.html> (01/03/99).

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Noções da fiscalidade internacional.* Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1998.

NEVES, Carvalho. "Citação de documentos eletrônicos da Internet", maio 1997, <www.geocities.com/athens/forum/1934/6citacao.html> (28/03/99).

NEWMAN, Nathan. "*Prop 13 meets the Internet: how state and local government finances are becoming road kill on the information superhighway*", agosto 1995, <http://garnet.berkeley.edu:3333/budget/tax-internet/taxart3b.html> (13/02/99).

_____ "*The great Internet tax drain*", fevereiro 1997, <http://www.techreview.com/articles/mj96/newman.html> (13/02/98).

_____ <newman@garnet.berkeley.edu>, "[E-NODE] *virtual sunshine may rain on local economic development*", 6/06/96, <localgov@calliope.wln.com> (13/02/99).

OECD - Organization for Economic Cooperation and Development. "*Electronic commerce: taxing times*", março 1999, <http://www.oecd.org/daf/fa/e-com/e-com.htm> (16/03/99).

_____ "*The challenges to tax authorities and taxpayers*", novembro 1997, <www.ispo.cec.be/ecommerce/tax.pdf> (18/02/99).

_____ "*3rd update to the 1992 model tax convention*", fevereiro 1999, <http://www.oecd.org/daf/fa/treaties/3rd-up.htm#3rd-newformat> (16/03/99).

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. "Os CD-ROMs e disquetes com programas gravados são imunes?", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 07, p. 34.

SMEDINGHOFF, Thomas J.; BASILE JR., Andrew R.; BRO, Ruth Hill; GILBERT, Geoffrey G.; OEI, Lorijean G.; PERDUE, Elizabeth S.; STRAND, Peter J.; STROUSE, Jonathan E.; ZANGER, Larry M. *On line law: the*

SPA's legal guide to doing business on the Internet. New York: Addison Wesley Developers Press, first printing, 1996.

SOETE, Luc e KAMP, Karin. "*The bit tax: a case for further research*", agosto 1999, <http://www.ispo.cec.be/hleg/bittax.html> (23/03/99).

TEIXEIRA, Rômulo José de Medeiros. "ICMS na operação mercantil com *software*", sem data, <http://www.jus.com.br/links/*software*.html> (20/02/99).

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 4ª edição/3ª tiragem, 1998.

-:::-

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

1. CORTE SUPERIOR

MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO CONCESSIVA OU DENEGATÓRIA DE LIMINAR - IRRECORRIBILIDADE

- A decisão que concede, ou não, liminar, em ação mandamental, é irrecorrível, como ato discricionário do relator, somente existindo recurso quando a lei determinar.

- VV.vv.: - Cabe recurso contra decisão que indefere liminar em mandado de segurança, visto se tratar de um direito natural, que só pode ser afastado por norma expressa, e também porque a omissão da Lei nº 1.533/51 autoriza aplicar o CPC, que vem reafirmando a possibilidade de interposição de agravo contra decisões interlocutórias, vigendo, ademais, nos tribunais inferiores, o princípio da colegialidade. (*Desembargadores Isalino Lisbôa, Aluízio Quintão e Bady Curi*)

AGRAVO REGIMENTAL Nº 179.606-9/01 (no Mandado de Segurança nº 179.606-9/00) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO CONHECER DO RECURSO, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ISALINO LISBÔA, ALUÍZIO QUINTÃO E BADY CURI. DEU-SE POR SUSPEITO O DES. RUBENS XAVIER FERREIRA.

Belo Horizonte, 29 de março de 2000. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Como fizemos constar do relatório, cuida-se de agravo regimental aviado contra decisão do Relator, que deixou de conceder liminar, em sede de mandado de segurança impetrato por Carlos César Bragato contra ato conjunto dos eminentes Desembargadores Presidente e o 2° Vice-Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça, envolvendo editais de concurso de notários e registradores.

Mantive a decisão agravada, submetendo-a à alta apreciação deste conspícuo Colegiado, tendo, como *preliminar*, suscitada de ofício, o exame da questão referente ao cabimento ou não de manejado agravo regimental, na espécie.

O Regimento Interno deste colendo Tribunal de Justiça, dispondo a respeito do mandado de segurança, simplesmente, prevê, em seu artigo 260, parágrafo único, que, "no processamento do mandado de segurança será observado o que estabelecem as Leis n^{os} 1.533/51 e 4.348/64".

Entendendo-se, outrossim, que a decisão recorrida, no caso, apenas tem a natureza não terminativa, a teor do art. 337, § 2°, do mesmo Regimento, "o agravo ficará retido nos autos, para exame preliminar ao julgamento da ação...".

Ora, cuidando-se de liminar, concedida ou não, em ação mandamental, sem dúvida, a forma retida é inócua.

Daí se vê, a nosso sentir, que a decisão que concede ou não liminar, em ação da espécie, é irrecorrível, como ato discricionário do Relator, não se desconhecendo, todavia, que a questão é um tanto controvertida.

Ora: "Não se conhece de agravo regimental interposto contra decisão que indefere pedido liminar em mandado de segurança, pois contra ela não existe, na lei especial, qualquer previsão de recurso" (*Bol. ASSP*, 1.678/supl., p. 5, 2ª col., com farta jurisprudência), na lembrança de THEOTONIO NEGRÃO, *CPCLPV*, 29ª ed., Saraiva, fls. 1.181).

Outrossim: "...1. a decisão do relator que defere ou indefere medida liminar em mandado de segurança, e também em mandado de injunção, não é atacável por agravo regimental. Precedentes..." (*RTJ*, 155/696, AgRgMI n° 324, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Aliás, em decisão recente, proferida pelo plenário, pontificou o colendo Supremo Tribunal Federal (AgRMS n° 23.448-DF, julgado em 1°/07/99 e publicado no *DJ* de 24/09/99, Rel. Min. Sydney Sanches, colhido via *Internet*):

"Direito Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança...

1. É antiga e continua firme a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, em processo de mandado de segurança... de sua competência originária, descabe agravo regimental contra decisão monocrática do respectivo Relator, que defere ou indefere, no todo ou em parte, medida liminar...".

Com estas considerações, é de *não se conhecer* de interposto agravo regimental.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo com o Relator, eis que já realizamos julgamento anterior, concluindo neste mesmo sentido.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Sr. Presidente. Sob respeitosa vênia, tenho entendimento em contrário, razão por que, neste caso, estou conhecendo do agravo regimental.

O Sr. Des. José Brandão de Resende - Não conheço do agravo, nos termos do voto do eminente Des. Hugo Bengtsson, *data venia.*

O Sr. Des. Sérgio Resende - Não conheço do agravo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Não conheço do agravo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente. Com a devida vênia, coerente com posição já manifestada nesta Corte e, reiteradas vezes, na Quinta Câmara Cível, conheço do recurso, por considerá-lo inteiramente cabível.

Em primeiro lugar, porque se trata de um direito natural, que só pode ser afastado por norma expressa, e não existe norma expressa proibindo o direito de recorrer nesses casos.

Por outro lado, porque a omissão da Lei de Mandado de Segurança - que é tão antiga - nos autoriza a aplicar o Código de Processo Civil, que, mesmo sofrendo reformas intermitentes - inclusive recentemente -, vem reafirmando a possibilidade do agravo contra decisões interlocutórias, dentre as quais a decisão do Relator que indefere liminar em mandado de segurança.

Entendo, também, Sr. Presidente, que, se não cabe, *in casu*, o agravo regimental, ou se, sendo cabível, ele não tem o efeito desejado, caberá mandado de segurança quando o ato judicial, ou o ato do Relator, contiver ilegalidade ou absurdez.

A despeito desse malfadado agravo de instrumento - da maneira como está posto na legislação processual -, o mandado de segurança ainda continua sendo o remédio heróico e excepcional para quem quer ver acolhida ou, pelo menos, examinada a sua reação a qualquer ato judicial.

Portanto, com a devida vênia, e reiterando votos anteriores, discordo do eminente Relator e conheço do recurso.

O Sr. Des. José Arthur - Data venia, com o eminente Des. Relator.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Não conheço do recurso, *data venia.*

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Acompanho o Relator. Peço, na oportunidade, a V. Exa. para mandar publicar o acórdão com certa urgência, pois ele traduz a opinião majoritária da Corte e uniformizará este entendimento.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Sr. Presidente. Quando da elaboração do nosso Regimento Interno, esta matéria foi debatida à saciedade. Chegou-se à conclusão de que seria verdadeiro absurdo admitir-se recurso interno - recurso regimental - contra decisão de Relator, em processo de mandado de segurança e de *habeas corpus*, que tem quase o mesmo procedimento. E nenhum dos Tribunais do País consultados a respeito admite o agravo regimental, em casos como este.

Ao contrário do que opinou o culto e eminente Des. Aluízio Quintão, o direito natural tende à não-existência de recurso, que só existe quando a lei determinar. Se assim não fosse, seria necessário um artigo no Código de Processo Civil dizendo que das decisões últimas do Supremo não cabe recurso. O que, *data venia*, é um absurdo. Ao contrário, o recurso é que deve ser preestabelecido em lei.

No caso do mandado de segurança, esta matéria foi discutida à exaustão. E quem acompanha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a respeito da matéria, terá visto inúmeros mandados de segurança contra atos do Relator que indeferem liminar neste recurso. A existência deles é o pressuposto de que não há recurso regimental; senão não caberia o mandado de segurança para os Tribunais Superiores.

Acompanho, assim, o Relator com toda a tranqüilidade.

O Sr. Des. Bady Curi - Peço respeitosa vênia à maioria do Tribunal, que tem entendimento contrário, mas acompanho o eminente Des. Aluízio Quintão.

Entendo que, em termos de Tribunal de Justiça, vige o princípio da colegialidade.

Em casos excepcionais - dada a necessidade de uma prestação jurisdicional urgente -, é que se confere a um Desembargador o poder monocrático de decidir, naturalmente com caráter de provisoriedade.

Entendo que essa decisão deve e pode ser apreciada pelo Colegiado, porque, nos Tribunais, o Colegiado é que decide fazer a entrega da prestação jurisdicional definitiva para aquele grau de jurisdição.

Na última instância, naturalmente, no Supremo Tribunal Federal, cujo Regimento Interno - e quer-me parecer que a referência feita pelo eminente Des. Hugo Bengtsson diz respeito ao mandado de segurança originariamente ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal - expressamente prevê a inexistência de recurso de decisão do Ministro em liminar de mandado de segurança, não haverá reexame pelo Colegiado daquela decisão.

Gostaria, inclusive, que o eminente Des. Hugo Bengtsson nos desse esclarecimentos a respeito.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Trata-se da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Lei nº 1.533, em vários acórdãos, entre os quais o seguinte:

(Procede à leitura do acórdão mencionado.)

O Sr. Des. Bady Curi - Estão na *Internet* os acórdãos a que S. Exa. se refere. Posteriormente, meditarei novamente sobre o assunto, depois de ler na íntegra o mencionado acórdão.

Continuo, por enquanto, entendendo que o princípio da colegialidade nos Tribunais inferiores é a regra.

Acompanho, assim, o Des. Aluízio Quintão.

O Sr. Des. Guido de Andrade - Acompanho o Des. Relator, *data venia*.

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

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Não conheço do agravo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Não conheço do agravo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Com o Relator.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ISALINO LISBÔA, ALUÍZIO QUINTÃO E BADY CURI. DEU-SE POR SUSPEITO O DES. RUBENS XAVIER FERREIRA.

-:::-

COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO OU DECISÃO DO JUIZADO ESPECIAL - JULGAMENTO - TRIBUNAL COMPETENTE

- O Tribunal de Alçada e o de Justiça não têm competência para julgar recurso interposto contra decisão proferida por Juizado Especial.

- Cabe ao Tribunal de Alçada julgar mandado de segurança interposto contra ato ou decisão do Juizado Especial efetivados em ação cujo julgamento, em grau de recurso, seja da competência do referido tribunal.

- A Turma Recursal do Juizado Especial não reúne competência para julgar mandado de segurança originário, visto tê-la unicamente para julgar recurso, nunca ação mandamental.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 171.887-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial:

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 SUSCITADA, OU SEJA, DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2000. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Em ação de consignação intentada perante o Juizado Especial Cível de Belo Horizonte, autorizou-se o depósito de parcelas vencidas, depois de apresentadas contestação e argüição de incompetência, esta porque o Juizado Especial não tem competência para processar e julgar ações de rito especial.

Com o objetivo de impedir depósitos até a audiência de conciliação designada, a ré Cobrasa Administradora de Consórcio Ltda. impetrou mandado de segurança perante o eg. Tribunal de Alçada, distribuído ao juiz de plantão, que deu pela incompetência daquele Sodalício, determinando a remessa dos autos a uma das Turmas Recursais do Juizado Especial de Belo Horizonte.

Afirmou o ilustre Relator que, nos termos do art. 108 da Carta Mineira, cabe ao Tribunal de Alçada julgar mandado de segurança interposto contra ato ou decisão de juiz de primeiro grau, "desde que relacionados com causa cujo julgamento, em grau de recurso, seja de sua competência".

O Tribunal de Alçada, na verdade, não reúne competência para julgar, em grau de recurso, aqueles interpostos contra decisões proferidas no Juizado Especial.

Ao receber os autos, a Terceira Turma Recursal conflitou, afirmando não lhe competir julgar ação de mandado de segurança, mas apenas recursos, nos termos do § 1º do art. 41 da Lei nº 9.099/95. E mais: segundo a Constituição, somente os tribunais podem julgar mandado de segurança originário, e Turma Recursal não detém esse *status*. Argumenta que mandado de segurança é ação, e jamais recurso.

De igual modo, não cabe ao Tribunal de Justiça julgar recurso interposto contra decisão proferida por Juizado Especial.

O art. 106, I, da Constituição de Minas Gerais, estabelece que compete ao Tribunal de Justiça julgar mandado de segurança contra ato ou decisão de juiz de primeira instância, "nas causas de sua competência recursal".

É certo que a Carta Magna não cuidou do assunto, porque bem anterior à efetiva implantação do Juizado Especial.

Em primeiro lugar, inquestionável competir à egrégia Corte Superior dirimir o conflito, nos precisos termos do art. 20, II, da LC nº 38, de 13/2/95.

Há entendimento segundo o qual caberá ao Tribunal a que, se recurso houvesse, caberia apreciá-lo.

No caso, tratando-se de ação consignatória fundada em relação

contratual, caberia apreciar o recurso ao Tribunal de Alçada.

Ademais, a competência do Tribunal de Justiça vem enumerada na Constituição Mineira, ao passo que, quanto ao Tribunal de Alçada, dispõe o art. 108, II, competir-lhe julgar em grau de recurso causa não atribuída expressamente ao Tribunal de Justiça.

Nessa classe, assim, poderá colocar-se o mandado de segurança impetrado contra ato ou decisão do Juizado Especial, por tratar-se de norma genérica.

Sem dúvida que Turma Recursal não reúne competência para julgar mandado de segurança originário, visto tê-la unicamente para julgar recurso, nunca ação mandamental.

Diante do exposto, dou pela competência do suscitado, determinando se remetam os autos ao eg. Tribunal de Alçada.

Custas, no final.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Sr. Presidente. Criou-se realmente uma situação bastante delicada com a criação dos Juizados Especiais. Muitas decisões cíveis e criminais por eles abordadas refoge à esfera dos tribunais estaduais, seja de Alçada, seja de Justiça, e, tão logo foram criados os Juizados Especiais e implantados, a grande questão surgida foi com relação aos *habeas corpus*, que, sendo também ação originária, não poderiam ser julgados pelas Câmaras Recursais, que, pelo próprio nome indica, só cuidam de recursos oriundos dos Juizados Especiais.

A matéria foi enfrentada várias vezes pelo Supremo e ficou estabelecido que os *habeas corpus* contra decisões dos Juizados ou das Turmas Recursais seriam impetrados diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Na maioria dos casos, pela teratologia do fato, como, aliás, acontece no caso presente, a lei não prevê fatos teratológicos, a lei não prevê casos especiais, a lei prevê o procedimento como ele é tido e escrito nos códigos de processo, seja cível, seja penal.

No caso, a teratologia começou no Juizado Especial, que recebeu uma causa que não é da sua competência. Tinha um procedimento especial, logo, refugia à competência do Juizado, e, aí, deu-se o impasse com relação ao mandado de segurança. Mas, no caso específico, não tenho dúvida em acompanhar o Relator porque não existe outra maneira de se resolver o imbróglio a não ser o mandado de segurança e, sendo este a única ação específica, não seria o caso de se chamar à colação o julgamento do Supremo, mas do tribunal estadual específico para aquele julgamento daquela causa e, no caso especial nosso, o Tribunal de Alçada.

Por isso, acompanho o eminente Des. Relator, prevendo que vários fatos como este vão surgir por falta de previsão legal a respeito dos recursos especiais quando há teratologia dos Juizados de Pequenas Causas.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Sr. Presidente. De fato a matéria é complexa, mas o argumento em favor da tese esposada pelo em. Des. Relator seria com referência ao recurso ordinário quando denegatório do mandado de segurança.

Se fosse da competência dos Juizados Especiais, como resolver esse problema se o recurso ordinário somente pode ser interposto de acórdãos deste Tribunal?

Diante desse impasse, a única solução viável é esta disposta no voto do eminente Relator, dando pela competência do Tribunal de Alçada para o julgamento do mandado de segurança.

Participaram do julgamento os Desembargadores Francisco Figueiredo, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Antônio Hélio Silva, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, José Arthur e Paulo Tinôco.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA, OU SEJA, DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - AÇÃO MONITÓRIA - JUIZADO ESPECIAL - DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA COMUM - IMPOSSIBILIDADE - APELAÇÃO - EXAME - COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL DE CONSELHEIRO LAFAIETE

- Escolhendo o autor o Juizado Especial, no momento do aforamento da ação, é nele que deve ser exaurida a prestação jurisdicional, sendo que a adoção de rito diverso daquele preconizado para exercitamento no Juizado Especial não tem prerrogativa de deslocar a competência para o âmbito da Justiça comum, pela simples razão de faltar previsão legal.

- A Lei nº 9.099/95 não oferece a perspectiva do manejo de eventual declinação de competência, e apenas indica como solução para qualquer questionamento processual de competência a extrema e sumária medida de extinção do processo.

- O Tribunal de Alçada, pela obviedade que cerca suas atribuições, não guarda competência para apreciar recursos oriundos do Colegiado Especial do Juizado Especial.

- É competente a Turma Recursal de Conselheiro Lafaiete para exame de recurso de apelação interposto em ação monitória, proposta no Juizado Especial da Comarca de Ouro Branco.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 153.355-3/00 - Comarca de Ouro Branco - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL DE CONSELHEIRO LAFAIETE.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2000. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Trata-se, na espécie, de dúvida de competência suscitada com o objetivo de determinar a competência recursal, para conhecer e julgar apelação interposta em face de sentença proferida em ação monitória ajuizada perante o Juizado Especial da Comarca de Ouro Branco.

Interposto o recurso, com roupagem de apelação, porquanto instrumentado nos moldes da regra de que se ocupa o art. 41 da Lei nº 9.099/95, a Turma Recursal da Comarca de Conselheiro Lafaiete, então destinatária do apelo, deliberou por declinar da competência e determinou a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Alçada, onde a colenda Quarta Câmara Cível, igualmente dando-se por incompetente, suscitou a presente dúvida de competência, para ser apreciada e decidida pela Corte Superior deste Sodalício, e que ora passo a analisar.

Maxima concessa venia, entendo que a questão não oferece maiores discussões, estando evidente, apriorísticamente, a perpetuação da jurisdição a que se filia o Juizado Especial, na exata compreensão do que foi preceituado no *caput* e incisos II e III do art. 51, ainda da Lei nº 9.099/95.

Realmente, ao cotejo do sobredito ordenamento, vê-se que o mesmo não oferece a perspectiva do manejo de eventual declinação de competência e apenas indica, como solução para qualquer questionamento processual de competência, a extremada e sumária medida de extinção do processo.

É de se ressaltar, outrossim, que a adoção de rito diverso daquele preconizado para exercitamento no Juizado Especial não tem a prerrogativa de deslocar a competência para o âmbito da Justiça comum, pela simples razão de faltar previsão legal neste sentido.

Delineado este cenário, não há a negar que, mesmo o único juiz da comarca de apenas uma vara, quando presidindo um processo, não terá as suas funções se confundindo quando atuando na Justiça comum ou no Juizado Especial, ou na Justiça do Trabalho, ou ainda na Justiça Eleitoral.

Daí, desinfluente o entendimento encampado pela Turma Recursal no sentido de pretender identificar a função do juiz com o procedimento adotado.

Aliás, escolhendo o autor esse ou aquele juízo, no momento do aforamento da ação, é nele que deve ser exaurida a prestação jurisdicional, cuja regra deflui de expressa disposição processual, ao estabelecer que "*...Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou aquele de direito ocorridas posteriormente ...*" (art. 87, CPC).

No presente caso, sem dúvida alguma que a opção do autor, tanto ao formular o pedido monitório, como quando ofertou o recurso de apelação, foi exclusivamente pelo Juizado Especial e nenhum outro, sem perder de vista que o colendo Tribunal de Alçada, pela obviedade que cerca suas atribuições, não guarda competência para apreciar recursos oriundos daquele Colegiado Especial.

Desta forma, em face de tais entendimentos e com redobrada vênia, razão não há para que se considere a questão como de competência recursal do eg. Tribunal de Alçada, pelo que dou pela competência da Turma Recursal da Comarca de Conselheiro Lafaiete, para onde deve o processo ser devolvido para apreciação e decisão sobre a demanda suscitada.

Participaram do julgamento os Desembargadores Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano e Gudesteu Biber.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL DE CONSELHEIRO LAFAIETE.

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - AUSÊNCIA DE POSICIONAMENTO DE QUALQUER TRIBUNAL ACERCA DA MATÉRIA - RECEBIMENTO COMO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AUDITORIAS MILITARES - ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DE ALGUNS INDICIADOS - CRIME ÚNICO - CONEXÃO IMPEDITIVA DE JULGAMENTO - INDICIADOS COM FORO PRIVILEGIADO - JURISDIÇÕES DIVERSAS - DESMEMBRAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- Inexistindo posicionamento de qualquer outro tribunal acerca da matéria, dando-se por competente ou incompetente, não há como se instaurar a dúvida de competência.

- Se o que se discute é qual a Justiça competente para julgar um recurso inominado oferecido pelo Ministério Público, em face de despachos proferidos por juízes auditores militares que não acataram a exceção de incompetência argüida pelo *Parquet*, deve o tema, por medida de praticidade, ser tratado como conflito de competência.

- Existindo crime único, embora com pluralidade de autores, há conexão, e, havendo como co-partícipe um deputado federal e também dois deputados estaduais, a competência para o julgamento de todos é do Supremo Tribunal Federal, visto que, na determinação da competência por conexão, havendo concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação, estendendo-se tal competência aos demais co-réus, que não gozam de prerrogativa de foro, até porque, só em casos de competência do Júri, cuja competência é prevista na própria Constituição Federal, permite-se o desmembramento do processo.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 168.582-5/00 (em conexão com as de nºs 168.596-5/00, 168.598-1/00, 168.604-7/00, 168.610-4/00, 168.616-1/00, 168.619-5/00, 168.624-5/00, 168.643-5/00, 168.681-5/00, 168.698-9/00, 168.706-0/00, 168.719-3/00, 168.731-8/00, 168.735-9/00, 168.738-3/00, 168.742-5/00, 168.828-2/00, 168.833-2/00, 168.858-9/00, 168.870-4/00, 168.876-1/00, 168.903-3/00, 168.916-5/00, 168.922-3/00, 168.929-8/00, 168.938-9/00, 168.951-2/00, 168.964-5/00, 168.968-6/00, 168.973-6/00, 168.991-8/00, 168.994-2/00, 168.996-7/00, 169.003-1/00, 169.018-9/00, 169.037-9/00, 169.059-3/00, 169.070-0/00, 169.081-7/00, 169.092-4/00, 169.310-0/00) - Comarca de Belo Horizonte (2 AJME) - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial:

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 CONHECER DA ARGÜIÇÃO DA DÚVIDA COMO CONFLITO DE COMPETÊNCIA E DETERMINAR SUA REMESSA AO COLENDO STF, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2000. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Trata-se de processos rotulados de dúvida de competência remetidos pelo egrégio Tribunal de Justiça Militar deste Estado, em inquéritos policiais militares - IPMs, instaurados por determinação do Comando-Geral da Polícia Militar, em virtude dos fatos ocorridos entre os dias 13 e 24 de junho de 1997, quando militares estaduais teriam praticado, em tese, crime de motim e revolta.

Encerrados os vários inquéritos, foram os mesmos encaminhados à Justiça Militar e distribuídos às 1ª, 2ª e 3ª Auditorias.

Em manifestação conjunta, os Senhores Promotores que atuam perante as Auditorias Militares argüiram a incompetência dos respectivos Juízos, ao entendimento de que o fato de haver entre os indiciados um ocupante de cargo de deputado federal e dois de cargo de deputado estadual, que gozam de foro privilegiado por prerrogativa de função, tornou as Auditorias Militares incompetentes para o julgamento dos mesmos, e que, em virtude da conexão, todos os demais indiciados não poderiam, também, ser ali julgados.

Requereram, então:

- extração de cópias dos autos do inquérito em que se encontra indiciado o ex-policial, hoje ocupante do cargo de Deputado Federal (Cabo Júlio César Gomes dos Santos), para remessa ao egrégio Supremo Tribunal Federal;

- remessa, ao TJMMG, dos autos de todos os IPMs relativos aos fatos conhecidos como "motim" ou "revolta", bem como de qualquer fato conexo, ao Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais - órgão competente para o julgamento dos demais indiciados.

Em conseqüência da exceção argüida, surgiram três situações:

1ª) A MMª Juíza Auditora da Primeira Auditoria Militar acolheu a incompetência quanto ao julgamento do ex- Cabo Júlio César Gomes dos Santos, hoje Deputado Federal, por entender competente para processá-lo e julgá-lo o eg. Supremo Tribunal Federal. Não acatou a exceção quanto aos demais indiciados, inclusive os que hoje são Deputados Estaduais, por entender que a prerrogativa concedida aos Deputados Estaduais se limita ao julgamento dos crimes comuns. O julgamento dos crimes militares, em que foram indiciados, no seu entendimento, deverá ser realizado pela Justiça Militar, cuja competência seria realmente da Auditoria Militar, firmada pela distribuição.

2ª) O MM. Juiz Auditor Titular da Segunda Auditoria Militar acolheu a alegação de incompetência do Juízo castrense para processar e julgar o ex-Cabo Júlio César Gomes dos Santos, hoje Deputado Federal, e rejeitou-a com referência aos demais policiais militares igualmente indiciados em IPMs, exceto aqueles que foram eleitos Deputados Estaduais, cuja competência de julgamento entendeu estar circunscrita a este Tribunal de Justiça.

Determinou, ainda, a remessa de cópias dos autos do inquérito referente ao ex-Cabo Júlio ao egrégio Supremo Tribunal Federal e retorno dos autos ao representante do Ministério Público.

3ª) O MM. Juiz Auditor da Terceira Auditoria Militar acatou integralmente a exceção argüida e determinou a remessa dos autos dos IPMs ao Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, por julgá-lo competente para processar e julgar os militares estaduais envolvidos no conhecido movimento reivindicatório dos Praças da Polícia Militar mineira, em razão da conexão, por entender que o todo criminal deve ser indivisível.

Diante de tais posicionamentos o Ministério Público ofereceu recurso inominado em face das decisões exaradas pelos MM. Juízes das primeira e segunda Auditorias Militares, fazendo com que todos os IPMs fossem remetidos ao eg. Tribunal de Justiça Militar, que, a seu turno, culminou por suscitar a presente dúvida de competência, em razão das várias interpretações surgidas, tendo em vista a eleição de um dos envolvidos para o cargo de Deputado Federal e de outros dois para Deputados Estaduais.

Sustenta o voto condutor do acórdão do Tribunal Militar que existem pareceres no sentido de se encaminharem todos os processos ao Supremo Tribunal Federal; entendendo outros que a competência integral seria do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ou do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais; havendo mesmo quem defenda ser a Auditoria o foro competente para dirimir, em instância inicial, todo o processado, inclusive com relação aos Deputados Estaduais, sendo que o único ponto em comum é que o Deputado Júlio César Gomes dos Santos seja julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta forma foi suscitada a presente dúvida, requerendo o Tribunal suscitante sejam fornecidos parâmetros para dirimir as questões argüidas.

Assim colocada a questão, entendo que o incidente se refere mais a uma consulta formulada a este Tribunal pela Justiça castrense do que propriamente a uma dúvida de competência, uma vez que se limitou o Tribunal suscitante a relatar os entendimentos manifestados pelas Auditorias Militares e pelo Ministério Público.

Na realidade, não existe o posicionamento de qualquer outro Tribunal acerca da matéria, dando-se por competente ou incompetente.

No caso *sub judice*, sequer foi oferecida a denúncia. O que se discute, na verdade, é qual a Justiça competente para julgar um recurso inominado oferecido pelo Ministério Público, em face dos despachos proferidos por Juízes Auditores Militares que não acataram a exceção de incompetência argüida pelo *Parquet*, pelas razões já expostas.

Assim, entendo tratar-se, na realidade, de um conflito de competência, e assim o recebo por medida de praticidade.

In casu, a meu sentir, existiu crime único, embora com pluralidade de autores, e, em assim sendo, existe conexão.

E, havendo como co-partícipe um Deputado Federal e também dois Deputados Estaduais, a competência para o julgamento de todos seria do colendo Supremo Tribunal Federal.

É que: "Na determinação da competência por conexão ou continência,

havendo concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação, estendendo-se tal competência aos demais co-réus, que não gozam de prerrogativa de foro" (STJ-*HC* nº 8.211-RJ, *DJU* de 16/08/99, p. 77).

Só em casos de competência do Júri (crimes dolosos contra a vida), cuja competência é prevista na própria Constituição Federal (art. 5º, XXXVII, *d*), permite-se o desmembramento do processo. Se fosse o caso de Júri, o Deputado Federal seria julgado pelo STF, o Estadual pelo Tribunal de Justiça e os demais pelo Tribunal do Júri. (*Vide* STF-*HC* nº 69.807/7-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* de 12/02/93, p. 1.453; STJ-*HC* nº 3.064-80-GO, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 27/03/95, p. 7.172; *HC* nº 2.259/9-MT, Rel. Min. Jesus Costa Lima, *DJU* de 28/02/94, p. 2.900.)

Como não é, prevalece o princípio da competência por conexão (evitando-se, assim, decisões conflitantes ou contraditórias), e todos deverão ser, s.m.j., julgados pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

Assim, mesmo que houvesse dúvidas a respeito (e acredito que não há), melhor deixar ao Supremo Tribunal Federal dizer sobre a competência, evitando-se que os acusados (se denunciados) levantem exceção de incompetência.

Pelo exposto, determino sejam os autos encaminhados ao egrégio Supremo Tribunal Federal, competente para julgamento dos feitos.

Participaram do julgamento os Desembargadores Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, José Arthur, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano e Gudesteu Biber.

Súmula - CONHECERAM DA ARGÜIÇÃO DA DÚVIDA COMO CONFLITO DE COMPETÊNCIA E DETERMINARAM SUA REMESSA AO COLENDO STF, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INTERESSE DO MUNICÍPIO - PRELIMINAR ANTERIORMENTE DECIDIDA PELO TRIBUNAL DE ALÇADA - IRRELEVÂNCIA - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Se a ação civil visa evitar lesão ao patrimônio do município, na medida em que busca o ressarcimento de verba ilicitamente desfalcada do erário, a competência fixa-se em razão do interesse direto do município de receber tais valores, que lhe são indisponíveis, interesse este que advém das próprias conseqüências que resultarão da decisão proferida no feito. Assim sendo, a despeito de não figurar no processo, visto que proposta a ação pelo Ministério Público, evidenciado o interesse do município, que figurará no pólo ativo como litisconsorte, compete ao Tribunal de Justiça o exame, em face do disposto no art. 106, II, *a* da Constituição Estadual.

- A ocorrência de eventuais equívocos, que permitiram ao Tribunal de Alçada examinar o mesmo feito quanto à preliminar de ilegitimidade do Ministério Público e inclusive afastá-la, não o torna competente para o julgamento do feito, no seu mérito, uma vez que a competência do Tribunal de Justiça é expressa e absoluta, porque funcional, e, portanto, não sujeita a modificações.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 172.404-6/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de abril de 2000. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Trata-se, conforme consta do relatório, de dúvida de competência suscitada com o objetivo de determinar a competência recursal para conhecer e julgar apelação interposta em face de sentença proferida em ação civil pública, para reparação de danos por atos de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público em favor do Município de Congonhal.

Proferida sentença reconhecendo a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação, vieram os autos a este egrégio Tribunal de Justiça, onde a colenda Quinta Câmara Cível declinou da competência para o egrégio Tribunal de Alçada, ao fundamento de que a competência recursal deste Tribunal, por restringir-se às hipóteses dispostas no art. 106, inc. II, alínea *a*, da Constituição Estadual, não contemplaria a matéria em discussão nos autos.

Naquele Tribunal de Alçada, sua colenda Quinta Câmara Cível deu provimento à apelação do órgão ministerial para, afastada a preliminar de ilegitimidade ativa, cassar a sentença e determinar a prolação de outra, ferindo o mérito do feito (acórdão de fls. 520/529).

Prolatada nova sentença julgando improcedente a ação, novamente apelou o Ministério Público, tendo os

autos sido encaminhados ao egrégio Tribunal de Alçada.

Naquele Sodalício, a Quinta Câmara Cível, em julgamento do qual participou, inclusive, o hoje Desembargador José Brandão, declinou da competência para este Tribunal de Justiça, ao entendimento de que, tratando-se de pedido de ressarcimento de danos ao erário, patente estaria o interesse do Município no feito.

Neste Tribunal, por sua vez, a colenda Terceira Câmara Cível, acolhendo o parecer ministerial, suscitou a presente dúvida, forte no entendimento de que, ao pronunciar-se no julgamento de fls. 520/529, o Tribunal de Alçada reconheceu sua competência, não havendo mais oportunidade para se abrir nova discussão sobre a matéria.

Assim colocada a questão, com respeitosa vênia às posições em contrário, entendo que a competência para conhecer e julgar a apelação interposta nestes autos é mesmo deste Tribunal de Justiça.

Resta evidente o interesse do Município de Congonhal no feito, uma vez que os alegados atos de improbidade administrativa foram praticados com verbas públicas, administradas pelo Prefeito, que tem o dever moral e legal de regê-las adequadamente, prestando contas de todos os seus atos, para que a coletividade, verdadeira titular do dinheiro público, tenha ciência do que está sendo realizado e como o mesmo está sendo gasto, garantindo, assim, a boa administração a que faz jus, que, no dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA (*in Direito Constitucional Positivo*, RT, 5ª ed., p. 561), consubstancia-se:

"... na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos políticos (dinheiro, bens e serviços), no interesse coletivo, com que também se asseguram aos administrados práticas administrativas honestas e probas".

Dúvida não há de que o objetivo precípuo da presente ação é evitar lesão ao patrimônio do Município, na medida em que visa ao ressarcimento de verba ilicitamente desfalcada do erário.

In casu, entendo que a competência se fixa em razão do interesse direto do Município de receber valores que lhe são indisponíveis, interesse este que advém das próprias conseqüências que resultarão da decisão proferida no feito.

A fortalecer este entendimento, vale lembrar as bem lançadas razões aduzidas pelo eminente Des. Bady Curi, ao apreciar matéria análoga, quando do julgamento proferido na Dúvida de Competência nº 107.923/5, que peço licença para registrar:

"No presente caso, a ação visa à recomposição do patrimônio do Município de Simão Pereira, alcançado por atos de improbidade administrativa atribuídos aos embargados, no exercício de cargos públicos, sendo ajuizada pelo zeloso representante do Ministério Público, em face da legitimidade conferida no art. 17 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, também figurando no pólo ativo a *pessoa jurídica de direito público lesada*, por força do disposto no parágrafo 3º:

'No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, *a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte*, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha' (grifei).

Vê-se, pois, que existe entre o Ministério Público e o Município, através de seus representantes, a comunhão da obrigação de proteger o patrimônio público (CPC, art. 46, II), por expressa disposição legal (CPC, art. 47, *caput*), uma vez que a citada lei impõe a ambos os mesmos ônus processuais (CPC, art. 81, c/c art. 333, I)".

Assim, em face de tal entendimento, não vejo como considerar a competência do egrégio Tribunal de Alçada, devendo ser aplicado *in casu* o disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual, *verbis*:

"Art. 106. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

II - julgar, em grau de recurso:

a) ação em que for autor, réu, assistente ou oponente o Estado, o Município e respectivas entidades da administração indireta".

O interesse público está sobremaneira evidenciado, eis que, a despeito de o Município de Congonhal não figurar no processo, não há que se negar que a lesão diz respeito a seus cofres, ou, mais especificamente, ao dinheiro público, sobre o qual não pode aquele ente dispor.

E não se diga que o julgamento que cassou a sentença primeira, que dera simples e exclusivamente pela ilegitimidade do Ministério Público, proferido pelo egrégio Tribunal de Alçada, tornou-o competente para o julgamento do feito, uma vez que a competência do Tribunal de Justiça é expressa e absoluta, porque funcional e, portanto, não sujeita a modificações. Daí, não se admitir que eventuais equívocos possam tornar o Tribunal de Justiça incompetente para conhecer e julgar recurso nos casos expressamente arrolados na Constituição Estadual.

Pelo exposto e por força do art. 106, II, *a*, da Constituição Mineira, dou pela competência deste Sodalício para conhecer do recurso interposto, devendo ser encaminhado à Terceira Câmara Cível para sua apreciação.

Participaram do julgamento os Desembargadores Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano e Gudesteu Biber.

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

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - MULTA PENAL - EXECUÇÃO - LEI Nº 9.268/96 - ART. 51 DO CÓDIGO PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO DE EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL - ART. 584, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C O 164 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS - AJUIZAMENTO EM VARA CÍVEL - COMPETÊNCIA DE UMA DAS CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Segundo a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, desde o advento da Lei nº 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a pena de multa será reputada dívida de valor, devendo ser inscrita em dívida ativa, competindo ao Estado, através do procedimento previsto pela Lei nº 6.830/80, através de seus procuradores, cobrar a dívida correspondente àquela pena de multa imposta em processo criminal, carecendo o Ministério Público de legitimidade para promover tal cobrança.

- Se a execução promovida pelo Ministério Público, com fulcro no art. 584, inciso II, do CPC, c/c o 164 da Lei de Execuções Penais, em face do inadimplemento voluntário, o foi no juízo cível e se contra aquela decisão que afirmou a sua ilegitimidade se apela, compete ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal de Alçada, por uma de suas Câmaras Cíveis, examinar a matéria cujo entendimento do Superior Tribunal de Justiça exclui aquela legitimidade, por entendê-la da Fazenda Pública.

- A execução da pena de multa resultante de sentença condenatória criminal era e continua sendo do juízo das execuções penais. Ao editar a Lei nº 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 de alterar a competência, retirando-a do juízo criminal e passando-a para o juízo cível. A única intenção 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 art. 51 do Código Penal, com a nova redação da referida lei, 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", ficando explicitado que o procedimento a ser adotado no juízo da execução é o mesmo que se adota para as execuções fiscais. O fato de a lei ter considerado a pena de multa como dívida de valor não implicou alteração de seu caráter, que continua sendo penal, e não fiscal.

- O inciso I do art. 129 da Constituição Federal determina a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal, sendo um contra-senso retirar dele a competência para executar o julgado, tornando letra morta o referido dispositivo constitucional, ao menos no que se refere à pena de multa criminal. Além disto, tal retirada viola o disposto no artigo 67 da Lei de Execuções Penais, visto que o Ministério Público é parte indispensável na execução do título executivo criminal.

- Se a ação foi promovida no juízo cível, como execução fiscal, sendo o objeto do recurso de apelação a decisão prolatada pelo Juízo da Vara Cível e não tendo o Tribunal de Alçada competência para exame de recursos de matéria fiscal, e nenhuma Câmara Criminal, seja do Tribunal de Justiça ou do de Alçada, competência para julgar apelações oriundas do juízo cível, deve-se dar pela competência de uma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, para exame da matéria.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 174.340-0/00 - Comarca de Passos - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER DA DÚVIDA E DECIDIR PELA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2000. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Cuida-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de determinar a competência recursal para conhecer e julgar apelação interposta em ação de execução por título judicial, proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fincas no art. 584, inciso II, do Código de Processo Civil, c/c o art. 164 da Lei de Execuções Penais.

A sentença hostilizada julgou extinta a execução, ao entendimento de que o crédito não fora inscrito na dívida ativa e de que, ao dar cunho de dívida de valor às multas penais, determinando a aplicação das normas relativas à dívida ativa, a Lei nº 9.268/96 subtraiu da competência do Ministério Público a legitimidade ativa para ajuizar execução das referidas multas criminais.

Apelou o órgão ministerial defendendo a regularidade processual da execução e requerendo o prosseguimento do feito.

Encaminhados os autos ao egrégio Tribunal de Alçada, a colenda Terceira Câmara Cível declinou da competência para uma das Câmaras Criminais

daquele Sodalício (fls. 37/41), que, por sua vez, pelo v. acórdão de fls. 68/75, declinou da competência para uma das Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça, por entender que, com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.268/96, a execução da multa penal passou a ser regulada pela Lei nº 6.830/80, a ser ajuizada pela Fazenda Pública, perdendo o Ministério Público a legitimidade para propô-la. E, em assim sendo, a competência recursal passou a ser deste Tribunal de Justiça.

Remetidos os autos a este Tribunal, a colenda Segunda Câmara Cível, por sua vez, suscitou a presente dúvida de competência, ao fundamento de que a matéria versada na espécie continua sendo criminal.

Assim colocada a questão, com respeitosa vênia a entendimentos em contrário, tenho que a razão está com a Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Alçada.

A sentença recorrida, que proclamou a ilegitimidade do Ministério Público para propor ação executiva de dívida decorrente de multa penal, está em consonância com jurisprudência já pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

É bem verdade que a matéria já foi objeto da Dúvida de Competência nº 96.041/9, da Comarca de Governador Valadares, tendo esta Corte Superior examinado a questão e decidido que a pena de multa deve ser executada pelo Ministério Público perante o Juízo da Execução, na forma dos arts. 164 a 166 da Lei de Execução Penal, considerados não revogados, e não perante o Juízo Especial da Fazenda Pública.

Entretanto, entendo que, hoje, devemos rever este posicionamento, considerando, como já disse, os precedentes jurisprudenciais mais recentes, emanados do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Multa imposta em processo criminal. Código Penal. Art. 51. Lei nº 9.268/96. Cobrança. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual. Legitimidade da Fazenda Pública. - Desde o advento da Lei nº 9.268/96, compete ao Estado, através de seus procuradores, cobrar dívida correspondente a pena de multa, imposta em processo criminal (CP, art. 51). O Ministério Público carece de legitimidade para tal cobrança". (CA nº 76-RJ - Relator Min. Humberto Gomes de Barros - pub. *DJ* de 31/05/1999, p. 71.)

"Processo Civil. Processo Penal. Execução de pena de multa imposta em processo criminal. Cobrança. Legitimidade da Fazenda Pública. Ilegitimidade do Ministério Público. Inscrição da multa na dívida ativa da Fazenda. Necessidade. Código Penal, art. 51. Lei nº 9.268, de 1996. Precedentes.

- Após o advento da Lei nº 9.268, de 1996, a legitimidade para propor a execução de pena de multa imposta em processo criminal é da Fazenda Pública, e não do Ministério Público.

- Sendo a multa imposta em sentença penal condenatória considerada dívida de valor, impõe-se a sua inscrição em dívida ativa e será reclamada via execução fiscal movida pela Fazenda Pública.

- Recurso não conhecido". (REsp nº 151.307-SP - Relator Min. Francisco Peçanha Martins - pub. *DJ* de 13/03/2000 - p. 170.)

"Ministério Público. Ilegitimidade. Execução. Pena de multa imposta em processo criminal. - Legalmente legitimada a Fazenda Nacional, o Ministério Público é parte ilegítima para promover a execução de pena de multa resultante de condenação em processo-crime". (REsp nº 151.308-SP - Relator Min. Hélio Mosimann - pub. em 14/12/1998, p. 208.)

No mesmo sentido, confiram-se os Recursos Especiais nºs 151.285-SP, Relator Min. Demócrito Reinaldo, e 158.533-SP, Relator Min. José Delgado, publicados em 30/11/1998, p. 58, e 27/04/1998, p. 108, respectivamente.

Vale, ainda, conferir a decisão prolatada pelo Ministro Francisco Falcão, ao julgar o Conflito de Competência nº 27.159-RJ, *verbis*:

"Cuida-se de conflito de competência estabelecido entre o MM. Juiz Federal da 2ª Vara Criminal do Rio de Janeiro-SJ/RJ e o MM. Juiz Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo-SJ/SP, nos autos de execução penal, com vistas a estabelecer o foro competente para executar a pena de multa imposta a condenado.

Mérito.

Com razão o douto Juiz suscitante.

Com efeito, em face da edição da Lei nº 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a pena de multa será reputada dívida de valor, devendo ser inscrita em dívida ativa e executada pela Fazenda Pública, através do procedimento previsto pela Lei nº 6.830/80.

Assim, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, a penalidade pecuniária deverá ser cobrada pela Fazenda Pública, conforme as regras que regem as execuções fiscais em geral.

Entretanto, após o trânsito em julgado da sentença condenatória e antes da execução da pena de multa a ser levada a cabo pela Fazenda Pública no foro competente para as execuções fiscais, preceitua o art. 5º do Código Penal que o condenado tem o prazo de dez dias para efetuar o seu pagamento.

Desta forma, após o trânsito em julgado, e já no juízo das execuções penais competente, entendo que o condenado deverá ser intimado para promover o pagamento da multa que lhe foi imposta. Adimplindo com sua obrigação, prossegue-se com a execução penal, mas, se, no entanto, o condenado quedar-se inerte, o Juízo das Execuções Penais deve comunicar o fato à

Fazenda Pública, que, por sua vez, procederá de acordo com as normas da Lei nº 6.830/80, ajuizando a execução fiscal no foro competente.

E outro não pode ser o procedimento em face mesmo do princípio da economia processual, visto que configuraria um dispêndio imenso remeter o condenado a outro juízo, diverso do das execuções penais, para exercer o seu direito de adimplemento voluntário da sua pena pecuniária.

Assim, ao Juízo competente para a execução de pena imposta na sentença condenatória incumbe intimar o condenado para que, no prazo de dez dias, efetue o pagamento da pena de multa e, somente na hipótese de inadimplemento desta obrigação, dentro do lapso temporal fixado legalmente, é que haverá a possibilidade de a Fazenda Pública exigir o seu pagamento, mediante execução fiscal a ser aforada perante o juiz natural determinado pelas normas constitucionais e legais atinentes a esta espécie de ação". (*DJ* de 10/11/99 - p. 52.)

E é este, exatamente, o caso dos autos. Não houve o adimplemento voluntário, tendo o representante do Ministério Público ajuizado a ação de execução.

Pelo exposto, dou pela competência deste Sodalício para conhecer e julgar o recurso interposto, devendo ser encaminhado à eg. Segunda Câmara Cível para sua apreciação.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O DESEMBARGADOR GUDESTEU BIBER. O RELATOR DEU PELA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 10/05/00, a pedido do Des. Gudesteu Biber, após o Relator dar pela competência do Tribunal de Justiça.

Com a palavra o Des. Gudesteu Biber.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Pedi vista destes autos preocupado com a evolução jurisprudencial em curso no egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, evolução esta bem detalhada no voto do eminente e culto Relator.

Conheço da presente dúvida de competência.

Antes de mais nada é preciso se colocar a questão no seu devido lugar. O objeto da presente dúvida de competência não é saber se a execução da pena de multa criminal é do juízo cível ou do juízo criminal. Essa questão constitui o mérito do recurso e só poderá ser analisada quando do seu julgamento.

O que se tem de decidir na presente dúvida de competência é saber qual o órgão encarregado do julgamento da apelação aviada pelo Ministério Público.

Ora, o Ministério Público da Comarca de Passos entendeu que a competência para a execução de multa criminal era sua, e não da Fazenda Pública. Entretanto, incoerentemente, ingressou com a execução junto *ao juízo de direito da vara cível* da comarca (não da vara criminal ou de execução penal). A petição inicial, ao contrário do que afirma o Promotor nas razões de recurso (fls. 32-TJ), foi endereçada ao *"Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Passos - MG"* (*sic* - fls. 02). Houve uma decisão cível, proferida por um juiz do cível (2ª Vara Cível da Comarca de Passos). Houve então um recurso cível (apelação) dirigido ao Tribunal de Alçada. Como o Tribunal de Alçada não tem competência para julgar recurso em processos de execução fiscal, o feito veio parar no Tribunal de Justiça.

O erro inicial, gerador de toda a confusão, foi, portanto, do digno Promotor de Justiça da Comarca de Passos. Se ele tivesse proposto a execução perante a Vara de Execuções Criminais da Comarca de Passos e houvesse sentença a respeito, afirmando que a competência era da Fazenda Pública e na área cível, aí sim, a competência para o julgamento do recurso seria de uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Alçada.

Aliás, foi de uma decisão do juízo criminal que a Primeira Câmara Criminal deste Tribunal decidiu o Agravo nº 110.262/3, citado pelo Des. Fernandes Filho, ao suscitar a dúvida de competência ora em julgamento.

Tal como foi posta a questão na origem (vara cível da comarca), a competência recursal acabou deslocando-se (indevidamente, diga-se de passagem) para a esfera cível, pois não se pode admitir que uma Câmara Criminal seja competente para julgar um recurso cível, oriundo de vara cível.

Postas tais considerações iniciais, indispensáveis para o julgamento da presente dúvida de competência, exclusivamente para fins pedagógicos, explicitarei meu ponto de vista pessoal quanto à questão de fundo, que, repita-se, deverá ser decidida por Câmara Cível deste Tribunal.

Realmente, após a edição da Lei nº 9.268/96, tem o colendo Superior Tribunal de Justiça entendido que é *"pacífica a 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 nº 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 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e da Lei nº 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 nº 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 nº 9.268/96, foi a 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 art. 51 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 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 nº 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 art. 51 do CP, com a redação da Lei nº 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 em 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 nº 9.099/95 (que estabelece normas para os Juizados Especiais Criminais) e da Lei nº 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 se entender como quer o colendo Superior Tribunal de Justiça, o inciso I do artigo 129 da Carta Magna se tornará 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 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.

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 nº 9.714/98).

Como bem disse a excelente Juíza Jane Silva, na Ap. Crim. nº 243.212/8, citada à fl. 91: "*as modificações produzidas na Parte Geral do Código Penal, quanto à multa, Lei nº 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.

Postas essas razões e voltando ao tema relativo exclusivamente à solução da presente dúvida de competência, e

considerando que a ação foi promovida diretamente (e erradamente, *d.v.*) perante o juízo cível e, portanto, como execução fiscal, e não como execução criminal;

considerando que a decisão, objeto do recurso de apelação, foi prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Passos;

considerando que o egrégio Tribunal de Alçada não tem competência para julgar recursos em matéria de execução fiscal;

considerando que nenhuma Câmara Criminal (seja do TA, seja do TJ) tem competência para julgar apelações oriundas de juízo cível,

acompanho o eminente Relator, apenas na conclusão de seu voto, dando pela competência da suscitante (Segunda Câmara Cível do TJ) para o julgamento da apelação.

É o meu voto, Sr. Presidente.

O Sr. Des. Bady Curi - Sr. Presidente. Na conclusão, não existe divergência entre os votos dos eminentes Desembargadores Relator e Primeiro Vogal.

O Des. Gudesteu Biber acabou de votar agora e traz argumentos razoáveis e preocupantes, contrários à jurisprudência que S. Exa. entende pacífica no Superior Tribunal de Justiça, fazendo-o, como é do seu feitio, em termos candentes.

Quanto a este aspecto, eu me reservo para examinar em outra ocasião.

No que diz respeito à sua conclusão, ponho-me de acordo com o seu voto e com o do Relator.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - Quanto à conclusão, estou de pleno acordo com os eminentes Desembargadores Relator e Primeiro Vogal, mas gostaria, já que a matéria é de suma importância, que fossem publicados os dois votos, para conhecimento de todos, inclusive do Ministério Público, que deverá lutar pelas suas prerrogativas.

O Sr. Des. Guido de Andrade - Também acompanho o eminente Relator, mas adotando os fundamentos contidos no voto do Des. Gudesteu Biber, que servem de advertência para o que está ocorrendo em relação à cobrança de multa em matéria penal.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Murilo Pereira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Sr. Presidente. No caso, pelo dispositivo, acompanho o voto do eminente Des. Gudesteu Biber.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Sr. Presidente. A fundamentação do eminente Des. Gudesteu Biber coincide com posicionamento já esposado por mim em longo voto proferido nesta Corte.

Por isso, adoto as razões de seu voto, bem como fico de acordo com a conclusão do voto do eminente Relator.

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

O Sr. Des. Paulo Medina - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Sr. Presidente. A respeito da matéria, tenho ponto de vista idêntico ao do eminente Des. Gudesteu Biber, no que se refere à cobrança de multa oriunda de condenação em processo criminal.

Pedindo, portanto, permissão a S. Exa., adoto os fundamentos de seu voto, com a devida vênia de todos os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que têm entendimento contrário.

Acompanho, também, o Relator na conclusão de seu voto.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. José Brandão de Resende - Sr. Presidente. Também estou de acordo.

Na oportunidade, faço uma pequena observação: muito me impressionaram os fundamentos apresentados, com segurança, pelo eminente Des. Gudesteu Biber, e destaco, especialmente, sua argumentação, ao fazer comparação entre execução criminal e fiscal, onde salienta, com rara felicidade, que a fiscal sempre enseja os embargos. Como embargar uma decisão que já transitou em julgado?

Estou, assim, de acordo com os fundamentos do voto do eminente Des. Gudesteu Biber.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo com o Relator, bem como com a publicação sugerida.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Em que pese à minha simpatia pela análise feita pelo eminente Des. Gudesteu Biber, prefiro, por escrúpulo formalista e em respeito ao futuro pronunciamento da Segunda Câmara Cível, limitar a minha decisão aos termos da dúvida de competência recursal e, por isso, acompanhar o eminente Relator, pura e simplesmente.

O Sr. Des. José Arthur - Sr. Presidente. A multa oriunda de sentença criminal é reprimenda, é punição, tal qual a pena restritiva de direito ou a pena restritiva de liberdade.

Sem dúvida, o juízo da execução penal é o competente para a questão sob exame.

Acompanho, assim, o eminente Des. Gudesteu Biber.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Sr. Presidente. Também votarei, limitando o meu pronunciamento à questão de competência, acompanhando o Relator nesta parte.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Acompanho a conclusão do eminente Relator.

Súmula - CONHECERAM DA DÚVIDA E DERAM PELA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - LEI Nº 6.024/74 - LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - BANCO - CAUTELAR - ARRESTO DOS BENS DOS EX-ADMINISTRADORES - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

- O agravo contra decisão proferida em ação cautelar, com pedido de arresto de bens de ex-administradores, em tema de liquidação extrajudicial, fundada na Lei nº 6.024/74, é da competência do Tribunal de Alçada, visto que o art. 106, II, da Constituição Estadual, enumerou, expressamente, num sistema de *numerus clausus*, a competência do Tribunal de Justiça, não relacionando nas hipóteses ali elencadas a matéria da liquidação extrajudicial.

- Ainda que se guarde certa similitude entre um processo falimentar e uma liquidação extrajudicial para fins de competência recursal, tal similitude é juridicamente irrelevante para o fim de estabelecer ou fixar a competência do órgão recursal, visto que somente o legislador constituinte poderia - mas não o fez - inserir no elenco do precitado art. 106, II, da CEMG, a hipótese de liquidação extrajudicial. Assim, o fato de a ação ter sido proposta na Vara de Falências, por força da disposição contida no art. 45 da Lei nº 6.024/74, não transmuda em falencial a matéria tratada nos autos. Ela diz respeito, sim, à liquidação de estabelecimento bancário, sendo competente para apreciá-la o egrégio Tribunal de Alçada, considerando sua competência residual, determinada no art. 108, II, da Constituição Estadual.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 175.096-7/00 - Comarca de Belo Horizonte Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de abril de 2000. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Cuida-se de dúvida de competência suscitada pela Quarta Câmara Cível deste Tribunal, com o fito de definir a competência para conhecer e julgar agravo interposto nos autos de ação cautelar, através da qual o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com base no art. 43 da Lei nº 6.024/74, requereu o arresto dos bens de propriedade dos ex-administradores da Milbanco S/A - em liquidação extrajudicial.

Foram os autos encaminhados, primeiramente, ao Tribunal de Alçada, onde a colenda Segunda Câmara Cível, no acórdão de fls. 242/245, houve por bem declinar da competência para este Tribunal de Justiça, ao entendimento de que, se o artigo 45 da Lei nº 6.024/74 determina que a ação deve ser proposta perante juiz de falência, a competência para julgar os recursos pertinentes é deste Tribunal, nos termos do artigo 106, II, *e*, da Constituição Estadual.

Nesta Casa, foram os autos encaminhados à Quarta Câmara Cível, que suscitou a presente dúvida, ao fundamento de que o referido artigo 106, II, da Constituição Estadual, enumerou expressamente a competência deste Tribunal, num sistema de *numerus clausus*, não relacionando, nas hipóteses ali elencadas, a matéria vertida nos presentes autos, não cabendo ao intérprete ou ao julgador discriminar ou fazer incidir hipóteses que o legislador constituinte não previu.

Assim colocada a questão, entendo, com respeitosa vênia aos entendimentos em contrário, que deve prevalecer, *in casu*, o entendimento esposado no acórdão que suscitou a presente dúvida, capitaneado pelo voto do eminente Des. Célio César Paduani, do qual consta, *verbis*:

"Prescreve o § 1º do art. 125 da Carta Política:

'Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º. A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça'.

De seu turno, a Carta Constitucional Estadual, precisamente o inciso II do art. 106, enumerou expressamente a competência recursal deste Tribunal, num sistema de *numerus clausus*, não relacionando nas hipóteses ali elencadas a matéria vertida nos presentes autos, isto é, a respeitante à liquidação extrajudicial. Doutro norte, é vero que a alínea *e* do citado dispositivo constitucional inclui o julgamento, em grau de recurso, de causa relativa a falência e concordata. Todavia, com a vênia daqueles que entendem diferentemente, tenho que estas, falência e concordata, não se confundem com aquela, liquidação extrajudicial, ainda que admitidas as semelhanças existentes entre ambas".

Outro não foi o entendimento manifestado pelo eminente Des. Murilo Pereira, no julgamento dos Embargos Declaratórios nº 140.938/2, quando S. Exa. deixou consignado:

"A Constituição do Estado de Minas Gerais, quando trata da competência deste eg. Tribunal de Justiça para julgar em grau de recurso (art. 106, II), num sistema de *numerus clausus*, não relaciona a liquidação extrajudicial como causa suscetível de neste Tribunal ter o seu julgamento em sede de recurso.

Ora, em assim sendo, não cabe ao intérprete ou julgador fazer inserir na sobredita norma constitucional hipótese nela não figurante, relativamente a causas da competência recursal do Tribunal de Justiça. Assim, ainda que se guarde certa similitude entre um processo falimentar e uma liquidação extrajudicial, para fins de competência recursal, tal similitude é juridicamente irrelevante para o fim de estabelecer ou fixar a competência do órgão recursal.

Somente o legislador constituinte poderia - mas não o fez - inserir no elenco do precitado art. 106, II, da CEMG, a hipótese de uma liquidação extrajudicial, para o fim de fixar a competência recursal deste eg. Tribunal.

A intervenção e a liquidação extrajudicial, com suporte na Lei nº 6.024, de 13/3/74, para fins de fixação de competência, como dito, é do eg. Tribunal de Alçada, por ausência de expressa previsão de um tema de tal qualificação como sendo da competência do Tribunal de Justiça".

Assim, o fato de a ação ter sido proposta na Vara de Falência, por força da disposição contida no art. 45 da Lei nº 6.024/74, não transmuda em falencial a matéria tratada nos autos. Ela diz respeito, sim, à liquidação de estabelecimento bancário, sendo competente para apreciá-la o egrégio Tribunal de Alçada, considerando sua competência residual, determinada no artigo 108, II, da Constituição Estadual.

Pelo exposto, julgo procedente a dúvida e dou pela competência do egrégio Tribunal de Alçada para conhecer e julgar o recurso interposto nestes autos.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Sr. Presidente. A competência deste Tribunal em matéria de falência e concordata tem que ser em ações que tenham como causa de pedir matéria inclusa dentro da Lei de Falências e Concordatas.

A liquidação extrajudicial é objeto de lei extravagante, estranha à Lei de Falências e Concordatas.

Então, evidentemente, não pode ser, como bem dito pelo eminente Relator, da competência deste Tribunal o julgamento do recurso interposto, motivo pelo qual acompanho o voto do eminente Relator.

Participaram do julgamento os Desembargadores Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano e Gudesteu Biber.

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

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO - NULIDADE DO TESTAMENTO DOS BENS DA HERANÇA - APELAÇÃO - EXAME - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ART. 106, II, *C*, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- A matéria relativa à nulidade de testamento, sem dúvida, é questão pertinente à matéria sucessória, uma vez que ser ou não herdeiro é matéria de sucessão. Ajuizada uma ação de anulação de testamento, poderá, sem sombra de dúvida, esta ação, se julgada procedente, modificar as coordenadas da partilha. Assim, se o testamento determina uma qualidade de herdeiro, só pode decorrer da lei que rege as sucessões, restando claro que a matéria se insere no art. 106, II, *c*, da Constituição Estadual, que atribui a competência ao Tribunal de Justiça, nas causas relativas à sucessão.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 175.149-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de abril de 2000. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Cuida-se, conforme consta do relatório, de dúvida suscitada pela Quinta Câmara Cível do eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, com o fito de definir a competência para conhecer e julgar apelação interposta nos autos de ação anulatória de ato jurídico, que Jussara Aparecida Ribeiro Pereira e outros movem em face de Maria de Lourdes Alcântara e outro, pretendendo a decretação da nulidade do testamento dos bens da herança deixada por Zefira Ribeiro Simão, avó dos requerentes.

Julgado improcedente o pedido, apelaram os autores, tendo os autos sido encaminhados, primeiramente, a este Tribunal, onde a colenda Primeira Câmara Cível, no acórdão de fls. 186/188, houve por bem declinar da competência para o egrégio Tribunal de Alçada, ao entendimento de que, embora seja um testamento o ato jurídico que se pretende ver desconstituído, não se está a discutir sobre sucessão, mas sim sobre a origem e conseqüente validade do referido documento público.

Naquela Casa, foi o processo encaminhado à Quinta Câmara Cível, onde o eminente Juiz Ernane Fidélis, concluindo pela competência deste Tribunal, suscitou a presente dúvida, ao fundamento de que, sendo o testamento o ponto fulcral da sucessão testamentária, decorrentes de sua validade ou não conseqüências específicas e exclusivas de direito sucessório, não se pode excluir esta causa do art. 106, II, *c*, da Constituição Estadual, que atrairia a competência para este Tribunal.

O cerne da questão ora apreciada é, portanto, definir se a matéria ora tratada envolve direito sucessório.

Após detida análise dos autos, entendo que sim, sendo o exame recursal, mesmo, desta Casa.

A matéria relativa à nulidade de testamento, sem dúvida, é questão pertinente à matéria sucessória, uma vez que ser ou não herdeiro é matéria de sucessão. Ajuizada uma ação de anulação de testamento, poderá, sem sombra de dúvida, esta ação, se julgada procedente, modificar as coordenadas da partilha.

Tanto assim é que o testamento está inserido no Código Civil, no Título III do Livro IV, capítulo concernente ao Direito das Sucessões.

Para CLÓVIS BEVILÁQUA, o "testamento é ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe total ou parcialmente de seu patrimônio, para depois de sua morte" (*Código Civil Brasileiro Comentado*, 7ª ed., v. VI, p. 89). Assim, se o testamento determina uma qualidade de herdeiro, só pode decorrer da lei que rege as sucessões.

Ora, se estamos a falar de sucessão, resta claro que a matéria se insere no art. 106, II, *c*, da CE, *verbis*:

"Art. 106. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

II - julgar, em grau de recurso:

(...)

c) causa relativa a família, *sucessão*, estado e capacidade das pessoas;" (grifei).

Isto posto, entendendo que a questão discutida, nestes autos, diz respeito à seara do direito sucessório, reconheço a competência deste Tribunal de Justiça para o conhecimento e julgamento da apelação ajuizada pelas partes, devendo os autos ser oportunamente remetidos à colenda Primeira Câmara Cível.

Participaram do julgamento os Desembargadores Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano e Gudesteu Biber.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

-:::-

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - AÇÃO ORDINÁRIA DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PETIÇÃO DE HERANÇA - CARÁTER PATRIMONIAL - DIREITO OBRIGACIONAL - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

- Emergindo claro dos autos que a matéria não se refere à união estável de que tratam as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, relativamente à entidade familiar, mas sim de uma alegada sociedade fática, na qual o autor, segundo afirma, prestava serviços diversos na propriedade rural do *de cujus*, contribuindo para o aumento do patrimônio comum, revestindo-se, portanto, de nítido caráter patrimonial, inserindo-se, inequivocamente, no âmbito do Direito Obrigacional, não havendo, tampouco, que se falar em sucessão hereditária, visto que não provada a pretensão discutida, releva-se a dúvida e se reconhece a competência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais para conhecimento e julgamento.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 177.092-4/00 - Comarca de Caratinga - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da

ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2000. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Trata-se, conforme consta do relatório, de dúvida de competência suscitada com o objetivo de determinar a competência recursal para conhecer e julgar apelação interposta em ação ordinária de reconhecimento de sociedade de fato c/c petição de herança, aforada por Nelson Albino Dutra e s/mulher em face do espólio de José Francisco Pereira.

Encaminhados os autos ao egrégio Tribunal de Alçada, seu eminente Vice-Presidente remeteu-os a este Sodalício, ao entendimento de que, tendo esta Corte definido, no julgamento da Dúvida de Competência nº 76.121/3, que dissolução de sociedade de fato bem como suas ações acessórias passaram a ser matéria afeta ao Direito de Família, a competência destas ações passou a ser deste Tribunal, a teor da disposição contida no art.106, II, alínea *c*, da Constituição Estadual.

Remetidos os autos para este egrégio Tribunal de Justiça, a colenda Quinta Câmara Cível, por sua vez, suscitou a presente dúvida de competência, ao fundamento de que a matéria versada na espécie não se insere nem no âmbito do Direito de Família e nem no campo do Direito das Sucessões, mas, sim, no âmbito do Direito Obrigacional.

Compulsando os autos, verifica-se da exordial que os autores pleiteiam o reconhecimento da existência de sociedade de fato c/c pedido de petição de herança dos bens do espólio de José Francisco Pereira, ao fundamento de ter Nelson Albino Dutra sido faticamente adotado pelo autor da herança, quando tinha 6 (seis) anos de idade, passando a prestar-lhe, a partir dos 10 (dez) anos, serviços ligados a atividade rurícola na propriedade da família, participando, assim, na formação do patrimônio comum.

O fundamento do pedido é, portanto, a existência de uma sociedade de fato com a participação dos requerentes na formação do patrimônio comum, com declaração de que são sócios do espólio, com direito sucessório.

Assim colocada a questão, com a devida vênia de juízo contrário, concluo que deve prevalecer, *in casu*, o entendimento esposado pela colenda Quinta Câmara Cível deste Tribunal, não havendo de se aplicar, na espécie, o entendimento manifestado na Dúvida de Competência nº 76.121/3.

É que, naquele julgamento, esta Corte entendeu que as ações fundadas na Lei Federal nº 8.971, de 29 de dezembro/94 (dentre as quais a relativa a pedido de meação em virtude de dissolução da sociedade por morte do companheiro), seriam processadas e julgadas nas Varas Especializadas de Família e Sucessões, cabendo o conhecimento dos respectivos recursos a este Tribunal de Justiça.

Não obstante as particularidades existentes naquela dúvida e nas outras que adotaram o mesmo entendimento, todas elas guardavam entre si um ponto comum, qual seja, todas elas se referiam a ações relativas a uniões estáveis, resumindo a discussão, fundamentalmente, em se esclarecer se a matéria de que tratavam era, ou não, de Direito de Família. Em todas, repita-se, discutiam-se relações concubinárias.

Emerge claro dos autos que a matéria, aqui tratada, não pode ser equiparada àquela.

A sociedade de fato que se pretende reconhecida não decorre de união estável de que tratam as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, relativamente à entidade familiar.

Decorre, sim, de uma alegada sociedade fática, na qual o autor, segundo alega, prestava serviços diversos na propriedade rural do *de cujus*, contribuindo para o aumento do patrimônio comum.

A questão reveste-se de nítido caráter patrimonial, inserindo-se, inequivocamente, no âmbito do Direito Obrigacional, não havendo, tampouco, que se falar em sucessão hereditária, vez que os autores, ora apelantes, pelo menos na primeira instância, não tiveram provada a pretensão discutida.

A propósito, vale registrar entendimento manifestado pelos Magistrados Benedito Silvério Ribeiro e Euclides Benedito de Oliveira, ao asseverarem que "cabe distinguir os casos derivados de relacionamentos concubinários daqueles que se restrinjam à apuração de bens, para efeito de sua repartição, circunscritos a interesses meramente patrimoniais, sem repercussão no âmbito familiar e sucessório..." ("*Concubinato e Família*", *RJTJESP* - Lex, 121, p. 121).

Isto posto, dou pela relevância da dúvida e reconheço a competência do egrégio Tribunal de Alçada para conhecimento e julgamento da apelação interposta neste feito, devendo ser os autos encaminhados àquele Sodalício, para sua apreciação.

Participaram do julgamento os Desembargadores Bady Curi, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Paulo Medina, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano e Gudesteu Biber.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

-:::-

MANDADO DE INJUNÇÃO - NORMA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL - REGULAMENTAÇÃO - IMPRESTABILIDADE

- O mandado de injunção é meio hábil apenas para regulamentar direito assegurado pela Constituição no que concerne às liberdades e às prerrogativas de nacionalidade, soberania ou cidadania, imprestável, pois, para regulamentar norma de natureza infraconstitucional que cuide tão-somente de anistia fiscal.

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 171.705-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Mandado de injunção. - Cabível apenas para regulamentar direito assegurado pela Constituição, concernente às liberdades e às prerrogativas de nacionalidade, soberania ou cidadania, não se prestando para buscar regulamentação de norma infraconstitucional que cuide tão-somente de anistia fiscal. Impossibilidade jurídica do pedido caracterizada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR EXTINTO O PROCESSO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2000. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Devedores de tributo à Fazenda do Estado de Minas Gerais buscaram pagá-lo via dação em pagamento, invocando a Lei nº 13.243, de 23/6/99, art. 24, mas indeferida a súplica, ao argumento de que ainda faltava regulamentação do diploma.

Impossível o exercício do direito por falta de regulamentação, intentaram mandado de injunção, pedindo que se ordenasse ao Poder Executivo baixar o respectivo decreto, no prazo de trinta dias, com a recomendação de que o gozo do benefício não se limite aos que efetuassem o pagamento em moeda corrente, porque isso não consta da lei.

Os impetrados - e com eles a Procuradoria de Justiça - argúem preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, porque cabível a injunção apenas para tornar efetivos os direitos constitucionais, não se prestando a regulamentar normas infraconstitucionais, que não tratam de direitos constitucionais.

Indisputável que o mandado de injunção somente cabe quando se tratar de direito concedido pela Constituição, relativo às liberdades e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, desde que, sem regulamentação, se tornem ineficazes ou inócuos, como se extrai da doutrina, em cujo ponto inexiste divergência.

No caso e como visto, os impetrantes buscam, via injunção, regulamentação de norma infraconstitucional que cuida de anistia tributária.

Ademais, a Lei nº 13.243, de 2/6/99, é meramente autorizativa, licenciando ao Poder Executivo quitar débitos tributários via dação em pagamento, tal qual se retira do art. 24: "Fica o Poder Executivo autorizado a permitir a quitação de créditos tributários do Estado, inscritos ou não em dívida ativa, mediante dação em pagamento ao Tesouro Estadual de bens móveis novos ou imóveis".

Cumpre observar que o parágrafo único do mencionado artigo dispõe que a dação poderá ser aceita apenas quando houver necessidade e conveniência de utilização dos bens no serviço público estadual.

Ao Executivo se deu exame da conveniência e da necessidade, não se cuidando de dação ampla.

Bem colocaram as autoridades impetradas que, "sob esse ângulo, os impetrantes não pretendem a regulamentação de nenhuma norma, constitucional ou não, pretendendo, isso sim, rever ato de autoridade administrativa (Procurador Regional da Fazenda), que lhes vedou a pretensão de, mediante dação em pagamento, quitar débitos fiscais com os benefícios da anistia concedida pela Lei Estadual nº 13.243/99" (fls. 71).

E concluem: "se os autores entendem que a Lei Estadual nº 13.243/99 lhes asseguraria esta prerrogativa, deveriam, por intermédio da competente ação processual, questionar a legalidade do ato administrativo praticado pela autoridade fazendária (Procurador Regional da Fazenda), sendo imprópria a utilização do mandado de injunção" (fls. 71).

Derradeiramente, colocaram as autoridades que a Lei, no art. 31, se referiu a pagamento, forma de extinção de crédito tributário, que se faz em moeda corrente, cheque ou vale postal, como está no art. 162, I, do CTN, ou então estampilha, papel selado ou processo mecânico (art. 162, II, CTN).

Diante do exposto, acolhendo a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, julgo extinto o processo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - Também acolho a preliminar, nos exatos termos do voto do Relator.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Sr. Presidente. É preciso que se reconheça que o mandado de injunção não é uma panacéia universal destinada a suprir todas as omissões legislativas do poder específico, mas norma constitucional que garante apenas a regulamentação dos exercícios dos direitos constitucionais, prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, e nada mais.

De acordo com o Relator.

Participaram do julgamento os Desembargadores Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Campos Oliveira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, José Brandão de Resende, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, José Arthur e Paulo Tinôco.

Súmula - JULGARAM EXTINTO.

-:::-

TITULAR DE CARTÓRIO DE REGISTRO DE PROTESTO DE TÍTULOS - AFASTAMENTO - ATO DO DIRETOR DO FORO - COMPETÊNCIA - APOSENTADORIA COMPULSÓRIA - POSSIBILIDADE

- Em sua atribuição de fiscalizar a regularidade da prática dos atos dos notários e registradores, tem o diretor do foro competência para declarar o afastamento dos mesmos, se a delegação tiver caducado, pois são funcionários públicos *lato sensu.*

- Sendo ocupante de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado, mesmo remunerado diretamente pela parte (emolumentos fixados por lei), e agora, provido por concurso público, está o serventuário sujeito à aposentadoria compulsória por implemento de idade (artigos 40, II, e 236 e seus parágrafos da Carta de 1988).

- V. v.: - As serventias notariais e registradoras são serviços públicos delegados a particulares pelo Poder Executivo, ao qual compete nomear e declarar a vacância dos respectivos cargos, sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário.

- Segundo normas constitucionais e legais vigentes, com realce da redação dada ao art. 40, § 1°, inciso II, da CF, pela EC n° 20/98, os titulares das serventias extrajudiciais não estão sujeitos à aposentadoria compulsória, mas, a ser admitida a possibilidade desta, mesmo à sombra da antiga redação daquela disposição, a competência para tanto é do Poder delegante.

- Manchada de nulidade, por incompetência da autoridade, é, pois, a portaria da Corregedoria de Justiça, que, por implemento da idade de setenta anos, afastou tabelião da titularidade do cargo de oficial do Registro de Protestos. (*Des. Aluízio Quintão*)

MANDADO DE SEGURANÇA N° 152.275/4 (seguido de embargos de declaração) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Titular de Cartório de Registros de Protesto de Título - Afastamento - Ato do Corregedor - Competência. - Em sua atribuição de fiscalizar a regularidade da prática dos atos dos notários e registradores, tem o Corregedor de Justiça competência para declarar o afastamento de funcionário público *lato sensu*, cuja delegação tenha caducado. Aposentadoria compulsória - Titular de Cartório de Registros de Protesto de Título - Possibilidade. - Sendo ocupante de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), e agora, provido por concurso público, está a serventuária sujeita à aposentadoria compulsória por implemento de idade (artigos 40, II, e 236 e seus parágrafos da Carta de 1988). - Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DENEGAR A ORDEM, VENCIDO O DES. ALUÍZIO QUINTÃO, QUE A CONCEDIA.

Belo Horizonte, 09 de fevereiro de 2000. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - Sr. Presidente, pela ordem.

Por ser a matéria do presente feito relacionada a serventias extrajudiciais, levanto minha suspeição.

O Sr. Des. Campos Oliveira - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Elza Teresinha Freire contra ato administrativo do Sr. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça e Diretor do Foro da Comarca da Capital, que a afastou do exercício da delegação de Tabeliã vitalícia do 4° Ofício do Registro de Protestos de Títulos da Cidade de Belo Horizonte, sustentando a incompetência da autoridade impetrada, tendo em vista que a Emenda Constitucional n° 20, de 15 de dezembro de 1998, delimitou a categoria de servidores alcançados pela aposentadoria compulsória, isto é, aqueles que são titulares de cargos efetivos.

Juntou os documentos de fls. 20 a 40, pedindo a concessão de liminar, que foi deferida pelo em. Relator de plantão, que submeteu sua decisão ao *referendum* da eg. Corte Superior, que dela, todavia, não conheceu.

A autoridade coatora prestou as informações solicitadas, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem, em parecer da lavra do Dr. José Pontes Júnior.

Preparo regular.

É o relatório.

A douta autoridade coatora argúi, em preliminar, a inexistência de direito líquido e certo, mas se trata de matéria que envolve o próprio mérito, razão por que rejeito o seu exame como preliminar.

Os Srs. Desembargadores Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, José Arthur, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano, Gudesteu Biber, Bady Curi, Corrêa de Marins, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Pinheiro Lago e Roney Oliveira - Com o Relator.

O Sr. Des. Campos Oliveira - Diz a impetrante, na inicial, que: "por ato de remoção assinado pelo Senhor

Governador do Estado de Minas Gerais, em 13 de abril de 1966, tomou posse e entrou em exercício na serventia vitalícia do 4º Ofício do Registro de Protestos da Capital, recebendo a delegação constitucional por força do disposto no art. 47 das Disposições Transitórias da Lei nº 8.935/94".

E prossegue:

"Nessas condições, encontrava-se no desempenho normal de suas atribuições, exercendo a atividade notarial, em caráter privado, sob o pálio da Constituição Federal (art. 236, *caput*) e dos princípios assegurados na Carta Política do Estado de Minas Gerais (arts. 4º e 277, *caput*), agasalhada, ainda, pelas normas regulamentadoras da Lei nº 8.935/94 (arts. 3º e 28, *in fine*) quando foi atingida pela portaria ilegal do Excelentíssimo Senhor Desembargador Corregedor-Geral de Justiça, que, sem formalizar ato declaratório de aposentadoria, para o que não dispõe de competência funcional, afastou a impetrante *ex abrupto* de suas atividades, impedindo-a de continuar exercendo a delegação na qual se acha regularmente investida, tudo sem o mínimo respaldo legal e com afronta aos mais elementares princípios de direito e de justiça".

Aqui começa o equívoco da impetrante, pois a autoridade impetrada não tinha e nem tem competência para formalizar o ato declaratório de sua aposentadoria, mas apenas a competência para afastá-la, sem o que sua atribuição de fiscalizar a regularidade da prática dos atos notariais seria letra morta (CF, art. 236, § 1º, e Lei Federal nº 8.935/94, arts. 36 e 37), pois não é admissível que o Sr. Corregedor de Justiça fosse permitir que o delegado, que é funcionário público *lato sensu*, tendo completado setenta anos de idade, continuasse a praticar atos de interesse da sociedade, quando a sua delegação caducou.

Quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 131.068/9, da Comarca de Montes Claros, pela Quinta Câmara Cível, tratando de matéria absolutamente igual, assim me pronunciei:

"A propósito, ensina J. CRETELLA JUNIOR que:

'Desde 1946, todo servidor público que atingisse 70 anos de idade seria, por esse fato, automaticamente aposentado. O art. 40, II, da Constituição de 1988, não dá ao servidor o direito subjetivo público, pretensão e ação para requerer aposentadoria. Não. A iniciativa é do Estado. Se completa 70 anos hoje, amanhã já é considerado *inativo*. São meramente *declaratórias* as pretensões e ações a respeito, diferentemente do que ocorre com a hipótese prevista no art. 40, I, caso da invalidez permanente, quando as pretensões e ações são de caráter constitutivo' (*Comentários à Constituição de 1988*, v. V, Forense Universitária, 1992, p. 2.420).

E no magistério de CELSO BASTOS: 'A aposentadoria compulsória é a que se dá pelo atingimento de certa idade, mais especificamente setenta anos, tanto para o homem quanto para a mulher. Alguns autores falam que se trata de *invalidez presumida*. Ainda que se queira entender assim, a verdade é que não comporta prova em contrário. Atingidos os setenta anos, o servidor está proibido de exercer suas funções. O art. 187 da Lei nº 8.112/90 assim determina: 'Art. 187. A aposentadoria compulsória será automática e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo' (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 7º, Tomo III, Saraiva, 1992, p. 208).

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: 'A aposentadoria compulsória, também chamada invalidez presumida, é a que ocorre aos 70 anos de idade (...).

Nos termos do artigo 187 da Lei nº 8.112/90, a aposentadoria compulsória é automática e será declarada por ato com vigência a partir do dia seguinte àquele em que o funcionário atingir a idade-limite. Justifica-se a norma uma vez que a idade de 70 anos cria uma presunção *juris et de jure* de incapacidade para o servidor público. Aliás, orientação nesse sentido foi firmada pela Formulação nº 78, do DASP (Departamento Administrativo do Pessoal Civil), em consonância com a qual 'a aposentadoria compulsória deriva de presunção absoluta de incapacidade'. Além disso, pela Formulação nº 96, do mesmo órgão, ficou definido que 'a vacância do cargo decorrente de aposentadoria compulsória ocorre no dia imediato ao em que o funcionário atingir a idade-limite'.

Ainda a respeito de aposentadoria compulsória, por limite de idade, o DASP elaborou as Formulações de nºs 187 e 188, entendendo que 'a aposentadoria compulsória se rege pela lei vigente no dia em que o funcionário completa 70 anos' e que 'a aposentadoria compulsória do funcionário implica, também, a exoneração do cargo em comissão que exerce'. Por último, a Formulação nº 270 firmou a tese de que 'o tempo que o funcionário permaneça em atividade após completar 70 anos de idade não é computável para nenhum efeito' (*Direito Administrativo*, 7ª ed., 1996, Ed. Atlas S/A, p. 374/375).

Assim, se o impetrante completou setenta anos de idade, o Juiz tinha o dever de materializar seu afastamento do ofício, independentemente de sugestão da douta Corregedoria-Geral de Justiça, não fora a concessão da liminar, pois afastado ele já estaria pelo implemento da idade, não podendo praticar qualquer ato de seu ofício de então, até mesmo para garantia dos usuários da serventia.

Não bastaria ao Juízo comunicar a quem de direito o atingimento da idade-limite por parte do registrador, como quer o em. Relator, pois o Sr. Governador do Estado, por razões até mesmo políticas, não tem a agilidade devida, o que permitiria que o registrador continuasse a praticar atos inválidos.

A sua situação é exatamente igual à do magistrado que completasse

setenta anos de idade, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988: se o magistrado não quisesse se afastar do cargo (como não o quer o impetrante), o Presidente do Tribunal de Justiça baixaria um ato afastando-o compulsoriamente e comunicaria o fato ao Sr. Governador do Estado, que o aposentaria, retroagindo o ato à data em que completou os setenta anos de idade, por ser o ato meramente declaratório.

No caso dos autos, o ato de aposentadoria é realmente do Sr. Governador do Estado, mas o de afastamento do ofício é do Juízo, *data venia*, que não poderia permitir que o registrador, *nas suas barbas*, fizesse registros ilegais, por perda automática da delegação.

À hipótese dos autos, aplica-se a Súmula nº 36/STF:

'Servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade'.

Dita súmula mereceu de ROBERTO ROSAS o seguinte comentário:

'A Constituição não distingue funcionário vitalício ou não para efeito de aposentadoria. Portanto, a aposentadoria compulsória por implemento de idade é aplicável em todos os casos. Encerrou-se a discussão: a aposentadoria do vitalício dá-se ao completar a idade-limite ou com o ato de aposentadoria? Com o segundo entendimento, partiam da prerrogativa da vitaliciedade' (*Direito Sumular, Comentários às Súmulas do STF*, RT, 1978, p. 25). Portanto, o impetrante não tem direito líquido e certo a amparar a sua pretensão'.

Naquele mesmo julgamento, o em. Desembargador Hugo Bengtsson, Relator para o acórdão, assim justificou o seu voto:

"Realmente, em síntese, duas são as questões básicas em que se fundamenta o presente *mandamus*: aposentadoria compulsória e competência do Juiz de Direito para o afastamento do registrador.

Dispõe o art. 236 da CF:

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

Vê-se, assim, que o serviço prestado pelo registrador é um *serviço público*, embora exercido em caráter privado.

'Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus *delegados*, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado' (g. n., cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 15ª ed., fls. 290).

Aliás, quando do julgamento do RMS nº 330/0-SP (*RSTJ* nº 48, p. 473 e seguintes), pontificou o em. Min. Milton Luiz Pereira (p. 485):

'A mão forte, pois, no meu sentir,

a prestação de serviços em comento, não descaracteriza o serviço público da função, embora desempenhado por sujeito ativo privado, consistente na competência do próprio Estado, quanto aos seus fins e eficácia, sob o manto da fé pública. Demais - dê-se destaque -, a função não é exercida em nome próprio, mas no do Estado, dele derivando direitos e obrigações. Se fosse atividade particular, obviamente não decorreria a fé pública (autenticidade), confirmatória do ato de autoridade, criando a presunção *juris tantum* de verdade, de segurança e de eficácia do registro. Por último, diga-se que, embora o notário proceda para a realização de lucro particular, quanto ao fim maior das suas atividades, não se despoja das obrigações inerentes à prestação de um serviço público, delegado pelo Estado na plenitude do seu poder de partilha (art. 236, CF)'.

Nestas condições, exercendo serviço público, embora por delegação e em caráter privado, desempenham os notários e os registradores função pública, submetidos, além do mais, à fiscalização do Poder Judiciário. São considerados, em conseqüência, servidores públicos, em sentido lato.

Assim é que:

'Uma vez que exerce atividade pública (a chamada 'administração pública' de interesse privado), o serventuário não é realmente dono da serventia, mas ocupante de cargo. Temos, na realidade, um sistema híbrido, de transição. De um modo, regras administrativas quanto ao provimento e disciplina do cargo. De outro, regime financeiro em que o serventuário é destinatário dos rendimentos e responsável pelas despesas cartorárias' (*RJTJESP*, 97/263).

Recorde-se que 'o cartório é repartição pública e o respectivo titular é o agente público, responsável, civil, administrativa e penalmente pelos atos ilícitos cuja prática lhe for atribuída' (*RJTJESP*, 93/142 e 96/333; *RT*, 593/285).

Daí por que, em face de tais peculiaridades, é inegável que são os agentes notariais havidos como servidores públicos, no sentido lato da expressão (*RT*, 372/274, 390/121...)' (cf. *RTSJ*, v. cit., p. 493/494).

E, como tais, se submetem à aposentadoria compulsória, aos 70 anos de idade (art. 40, II, da CR), na sua redação vigente à época da impetração e do implemento de idade do requerente, que dispunha:

'Art. 40. O servidor será aposentado:

(...)

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço'.

Apesar da edição da Lei nº 8.935/94, regulamentadora do art. 236 da Constituição Federal, tal questão, ora em debate, se cinge à matéria constitucional, como lembrado pelo em. Min. Octávio Gallotti (*RTJ*, 162, p. 779):

'É ilustrativa a menção, pelo

recorrente, da Lei nº 8.935/94, mas não podem, as regras nela estabelecidas, influir no deslinde da controvérsia solucionável por direta aplicação de normas constitucionais. Devem as leis ser entendidas de acordo com a Constituição - todos o sabemos -, e não esta última na conformidade com as leis ordinárias'.

Assim, proclamou o colendo Supremo Tribunal Federal, na interpretação do invocado dispositivo constitucional então vigente, no julgamento do RE nº 178.236-RJ, Rel. Min. Octávio Gallotti, em Pleno (*RTJ*, 162, p. 772/795), por esmagadora maioria:

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

Apenas para argumentar, tomo a liberdade de transcrever, no essencial, partes relevantes do r. voto do em. Min. Néri da Silveira (fls. 792/793), ali proferido:

'À vista do disposto no art. 236, *caput*, da Constituição, não tenho como suscetível de dúvida que os serviços notariais e de registro são de natureza pública; são serviços públicos. Somente assim se justificaria o comando contido na norma maior aludida, ao estipular que esses serviços serão exercidos, por delegação do Poder Público, em caráter privado. A execução, *modo privado*, de serviço público não lhes retira essa conotação específica.

A delegação em referência somente poderá ocorrer em favor de candidato aprovado em concurso público de provas e títulos. O provimento das serventias vagas há de se fazer por essa forma de investidura própria da função pública, *ad instar* do art. 37, II, da Constituição...

Não vejo, dessa maneira, se possa deixar de reconhecer, em tais agentes dos serviços notariais e de registro, a condição de servidores públicos, no exercício de serviço público. As peculiaridades dos serviços, assim como já sucedia no sistema precedente, não conduzem, entretanto, nem à sua caracterização como serviço privado, nem como agente privado ou particular.

Como servidor público fica sujeito o titular das serventias às normas gerais da função pública, quanto à aposentadoria, *ut* art. 40, II, da Constituição.

No caso, por último, a recorrente detinha a condição de servidora pública, antes da Constituição de 1988'.

Submete-se, assim, o impetrante à aposentadoria compulsória, a nosso sentir e sem a menor réstia de dúvida.

Outrossim, tenho como irrelevante, ao desate da questão, sob o

enfocado ângulo, a superveniente Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98, ainda não em vigor à época da impetração e do implemento de idade do impetrante (20 de agosto de 1998).

Apesar das profundas considerações que se fizeram da tribuna a seu respeito, não era norma aplicável ao tempo dos fatos narrados na inicial, por ser posterior, como afirmamos, à impetração e à compulsória do impetrante, que não se efetivou em virtude de obtida liminar.

Inaplicável, na espécie, mesmo a título de direito superveniente, porque referida emenda constitucional já encontrou fato consolidado e definido, faltando, apenas, sua solução em face da propositura da presente ação mandamental.

Realmente, o MM. Juiz de Direito Diretor do Foro da Comarca de Montes Claros, segundo suas informações, estava atento ao implemento de idade de 70 anos por parte do Oficial de Registro de Imóveis Arthur Fagundes de Oliveira.

É de se ver que compete ao Judiciário a fiscalização dos atos dos notários e registradores (art. 236, § 1º, da Constituição Federal, e artigos 37 e 38 da Lei Federal nº 8.935/94, regulamentadora da norma constitucional).

Ora:

'O aspecto, todavia, cujo esclarecimento justifica a redação é a indicação do órgão ou poder fiscalizador, no caso, o Poder Judiciário. Dessa forma, a lei definirá a forma de atuação do Poder Judiciário para que possa exercer essa fiscalização.

Estando os trabalhos notariais vinculados à fé pública do direito, à garantia do cidadão, o Poder Judiciário é o indicado para fazer a fiscalização, visto que é o Poder que preserva o direito.

Por essa razão, é de se compreender seja o Poder Judiciário a fiscalizar e a necessidade de a Constituição Federal impor ao legislador ordinário a definição do Poder competente para assim agir' (cf. CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 1998, v. 9º, p. 85).

Ora, se compete ao Executivo outorgar delegação dos serviços notariais e de registros, a ele se confere, também, declarar sua extinção, indiscutivelmente.

Todavia, se o implemento de idade é causa constitucional de extinção da delegação, compete ao Poder Judiciário, no exercício de sua atividade fiscalizadora, afastar o serventuário, nessas condições (se ele não o fizer, voluntariamente, que seria o correto e lógico), providenciando as devidas comunicações ao órgão delegante para os devidos e necessários fins, ponderando que:

'Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais

antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso' (§ 2° do art. 39 da lei citada).

Assim se afirma porque é ínsito das atividades fiscalizadoras tais providências, visando, sempre, à preservação do direito e em respeito, até, ao princípio constitucional da moralidade pública prevista no art. 37 da Carta Maior.

Daí a competência do Juiz Diretor do Foro para a prática do ato, ora em discussão, na forma preventiva. Não se divisa, pois, a presença de direito líquido e certo a amparar a pretensão do ora impetrante, qual seja, a de permanecer no exercício das funções e à frente do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Montes Claros'".

A segurança foi denegada por maioria.

Em outro julgamento, também pela Quinta Câmara Cível, do Mandado de Segurança n° 151.449/6, da Comarca de São João Del-Rei, tendo como Relator o em. Desembargador Cláudio Costa, S. Exa. assim votou:

"Como se vê dos fundamentos fáticos e jurídicos do *mandamus* impetrado pela requerente, dois são os pontos básicos de sua pretensão: que o Juiz de Direito Diretor do Foro da Comarca de São João Del-Rei não é competente para afastá-la de suas funções, já que o competente, para tal ato, é o Governador do Estado; que, exercendo ela as funções de Oficial do Registro de Imóveis, ela as exerce em caráter privado, por delegação do Poder Público, a teor do art. 236 da Constituição Federal de 1988, não sendo, pois, servidora pública e, assim sendo, não está sujeita à aposentadoria compulsória, aos setenta anos, a que se refere o art. 40, II, da referida Constituição Federal.

Quanto à incompetência do Juiz de Direito, Diretor do Foro, para afastá-la da serventia imobiliária, não lhe assiste qualquer razão, *data venia*.

Ora, dispõe o art. 236, § 1°, da Constituição Federal, que 'A lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário'. Sobrevém a Lei Federal n° 8.935, de 18/11/94, dispondo no art. 37, que 'A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6° a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte do notário ou de oficial do registro, ou de seus prepostos', sendo que o art. 38, da mesma lei federal, dispõe que 'O juízo competente zelará para que os serviços notariais e de registros sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente...'.

Mais do que evidente, pois, que as referidas normas legais indicaram, fora de qualquer dúvida, o órgão ou

poder fiscalizador, que foi justamente o Poder Judiciário, valendo ressaltar que, na medida em que as atividades notariais e de registro devem revestir-se da imprescindível fé pública, da garantia do cidadão, nenhum órgão mais indicado para tanto que o Poder Judiciário, visto ser este, fora de dúvida, o autêntico órgão tutelar dos direitos, não sendo outra a razão pela qual seja o Poder Judiciário fiscalizador das atividades notariais e de registros, tanto assim que a Constituição Federal prescreveu que ao legislador ordinário caberia a definição da gama de competência dentro da qual poderia agir o Judiciário.

De ressaltar, além do mais, que, se o Poder Executivo pode outorgar delegação de serviços notariais e de registro, cabe a ele, também, declarar a extinção de tal delegação, o que não impede ao Judiciário, no exercício de sua gestão fiscalizadora, de, ocorrido o tempo necessário à aposentadoria compulsória, afastar o serventuário de suas funções, com a imediata comunicação ao órgão delegante do implemento de idade, para os fins de direito e, uma vez extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o serviço, designará substituto, na pessoa do mais antigo, e abrirá o concurso, como está mais do que patente no art. 39, § 3°, da Lei n° 8.935, de 18/11/94.

O que se conclui de todo o exposto é que é inteiramente defensável o entendimento de que competente é o Juiz de Direito, Diretor do Foro, para a prática do ato, objeto do *mandamus*, ato que é de cunho meramente administrativo, preparatório da posterior aposentadoria compulsória.

Dissipada a questão da competência do Juiz de Direito, Diretor do Foro, para o afastamento da impetrante de seus serviços de registros, passo à apreciação do segundo ponto básico, qual seja, o de que, não sendo servidora pública, nos termos do art. 236 da Constituição Federal, não está sujeita à aposentadoria compulsória, prescrita no art. 40, II, da Constituição Federal.

Ainda aí, não me parecem acolhíveis os fundamentos do *writ*.

Como se depreende claramente do art. 236 da Constituição Federal, os serviços prestados em registros, embora de caráter privado, têm nítido cunho de delegação do Poder Público e, assim, fora de dúvida, que tais serviços configuram, no plano do direito público administrativo, serviço público, embora exercido por delegação, atendendo necessidades essenciais da coletividade ou até mesmo uma conveniência do próprio Estado, como se vê em HELY LOPES MEIRELLES - *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 15ª ed., p. 290.

Trata-se, pois, de serventia exercida sob o manto da fé pública, que é exercida em nome do Estado, e não em nome do prestador de serviço, não se podendo argumentar aí com atividade particular, enfatizando Milton Luiz Pereira - *in RSTJ*, 48/473 - que 'embora o notário proceda para a reali-

zação de lucro particular, quanto ao fim maior das suas atividades, não se despoja das obrigações inerentes à prestação de serviço público, delegado pelo Estado na plenitude do seu poder de partilha'.

Não há dúvida, pois, de que tais notários e oficiais de registro, *lato sensu*, são servidores públicos, não sendo donos da serventia, mas ocupantes de cargo, evidenciando-se, no caso, um misto de regras administrativas, no que tange ao provimento e disciplina do cargo, e de regras financeiras, em que o serventuário é o destinatário dos rendimentos, mas responsável pelas despesas cartorárias, por onde se vê que o cartório não passa de repartição pública, e o respectivo titular é o agente público, responsável civil, administrativa e penalmente pelos atos ilícitos, cuja prática lhe for atribuída, como colocado em destaque pelo Des. Hugo Bengtsson, no julgamento do Mandado de Segurança nº 131.068/9.

Ora, servidora pública, embora de caráter privado, é de submeter-se a impetrante à aposentadoria compulsória, aos 70 anos de idade, com base no art. 40, II, da Constituição Federal, mas na sua redação à época da impetração e do implemento de idade, isto é, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Vale para o caso o acórdão no RE nº 178.236-RJ, em seu Pleno, *in RTJ*, 162/772-795:

'Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro. - Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público, estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (arts. 40, II, e 236 e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1998)'.

Ora, o que se conclui daí?

Nada mais nada menos que as atividades de notários e de oficial de registro consubstanciam cargo público; que tal cargo é criado por lei; que é ele fiscalizado diretamente pelo Estado; que a remuneração do cargo é fixada por lei, e não cobrada ao bel-prazer do servidor; que para o seu provimento há necessidade de concurso, caracterizando-se seus ocupantes como servidores públicos *lato sensu* e, assim, sujeitos à aposentadoria compulsória, por implemento de idade, a teor do art. 40, II, da Constituição Federal".

Da mesma forma votou o douto Desembargador Bady Curi, quando do julgamento do MS nº 155.840/2, da Comarca de Uberlândia, na Quarta Câmara Cível deste eg. Tribunal, cujo voto tem a seguinte ementa:

"Aplica-se ao serventuário de cartório extrajudicial o art. 40, II, da CF, que determina a aposentadoria compulsória, uma vez que, embora desempenhe, por delegação do Estado, atividade de caráter privado, a sua qualificação é de servidor público".

Na sessão do dia 16/12/99, a Quinta Câmara Cível julgou a Apelação Cível nº 41.813/7, da Comarca da Capital, que discutia a responsabilidade objetiva do Estado com relação aos atos dos notários e registradores, tendo, num primeiro julgamento a Turma Julgadora julgado extinto o processo por ilegitimidade passiva do Estado, o que ensejou a interposição de Recurso Extraordinário, que recebeu ali o nº 212.724/8, cabendo a relatoria ao em. Ministro Maurício Corrêa, que deu provimento ao recurso, nos seguintes termos:

"... o acórdão recorrido, ao interpretar a norma contida no artigo 236 e seus parágrafos, da Constituição Federal, entendeu que as atividades exercidas pelos cartórios extrajudiciais são de natureza privada, afastando, portanto, a responsabilidade civil do Estado por ato lesivo aos interesses do particular.

Observe-se, no entanto, que os serviços notariais e de registro são, desde o Estado liberal, atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado, sob o regime jurídico publicístico. Os atos praticados pelos oficiais de registro e seus prepostos (prenotações, inscrições, averbações, certidões, atestados, declarações e informações) são dotados de fé pública. Essa prerrogativa é inerente à idéia de poder como um dos elementos integrantes do conceito de Estado, sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular. Esse atributo implica sujeitar ao regime de direito público o ato administrativo, ainda que delegado, distinguindo-o do praticado sob a égide do direito privado. Portanto, o exercício, mesmo em caráter privado, de atividades típicas do Estado não permite a ilação de que os atos cartorários extrajudiciais são de natureza particular, visto que dotados de presunção de veracidade e legitimidade, justamente porque emanados do poder estatal.

Por isso não é certo determinar a natureza jurídica dos agentes que prestam serviços notariais e de registro pelo caráter das suas relações com os particulares, mas sim pelo vínculo estabelecido com o Poder Público. A exegese da norma constitucional insculpida no artigo 236 e seus parágrafos não induz a conclusão diversa, sobretudo em face dos seguintes preceitos: o ingresso na atividade notarial e de registro ocorre mediante provimento de cargos que são criados por lei e depende de concurso público; os notários e oficiais de registro estão sujeitos à fiscalização do Estado, sendo as custas e emolumentos por eles auferidos fixados também em lei.

Esta Corte já enfrentou o tema, como abaixo se vê:

'Ementa: Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro. - Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público, estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236

e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988).

Recurso de que se conhece pela letra c, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento' (RE nº 178.236, *DJ*, 11/04/97, Relator Min. Octávio Gallotti).

'(...) Serventias extrajudiciais. - A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais, não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estabilidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público.

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

As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas "a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos" (Lei nº 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos (doutrina e jurisprudência.) (...) (ADIN nº 1.378, *DJ* de 30/05/97, Relator Min. Celso Mello)".

Portanto, não há dúvida de que o direito não socorre o pedido da impetrante, permitindo-me trazer lição do sempre lembrado e acatado HELY LOPES MEIRELLES, que ensinava que "delegar é conferir a outrem atribuições que originalmente competiam ao delegante" (*Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 16ª ed., p. 101).

Finalmente, para colocar uma pá de cal na pretensão da impetrante, transcrevo, a seguir, comentário com o seguinte título *Lobby dos Cartórios*, publicado no jornal *O Globo*, de 29/11/99 (1º caderno):

"Donos de cartórios de todo o país estão se mobilizando para pressionar o Senado a aprovar projeto que acaba com a sua aposentadoria compulsória aos 70 anos. Aposentados, eles são obrigados a abandonar o rentável negócio.

Até agora o movimento tem sido vitorioso. Em fins de 1996, conseguiu aprovar o projeto na Câmara.

No mês passado, nove dos 12 senadores presentes à sessão da Comissão de Constituição e Justiça do Senado acompanharam o voto de Francelino Pereira (PFL-MG), derrubando o relatório de Lúcio Alcântara, contrário ao fim da aposentadoria compulsória dos donos dos cartórios. O problema agora vai para o plenário do Senado.

O STF já decidiu que os donos dos cartórios são servidores públicos. Portanto, sua aposentadoria compulsória ocorre aos 70 anos.

Se eles conseguirem derrubar a aposentadoria, estarão dando um drible na Constituição, assegurando assim a continuidade de um negócio que no Brasil é uma mina de ouro".

Curioso, pois a notícia contrariava os interesses daqueles que querem se perpetuar na função, mandei pesquisar a respeito e encontrei no *Diário do Senado Federal*, de 29 de novembro de 1996, p. 19.188, o seguinte registro:

"Projeto original: Projeto de Lei nº 1.536-B, de 1996 (do Sr. Magno Barcelar): Altera o § 1º do art. 39 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que 'regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais e de registro'; tendo pareceres da Comissão de Seguridade Social e Família, pela aprovação; e da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação, contra o voto do Sr. Aldo Arantes.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. O § 1º do art. 39 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, passa a vigorar com a redação seguinte:

'Art. 39 (...)

§ 1º. Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação a que se refere o art. 201 da Constituição Federal, permanecendo inaplicável a aposentadoria compulsória por implemento de idade'.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Revogam-se as disposições em contrário.

Justificação:

O art. 236 da Constituição Federal vigente determina, de forma inequívoca, que as atividades notariais e de registro são exercidas em caráter privado, embora por delegação do Poder Público.

Quando de sua edição, a lei regulamentadora desse comando constitucional - Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994 - declarou em seu art. 39 que a perda da delegação a notário ou oficial de registro poderá se dar, entre outras coisas, por aposentadoria facultativa. No § 1º do mesmo artigo, entretanto, mencionou que essa aposentadoria facultativa dar-se-á nos termos da "legislação previdenciária federal", suscitando dúvidas a respeito de qual dos dois sistemas previdenciários contemplados por lei federal - o geral ou o exclusivo de servidores públicos - seria aplicável aos titulares de atividades notariais e de registro.

Para definir claramente a questão e, uma vez mais, caracterizar como privada uma atividade assim consagrada na Constituição Federal, torna-se necessário explicitar, no texto da lei, que as normas da legislação previdenciária federal aplicáveis são as mesmas de todos os trabalhadores da iniciativa privada, ou seja, as da legislação referida no art. 201

do texto constitucional, concernente ao regime geral de previdência social. É o que procuramos fazer no projeto de lei ora apresentado, para cuja aprovação contamos com o apoio de nossos ilustres Pares no Congresso Nacional".

Esse projeto vem mostrar que a impetrante ainda não tem razão, e está sujeita às regras a que se submetem todos os funcionários públicos, e que o em. Des. Cláudio Costa está correto, quando afirmou naquele seu voto:

"Quanto ao propalado art. 40 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tem-se dado ao mesmo uma interpretação tendenciosa, sem se cogitar da gênese de sua nova redação, quando se concluiria que a referida norma tinha endereço certo, que era o cargo em comissão, o que significa dizer que 'cargos efetivos' ali colocado tinha o deliberado objetivo de excluir o cargo em comissão do recrutamento amplo e nada mais".

Com tais considerações, denego a segurança, cassando a liminar, acompanhando o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Com o Relator.

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

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Com o Relator.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Ementa: - V.v.: - Serventia extrajudicial - Oficial de cartório de registro de imóveis - Aposentadoria compulsória - Competência do Poder Executivo. - As serventias notariais e registradoras são serviços públicos delegados a particulares pelo Poder Executivo, ao qual compete nomear e declarar a vacância dos respectivos cargos, sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário. - Segundo normas constitucionais e legais vigentes, com realce da redação dada ao art. 40, § 1º, e inciso II, da CF pela EC nº 20/98, os titulares das serventias extrajudiciais não estão sujeitos à aposentadoria compulsória, mas a ser admitida a possibilidade desta, mesmo à sombra da antiga redação daquela disposição, a competência para tanto é do Poder Delegante. - Manchada de nulidade, por incompetência da autoridade, é, pois, a portaria da Corregedoria de Justiça, que, por implemento da idade de setenta anos, afastou tabeliã da titularidade do cargo de Oficial do Registro de Protestos.

Embora de maneira isolada, tenho mantido, em casos semelhantes que foram julgados na Quinta Câmara Cível, posicionamento diferente do ora adotado pelo eminente Relator, razão por que ouso divergir.

Trata-se de ação mandamental com pedido de liminar, com que Elza Teresinha Freire, Tabeliã Vitalícia do 4º Ofício do Registro de Protesto de Títulos da Comarca da Capital questiona o ato do eminente Desembargador Corregedor de Justiça e Diretor do Foro da Capital, que, por meio da Portaria nº 027/99 a afastou do exercício das funções do cargo de Tabeliã Vitalícia do 4º Ofício do Registro de Protesto de Títulos da Comarca de Belo Horizonte, razão por que pretende, pela via excepcional, a anulação da malsinada decisão, por inconstitucionalidade e ilegalidade, e o reconhecimento do direito de continuar, após o implemento da idade de 70 (setenta) anos, exercendo a serventia, em cuja titularidade pede seja reintegrada, e para tanto invoca disposições várias da Constituição Federal, com realce do art. 40, § 1º, e inciso II, segundo a redação dada pela Emenda Complementar nº 20, de 15/11/98, e do art. 236, regulamentado pela Lei Federal nº 8.935, de 18/11/94, além da Lei Estadual nº 73.344, de 14/01/65 (fls. 01/19).

Ao exame preliminar do em. Relator de plantão, houve deferimento do pedido de liminar, o qual, no entanto, não mereceu confirmação da eg. Corte Superior.

A digna autoridade apontada como coatora prestou informações, com destaque preliminar para o não-cabimento da ação, com base em indevida interpretação de normas constitucionais e legais, e, no mérito, defendendo a orientação dada aos juízes sobre a aplicação do art. 40 da Constituição Federal aos notários e registradores, tidos como equiparados ao servidor público, para a aposentadoria compulsória aos 70 anos, tal como o teria feito a Lei nº 8.935/94, visão que a Emenda Constitucional nº 20 não foi capaz de desfigurar (fls. 84/95).

Em face dos termos em que foi posta a matéria, nota-se que tem havido entendimento favorável e contrário ao raciocínio da impetrante.

De um lado da controvérsia, tem-se repetido em tribunais superiores o tom negativo em acórdãos do STF, como o (antigo) do MS nº 5.422, de 25/07/56, e do RE nº 189.736/8-SP, de 26/09/96, ou do STJ, como os do RMS nº 580-SP, RMS nº 712-SP, REsp nº 8.195-SP, RMS nº 9.456-RJ e sobretudo o do RMS nº 8.186-RS, que sintetiza:

"É pacífica a jurisprudência pretoriana (STF e STJ) no sentido de que os oficiais de registro público estão sujeitos à aposentadoria compulsória (70 anos)".

Igualmente, neste Tribunal, há decisões como as da Corte Superior no MS nº 109.850/8, do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, no MS nº 89.592/0, das antigas Câmaras Cíveis Reunidas, no MS nº 46.279/6 e no MS nº 117.429/1, da Primeira Câmara Cível, entre outros.

Com visão diferente de tais posições, há também vozes respeitáveis como a do Ministro Gomes de Barros, vencido no MS nº 330/0-SP e no MS nº 787-PR, para quem "não existe no direito positivo qualquer norma que autorize se revoguem, por implemento de idade, as delegações outorgadas a advogados, notários e oficiais de registro".

Com a mesma implicação foram concedidas liminares no Supremo pelo Ministro Marco Aurélio (Petição/RE nº 973/8-SP, de 06/12/94),

segundo o qual não há, ainda, naquela Corte "*precedente com predicado de imutabilidade*"; também na Petição/RE nº 980-RJ, tanto como no Superior Tribunal pelo Ministro Edson Vidigal (Medida Cautelar nº 235/1-SP, de 30/05/95).

A questão não é, pois, pacífica, e vem desafiando o surgimento talvez de clara definição legal ou de entendimento judicial que a solucione, de uma vez por todas.

Inegavelmente, a argumentação favorável a situações iguais à da impetrante contém aspectos ponderáveis.

Assim é que se costuma salientar, *data venia*, que:

- a prática da serventia notarial e registradora envolve serviços públicos delegados a particulares para exercício em caráter privado;

- o fato de ser serviço público delegado não torna, necessariamente, servidor público sujeito a regime estatutário aquele que o exercer, o mesmo podendo-se dizer da exigência do concurso público, que é mera porta seletiva típica do gênero licitatório (art. 236, § 3º, da CF);

- e, conseqüentemente, não sendo, perante o direito posto, servidores públicos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, tais serventuários não estariam sujeitos à aposentadoria compulsória.

Além de manifestações em precedentes jurisprudenciais, arrolam-se também comentários de autores como HELY LOPES MEIRELLES, para quem "esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público...", sendo que "os notários (diria, tanto quanto os registradores) enquadrados no art. 236, em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado..." (cf. *Direito Administrativo*, Ed. RT, 14ª ed., p. 71).

E lembra WALTER CENEVIVA que, em tais casos, a delegação, como ato administrativo complexo, é "meio criado pelo direito para permitir a atuação do interesse público através de prestador de serviço de caráter privado, habilitado para a prática de atos cuja competência decorre da lei" (cf. *Lei dos Notários e Registradores Comentada*, Saraiva, SP, 1996, p. 30).

Por sua vez, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao falar de "*servidores das pessoas governamentais de direito privado*", insere tais serventuários na classificação de "*particulares em colaboração com a Administração*", quais sejam, entre outros:

"d) concessionários e permissionários de serviços públicos, bem como os delegados de função ou ofício público, quais *os ilustres titulares de serventias de Justiça não oficializadas, como é o caso dos notários, ex vi do art. 236 da Constituição*, e bem assim outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial, como ocorre com os diretores de Faculdades particulares reconhecidas" (grifei). (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 11ª ed., p. 180/181.)

Também HELY LOPES MEIRELLES destaca que "*estes agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público...*" e que eles "*atuam em recinto particular, contando com os serviços de pessoas que também não têm a qualidade de servidor e que auferem salário em face de relação jurídica que os aproxima, regida não pela lei disciplinadora do regime jurídico único, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho...*" e, como tais, "*contratante e contratados (...) são empregador e empregados...*". Afastando-os, assim, da norma do art. 40, II, da Constituição Federal, pergunta o finado autor paulista: "*E os proventos, como serão calculados?*". (Cf. *Direito Administrativo*, Ed. RT, 14ª ed., p. 71.)

A propósito, em favor da pretensão da impetrante, tem-se acentuado também que o art. 40 da Lei nº 8.935/94 prevê vinculação obrigatória dos notários e registradores à previdência social federal, e a Portaria nº 2.701, de 24/10/95, do Ministério da Previdência e Assistência Social, considera-os, para tanto, nas suas funções delegadas como *trabalhadores autônomos* (art. 1º, *b*), e, no tocante às suas relações com seus auxiliares ou prepostos, como *empresas* (art. 3º).

Na mesma senda da polêmica, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, por sua vez, chamando-os de "*particulares em colaboração com o Poder Público*", comenta que, "*nesta categoria, entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração*", as quais "podem fazê-lo, sob títulos diversos, que compreendem:

1. delegação do Poder Público, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos, mas pelos terceiros usuários do serviço..." (cf. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas S.A., 1999, p. 357).

Por sua vez, o conceituado Prof. RAUL MACHADO HORTA, em parecer emitido, logo a seguir ao trabalho constituinte, em 13/04/89, para a Associação dos Serventuários da Justiça do Estado de Minas Gerais - SERJUS -, observou:

"1. o art. 236 da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, no *caput*, encerra norma auto-aplicável e completa, para definir o exercício privado dos serviços notariais e registrais, que dispensa complementação legislativa;

2. a Constituição da República privatizou os serviços notariais e de registro, dando-lhes a inequívoca natureza de serviços privados;

3. os titulares de serviços notariais e de registro, exercendo atividade de caráter privado, não pertencem à categoria dos funcionários ou servidores públicos, nem ocupam cargo, emprego ou função pública;

4. a fiscalização dos atos notariais e de registro, pelo Poder Judiciário, que será definida em lei federal, não deverá exprimir relação de subordinação, e sim o exercício de competência constitucional que se preferiu confiar aos cuidados de qualificado e insubstituível poder".

Em parecer mais recente (17/11/99) e de ampla e profunda análise, o mesmo professor mineiro acentuou que o direito positivo pós-Constituinte "deu novo e singular enquadramento às atividades de notários e registradores, afastando os seus titulares da qualificação de servidor público, titular de cargo público, que prevaleceu na vigência do *revogado* direito anterior".

E concluiu, peremptoriamente, o ilustre mestre:

"A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, na linha da concepção consagrada na Constituição Federal de 1988 e na Lei Federal nº 8.935, de 1994, consolidou definitivamente a exclusão da aposentadoria compulsória aos Notários e Registradores, para torná-la aplicável aos servidores titulares de cargos efetivos, o que não é o caso dos Notários e Registradores...".

E, no âmbito do Poder Judiciário, o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu perspicaz pronunciamento no RE nº 178.236/6-RJ, raciocinou, de maneira objetiva e lógica, salientando:

- que a característica de serviço público "*não resolve, por si só, o status do seu agente*", porque "*nem todo serviço é executado por servidor público, e o exemplo típico é o do serviço público prestado por delegação do Estado, como está no art. 236 da Constituição*", sendo que "*não se pode conceber que o Estado delegue a prestação de serviço público a quem é servidor público*", pois "*o delegado, é elementar, exerce a delegação em nome próprio; o servidor o faz em nome do Estado, representa o Estado...*";

- que "*a investidura por concurso público também não me impressiona para caracterização do notário como servidor público*", já que concurso é procedimento licitatório, e licitação é também da previsão constitucional para a concessão de serviço público, sendo que o próprio Supremo Tribunal já levou "*a exigência do concurso público também aos empregos em sociedades estatais, sem com isso afirmar que se tratava de servidores públicos*";

- que, "*quanto ao problema da remuneração, assim como no passado, repetidamente, se disse que o fato de não receber vencimentos, mas emolumentos, não descaracterizava o serventuário, o oficial como servidor público, também é certo que não basta para caracterizá- lo como tal, quando a própria Constituição os define, de modo diverso, como delegatários de serviço público...*";

- e que, enfim, a desnecessária redação do § 1º do art. 236 também não convence sobre a pretensa qualificação de servidor público, em tais casos, porquanto, "*para dizer de responsabilidade de servidor público, não seria preciso prever que a lei o faria, especificamente, com relação à atividade dos oficiais de registro*", tanto quanto "*prever que a lei regulará a fiscalização de sua atividade pelo Poder Judiciário, pois,* data venia, *o que o Estado exerce sobre os seus servidores é poder disciplinar, e não fiscalização, que é atividade de inspeção de atividade alheia praticada em nome próprio*".

E, em tom corajoso e delicado, observa que "exatamente o apelo e a invocação desta doutrina e dessa jurisprudência estabelecidas sobre regimes constitucionais anteriores é que, com todas as vênias, me convence de que a douta maioria se entregou ao exercício do que se tem chamado de *interpretação retrospectiva*, recusando-se a ver que a Constituição mudou".

E mudou mesmo, como não gostaria eu de titubear em reconhecer, com o maior respeito pelas posições de análise contrária.

Ao meu juízo, com a devida vênia, os comentários acima referidos reforçam a tese defendida pela impetrante.

Não pesa em sentido contrário nem mesmo a visão intermediária, que tangenciaria situações outras e as faria sujeitas à aposentadoria compulsória, tal como a destacada por Turma do STJ no RMS nº 712-SP, no sentido de que "os servidores dos cartórios extrajudiciais, entretanto, admitidos no regime anterior, continuam na condição de servidor em sentido lato, sob o regime especial de trabalho, sujeitando-se à aposentadoria compulsória, aos setenta anos de idade".

A impetrante vem atuando, há muito, no referido Cartório de Registro, tendo, por ato governamental de remoção, assumido o posto de oficial titular em 13/04/66 (docs. 03 a 04).

Ora, na vigência da Constituição de 1946 e depois sob o comando da Constituição de 1967/69, "*as serventias do foro judicial e do foro extrajudicial são órgãos administrativos, instituídos pelo Estado, que, dotados de poder certificante, exercem, como auxiliares do Judiciário, função caracteristicamente pública*", como lembrava, em 1986, JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, em comentário ao art. 206, que, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 29/06/82, oficializara as judiciais apenas, sendo que as extrajudiciais ficaram, através do art. 207, com redação de idêntica origem, sujeitas ao critério legislativo de cada Estado. (Cf. *Constituição Federal Anotada*, 2ª ed., Saraiva, p. 556/558.)

Aliás, segundo observou MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ficou alterado, assim, o rumo da Emenda nº 07, de 13/04/1977, que

havia determinado a oficialização de ambos os tipos de serventia. (Cf. *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 3ª ed., p. 739/740.)

De qualquer forma, o referido art. 206 e, em remissão a ele, o art. 207, ressalvaram "*a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares*".

E, a partir da Constituição Federal de 1988, a situação jurídica de serventuários como a impetrante passou, pela norma uniformizante maior, a ter, então, implicação com a prestação de um serviço por delegação do Poder Público.

A ser assim, merecem, de qualquer forma, especial atenção também os aspectos referentes à competência para decidir sobre a aposentadoria compulsória, em tais hipóteses.

Destaca-se, então, a argumentação de que o Poder Executivo é que é o poder delegante, assim devendo entender-se a referência a Poder Público no art. 236 da Constituição Federal, cabendo a ele competência exclusiva para decidir sobre a vacância do cargo, e sendo ao Poder Judiciário atribuída apenas a competência fiscalizadora dos serviços notariais e registradores.

Realmente, somente ao Executivo cabe delegar a terceiros serviços que integrem a Administração Pública

Tanto é que mereceu veto a inovação que o legislador ordinário pretendeu fazer, ao pôr no art. 2º da Lei nº 8.935/94, para tanto, menção à "delegação do Poder Judiciário dos Estados-membros e do Distrito Federal".

A propósito, com acerto, observou WALTER CENEVIVA que "as razões do veto examinaram de modo correto a impropriedade do texto aprovado. O Poder Judiciário fiscaliza, mas não delega" (ob. cit., p. 27).

Não foi, com efeito, sem razão que, no art. 1º da Lei Estadual nº 12.919, de 29/11/98, constou que a tais serventuários "é delegado o exercício da atividade notarial ou de registro pelo Governador do Estado".

Assim, ao contrário do que se previu para as serventias do foro judicial (*v. g.*, art. 274 da Const. Est.), ao Judiciário é dado, quanto às extrajudiciais, segundo a Lei Federal nº 8.935/94, somente fiscalizar seus serviços (arts. 37 e 38) e providenciar o concurso público correspondente (art. 15), ao comando maior do art. 236, § 3º, da Constituição Federal.

E, por via de conseqüência lógica, da mesma forma que a nomeação do concursado para o cargo (art. 3º), também a declaração de sua vacância (art. 39, § 2º) somente pode inserir-se na competência do Poder delegante, o Poder Executivo.

Quando muito, em nome do interesse público na continuidade do serviço, parece admissível, pela sua precariedade,

a designação do substituto pelo Judiciário, até o provimento do cargo pelo Executivo.

De observar, ainda, que, no âmbito das delegações internas da Administração Direta estadual, sobretudo a partir do Decreto nº 18.634, de 1º/08/77, o próprio Executivo cedeu tal incumbência ao Secretário de Justiça (art. 2º, inciso I).

É o que se pode tirar também de várias decisões deste Tribunal de Justiça, nas quais foi reconhecida ser legítima a presença do Secretário de Estado da Justiça no pólo passivo de mandados de segurança impetrados por serventuários extrajudiciais, como nos MS nº 46.279/6-B.Hte., nº 89.592/0-B.Hte. e nº 109.850/8-Uberlândia, entre outros.

A tudo isso acrescenta-se, ainda, a circunstância de que a redação original do art. 40, II, da Constituição Federal, sofreu alteração pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98, em termos tais que deixa evidente não estarem os notários e registradores abrangidos pelo "*regime de previdência de caráter contributivo*" que ali está assegurado, restritivamente, "*aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas fundações e autarquias*", sendo que a aposentadoria compulsória aos 70 anos terá proventos "*calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo...*" (§§ 1º e 3º).

Em síntese, pois, assiste inteira razão à impetrante, em que pese à conclusão oposta do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, que, aliás, já produziu manifestação diferente, anteriormente (MS nº 131.068/9).

Reconheço, portanto, a incompetência do eminente Corregedor de Justiça para o ato administrativo acaso possível e, por via de conseqüência, a nulidade da portaria do afastamento da impetrante, cujo direito líquido e certo foi alvo de ofensa que merece ser reparada.

Em tal sentido, procede a impetração, razão por que a concedo, tal como requerido, declarando nula a portaria e determinando a reintegração da impetrante na titularidade do cargo de Tabeliã Oficial de Protestos.

Custas, de lei.

Os Srs. Desembargadores José Arthur, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano, Gudesteu Biber, Bady Curi, Corrêa de Marins, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Garcia Leão, Kelsen Carneiro, Pinheiro Lago, Roney Oliveira - Com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DENEGARAM A ORDEM, VENCIDO O DES. ALUÍZIO QUINTÃO, QUE A CONCEDIA.

(Obs.: Seguem embargos de declaração.)

-:::-

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DE REQUISITOS - FINS DE PRÉ-QUESTIONAMENTO - CONTRADIÇÃO ENTRE A EMENTA E O ACÓRDÃO - IRRELEVÂNCIA - REJEIÇÃO

- Ante a ausência da omissão e da contradição previstas no art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração devem ser rejeitados, requisitos que devem estar presentes, mesmo que tenham como finalidade o pré-questionamento.

- Ainda que houvesse contradição entre a ementa e o acórdão, o que não é o caso, não estaria a desafiar embargos de declaração, pois a ementa não integra o acórdão.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 152.275-4/01 no Mandado de Segurança nº 152.275-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Embargos de declaração - Ausência de requisitos - Fins de pré-questionamento - Rejeitados. - Ante a ausência da omissão e da contradição previstas no art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração devem ser rejeitados, requisitos que devem estar presentes, mesmo que tenham como finalidade o pré-questionamento. Embargos de declaração - Contradição entre a ementa e o acórdão - Ausência - Irrelevância. - Ainda que houvesse contradição entre a ementa e o acórdão, pois não é o caso, não estaria a desafiar embargos de declaração, pois a ementa não integra o acórdão. - Embargos rejeitados - Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR OS EMBARGOS.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2000. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Campos Oliveira - Cuidam os autos, agora, de embargos de declaração, opostos por Elza Teresinha Freire, com o fim de pré-questionamento, ao acórdão que, por maioria, denegou a segurança que impetrou contra ato do Sr. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça, perante a eg. Corte Superior deste Tribunal, dizendo que o julgado contém "omissão de pontos relevantes", pois a essência da segurança firmou-se nos pressupostos da mudança introduzida na CF pela EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e na falta de atribuição funcional do Desembargador Corregedor para executar o ato material do afastamento da impetrante de sua atividade notarial, preferindo "embuçar-se sob o manto sofismático das decisões abstratas, atrelado em precedentes judiciais ultrapassados, deixando de entregar à parte a prestação jurisdicional pedida, de forma clara e precisa, o que equivale dizer: omitiu-se por completo na apreciação material e objetiva das questões postas em juízo"; pede, ainda, que a Corte Superior se pronuncie "sobre a contradição entre a ementa de fls. 112 (que confere ao Corregedor atribuição para declarar a aposentadoria) e o que consta no corpo do v. acórdão, à fl. 119, onde se diz que a competência é para executar o afastamento, tal como ocorreu com a impetrante"; acrescenta que o em. Desembargador Corregedor de Justiça proferiu despacho, com argumentação idêntica à sua, para, revendo posição anterior, revogar expressamente as portarias que determinavam o afastamento sumário dos notários e registradores que completassem 70 anos de idade, dizendo que "fica evidenciado que a v. decisão proferida, que ainda não transitou em julgado e pende de recursos, está em rota de colisão com a vontade expressa da autoridade coatora, criando uma situação singular: o v. acórdão embargado encampou a Portaria nº 027/GABCOR/99, do Corregedor de Justiça, que afastou a impetrante de suas funções, mas no curso do *mandamus* essa mesma autoridade revogou a Portaria inquinada"; e finaliza dizendo que se criou "uma odiosa restrição aos direitos da impetrante, a exigir firme e imediata correção, pelo que, em nome dos sagrados postulados da justiça, que não podem ser olvidados, pede-se aos eminentes Senhores Desembargadores que se manifestem sobre essa questão relevante, anulando o v. acórdão embargado"

Sem preparo, na forma da lei.

É o relatório.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, mas o rejeito, pois, mesmo com a finalidade de pré-questionamento, os embargos devem-se ajustar à moldura do art. 535 do CPC, como se vê da seguinte decisão do eg. Superior Tribunal de Justiça:

"*Mesmo nos embargos de declaração com fim de pré-questionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil a reexame da causa*" (STJ - Primeira Turma, REsp nº 11.465/0-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23/11/92, rejeitaram os embs., v.u., *DJU*, 15/02/93, p. 1.665, 2ª col. em.) (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, THEOTONIO NEGRÃO, 26ª ed., p. 429).

A embargante, na realidade, busca rediscutir o mérito do pedido, bastando que eu lembre que transcrevi voto do em. Des. Cláudio Costa, onde S. Exa. faz uma análise da Emenda Constitucional nº 20 e afirmou:

"*Quanto ao propalado art. 40 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda Constitu-*

cional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tem-se dado ao mesmo uma interpretação tendenciosa, sem se cogitar da gênese de sua nova redação, quando se concluiria que a referida norma tinha endereço certo, que era o cargo em comissão, o que significa dizer que 'cargos efetivos' ali colocado tinha o deliberado objetivo de excluir o cargo em comissão do recrutamento amplo e nada mais" (fls. 157/158).

E no voto do em. Des. Hugo Bengtsson o tema também foi enfrentado (fls. 126/138), o que mostra que inexiste a alegada omissão.

Quanto à falta de atribuição à autoridade coatora para afastar o notário ou registrador, está afirmado no acórdão:

"Aqui começa o equívoco da impetrante, pois a autoridade impetrada não tinha e nem tem competência para formalizar o ato declaratório de sua aposentadoria, mas apenas a competência de afastá-la, sem o que sua atribuição de fiscalizar a regularidade da prática dos atos notariais seria letra morta (CF, art. 236, § 1º, e Lei Federal nº 8.935/94, arts. 36 e 37), pois não é admissível que o Sr. Corregedor de Justiça fosse permitir que o delegado, que é funcionário público *lato sensu*, tendo completado setenta anos de idade, continuasse a praticar atos de interesse da sociedade, quando a sua delegação caducou" (fls. 119).

Certa ou errada, foi feita uma afirmação que prescinde de qualquer aclaramento e não guarda qualquer contradição com a ementa do acórdão, mas total harmonia com ela. E, ainda que houvesse divergência, ela não estaria a desafiar a oposição de embargos declaratórios, já que a ementa não integra o acórdão.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado do eg. Superior Tribunal de Justiça:

"*Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 91.485-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - ED - Processo civil - Ementa.*

A ementa não integra o acórdão. Encerra súmula do julgado.

A norma gerada pela decisão consta do acórdão. Este, sim, tem eficácia própria de prestação jurisprudencial.

A ementa, ao contrário, quando encerra erro material, a qualquer momento poderá ser corrigida. Embargos rejeitados" (*DJMG* de 24/10/97, p. 3).

E, quanto ao ato posterior do atual Corregedor de Justiça, que esteve presente ao julgamento da segurança e de um outro, da relatoria do em. Des. Bady Curi, revogando recomendação de seu antecessor, dito ato foi expedido em data posterior ao referido julgamento, de modo que o julgado não poderia levá-lo em consideração, pois inexistia na época. Mas, ainda que existente, é necessário que se afirme que a eg. Corregedoria-Geral de Justiça não é instância revisora dos órgãos

jurisdicionais fracionários do eg. Tribunal de Justiça, mas não posso deixar de lamentar que o douto Corregedor tenha encontrado uma situação definida por seu antecessor, situação que mereceu aprovação deste Tribunal, através de seus diversos órgãos fracionários, e, ainda que provocado, desprestigie o seu antecessor e as duas decisões da eg. Corte Superior. E, mais do que isso, as desrespeite.

A embargante se equivoca, também aqui, pois o Tribunal de Justiça não "está em rota de colisão com a vontade expressa da autoridade coatora", mas é esta que se choca com as decisões do Tribunal, até porque a vontade da autoridade coatora é irrelevante diante da vontade da lei. E quem diz o direito é o Julgador, e não o Corregedor na sua atividade administrativa.

Aliás, na espécie, o atual Corregedor e o seu antecessor se limitaram a fazer uma simples recomendação, que não obriga os diretores de foro das comarcas, de que poderão afastar o notário ou registrador que alcance a idade de 70 anos, se, a seu juízo, tiver ele sido atingido pela compulsória, pois o Corregedor de Justiça não pode invadir a sua área de atuação e nem lhes dar ordens da espécie, pois é diretor do foro apenas da Comarca da Capital.

Veja-se, a propósito, que a sua função é, como Corregedor, com relação aos juízes, "de orientação e de fiscalização", segundo prescreve o art. 22 da Lei Complementar nº 38, de 13 de fevereiro de 1995. E observe-se, ainda, o disposto no seu art. 61, que trata da competência do Juiz de Direito, que não o obriga a cumprir a orientação do Corregedor, se tem entendimento diferente.

A embargante precisa entender que o Corregedor não manda na consciência do Magistrado e nem o pune, não passando, no particular, de mero orientador.

Ora, se não tem força para obrigar o diretor de foro das comarcas, muito menos terá para obrigar os orgãos fracionários do Tribunal.

A sua recomendação prevalecerá, por razões óbvias, apenas no foro da Capital, pois na ótica do Sr. Corregedor de Justiça as decisões da eg. Corte Superior deste Tribunal não lhe merecem qualquer apreço; Sua Excelência só se curva às decisões do eg. Supremo Tribunal Federal.

O julgado, portanto, não tem os defeitos apontados.

Rejeito os embargos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Sr. Presidente. A situação presente instaurou-se sob ponto delicado, evidentemente. Estou, porém, a acompanhar o eminente Des. Relator na rejeição dos embargos.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente. Não obstante no acórdão recorrido tenha eu ficado vencido, acompanho o eminente Relator na rejeição destes embargos declaratórios, embora não concorde, com a devida vênia, com todo o teor de sua manifestação,

simplesmente porque, ao meu entendimento, todo juiz mineiro recebeu uma ordem, uma determinação da Corregedoria-Geral de Justiça, e não me consta que algum juiz se tenha recusado a cumpri-la, tanto é que houve inúmeros mandados de segurança não só contra juízes, mas também contra o Corregedor.

Causa-me espécie a observação de que uma ordem de um Corregedor é apenas uma recomendação, ainda mais no caso concreto que, ao meu ver, trata de uma ilegalidade e inconstitucionalidade, infelizmente praticada por órgão deste Tribunal.

Quero crer, também, que o questionado despacho do novo Corregedor não se mostra com o absurdo salientado, uma vez que é medida administrativa cautelar, precária e com referência expressa a uma situação ainda duvidosa e pendente de julgamento de tribunal superior.

Quanto às críticas da embargante, observo que, com muito acerto, foi dito que o conteúdo do acórdão responde a sua insatisfação, e saliento que, no meu próprio voto divergente e vencido, consta análise de tais aspectos, sendo que até de sua ementa há expressa menção aos artigos questionados.

Quero crer, enfim, que a embargante, com sua manifestação e o pronunciamento deste Tribunal, acabou conseguindo o seu objetivo de pré-questionamento para recurso à instância superior.

Com a devida vênia, portanto, nos aspectos salientados, acompanho o eminente Relator para rejeitar os embargos.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Essa matéria, jurisdicionalmente, já veio a esta Casa por diversas vezes, quer nas Câmaras isoladas, quer nesta Corte.

O assunto já foi batido e rebatido no Superior Tribunal de Justiça, todos de conformidade com as decisões desta Casa. Foi levado, *data venia*, ao Supremo Tribunal Federal e prevaleceu o mesmo entendimento, vencidos apenas os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio; os demais entenderam que, sendo o notário funcionário público, *lato sensu*, a ele também é devida a jubilação aos 70 anos.

Por isso, acompanho o eminente Relator, mesmo porque não houve omissão, obscuridade ou contradição alguma no julgado.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Ponho-me integralmente de acordo com o voto do eminente Relator, apenas recomendando que seja feita a publicação deste acórdão.

Participaram do julgamento os Desembargadores José Brandão de Resende, Sérgio Resende, Luiz Carlos Biasutti, José Arthur, Paulo Tinôco, Lúcio Urbano, Rubens Xavier Ferreira, Guido de Andrade, Corrêa de Marins, Hugo Bengtsson, Antônio Hélio Silva, Odilon Ferreira, Garcia Leão e Kelsen Carneiro.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS.

-:::-

2. CONSELHO DA MAGISTRATURA

USUFRUTO - CESSAÇÃO - CANCELAMENTO - INEXISTÊNCIA DE VALOR PATRIMONIAL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 24, INCISO II, DA LEI ESTADUAL Nº 12.727/97

- A cessação do usufruto por causa natural, como a morte, que é prevista no artigo 739, inciso I, do Código Civil, não acrescenta valor algum ao bem que o suportou temporariamente, inexistindo qualquer tipo de relação negocial a justificar emolumentos sobre valor patrimonial pela averbação cartorária, diferentemente da instituição do direito real em questão, tendo inteira pertinência a aplicação do artigo 24, inciso II, da Lei Estadual nº 12.727/97.

RECURSO CONTRA ATO OU DECISÃO DO CORREGEDOR Nº 156.601-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 03 de abril de 2000. - *Gomes Lima* - Conselheiro Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Conselheiro Gomes Lima - Eliane Cassini Bansemer reclamou contra o Oficial Titular do Cartório do 5º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Belo Horizonte, Sebastião de Barros Quintão, imputando-lhe a cobrança, a maior, da quantia de cento e sessenta reais e dez centavos (R$160,10) à guisa de emolumentos pela averbação de cancelamento de usufruto, em conseqüência da morte do usufrutuário.

Ouvido o Sr. Escrivão, o Exmo. Sr. Corregedor-Geral de Justiça lavrou a decisão de fls. 48-v., que, acolhendo parecer de sua assessoria, de fls. 43 e 44, determinou a devolução do excedente, em dobro.

Dessa decisão recorreu o serventuário, conforme se vê às fls. 50-54, sustentando que agiu segundo a tabela oficial e que o Juiz-Corregedor interpretou equivocadamente o inciso II do art. 24 da Lei Estadual nº 12.727/97, que contém o Regimento de Custas, bem como o Provimento nº 29/98. Alegou o recorrente que o usufruto repre-

senta valor patrimonial e que a cobrança, tal como foi feita, se lastreia no art. 23, inciso IV, letra *b*, e § 2º, da Lei Estadual nº 12.727/97, lei que faz coro com a Lei Estadual nº 12.426/96 e com o art. 1º do Decreto nº 38.639/97, que sujeita a imposto (ITCD) a instituição e execução de usufruto não oneroso, cujo alcance básico estipula em seu art. 4º, inciso III, em 1/3 (um terço) do valor do respectivo imóvel.

Oficiando nos autos pela Procuradoria-Geral de Justiça, a douta Procuradora Beatriz Costa Caires, às fls. 60-62, opinou e propôs o não-provimento do recurso.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

O recorrente, por averbação de baixa de usufruto, taxou seus emolumentos em R$160,10 (cento e sessenta reais e dez centavos). O Departamento de Fiscalização, órgão técnico-contábil da Corregedoria, calculou tais emolumentos em R$ 15,72 (quinze reais e setenta e dois centavos), conforme se vê à fl. 46. Tal cálculo foi feito à vista do parecer de fls. 43 e 44, que se reporta ao de fls. 06-20 da assessoria jurídica do Corregedor.

Anteriormente ao fato gerador dos emolumentos (22/6/98), já vigia a orientação traçada no longo parecer interno acima referido, destacadamente em relação ao cancelamento de usufruto (fls. 17 e 18), cuja conclusão foi a seguinte: "A cobrança de emolumentos para o cancelamento de usufruto, a teor do disposto no art. 24, inciso II, da Lei nº 12.727/97, e no art. 13 do Provimento nº 29/98, também deve ser realizada sem valor patrimonial, incidindo a regra do nº 1, letra *h*, da Tabela 4, da Lei nº 7.399/78, que os estipulou em R$5,00, mais a receita adicional de R$1,70, mais R$6,00 pelo arquivamento, mais certidão do ato (R$2,25)".

O parecer geral, evidentemente, alcançou a aprovação do Órgão Corregedor, passando a servir de instrução para as serventias extrajudiciais. Seus efeitos, por questão de hierarquia, devem prevalecer *erga omnes*. É do art. 30, inciso XIV, da Lei Federal nº 8.935/94, que notários e oficiais de registro devem "observância às normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente", no caso, pela Corregedoria.

A cessação do usufruto (servidão pessoal) por causa natural, como a morte, que é prevista no art. 739, inciso I, do Código Civil, não acrescenta valor algum ao bem que o suportou temporariamente, porque o referido bem é, aí, restituído automaticamente a seu *statu quo ante*, independentemente de declaração. Inexiste qualquer tipo de relação negocial a justificar emolumentos sobre valor patrimonial pela averbação cartorária, como parece entender o recorrente. O que comporta emolumentos sobre valor patrimonial é a instituição desse direito real, não sua morte, tendo inteira pertinência a aplicação do art. 24, inciso I, da Lei Estadual nº 12.727/97, nos termos em que a entendeu a Corregedoria de Justiça.

O art. 23, inciso IV, letra *b*, e seu § 2º, da Lei Estadual nº 12.727/97, assim como o art. 1º e o art. 4º, inciso III, do Decreto nº 38.639/97, trazidos à colação pelo recorrente, não permitem a aplicação do que ele pretende - é que esses dispositivos cuidam apenas de incidência de imposto.

Enfim, a Lei Estadual nº 12.727/97 estabeleceu em seu art. 24, inciso II, em resumo, que são considerados *sem valor patrimonial, (...) os cancelamentos de registros e de averbações* e foi desse preceito que se valeu o Órgão Corregedor na apreciação do caso.

Nego provimento ao recurso.

Sem custas.

Participaram do julgamento os Desembargadores Conselheiros Aloysio Nogueira, Reynaldo Ximenes Carneiro, Murilo Pereira, Abreu Leite e Mercêdo Moreira.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

3. GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS

SÚMULAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verbetes das Súmulas Criminais do TJMG aprovadas pelo Grupo de Câmaras Criminais.

Nota: Algumas súmulas foram aprovadas por *unanimidade* dos componentes do *Grupo de Câmaras Criminais*. Outras por *maioria* de dois terços, mais um, dos seus componentes.

1 - O recurso de agravo (art. 197 da LEP) deve ser interposto no prazo de (5) cinco dias, perante o juízo de primeiro grau, e terá o rito previsto para o recurso em sentido estrito. (Unanimidade)

2 - A execução da pena de multa criminal deve ser proposta no juízo das execuções penais e terá o rito previsto para as execuções fiscais. (Maioria)

3 - Se a apelação criminal ficou expressamente condicionada ao recolhimento do réu à prisão, a inadvertência do juiz em receber o recurso não vincula o Tribunal. (Maioria)

4 - Mesmo primário e de bons antecedentes, o réu que se encontrava preso, por força de flagrante ou preventiva, deve permanecer preso após a

pronúncia, salvo casos especiais e justificados. (Unanimidade)

5 - Salvo caso de reincidência, o réu que se encontrava em liberdade por ocasião da sentença de pronúncia, deve permanecer em liberdade, ressalvados os casos especiais e justificados. (Unanimidade)

6 - Réu não reincidente que se encontrava em liberdade ao tempo da sentença condenatória pode apelar em liberdade, salvo se a prisão provisória for devidamente justificada na sentença, não bastando a simples afirmativa de tratar-se de crime hediondo. (Unanimidade)

7 - Réu que se encontrava preso ao tempo da sentença condenatória deve, de regra, permanecer preso, salvo se a liberdade provisória (art. 594, CPP) for devidamente justificada. (Unanimidade)

8 - Nos processos referentes aos delitos de tráfico de drogas, o prazo para encerramento da instrução criminal é de noventa dias, acrescido de mais quarenta e quatro dias se houver necessidade de exame toxicológico (Resolução nº 17/80, da Corte Superior, com a alteração da Lei nº 8.072/90 - art. 10). (Unanimidade)

9 - Está sujeita a recurso *ex officio* a sentença que absolver sumariamente o acusado (art. 411, CPP) e a que conceder a reabilitação. (Unanimidade)

10 - A Lei nº 8.072/90 não veda a concessão do *sursis*. (Maioria)

11 - Não são cabíveis embargos infringentes nos processos por crimes de competência originária. (Unanimidade)

12 - Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir (Súmula nº 310, STF). (Unanimidade)

13 - Nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal (Súmula nº 592, STF). (Unanimidade)

14 - Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Ministério Público, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas (Súmula nº 524, STF). (Unanimidade)

15 - Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão (Súmula nº 81, STJ). (Unanimidade)

16 - Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa (Súmula nº 64, STJ). (Unanimidade)

17 - Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo (Súmula nº 52, STJ). (Maioria)

18 - Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução (Súmula nº 21, STJ). (Unanimidade)

19 - No processo penal não é aplicável o princípio da identidade física do juiz. (Unanimidade)

20 - Não é nulo o exame pericial realizado por um único perito oficial. (Unanimidade)

21 - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência (Súmula nº 9, STJ).

22 - A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz. (Súmula nº 108, STJ). (Unanimidade)

23 - Para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado (Súmula nº 40, STJ). (Unanimidade)

24 - Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho em processo trabalhista (Súmula nº 165, STJ). (Unanimidade)

25 - É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal (Súmula nº 609, STF). (Unanimidade)

26 - A suspensão do processo e da prescrição, prevista na Lei nº 9.271/96, só se aplica às infrações cometidas após sua vigência (17/06/96), não retroagindo, mesmo quando revel o acusado. (Unanimidade)

27 - O crime de sonegação fiscal não exige prévio procedimento administrativo como condição ao exercício da ação penal. (Unanimidade)

28 - A cassação do veredito popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes. (Maioria)

29 - No processo de *habeas corpus* é incabível a atuação do assistente da acusação. (Unanimidade)

30 - A fuga do réu do distrito da culpa justifica a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. (Unanimidade)

31 - Se o réu não é encontrado para intimação pessoal da sentença de pronúncia ou para recebimento da cópia do libelo, cabível sua prisão preventiva como único meio para assegurar o julgamento e a aplicação da lei penal. (Unanimidade)

32 - A prisão preventiva deve ser, sempre, fundamentada com dados objetivos do processo. (Unanimidade)

33 - É absoluta a nulidade do julgamento, pelo Júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes (Súmula nº 162, STF). (Unanimidade)

34 - Ressalvados os casos de recurso de ofício, não pode o Tribunal acolher, contra o réu, nulidade não

argüida no recurso da acusação (Súmula nº 160, STF). (Unanimidade)

35 - É absoluta a nulidade do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório (Súmula nº 156, STF). (Unanimidade)

36 - É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha (Súmula nº 155, STF). (Unanimidade)

37 - É nula a citação por edital de réu preso na mesma Unidade da Federação em que o juiz exerce sua jurisdição (Súmula nº 351, STF). (Unanimidade)

38 - A ausência de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia por crime falimentar enseja nulidade do processo, salvo se já houver sentença condenatória (Súmula nº 564, STF). (Unanimidade)

39 - No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo. (Súmula nº 523, STF). (Unanimidade)

40 - Considera-se tempestiva a apelação protocolada no prazo legal, embora despachada tardiamente (derivação da Súmula nº 428, STF). (Unanimidade)

41 - Nos processos de competência do Júri, a falta de alegações finais (art. 406, CPP) não acarreta nulidade. (Unanimidade)

42 - Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado. (Unanimidade)

43 - Se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve tender para o mínimo legal. (Maioria)

44 - No processo por crime de competência originária, a decretação da prisão preventiva compete ao relator, cabendo do despacho agravo regimental para o colegiado encarregado da decisão final. (Unanimidade)

45 - Se o réu está preso, basta sua requisição para o interrogatório, não havendo necessidade de citação pessoal. (Maioria)

46 - A Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura) não revogou a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), razão pela qual não cabe progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, exceto o de tortura. (Unanimidade)

47 - Na sentença condenatória transitada em julgado, havendo dúvida a respeito do regime prisional imposto, deve ser ela interpretada sempre a favor do condenado. (Unanimidade)

48 - 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. (Unanimidade)

49 - Compete originariamente ao Tribunal o julgamento de *habeas corpus* quando a coação é atribuída a membro do Ministério Público Estadual. (Unanimidade)

50 - O *habeas corpus* não é via adequada para se decidir sobre progressão de regime prisional, pela necessidade de análise de questões subjetivas. (Unanimidade)

51 - Não obsta a concessão do *sursis* condenação anterior a pena de multa. (Súmula nº 499, STF). (Unanimidade)

52 - Não cabe agravo regimental de decisão monocrática do Relator que indefere liminar em processo de *habeas corpus*. (Unanimidade)

53 - Não se conhece de pedido de *habeas corpus* que seja mera reiteração de anterior, já julgado. (Unanimidade)

54 - Não há incompatibilidade na coexistência de circunstâncias que qualificam o homicídio com as que o tornam privilegiado, desde que sejam aquelas de natureza objetiva. (Unanimidade)

55 - Negado o quesito do uso dos meios necessários, ou o da moderação, deve ser questionado o Júri sobre o elemento subjetivo determinador do excesso, sob pena de nulidade absoluta. (Maioria)

56 - Nos crimes contra os costumes, a representação, como condição de procedibilidade da ação penal, prescinde de fórmula rígida, bastando a mera manifestação inequívoca da vítima (ou de quem tenha qualidade para representá-la) no sentido de ver processado o autor do crime. (Unanimidade)

57 - Nos crimes contra os costumes, a prova da miserabilidade da vítima, ou de seus representantes legais, pode ser feita mediante simples declaração verbal ou escrita e até mesmo resultar da notoriedade do fato. (Unanimidade)

58 - O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804, CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei nº 1.060/50. (Unanimidade)

59 - Dívida de alimentos antiga (aquela vencida há mais de três meses antes do início da execução) não pode justificar a decretação da prisão civil. (Maioria)

60 - Em se tratando de prisão civil por débito alimentar, o âmbito de cognoscibilidade do *habeas corpus* se restringe ao aspecto da legalidade, isto é, se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e foi prolatada por juízo competente. (Maioria)

61 - É imprescindível a audiência pessoal do condenado no incidente de regressão do regime penitenciário (art. 118, § 2º, LEP). (Unanimidade)

62 - O aumento de pena previsto no artigo 9º da Lei nº 8.079/90 só é possível quando houver lesão corporal grave ou morte. (Unanimidade)

63 - A presunção de violência prevista no artigo 224, *a*, do CP, não é absoluta. (Unanimidade)

64 - Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes. (Unanimidade)

65 - Se o prazo do *sursis* for superior ao mínimo legal, fica o juiz obrigado a motivar as razões do acréscimo. (Unanimidade)

66 - Na revisão criminal é vedada a rediscussão de questões já analisadas no juízo da ação penal, salvo quando existir prova nova a respeito. (Maioria)

67 - Na revisão criminal a dúvida não beneficia o peticionário. (Unanimidade)

68 - 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. (Unanimidade)

69 - Em processos de crimes dolosos contra a vida, os princípios da continência e da conexão não vigoram nos feitos de competência originária quando só um dos acusados goza do foro privilegiado, devendo o processo ser desmembrado para que os demais acusados sejam julgados pelo Tribunal do Júri. (Unanimidade)

aa.: *Desembargadores: José Arthur* (Presidente), *Gudesteu Biber, Edelberto Santiago, Guido de Andrade, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Mercedo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues.*

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - FATO NOVO - ÔNUS DA PROVA

- A revisão criminal não se presta à mera reapreciação de prova já exaustivamente examinada pelo Tribunal do Júri e confirmada neste Juízo recursal, exigindo, pois, que o requerente apresente elementos probatórios e que desfaçam o fundamento da condenação. Compete ao peticionário comprovar suas alegações de forma cabal, de modo a redimir eventual erro judiciário.

- V.v.: - Inexistindo realidade, materialidade e certeza sobre a morte da vítima, uma vez que ninguém disse ou provou onde a vítima foi atingida; ninguém disse ou provou que a vítima morreu; tudo que as testemunhas e autoridades disseram e provaram foi criar e alimentar dúvidas e incertezas, não se explicando e nem se justificando condenação nessas circunstâncias, é de se julgar procedente o pedido revisional com fundamento na verificação de fato novo, cassando-se a pronúncia, a sentença condenatória e o v. acórdão que a manteve. (*Des. Gomes Lima*)

REVISÃO CRIMINAL Nº 91.897-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator para o acórdão: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial:

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, EM INDEFERIR O PEDIDO, VENCIDO O RELATOR. ABSTIVERAM-SE DE VOTAR OS DESEMBARGADORES EDELBERTO SANTIAGO E MERCÊDO MOREIRA.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2000. - *Luiz Carlos Biasutti* - Revisor e Relator para o acórdão. - *Gomes Lima* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - O Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte impôs a Odilon da Costa Coelho, Subinspetor da Polícia Civil, a pena unificada de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, com perda do cargo ou função pública, dando-o como autor da morte do biscateiro José de Abreu Carvalho, a quem matou com um tiro de revólver na região posterior da cabeça e cujo cadáver ocultou com a ajuda de 2 (dois) companheiros. Os fatos foram capitulados no art. 121, *caput*, e no art. 211, c/c o art. 92, inciso I, todos do Código Penal.

Esta condenação foi mantida em v. acórdão de fls. 317/322-TJ, de que foi Relator o eminente Des. Sebastião Rosenburg; Revisor, o eminente Des. Guido de Andrade; e Vogal, o eminente Des. José Arthur, cumprindo esclarecer que a decisão foi unânime.

Valendo-se do trabalho profissional do advogado, Dr. Augusto Jacob de Vargas Neto, requereu Odilon a presente revisão com o intuito de, anulando a sentença e o v. acórdão citado, ser submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Argumenta o peticionário que:

- a decisão dos senhores jurados atentou contra a evidência dos autos, apoiando-se em testemunhos falsos e suspeitos;

- o corpo da vítima não foi encontrado;

- houve descobertas de fato novo: a vítima foi presa em flagrante delito por uso de droga na Comarca de Cariacica (ES) 3 (três) anos depois do fato, ou seja, "de sua morte".

Apensados a estes os autos da ação penal, a Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer opinando pelo indeferimento do pedido.

O requerente ou peticionário se encontra preso desde 09 de janeiro de 1996 - *vide* fls. 377-v.-TJ dos autos em apenso.

Determinei a realização de várias diligências na tentativa de buscar e encontrar informações sobre o possível estado de sobrevivência da vítima, a partir de fl. 74-TJ.

Curioso me parece registrar que os co-réus Cleomar José Aparecido e Nivaldo Luiz Grossi morreram durante o curso da ação penal, o primeiro, por traumatismo crânio-encefálico, e o segundo, em decorrência de cirrose hepática - *vide* certidões de fls. 201 e 236-TJ dos autos em apenso, não sendo, portanto, julgados pelo Tribunal do Júri, constando dos autos em apenso o decreto da extinção da punibilidade a favor de ambos.

Quanto à condenação do peticionário, houve trânsito em julgado.

As partes tiveram vista do resultado das diligências por mim determinadas.

Emitindo parecer às fls. 70-72-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido revisional.

Este, o relatório.

Inócuo e sem proveito foi o esforço do peticionário na busca de falsidade e suspeição nos depoimentos que constituíram a base de sua condenação pelo Tribunal do Júri.

Os autos da ação penal não registram deferimento de qualquer contradita a esse respeito, e nem há comprovação alguma de sua imprestabilidade, o que seria e é primordial para a cassação do julgado, nos termos do art. 621, inciso II, do CPP.

O direito de produzir prova testemunhal de materialidade, em substituição ao *acd*, é previsto no art. 167 do CPP, desde que, como no presente caso, haja desaparecido qualquer vestígio. Assim, com apoio em testemunhas e no exercício de uma opção legítima, o Conselho de Sentença, por (5) cinco votos a (02) dois, acolheu os quesitos da autoria e da materialidade. Nenhuma evidência havia em contrário.

O que deve ensejar e lamentar cuidadosa discussão e profundo exame e meditação é a notícia de fato novo, previsto no art. 621, inciso III, do CPP, como causa de rescisão da sentença, fato novo que põe em dúvida a realidade da morte de José de Abreu Carvalho.

Ao que se sabe e consta dos autos, a vítima, cidadão solteiro, biscateiro, carregador de ferro velho e que vivia em concubinato com Maria Geni, na Pedreira Prado Lopes, no Bairro São Cristóvão, em Belo Horizonte, tinha tido residência anterior na Cidade do Rio de Janeiro, em São Paulo e no Estado do Espírito Santo.

Uma pesquisa nesses locais de residência resultou na informação de fl. 350-TJ dos autos em apenso, datada de 03 de julho de 1995, da Polinter do Estado do Espírito Santo, de que a 21 de maio de 1985 o indivíduo José de Abreu Carvalho, solteiro, servente, natural do Rio de Janeiro, filho de José Cantídio de Carvalho e Leonídia Martins de Abreu, fora preso em Cariacica, em flagrante de uso de droga, tendo sido liberado sob fiança no dia seguinte.

Os autos não revelavam maiores dados de qualificação da vítima, mas apenas nome, naturalidade afirmada pela amásia, como sendo o Rio de Janeiro, a profissão de biscateiro e catador de ferro velho. Entretanto, a trazida por diligência nossa, xerox de fl. 75-TJ, extraída dos arquivos da Secretaria da 12ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, alusiva ao processo nº 02483811022, em que era réu o peticionário, acusado de uso de droga (maconha), estampa filiação coincidente, como coincidentes são a naturalidade, a categoria social e a categoria profissional.

Há, portanto, possibilidade de se tratar de uma mesma pessoa.

A meu ver, a hipótese de sobrevivência da vítima, que teria levado um tiro de revólver na região da cabeça, é muito grande.

Observe-se que lá, em Cariacica (ES), como cá, em Belo Horizonte, o caso é o mesmo: lá e cá se cuidava de uso ou consumo de droga.

À fl. 20-TJ dos autos da ação se vê que a vítima foi presa nesta Capital a 14 de setembro de 1982 por uso de maconha, logrando ser posto em liberdade devido à fiança prestada por sua concubina a 17 de setembro, ou seja, (3) três dias depois. Poucos dias depois, ou seja, em 25 de setembro de 1982, ocorreu ou teria ocorrido o confronto historiado na denúncia, à vista de alguns moradores da favela, quando houve ou teria havido um tiro que a matou ou teria matado.

A 21 de maio de 1985, um cidadão de igual nome, de igual filiação, de mesma naturalidade e de mesmos hábitos gerais, foi preso em flagrante delito por uso de droga em Cariacica (ES). Observe-se que esse cidadão registra também passagem policial em Conceição do Castelo (ES).

O documento de fl. 50-TJ destes autos ou de fl. 350-TJ dos autos em apenso, e que veio a ser confirmado pela Polinter, é a resposta a uma diligência - *vide* fl. 111-TJ.

Uma análise dos autos da ação penal faz emergir o seguinte: No dia, hora e local referenciados, o acusado, do interior de um automóvel Brasília, interpelou na rua a vítima; quando esta virou as costas e caminhou na direção de um beco, como que fugindo, desfechou-lhe um tiro na região posterior da cabeça, fazendo-a cambalear e cair de bruços na via pública, nas proximidades de um chafariz e do Bar do "Bacana".

Em seguida, com ajuda de dois

companheiros de equipe, colocou o ferido no porta-malas da "Brasília" e arrancou abruptamente em direção à Rua Pedro Lessa, que leva ao vizinho Bairro Santo André, desaparecendo.

A vítima não deu entrada em qualquer hospital e nunca mais foi vista por aqui.

O local do tiro e o fato de a vítima ter caído sugeriram aos presentes, às autoridades e a (5) cinco jurados uma morte consumada, levando-os a terem como certa a materialidade do delito.

Entretanto, observe-se:

- a comunicação policial de fls. 09 e 10-TJ (autos em apenso) expôs o seguinte: "deu alguns passos e caiu, ao que tudo indica, morta";

- o relatório do Delegado de Polícia, às fls. 57 e 58-TJ (autos em apenso) diz que o projétil "deve ter produzido lesões de natureza grave";

- a amásia da vítima, Maria Geni, às fls. 16-17-TJ (autos em apenso) fez anotar que o amante "parece ter sido atingido na cabeça, no sentido da nuca...";

- o Promotor de Justiça, Dr. Romano Pirfo, à fl. 59-TJ (autos em apenso), comentou que o tiro "deve ter sido mortal" - a vítima "deve ter morrido";

- o Promotor de Justiça, Dr. Salos Pereira, pedindo diligências, à fl. 63-TJ (autos em apenso), lançou as seguintes indagações:

a vítima "terá morrido?";

"onde a prova material?";

"onde o cadáver?; e

- o Delegado de Polícia, Mansur Starling, embaraçado durante as investigações, desabafou à fl. 90-TJ (autos em apenso), dizendo que "não poderia admitir, por suposição, o homicídio, sem prova material".

Verifica-se que ninguém afirmou e, muito menos, confirmou a morte da vítima.

A incerteza da morte da vítima, aliada à informação da Polinter-ES, realça a tese da possibilidade de José de Abreu Carvalho estar vivo; ademais, incerteza não gera condenação, inda mais quando a incerteza se refere à materialidade.

Tiro na nuca, na expressão da denúncia, ou tiro na região posterior da cabeça, como consta do libelo, disparado do interior de um carro contra alvo em movimento não pode e nem deve ser tido ou havido como fatal *in per se*; há necessidade de se definir a área ou as áreas internas da cabeça, porventura atingidas.

Segundo ERNESTINO LOPES, "A gravidade de uma lesão depende de sua natureza, de sua sede, de sua profundidade, bem como dos órgãos lesados" - *vide Manual de Medicina Legal*, p. 50.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, em *Jurisprudência Criminal*, São Paulo, 1979, v. II, p. 495, nº 221, adverte:

"É certo que o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto, que se realiza por intermédio da prova testemunhal. Duas, porém, são as condições imprescindíveis: a) é indispensável que os vestígios tenham desaparecido; b) a prova testemunhal deve ser uniforme e categórica, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios".

Actio non datur, mis constet de corore delicti.

A descoberta de José de Abreu Carvalho, vivo, em terras e prisões capixabas, em 1995, após o julgamento do peticionário, compromete a certeza apenas moral da existência do homicídio, e constitui fato novo a ser levado em consideração para cassar a condenação do peticionário.

Atendendo a pedido de informação sobre a existência ou não de inscrição eleitoral da vítima nesta Capital (fl. 82-TJ), a Diretoria-Geral do TRE-MG informou negativamente (fl. 86-TJ), mas isso não enfraquece nem abala a convicção nossa.

De NELSON HOFFBAUER HUNGRIA, em *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 64 e 65, nos vem a advertência de que: "Somente enquanto seja possível formular-se dúvida, ainda que mínima, em torno à morte da desaparecida vítima de uma violência, é que se deve afastar a possibilidade de imputação de homicídio.

Desde que seja formulável uma hipótese de inexistência do evento morte, não é admissível uma condenação a título de homicídio.

A veromissimilhança, por maior que seja, não é jamais a *verdade* ou a *certeza*, e somente esta autoriza uma sentença condenatória.

Condenar um possível delinqüente é condenar um possível inocente".

Em síntese: ninguém disse ou provou onde a vítima foi atingida; ninguém disse ou provou que a vítima morreu; tudo que as testemunhas e autoridades disseram e fizeram foi criar e alimentar dúvidas e incerteza; enfim, realidade, materialidade, certeza, nada disso há. Uma condenação nessas circunstâncias, *data venia*, não se explica e nem se justifica.

Por isso, julgo procedente o pedido revisional com fundamento na verificação de fato novo e, em conseqüência, casso a pronúncia, a sentença condenatória e o v. acórdão que a manteve. Com apoio nos arts. 386, inciso VI, e 626, ambos do CPP, *absolvo o peticionário da imputação que lhe foi feita de prática de homicídio e de ocultação de cadáver. Estendo os efeitos dessa decisão aos co-réus Cleomar José Aparecido e Nivaldo Luiz Grossi para todos os fins de direito.*

Com apoio no art. 627 do CPP, restabeleço a favor do peticionário o cargo ou função pública que exercia à época dos fatos, declarada perdida na r. sentença de fl. 283 e v.-TJ (autos em apenso).

Opportuno tempore, devolvam-se os autos da ação penal ao Juízo de origem. Proceda-se com as cautelas necessárias.

Expeça-se a favor do peticionário o alvará de soltura devido.

Custas, *ex lege*, pelo Estado.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Pleiteia o peticionário, por via de revisão criminal, desconstituir o acórdão que confirmou a sentença de primeiro grau, a qual, acatando decisão do Tribunal do Júri, o condenou à pena de 08 anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 121, *caput*, e 01 ano e 06 meses de reclusão pelo delito de ocultação de cadáver (art. 211, CP), com perda do cargo de Delegado de Polícia.

Fundamenta seu pedido revisional no art. 621, III, CPP, apresentando como novas provas os documentos de fls. 350-TJ, no qual a Polinter informa o registro de prisão de José de Abreu Filho, filho de José Cantídio de Carvalho e Leonídia Martins de Abreu, servente, natural do Rio de Janeiro, por uso de droga, no Município de Cariacica, tendo sido liberado em 22/05/85.

Ao mesmo tempo, anexa o peticionário aos autos o documento de fls. 351-TJ, com cópia de prontuário em nome de José Abreu Carvalho, com outra filiação, naturalidade, grau de instrução e profissão, informando a Polícia de Guaratinguetá o indiciamento de tal pessoa nos arts. 163 e 124 do Código Penal.

Na verdade, a filiação constante do primeiro documento aqui mencionado coincide com a constante na FAC de fls. 11-TJ dos autos apensados, noticiando a prisão em flagrante de José de Abreu Carvalho por crime de tóxicos.

Não obstante, conforme se vê dos autos originais, apesar de os repetidos e louváveis esforços do douto Des. Relator, não se logrou obter, junto às autoridades policiais e no Cartório Eleitoral, informações complementares, a comprovar, de forma induvidosa, que a pessoa referida no documento da Polinter seja a mesma que figura nestes autos como vítima, assassinada pelo peticionário, com posterior ocultação do cadáver.

Ora, a revisão criminal não se presta à mera reapreciação da prova já exaustivamente examinada pelo Tribunal do Júri e confirmada neste juízo recursal, exigindo, pois, que o requerente apresente elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação.

Conforme assinala MIRABETE, no caso de descoberta de novas provas, "*há, na verdade, uma inversão no ônus da prova, e os elementos devem ter poder conclusivo e demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastando aquelas que apenas debilitam a prova dos autos ou causam dúvidas no espírito dos julgadores*" (*in CPP Interpretado*, 5ª ed., p. 302).

Assim, na revisão, compete ao peticionário comprovar suas alegações

de forma cabal, de modo a redimir eventual erro judiciário, o que, no caso, não logrou obter.

Na espécie, não há que se revisar o *decisum* já corretamente proferido nas duas instâncias julgadoras, lembrando que, mediante a apresentação de novas provas mais robustas e insofismáveis, poderá o peticionário, a qualquer tempo, ingressar com outro pedido revisional neste juízo.

É o meu voto.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Peço vista.

Súmula - DEPOIS DE VOTAREM O RELATOR E O REVISOR, O PRIMEIRO DEFERINDO E O SEGUNDO INDEFERINDO A REVISÃO, PEDIU VISTA O DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 14/02/2000, a pedido do Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, após votarem o Relator e o Revisor, o primeiro deferindo e o segundo indeferindo a revisão.

Com a palavra o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, em virtude da divergência entre as posições do Relator e do Revisor, quanto à análise da prova no pedido revisional.

No estudo que realizei, reconheço, como o d. Revisor, que a prova produzida pelo peticionário foi insuficiente para autorizar a revisão da decisão condenatória. Com efeito, a única prova apresentada, que poderia fundamentar a procedência do pedido é o *fac simile* recebido da Polinter do ES pela Polinter de MG (fls. 50-TJ), informando a prisão em flagrante, por uso de tóxico, em 21 de maio de 1985, de José de Abreu Carvalho, cujos dados pessoais coincidem integralmente com os da vítima destes autos, que teria sido morta pelo requerente e pelos seus companheiros em data de 25 de setembro de 1982.

Entretanto, na diligência ordenada pelo eminente Relator à fl. 96-TJ para verificar os desdobramentos da prisão de José de Abreu Carvalho, em Cariacica, a escrivã judiciária do Cartório Distribuidor da Zona Judiciária de Cariacica certificou nada existir em relação ao mencionado réu até a data de 21 de dezembro de 1998 (fls. 99-TJ) e, posteriormente, também o titular da Polinter-(ES), esclareceu nada saber a respeito dos atos subseqüentes à prisão informada, como remessa dos autos à Justiça, notícia de eventual denúncia (fls. 111-TJ).

Entendo que a vaga e imprecisa informação oriunda da Delegacia de Cariacica (ES), sem comprovação alguma, como se constatou depois com as informações da Distribuidora da

Zona Judiciária da Comarca e do próprio Delegado Titular da Polinter do Espírito Santo, não caracteriza o fato novo que autoriza a revisão de decisão condenatória do Tribunal do Júri, confirmada em segunda instância, baseada em provas consistentes e válidas para o decreto condenatório.

O peticionário na revisão deve demonstrar a inexistência do crime e desfazer convincentemente as provas que fundamentaram a sua condenação, o que não logrou realizar nos autos, pois somente apresentou como prova nova a isolada informação de uma delegacia de Cariacica (ES), que não pode ser assimilada, tendo em vista que não houve o cumprimento pelo informante dos deveres de notificação ao Juiz competente da prisão em flagrante realizada e de complementação do inquérito para remessa a Juízo a fim de se dar início à ação penal. Ainda que dúvida possa restar em relação à prisão realizada em Cariacica, a dúvida o desfavorece, segundo jurisprudência pacificada:

"*Revisão criminal. Ônus da prova. Erro judiciário que cabe ao requerente demonstrar. Pedido indeferido.* - Em se tratando de revisão, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao requerente fazer prova do desacerto da decisão que o condenou. Não lhe aproveita o estado de dúvida que acaso consiga criar no espírito de seus julgadores" (TJSP - Rev. - j. 15/04/93 - Rel. Dante Busana - *JTJ - LEX*, 144/300) - *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, v. 1, Coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco, p. 864.

Destarte, acompanho o voto do Revisor para julgar improcedente o pedido de revisão.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - *Data venia* do em. Relator, também indefiro o pedido.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Também indefiro o pedido, *data venia.*

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Com o Des. Revisor, *data venia* do Des. Relator.

O Sr. Des. Guido de Andrade - Peço vista.

Súmula - O RELATOR DEFERIA O PEDIDO, ENQUANTO OS DESEMBARGADORES REVISOR, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, PAULO TINÔCO E GUDESTEU BIBER INDEFERIRAM. PEDIU VISTA O DES. GUIDO DE ANDRADE.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 14/02/2000, a pedido do Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, após votarem o Relator e o Revisor, o primeiro deferindo e o segundo indeferindo a revisão.

Novamente adiado em 13/03/2000, a pedido do Des. Guido de Andrade, após votarem os Desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Paulo Tinôco e Gudesteu Biber indeferindo o pedido.

Com a palavra o Des. Guido de Andrade.

O Sr. Des. Guido de Andrade - Pedi vista dos autos, na última sessão, por não haver participado das sessões anteriores, através das quais já haviam votado os Desembargadores Relator e Revisor, vindo então a proferir seus votos os Desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Paulo Tinôco e Gudesteu Biber.

A exemplo dos votos até o momento proferidos - que indeferiram o pedido revisional, à exceção do eminente Relator, que o deferiu - estou a acompanhá-los, por também não vislumbrar no documento exibido pelo peticionário uma prova suficiente no sentido de se decretar a sua absolvição.

Tão insuficiente se mostrou aludido documento, que desafiou ele uma série de diligências por parte do próprio Relator, todas elas com resultado infrutífero.

Não há, assim, como se afirmar com a devida segurança que a pessoa tida como presa, em data de 21/05/85, e libertada no dia seguinte, na Comarca de Cariacica (ES), seria a mesma apontada nestes autos como vítima do homicídio ocorrido a 25 de setembro de 1982 nesta Capital.

Apenas uma dúvida veio a levantar o referido documento quanto à possibilidade de se achar a vítima José de Abreu Carvalho ainda vivo no dia 21 de maio de 1985, numa comarca do interior do Estado do Espírito Santo.

Há, contudo, de ser aqui lembrado na oportuna lição de Bento de Faria citada por ESPÍNOLA FILHO que, em sede de revisão criminal, "as novas provas devem ser positivas, isto é, devem demonstrar a evidência do que por elas se pretende provar. Não têm, pois, esse efeito as que apenas suscitarem dúvidas" (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 3ª ed., v. VI, p. 337).

Aliás, ainda que restasse realmente provado ter a vítima sobrevivido à agressão sofrida por parte do peticionário, tal fato não importaria na sua absolvição, mas tão-somente na desclassificação do crime de homicídio, de consumado para tentado, já que, de uma ou de outra forma, sua autoria não estaria excluída, como, de resto, nem mais poderia ser discutida, eis que, neste sentido, já operada a preclusão *pro judicato* da decisão colegiada.

À vista do exposto, indefiro, *data venia*, o pedido formulado.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Abstenho-me de votar.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Acompanho o eminente Revisor.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Acompanho o eminente Revisor.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Pedindo vênia ao eminente Relator, também indefiro a revisão, eis que o *fac simile* não foi confirmado *a posteriori*, o que dá a entender que se trata de uma

informação graciosa das autoridades policiais do vizinho Estado Capixaba, em solidariedade ao colega condenado no Estado de Minas Gerais.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Com o Revisor, *data venia.*

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Abstenho-me de votar.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO, VENCIDO O RELATOR. ABSTIVERAM-SE DE VOTAR OS DESEMBARGADORES EDELBERTO SANTIAGO E MERCÊDO MOREIRA.

-:::-

REVISÃO CRIMINAL - PEDIDO VISANDO À OITIVA DE TESTEMUNHAS NÃO ARROLADAS NO PROCESSO PRINCIPAL - PROVAS NOVAS - PRÉ-CONSTITUIÇÃO - JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL

- Se o peticionário, pretendendo a revisão de seu processo, sustenta que, por falta de experiência, deixou de arrolar testemunhas em sua defesa, que se encontravam presentes no local dos fatos, deverá ajuizar, perante o Juízo de primeiro grau, a competente justificativa judicial, quando poderá produzir as provas que entender necessárias. Somente após promovida a justificação é que poderá o peticionário acionar este Tribunal, caso seja de seu interesse.

REVISÃO CRIMINAL Nº 160.541-9/00 - Comarca de Pará de Minas - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Revisão criminal - Pedido visando à oitiva de testemunhas não arroladas no processo principal - Provas novas que devem vir pré-constituídas e produzidas em justificação judicial - Pedido não conhecido, para oferecer ao peticionário a oportunidade de renová-lo.

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 NÃO CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2000. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo peticionário, o Dr. Manoel Augusto de Carvalho.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Edson Alves Vieira foi primeiramente condenado a cumprir pena de 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 17 (dezessete) dias de reclusão, como incurso no art. 213, *caput*, CP, c/c o art. 1º da Lei nº 2.252/54, na forma do art. 70 do CP.

Recorreu e a Primeira Câmara Criminal deste Tribunal deu parcial provimento ao apelo, para excluir da condenação o crime do art. 1º da Lei nº 2.252/54 e, por via de conseqüência, reduzir a pena para 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, sendo Relator do acórdão o em. Des. Zulman Galdino.

Vem agora o peticionário, fazendo-o por intermédio de petição por ele próprio assinada, pretendendo a revisão de seu processo, sustentando, em resumo, que, por falta de experiência, deixou de arrolar testemunhas em sua defesa e que se encontravam presentes no local dos fatos.

Requisitados e apensados os autos da ação penal original, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo indeferimento.

É o relatório resumido.

Pretende o peticionário, pelo que se compreende da inicial, que sejam ouvidas algumas testemunhas que se encontravam presentes no local dos fatos e não foram ouvidas no processo originário; deve ele ajuizar, perante o Juízo de primeiro grau, a competente justificação judicial, oportunidade em que poderá produzir as provas que entender necessárias à comprovação de sua inocência.

Somente depois de promovida a justificação é que poderá o peticionário acionar este Tribunal, caso seja de seu interesse.

Isto posto, não conheço do pedido, fazendo-o, inclusive, para que o peticionário, cumpridas as formalidades de estilo, possa renová-lo.

Desta decisão deverá o mesmo ser cientificado, remetendo-se-lhe, na oportunidade, cópia do acórdão.

Participaram do julgamento os Desembargadores Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, José Arthur, Paulo Tinôco, Gudesteu Biber, Edelberto Santiago e Guido de Andrade.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO PEDIDO DE REVISÃO.

-:::-

4. CÂMARAS ISOLADAS

4.1. JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

PERÍCIA - ANULAÇÃO - IMPEDIMENTO E/OU SUSPEIÇÃO DO PERITO - INOCORRÊNCIA

- Os motivos de impedimento e suspeição do juiz se aplicam também ao perito, pessoa de conhecimento técnico que assiste o juiz quando necessário se faça a prova pericial. O interesse (art. 135, V, do CPC) pode-se manifestar das formas mais diversas, mas deve ser reconhecido com fundamento em dados concretos e objetivos, enquadráveis nas previsões legais. O simples fato de que poderá haver interesse do perito no desate da questão, em face da prestação de serviço de contabilidade para a empresa do réu, sem qualquer outro elemento probatório capaz de definir a suspeição, não poderá ser indicativo de procedência desta.

- Não cuidando a parte de demonstrar de forma adequada o motivo de sua impugnação à nomeação do perito em termos capazes de desabonar sua qualificação, deve ser indeferida a pretensão de anulação da perícia.

AGRAVO Nº 143.318-4/00 - Comarca de Capinópolis - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Ação civil pública - Anulação de perícia - Impedimento - Suspeição - Não-ocorrência.

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, 21 de março de 2000. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Trata-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo representante do Ministério Público da Comarca de Capinópolis, Dr. Genney Randro Barros de Moura, nos autos da ação civil pública promovida pelo recorrente, em desfavor de Antônio Cândido Vaz, contra decisão do MM. Juiz *a quo*, que indeferiu pedido ministerial de anulação de perícia.

A decisão agravada está vazada nos seguintes termos:

"que o perito subscritor da citada perícia, embora seja contador da empresa do réu, também procedeu à declaração das rendas da Promotora de Justiça que firmou a exordial. E, mais, que em tal fato não existe impedimento legal".

Foi negado o pedido de efeito suspensivo, à fl. 177-TJ.

Antônio Cândido Vaz, agravado, manifestou-se às fls. 188 a 193-TJ. Declina pela preclusão da manifestação ministerial, cujo prazo para impugnação da perícia correu *in albis*.

Aduz que, à época, o *Parquet* assim se pronunciou quanto ao impedimento:

"Quanto à alegação de impedimento, ela não se enquadra em nenhuma hipótese legal, não ocorrendo portanto".

Acrescenta que o atual representante do Ministério Público, ora agravante, afirmou, posteriormente, que o caso era de suspeição, argumentando:

"Os motivos informados pelo perito realmente não configuram impedimento, mas são causas de suspeição do perito, nos termos previstos no art. 135, c/c o art. 138, inciso III, do Código de Processo Civil".

Finaliza o agravado, afirmando não se enquadrar a situação do *expert* nos casos de suspeição tipificados no art. 135 do Código de Processo Civil.

O ilustre Procurador de Justiça, Dr. Antônio de Padova Marchi Júnior, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório, em apertada síntese.

Conheço do recurso, porque se encontram configurados nos autos os pressupostos subjetivos e objetivos de sua admissibilidade.

Torna-se imperioso, desde logo, esclarecer o que é a suspeição e o impedimento.

Diz o art. 134 do CPC:

"É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário.

I - de que for parte;

II - ...

III - ...

IV - ...

V - ...

VI - quando for órgão de direção ou administração de pessoa jurídica parte na causa".

Os motivos indicadores do impedimento do juiz são de natureza objetiva, caracterizando presunção *juris et de jure*, absoluta, de parcialidade do magistrado (ARRUDA ALVIM, *CPC*, VI, 26; BARBI, *Coment.*, 718, 335); tal, aplicando-se ao perito o mesmo tratamento *ex vi legis*.

A prova do impedimento é feita de forma objetiva, sendo impertinente indagar-se da intenção ou subjetivismo.

Impedimento do perito é de ordem pública, pode ser alegado a qualquer tempo e grau de jurisdição, não sendo suscetível de preclusão. Pelo impedimento o perito fica impossibilitado de exercer sua atividade no processo; se o fizer, será nulo seu ato.

Em se tratando, porém, de suspeição, se a parte não a argüir no prazo, ocorre a preclusão.

A suspeição tem outro aspecto. Perito suspeito não é perito impedido. Pode o perito ter interesse em que a causa seja decidida a favor de uma das partes e tornar-se suspeito.

Reza o art. 135 do Código de Processo Civil:

"Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz...;

III - ... ou empregador de uma das partes;

IV - ...

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes".

Diz o art. 138 do CPC:

"Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição:

I - ...

II - ....

III - ao perito;

IV - ...

§ 1°. - A parte interessada deverá argüir o impedimento ou a suspeição, ...; na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos...".

Os motivos de impedimento e suspeição do juiz se aplicam também ao perito. Pessoa de conhecimento técnico que assiste o juiz, quando necessário se faça a prova pericial.

O interesse (inc. V, art. 135 do CPC) pode-se manifestar nas formas mais diversas, mas deve ser reconhecido com fundamento em dados concretos e objetivos, enquadráveis nas previsões legais.

O simples fato de que poderá haver interesse do perito, no desate da questão, em face da prestação de serviço de contabilidade para a empresa do réu, sem qualquer outro elemento probatório capaz de definir a suspeição, não poderá ser indicativo de precedência desta.

Aliás, é oportuno ressaltar a inteligência do art. 147, CPC:

"O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer".

Não cuidou o zeloso representante do Ministério Público de demonstrar, de forma adequada, o motivo de sua impugnação à nomeação do perito, em termos capazes de desabonar sua qualificação, restando insuficiente a alegação da exordial.

Destarte, verifica-se que a decisão interlocutória hostilizada não está a merecer qualquer modificação nesta instância recursal.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ADVOGADO - VISTA DOS AUTOS FORA DE CARTÓRIO - DOCUMENTOS ORIGINAIS - DIFÍCIL RESTAURAÇÃO - CIRCUNSTÂNCIA RELEVANTE - OCORRÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - DESPACHO - IRRECORRIBILIDADE

- Consoante previsto no Estatuto da Advocacia - Lei n° 8.906, de 4/7/94, se existirem nos autos documentos originais, de difícil restauração, ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, devidamente reconhecida pela autoridade através de despacho fundamentado prolatado de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada, fica expressamente vedado ao advogado ter vista dos processos judiciais fora de cartório.

- É irrecorrível o despacho indeferitório de pedido de atribuição de efeito ativo ao agravo.

AGRAVO N° 144.386-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Processual - Advogado - Retirada de autos fora de cartório - Documentos originais - Difícil restauração - Inadmissibilidade. - Existindo nos autos documentos originais, de difícil restauração, ou ocorrendo circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, reconhecida pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada, vedada é ao advogado sua retirada fora de cartório.

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 DO AGRAVO REGIMENTAL E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2000. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Cuida-se de agravo contra a decisão interlocutória que, em processo falimentar, indeferiu pedido de vista dos autos fora de cartório, sustentando os agravantes que, com dita decisão, ocorreu nítido cerceamento de sua defesa. Pediu-se a concessão de liminar com efeito ativo.

Indeferido o efeito ativo, por despacho do Sr. Desembargador plantonista, contra o mesmo aviou-se agravo regimental, que ficou retido nos autos.

Foram prestadas as informações oficiais e contraminutado o recurso.

Por fim, ofertou parecer a PGJ, que opinou pelo desprovimento do agravo.

Breve relato. Decido.

Não conheço do agravo regimental por estar a desafiar despacho indeferitório de pedido de atribuição de efeito ativo ao agravo, que, como se sabe, é irrecorrível.

Ademais, dito agravo regimental perdeu seu objeto, em face do julgamento final do recurso principal, como ora se procede.

Creio que o parecer ministerial, subscrito pelo digno e culto Procurador Paulo Cançado, coloca bem a questão *sub judice*, ao afirmar, *verbis*:

"2 - A decisão agravada, com a devida vênia dos recorrentes, é irreprochável, na medida em que, com as informações prestadas pelo MM. Juiz *a quo*, revelou-se qual a razão de se impedir a retirada dos autos da Secretaria do Juízo, razão que se apresenta legal e longe de qualquer arbitrariedade.

Com efeito, informou o nobre Magistrado, à fl. 119-TJ, que '*... nos 18 (dezoito) volumes que compõem o processo, existem originais de difícil restauração...*', sendo certo que, ao contrário do afirmado pelos agravantes, o Estatuto da Advocacia - Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 - prevê que *o advogado não poderá examinar os processos judiciais fora de cartório*, quando '*existirem nos autos documentos originais, de difícil restauração, ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, reconhecida pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada*', o que é o caso versado nestes autos.

Demais disto, não bastasse a previsão legal a respaldar a decisão objurgada, tem-se ainda que o feito falimentar se encontra em seu ocaso, conforme se depreende do documento acostado à fl. 116-TJ, sendo, a esta altura, inócuo o requerimento formulado pelos agravantes.

Posto isto, somos de parecer pelo não-provimento do recurso interposto" (os grifos são do original).

Ao adotar, como razões de decidir, os mesmos fundamentos colocados no parecer ministerial, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos agravantes.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO AGRAVO REGIMENTAL E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DANO AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA* - CONCESSÃO DE LIMINAR - DIREITO SUBJETIVO DO POSTULANTE

- Provados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o poder cautelar do Juízo é um direito subjetivo do postulante, não mera faculdade judicial, não uma concessão graciosa do Judiciário.

- Em se tratando de riscos a bens naturais, os dois requisitos ensejadores do deferimento de liminares estarão sempre presentes, devendo ser mantidos os impedimentos provisórios de destruição do meio ambiente até a fase final instrutória, sob pena de ocorrência de danos irreversíveis, com conseqüências gravíssimas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 144.531-1/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Ação pública - Defesa do meio ambiente - Defesa de manancial com abstenção de edificações e instalação de empresas - Liminar - Agravo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 04 de novembro de 1999. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Enfrenta, através do presente agravo, o Município de Juiz de Fora a liminar deferida pelo Juízo da Fazenda Pública da Comarca na ação civil pública movida pelo Ministério Público contra a Municipalidade e a Companhia de Saneamento e Pesquisa do Meio Ambiente, em face dos danos ambientais à Represa de São Pedro, com a iminência da instalação da empresa Vipre - Pré Moldados e de qualquer outra empresa na área de alagadiços, obtendo a abstenção de tais atos. A ação ministerial ainda visa combater a implantação de casas e escola municipal na referida área, tornando-a represa de depósito de esgotos daquelas edificações.

Dizendo ser de seu interesse preservar a área ambiental, assim como existente só protocolo da intenção, não cabendo ao Ministério Público e nem ao Judiciário interferir em atos de gestão do Executivo, pede a cassação da liminar em discussão, porque inexistente o *fumus boni iuris* frente ao art. 19 da Lei da Ação Civil Pública, que aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil, bem como o perigo iminente.

Negada a suspensividade à fl. 471-TJ, a 8ª Promotoria de Justiça reserva-se para debater e provar a questão em sede própria, não no agravo de instrumento.

A douta Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento.

Assim relatado, conheço do agravo porque próprio e tempestivo.

Nego provimento ao agravo.

É sabido que o poder cautelar do Juízo é, quando provados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, um direito subjetivo do postulante, não mera faculdade judicial, não uma concessão graciosa do Judiciário.

Em se tratando de riscos a bens naturais, jamais se poderá discutir que, após destruído o meio ambiente que se quer proteger e, muitas vezes, a natureza levou centenas de anos para construir, os dois requisitos ensejadores do deferimento de liminares estarão sempre presentes e devem ser mantidos os impedimentos provisórios de destruição do meio ambiente até a fase final instrutória. É uma questão de bom senso, sob pena de, destruído o meio em que vive, em razão de interesses financeiros e provados os danos, estes se configurarem irremediavelmente irreversíveis, com conseqüências gravíssimas, tanto de cunho científico e social, como também público. Exemplo disso é a destruição desenfreada do meio ambiente, que provoca desequilíbrios de toda sorte, ensejando grandes prejuízos aos cidadãos, Municípios e Estados, por culpa da ganância desmedida do homem moderno, que só pode ser efetivamente freada por medidas de cunho protetivo, amparadas em medidas judiciais liminares - de eficácia urgente e satisfativa.

Ao contrário do que alega o agravante, não há nenhum fundamento de fato ou de direito que lhe dê o direito de, antes de produzidas devidamente todas as provas no bojo do processo, seja autorizado a destruir parte do meio ambiente.

Adoto a ementa citada pelo douto Procurador de Justiça: "Presentes os requisitos legais, tais como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, legítimo se apresenta o ato judicial que susta a expedição, por órgãos públicos ligados ao meio ambiente, de autorizações para funcionamento de hidrelétrica, antes da apresentação do EIA/RIMA". (TJMS, Ag. nº 53.704/0-Bataguaçu, Primeiro Tribunal Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, j. em 04/11/1997.)

Fica mantida a decisão agravada.

Custas, pelo agravante.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aloysio Nogueira e José Antonino Baía Borges.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - REVISÃO - AÇÕES AUTÔNOMAS - AUSÊNCIA DE PREVENÇÃO - COMPETÊNCIA FIRMADA NO ARTIGO 100, INCISO II, DO CPC

- O direito de alimentos e sua revisão não resultam de sentença anterior, representando, pelo contrário, um direito autônomo, razão por que, nas ações a eles relativas, afasta-se a norma do art. 108 do CPC, não se configurando a prevenção, mormente se já se encontrar encerrada a fase instrutória, sob pena de ofensa ao instituto do art. 132 do mesmo diploma legal, firmando-se a competência no art. 100, inciso II, do referido Código.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 149.774-2/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Alimentos - Revisão - Ação autônoma - Ausência de conexão ou prevenção - Competência firmada nos arts. 100, II, e 132 do CPC, combinados - Agravo - Provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 25 de novembro de 1999. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - W.L.F. e E.R.F., representados pela mãe, J.D.L., agravam de decisório do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Contagem, que declinou de sua competência para o Juízo da 5ª Vara Cível, na revisional de alimentos proposta pelos referidos incapazes contra o alimentante-pai, N.R.F., sob o argumento de que a questão alimentícia se originou de acordo entre partes naquela Vara e, por ajuste entre os Juízes da Comarca, nas ações de estado, a jurisdição firmar-se-ia para aquele que decidisse a causa em primeiro lugar.

Nas suas razões, o pólo agravante aduz que não se aplica ao caso em discussão o art. 108, e sim o art. 100, II, c/c o 132 do CPC, tendo obtido a suspensividade do ato, em liminar, conforme despacho de fls. 24-TJ.

Devidamente intimado, o agravado mostra-se silente, enquanto o Juízo, na fase de retratação, ratifica seu ato.

A douta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo provimento do agravo.

Hábil o agravo, próprio, tempestivo, dispensado de preparo, dele conheço.

E, no mérito, o seu provimento se impõe, frente aos fundamentos seguintes.

É de conhecimento doutrinário e com acolhimento jurisprudencial que "... o direito de alimentos e sua revisão não resultam de sentença anterior (de dissolução da sociedade conjugal ou de alimentos), mas representam um direito autônomo", conforme professa o *expert* Yussef Said Cahali.

Pois bem, se a própria ação alimentícia é autônoma, mais forte conclui-se da autonomia da revisão alimentar.

Conclui-se, portanto, que o princípio de autonomia afasta, de plano, o declínio da competência do Juízo da 2ª Vara para o da 5ª Vara Cível. Aqui a ação, finda por acordo, não mais é revivida; na 2ª Vara é outra ação, revisora, com novos dados de tempo, mudanças de fortuna, necessidades, provas novas, renovada instrução. Uma independente da outra.

Adite-se, mais fortemente, que a declinatória se fez quando até a instrução da revisional estava encerrada (fls. 19/20-TJ), pelo que o ato, posterior, de fls. 21-TJ, mostra-se ofensivo ao instituto do art. 132 do CPC.

Quanto a esse ponto, convém citar as palavras do douto Procurador de Justiça Júlio Guttierrez, que estudou bem o caso, trazendo contribuições da jurisprudência:

"Nestes autos, parece-me que a competência para decidir a causa é do Juiz que presidiu a instrução, a teor do artigo 132 do CPC, nos seguintes termos:

O Juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Quanto à norma interna do Fórum, quanto à competência e atribuição dos Juízes, é de se registrar que:

'301447 - Competência. Juiz auxiliar. - A ordem de serviço firmada por magistrados de determinada comarca que contraria o disposto no art. 132 do CPC deve ser entendida como disciplinadora da atribuição de feitos não vinculados a qualquer deles por força desse preceito, por ser indiscutível a precedência da regra processual relativamente a qualquer determinação interna em contrário' (TJSP - CC nº 3.431/0 - C. Esp. - Rel. Des. Sylvio do Amaral) (*RT*, 591/116).

A não-observância desse artigo implica nulidade da sentença:

'301453 - Imediatidade. Nulidade da sentença. - A sentença proferida por Juiz que não presidiu a instrução é nula' (STJ - REsp nº 16.971 - RS - Terceira Turma - Rel. Min. Dias Trindade - *DJU* de 23/03/1992).

Assim, procede a irresignação do agravante quanto à declinação de competência por parte do MM. Juiz *a quo*.

Também na hipótese dos autos, o art. 108 se afasta porque, inconfigurada a prevenção, o art. 100, inciso II, do mesmo CPC, é o da competência, como norma especial da competência do foro pela residência ou domicílio dos alimentados.

Por estes fundamentos, torno definitiva a liminar e provejo o agravo.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aloysio Nogueira e José Antonino Baía Borges.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CONTRATO DE MÚTUO - AÇÃO DECLARATÓRIA - CORREÇÃO DAS PRESTAÇÕES PELO INPC - PERMANÊNCIA DO MUTUÁRIO NO IMÓVEL OBJETO DO FINANCIAMENTO - TUTELA ANTECIPADA - DEFERIMENTO

- Justificável a concessão da tutela antecipada, nos autos da ação de conteúdo declaratório proposta contra o BDMG, para a correção das prestações, relativas a contrato de mútuo habitacional firmado entre as partes, pelo INPC, índice menos oneroso e que, hodiernamente, vem refletindo com maior precisão a variação inflacionária, bem como para a permanência do mutuário no imóvel objeto do financiamento, mostrando-se indiscutível a reversibilidade das medidas pretendidas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 161.717-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Ação ordinária - Antecipação da tutela - Direito do mutuário ao pagamento das prestações pela correção do INPC, e não da taxa referencial - TR, até a sentença de mérito - Permanência no imóvel até o deslinde da ação - Presentes os elementos do art. 273 e incisos, do Código de Processo Civil - Decisão confirmada - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de março de 2000. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Cuida-se de agravo de instrumento manejado pelo Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S/A, BDMG, em província de ação ordinária, contra ele promovida, em enfrentamento de despacho autorizativo da realização de depósitos de prestações, relativos a mútuo habitacional firmado com o autor-agravado, tendo por base a correção do INPC, e não da TR, como principalmente pactuado, bem como da permanência do mutuário na posse do imóvel, até decisão final.

Por presentes, identifico os elementos autorizativos da concessão da tutela antecipada, previstos no art. 273 e incisos, do *codex* instrumental, com relação à permanência do autor no imóvel objeto do financiamento, eis que considerável por dano de difícil reparação seu desapossamento até que alcançada sentença de mérito na ação de conteúdo declaratório, por ele aviada contra o BDMG.

Lado outro, emergida, de plano, a verossimilhança das alegações, quanto à permanente discussão sobre a aplicabilidade da TR nos contratos habitacionais, já instalada, inclusive, nos Tribunais Superiores. Justificável, assim, a concessão da tutela, para a correção das prestações por um índice menos oneroso, e que, hodiernamente, vem refletindo com maior precisão a variação inflacionária.

A reversibilidade das medidas pretendidas mostra-se indiscutível, na espécie, autorizando, a meu entender, a tutela antecipada, na forma concedida, cuja oportunidade se me afigura de amplitude. Nesse preciso sentido, a valiosa e contemporânea doutrina de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

"Com a alteração do art. 273 do Código de Processo Civil, ampliaram-se, sem dúvida, as oportunidades para a concessão da tutela antecipada, que pode ser requerida em qualquer hipótese submetida a procedimento comum ou especial, não mais se limitando aos casos específicos anteriormente previstos. Daí decorre, em conseqüência, aumento dos poderes do Juiz, a quem compete zelar pela rápida solução do litígio (CPC, art. 125, I). Ante os termos genéricos utilizados na lei, compete-lhe, com grande margem de flexibilidade, fixar o sentido das expressões vagas, de conteúdo indefinido, encontradas na previsão legal, e adequá-las às situações de vida carentes de proteção urgente". (*In Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgências*, p. 280, Malheiros Editores, São Paulo, 1998.)

A concluir, estou, pelos argumentos declinados e pelo total amparo da decisão fustigada, negando provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aloysio Nogueira e José Antonino Baía Borges.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - EXONERAÇÃO - FILHO MAIOR - TUTELA ANTECIPADA - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS OBJETIVOS - INDEFERIMENTO - DECISÃO - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - VALIDADE

- Não há que se falar em nulidade, se, embora sucinta, a decisão se encontra fundamentada, mostrando-se os seus elementos suficientes à compreensão da parte, para o manejo do competente recurso.

- O fato de já ter o filho, beneficiário de alimentos, alcançado a maioridade e estar exercendo atividade laborativa não implica, por si, desmerecimento pensionário, correta se mostrando a decisão que, diante da ausência, nos autos da ação de exoneração proposta pelo pai, de bases concretas para tanto e em primeira análise, indeferiu a tutela antecipada, para cuja concessão se exige razoável expectativa de uma futura conversão da satisfação provisória em satisfação definitiva.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 162.517-7/00 - Comarca de São João Del-Rei - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Tutela antecipatória - Pretensão que buscava exoneração de obrigação alimentar - Inadmissibilidade visto que matéria que reclama encerramento do processo - Recurso não composto, em essência, de elementos formadores de convencimento - Improvimento recursal.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2000. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Cuida-se de agravo, sob modalidade de instrumento, estatuído contra respeitável entendimento judicial tradutor, aos seus termos, de indeferimento de pretendido alcance de tutela antecipada, então objetivada em seara de pretensão que busca exoneração de pensão alimentícia.

O agravante, de pronto, vem de dizer que o *decisum* alvejado não tinha como subsistir, pois faltante, ao mesmo, fundamentação.

Razão distancia-se do manejador recursal, *venia concessa*.

Embora sucinto, o posicionamento judicial não parco estava de fundamentação.

Posto sua estrutura, sabe-se o que e por que se pretendia e se indeferiu.

Ademais, seus elementos mostraram-se suficientes à compreensão do agravante, para o manejo do recurso atual e comentários, bom que se diga, alongados em território de mérito, fls. 05, *in fine*.

Rejeito a preliminar.

Ao que dos autos assoma, fico em dizer que não sob censura agira o douto Magistrado singelo.

De passagem, acentuo que, na realidade, o agravante se preocupou, em essência, em discorrer sobre a tutela antecipatória, com enfoques doutrinários e jurisprudenciais.

Não procurou, em tese, fazer emergir dos autos elementos que pudessem, por eles, fomentar o perseguido desmonte do indeferimento corporificado.

Joeirando o que contêm os autos, concluo que, mesmo sob o signo da provisoriedade, ínsito na tutela antecipada, não guarida havia, como não há, para esta.

A natureza satisfativa da mesma só aglutina deferimento, em havendo

razoável expectativa de uma futura conversão da satisfação provisória em satisfação definitiva, e, para tal, não concorreram, nem concorrem, *in casu*, elementos, ao menos, objetivos.

O fato de ter a agravada já alcançado a idade da maioridade, extensiva, até, em anos vividos, não implica, por si, desmerecimento pensionário em não havendo, como não há, nos autos, bases concretas para tanto e em primeira análise.

Por estar a agravada exercendo atividade laborativa, como afirmado, não inibe, ainda por si, prestação alimentar, pois havia de se demonstrar que seu ganho suficiente era ao seu sustento.

Declaração de insuficiência de recursos tem reflexo somente quanto a liberação de pagamento de custas e verba honorária, cuidando-se da legislação aplicável, não, propriamente, de desmanche de obrigação alimentícia.

Por tudo e, fundamentalmente, pelo que noticiam os autos, a decisão denegatória tem validade e merecimento, atentando-se, basicamente, pela inexistência de receio da possibilidade de dano de difícil ou impossível reparabilidade.

Ao deduzido, nego provimento ao recurso presente e tal como postado.

Sem custas.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aloysio Nogueira e José Antonino Baía Borges.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONCUBINATO - AFASTAMENTO DO CONCUBINO DA RESIDÊNCIA COMUM DOS COMPANHEIROS - MEDIDA ACAUTELATÓRIA - ADMISSIBILIDADE

-Admissível o pedido de afastamento do concubino da residência comum dos companheiros, não como cautelar de separação de corpos, mas como cautelar inominada, competindo a quem o requerer a demonstração da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 168.515-5/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Concubinato - Afastamento do concubino da residência comum dos companheiros. - A família, pelo artigo 226, § 3°, da Constituição Federal, não se constitui apenas pelo casamento, mas pela união estável entre homem e mulher. E, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado, que deverá assegurar assistência

na pessoa de cada um dos que a integram e criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Restringir o direito de ação de qualquer um dos seus membros, para afastar ameaças em sua integridade física, ao fundamento de que inexiste relação de casamento, viola não apenas o art. 798 do CPC, que confere ao juiz um poder de cautela em hipóteses tais, como também afronta a própria Constituição. Admissível, pois, o pedido de afastamento do concubino da residência comum do casal, não como cautelar de separação de corpos, mas como cautelar inominada, competindo àquele que o requerer a demonstração do perigo da demora e da fumaça do bom direito.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 06 de abril de 2000. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Corrêa de Marins (convocado) - Conheço do recurso, aos seus pressupostos.

Trata-se de agravo contra a r. decisão monocrática proferida nos autos de ação de dissolução litigiosa de sociedade de fato em que o MM. Juiz *a quo* determinou a saída do agravante do imóvel onde reside com a sua família.

Alega que a medida deferida foi precipitada, pois não ensejou ao agravante o livre contraditório, bem como que a casa que serve de residência da família é de sua propriedade; e que assim sendo quem deveria dela se ausentar era a mulher.

A meu sentir, não obstante a manifestação do douto representante da Procuradoria-Geral de Justiça, nenhuma razão assiste ao recorrente.

O feito, apesar de proposto com o objetivo de promover a dissolução de sociedade de fato, contém pedido de cautela inominada, dentro do permissivo do art. 796 do CPC, que disciplina *verbis*:

"O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente".

Apesar de alegar, não logrou o recorrente comprovar sua exclusiva propriedade da casa, que serve de abrigo à família, constituída por ele, sua concubina e os filhos do casal.

Relatam os autos a ocorrência de agressões mútuas entre o casal, o que justifica a necessidade do afastamento decretado, como medida acautelatória.

Não negada a alegada agressividade do agravante, há que se entender como ocorrente, de modo a tornar

presente as circunstâncias do *periculum in mora* a justificar o afastamento.

À míngua de provas que justifiquem a modificação da decisão objurgada, eis que não se desincumbiu o agravante do ônus que lhe competia de embasar seu pedido de reforma, entendo deva prevalecer a medida *initio littis* decretada em primeiro grau, que busca, em princípio, preservar a melhor sorte dos filhos, em companhia da mãe, com permanência na atual residência familiar.

Nesta conformidade, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONCORDATA - AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE BENS - APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - ARTIGO 207 DA LEI FALIMENTAR E ARTIGO 520 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INTELIGÊNCIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ARTIGO 526 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DESCUMPRIMENTO - IRRELEVÂNCIA

- A exigência do art. 526 do Código de Processo Civil é uma faculdade conferida à parte para tentar reverter a decisão hostilizada pelo exercício do juízo de retratação em primeira instância. O seu descumprimento não impede o conhecimento do recurso.

- O art. 207 da Lei Falimentar prevê que o processo e os prazos da apelação e do agravo de instrumento são os do Código de Processo Civil, sendo que a regra, no referido estatuto processual, é que a apelação seja recebida em seu duplo efeito. As únicas exceções previstas são as elencadas no art. 520 do citado diploma legal, que são inaplicáveis à espécie, pelo que se autoriza o recebimento no efeito suspensivo da apelação aviada em ação de restituição de bens contra concordatária.

AGRAVO Nº 172.396-4/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Ação de restituição - Concordata - Apelação - Efeito suspensivo. - Autoriza-se o recebimento no efeito suspensivo da apelação em ação de restituição contra concordatária.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 04 de maio de 2000. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela agravante, o Dr. Aristóteles Atheniense.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Sr. Presidente. Ouvi com atenção o ilustre procurador da agravante, Dr. Aristóteles Atheniense, e, a meu ver, assiste razão a S. Exa.

Itamarati S/A Agropecuária avia agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo contra decisão (fl. 85), que, em ação de restituição de bens proposta em face de Estamparia S/A, recebeu a apelação de fls. 70/83 apenas em seu efeito devolutivo.

Inconformada, sustenta que, não se enquadrando o feito dentre aqueles arrolados pelo art. 520 do CPC, o apelo deveria ter sido recebido também no efeito suspensivo, além de ratificar os argumentos esposados naquele recurso.

Denegado o pretendido efeito, o recurso foi contraminutado, concordando a agravada com o processamento da apelação, como requerido pela recorrente.

Manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento.

Não merece acolhida a preliminar levantada. Como já me manifestei em outras ocasiões, entendo que a exigência do art. 526 do CPC é uma faculdade conferida à parte para tentar reverter a decisão hostilizada, pelo exercício de juízo de retratação em primeira instância.

No mérito, razão assiste à agravante. O art. 207 da Lei Falimentar dispõe que "o processo e os prazos da apelação e do agravo de instrumento são os do Código de Processo Civil".

Com efeito, a regra no CPC é que a apelação seja recebida em seu duplo efeito. As únicas exceções previstas são as elencadas no art. 520, inaplicáveis à espécie.

Isso posto, dou provimento ao agravo, a fim de, reformando a r. decisão *a quo*, receber a apelação em seu duplo efeito.

Custas, pela recorrida.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Sr. Presidente. Essa questão da preliminar, embora singela, tem-se mostrado muito polêmica.

Adiro ao voto do eminente Desembargador Aloysio Nogueira, que, rejeitando a preliminar, examina o mérito do agravo e o decide.

Com o Relator.

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PROVA - GRAVAÇÃO MAGNÉTICA DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS - OBTENÇÃO CLANDESTINA - ILICITUDE

- A gravação magnética de ligações telefônicas, feita clandestinamente, não é meio legal nem moralmente legítimo, não servindo como prova lícita a ensejar pretensão judicial, tendo em vista a inobservância do princípio do contraditório e a violação da privacidade alheia.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 172.922-7/00 - Comarca de Guaxupé - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: Gravação magnética de ligações telefônicas - Obtenção clandestina - Prova ilícita. - A gravação magnética de ligações telefônicas, feita clandestinamente, não é meio legal nem moralmente legítimo, não servindo como prova lícita a ensejar pretensão judicial.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de maio de 2000. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - É de se conhecer do recurso.

Inconformada com a decisão de fls. 11/12, proferida nos autos da ação de modificação de guarda de filho, que deferiu pedido de perícia de fita e determinou o encaminhamento desta ao Delegado de Polícia para proceder ao exame do conteúdo da mesma, com posterior encaminhamento do laudo àquele Juízo, a ré agrava de instrumento, alegando que a decisão viola a intimidade da sua vida privada; que tal prova não é lícita, pois fere a Constituição Federal, precisamente o inciso XII do seu artigo 5º; que a inviolabilidade da comunicação é um direito inovador e fundamental à privacidade do indivíduo, devendo ser excluído do conhecimento de terceiros aquilo que só a ele é pertinente; que a matéria não é apenas de processo civil, como não o é de processo penal, mas se situa no direito processual constitucional; que tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem favoravelmente à agravante.

Já é pacífica a jurisprudência no sentido de que, sem o consentimento de quem teve sua conversa gravada, não se admite como prova a gravação de conversa telefônica, por mais relevante que seja o motivo de quem a efetuou, sem que haja explicação convincente quanto à forma pela qual foi obtida.

Vê-se, pois, que razão assiste à agravante, uma vez que inexiste nos autos qualquer menção de como foi obtida tal gravação, não servindo, assim, como prova lícita, conforme pretendido pelo agravado, sendo de se ressaltar, também, que o STF já decidiu que a gravação magnética de ligações telefônicas, feita clandestinamente, não é meio legal nem moralmente legítimo, não servindo, desta forma, como prova, eis que feita com inobservância do princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia.

Assim, não há como prosperar a decisão agravada, que admitiu como prova a fita exibida e entregue, pelo recorrido, para integrar o processo, determinando fosse a mesma encaminhada ao Delegado Regional de Polícia, para a devida perícia de seu conteúdo.

Pelo exposto, é de se dar provimento ao recurso, para cassar a decisão agravada.

Custas, pelo agravado.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. José Brandão de Resende - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

LAUDO PERICIAL - DNA - IMPUGNAÇÃO - MERO INCONFORMISMO - REPETIÇÃO DA PROVA - CARÁTER PROTELATÓRIO

- Caso a parte resolva impugnar o laudo pericial, deve apresentar motivos sérios, substanciais, que realmente permitam pôr em dúvida o resultado obtido, não sendo o mero inconformismo razão suficiente para que seja determinada a repetição da prova, que teria apenas o caráter de protelar o feito, mormente se não se constatou nenhuma irregularidade, omissão ou inexatidão no laudo apresentado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 173.775-8/00 - Comarca de Lagoa da Prata - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

Ementa oficial: Investigação de paternidade - Exame no DNA - Resultado positivo - Pedido de contraprova - Ausência de qualquer dúvida séria quanto à idoneidade da prova pericial. - Não é necessária a repetição de prova pericial quando não apresenta a parte nenhuma dúvida pertinente que possa ser acatada pelo magistrado, sendo insuficiente o seu mero inconformismo com o laudo divulgado.

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, 11 de abril de 2000. - *Páris Peixoto Pena* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Manssuir Vidal de Oliveira.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - J.R.N. agrava de decisão proferida nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos proposta contra ele, através da qual o douto Magistrado *a quo* indeferiu o seu pedido para realização de novo exame no DNA.

Em suas razões recursais, alega que não concorda com o resultado obtido, uma vez que, embora tenha namorado a mãe do agravado por quatro ou cinco meses, nunca manteve relações sexuais com ela.

No que diz respeito ao laudo pericial, di-lo feito irregularmente, pois não identificadas as partes; foi coletada apenas uma amostra de sangue de cada indivíduo quando o certo seria a coleta de duas, para a realização do exame em duplicidade, eliminando-se assim o erro humano; não presenciou ele a identificação dos tubos; não houve entrevista com as partes antes da coleta etc. (fls. 06).

Afirma, ainda, que a prova pericial não pode decidir, por si só, as demandas judiciais, pois, se assim fosse, a atuação do juiz seria dispensável naqueles processos em que produzida. Deve, pois, ser ela analisada com reserva, sempre em consonância com o conjunto das demais provas colhidas na instrução.

Acrescenta que o próprio laudo informa "*um resultado de somente 99,99%*", motivo pelo qual não pode o teste "*permitir exclusão ou inclusão da paternidade com confiabilidade absoluta*" (fls. 08).

Pleiteia, pois, a revogação do despacho proferido, para que seja marcada outra data para a realização de uma nova perícia, às suas expensas e com acompanhamento de assistente de perito.

O recurso foi preparado e contraminutado.

À fl. 44 foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao agravo.

Informações do Juízo às fls. 58/59.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo seu improvimento.

Dele conheço.

Inicialmente, devo dizer que se equivoca o agravante ao alegar que o exame fora realizado "*extrajudicialmente, sem os trâmites legais do processo*" (fls. 05). O que ocorreu foi que a perícia não foi feita às expensas do

Estado, conforme havia ele requerido em sua contestação, mas sim às custas da agravada. Pelo que se pode vislumbrar das cópias anexadas aos autos, foi requerida a expedição de ofício para a realização do exame, com pedido de que fosse o resultado remetido diretamente à secretaria do Juízo (fls. 66). Não há, pois, que se falar em exame extrajudicial.

É cediço que os instrumentos e meios técnicos para a pesquisa da paternidade evoluíram muito. Os exames diretos feitos no material genético das pessoas tornaram de segundo valor as vetustas conclusões oriundas da prova testemunhal, dos indícios, das simples presunções e mesmo de certas provas técnicas. É lógico que não se deve descartá-las, mas a magnitude da prova genética reduziu a sua valia. Isto porque o exame no DNA, como se sabe, traz hoje um nível de segurança que pode alcançar até 99,999%, o que equivale a dizer que a possibilidade de erro é de uma para cada cem mil.

Por outro lado, caso a parte resolva impugnar o laudo, deve apresentar motivos sérios, substanciais, que realmente permitam pôr em dúvida o resultado obtido, como, por exemplo, a falta de idoneidade dos métodos utilizados pelo laboratório que realizou o exame no DNA ou a existência de eventual omissão ou inexatidão, pois o mero inconformismo não é razão suficiente para que seja determinada a repetição da prova.

In casu, todas as dúvidas elencadas pelo agravante em seu recurso (fls. 07) encontram-se esclarecidas no documentos de fls. 76/80. Tais documentos mencionam a forma em que é realizada a perícia:

"*As amostras de DNA são obtidas a partir de sangue periférico em duas alíquotas de 2ml de sangue, coletadas em tubos do tipo* vacutainer *com EDTA de cada indivíduo a ser estudado*" (fls. 78);

"*Este procedimento é realizado através de um conjunto de 6 marcadores selecionados dentro da bateria disponível, com os quais seria possível detectar uma exclusão. Em caso de não ser constatado nenhum evento de exclusão entre estes marcadores, realiza-se a tipagem de outros 5 e calcula-se o índice de paternidade e a probabilidade de paternidade atingidos através destes 11 marcadores. Se são obtidos valores de probabilidade de paternidade a partir de 99,99%, o estudo é concluído, caso contrário, outros marcadores são estudados até que esta cifra seja alcançada*" (fls. 79);

"*Nos casos em que, ao se concluir a primeira etapa da análise com 6 marcadores, sejam detectadas 2 exclusões como mínimo, será feita uma nova extração de DNA das outras amostras conservadas especialmente para este fim. Com esta nova extração, repete-se o teste utilizando os mesmos marcadores, a fim de confirmar o primeiro resultado*" (fls. 79).

Vê-se, portanto, que não descarta o laboratório a realização de exame

de contraprova, caso haja necessidade. Ademais - esclareça-se -, através da coleta de uma amostra de sangue de cada indivíduo são obtidas várias amostras de DNA.

À fl. 69 encontra-se a "Descrição da Entrevista e Coleta", contendo os nomes e qualificações das partes e, às fls. 74/75, as autorizações para a coleta da amostra.

Assim, ao contrário do que afirmou o agravante, não constato nenhuma irregularidade, omissão ou inexatidão no laudo apresentado, restando descartados os argumentos utilizados por ele para impugná-lo.

É verdade que o exame no DNA não deve ser uma prova isolada nos autos. Neste caso, justamente atento a isso, o douto Magistrado designou audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que as partes poderão apresentar outros meios de prova.

Conforme bem disse a douta Procuradora de Justiça, a irresignação do agravante se dá somente porque o resultado foi positivo, sendo que a realização de um novo exame teria apenas o caráter de protelar o feito, que, por sinal, não foi ainda julgado.

Nego, pois, provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INSPEÇÃO JUDICIAL - DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CARÁTER PROTELATÓRIO - IMPOSIÇÃO DE MULTA

- A parte que interpuser recurso de agravo de instrumento de modo temerário, manifestamente infundado, ficará sujeita à pena de multa, de 1 a 10% do valor da causa corrigido, que reverterá em favor do agravado. Trata-se de medida inibitória tendente a evitar a interposição irresponsável do agravo de caráter protelatório.

- Fica à inteira discrição do juiz proceder ou não à inspeção judicial, não constituindo cerceamento de defesa o seu indeferimento.

AGRAVO Nº 174.671-8/00 - Comarca de Caldas - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Fica à inteira discrição do juiz proceder ou não à inspeção pessoal, não constituindo seu indeferimento cerceamento de defesa. A parte que interpuser recurso de agravo de instrumento de modo temerário, manifestamente infundado, ficará sujeita à pena de multa, de 1 a 10% do valor corrigido da causa, que reverterá em favor do agravado. Trata-se de medida inibitória tendente a evitar a interposição irresponsável do agravo de caráter protelatório.

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 E COMINAR MULTA.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2000. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Trata-se de agravo de instrumento interposto à decisão trasladada à fl. 10-TJ, que indeferiu pedido da parte ora agravante para que se realizasse inspeção judicial.

Argumenta a parte agravante, fls. 05/09-TJ, que o requerimento foi feito diversas vezes; que considera indispensável a inspeção judicial; que o seu indeferimento constitui cerceamento de defesa.

Não posso deixar de registrar a veemência das informações prestadas pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Paulo Antônio Begalli, da Comarca de Caldas (fls. 118/119-TJ).

Afirma Sua Excelência que a parte agravante procura procrastinar o andamento do processo; que o DER não buscou reparar o dano patrimonial que causou à parte agravada; que, após a formulação dos quesitos, não pleiteou de imediato a inspeção judicial, vindo a fazê-lo somente 11 (onze) anos depois, após a elaboração de um segundo laudo pericial; que a prova se destina ao julgador, a ele cabendo a valoração de sua necessidade ou não.

Partindo da prescrição do art. 440 do Código de Processo Civil, ensina ALCIDES DE MENDONÇA LIMA que (destaque nosso):

"A inspeção judicial realiza-se por iniciativa do juiz, de ofício, *ou mediante requerimento da parte, que pode, ou não, ser deferido, conforme o magistrado entenda, ou não, necessário*" (*in Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*, 2º ed., São Paulo, RT, 1994, p. 346).

Corroborando tal entendimento, THEOTONIO NEGRÃO faz a seguinte anotação, *verbis*:

"Fica à inteira discrição do juiz proceder ou não à inspeção pessoal (*RT*, 629/206), não constituindo seu indeferimento cerceamento de defesa (*RT*, 633/134)".

Portanto, inteira razão assiste ao MM. Juiz da causa.

Nesta oportunidade, deve ficar claro às partes que o dever de o Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direito não se compadece com as aventuras jurídicas de qualquer parte, notadamente, dos entes da Administração, que deveriam cumprir a lei de ofício.

Com efeito, a parte que interpuser o recurso de agravo de instrumento de modo temerário, manifestamente infundado, como é o caso, *data venia*, ficará sujeita à pena de multa, de 1 a 10% do valor corrigido da causa, que reverterá em favor do agravado. Trata-se de medida inibitória tendente a evitar a interposição irresponsável do agravo de caráter protelatório.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso para confirmar a decisão agravada e, em face do caráter protelatório deste agravo, já denunciado pelo MM. Juiz da causa, arbitro a multa de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o valor corrigido da causa, a ser revertida em favor da parte agravada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO E COMINARAM MULTA.

-:::-

INTERDIÇÃO - CURADOR PROVISÓRIO - NOMEAÇÃO DE PESSOA ESTRANHA EM DETRIMENTO DE PARENTE PRÓXIMO DO INTERDITANDO - POSSIBILIDADE - AGRAVO - CÓPIAS NÃO AUTENTICADAS - CONHECIMENTO DO RECURSO - RETIRADA DOS AUTOS DA SECRETARIA DO JUÍZO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

- A ausência de autenticação das peças juntadas nos autos do recurso de agravo de instrumento não leva ao não-conhecimento do mesmo, mormente se os documentos em questão nada mais forem do que cópias de folhas do processo principal, cuja eventual falsificação pode ser provada facilmente pela parte contrária.

- Não há que se falar em cerceamento do direito de resposta do agravado, em razão da retirada dos autos, pelo agravante, da secretaria do juízo, uma vez que o agravo não suspende a normal tramitação do processo no qual foi proferida a decisão recorrida, *ex vi* do artigo 497 do Código de Processo Civil.

- A nomeação de curador provisório, nos autos da interdição, pode recair sobre pessoa estranha, em detrimento de parente próximo do interditando, desde que se encontre presente motivo que legitime a medida, não se podendo falar em ofensa ao disposto no artigo 1.177 do Código de Processo Civil.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 178.428-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Interdição - Curador provisório - Nomeação de pessoa estranha em detrimento do único parente próximo - Possibilidade, desde que exista motivo que legitime a medida. - A nomeação de curador provisório, nos autos da interdição, pode recair sobre pessoa estranha, em detrimento do parente próximo, desde que presente motivo que legitime a medida. - Portanto, se o único parente da interditanda não detém condições para exercer a curatela, a nomeação pode, e deve, recair sobre pessoa estranha, não se podendo falar em ofensa ao disposto no art. 1.177 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 16 de maio de 2000. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Conheço do recurso, presentes os pressupostos que condicionam sua admissibilidade.

F.A.D. aviou agravo de instrumento atacando a decisão que nomeou como curadora C.A.C., nos autos de interdição de sua irmã L.A.D.

Entende que houve ofensa ao que preceitua o art. 1.177 do CPC, que veda a nomeação de pessoa estranha ao cargo de curador quando existem parentes próximos.

Determinada a instrução do recurso, o MM. Juiz *a quo* prestou as informações à fl. 44, mantendo a decisão recorrida.

A agravada contraminutou às fls. 53/56 e em preliminar pediu o não-conhecimento do recurso por instrução deficiente e, no mérito, pediu o desprovimento do mesmo, lembrando que teve seu direito de resposta cerceado, uma vez que os autos da ação de interdição não se encontravam na secretaria do juízo.

Opina a d. Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

A questão é singela e, após detido exame dos autos, verifico que o recurso não merece mesmo provimento.

De início, como bem vê o douto Procurador-Geral de Justiça, em parecer

que adoto e faço integrar a este voto, nas fls. 05/33, os documentos anexados ao agravo se referem exclusivamente a páginas de processo, cuja eventual falsificação pode ser provada facilmente pela parte contrária. Assim, não se conhecer do recurso por ausência de autenticação das peças importa em apego exagerado ao formalismo.

Quanto ao outro pressuposto de admissibilidade, o documento de fls. 25/26 (termo da audiência na qual foi proferida a decisão agravada) demonstra a tempestividade do recurso.

Também não procede a alegação da agravada quanto ao cerceamento de seu direito de resposta, em razão da retirada dos autos da secretaria do juízo.

Em verdade, o agravo não suspende a normal tramitação do processo, no qual foi proferida a decisão agravada, *ex vi* do art. 497 do Código de Processo Civil. Não há qualquer direito cerceado, *data venia*.

Ficam rejeitadas as preliminares.

No mérito, tem-se que a interditanda é vizinha da suplicante, ora agravada, e, há aproximadamente mais de cinco anos, vem atendendo à mesma em suas necessidades, suprindo-as com próprios recursos, pois a interditanda, apesar de ser dona do imóvel onde reside, não tem condições de suportar suas necessidades.

A interditanda, até então, desconhecia seus parentes e nunca soube ser o agravante seu irmão; ela sempre viveu em completo abandono, sem qualquer assistência dele e de qualquer outro parente, caso haja, como se vê nos autos.

A peticionária, condoída da situação da interditanda, postulou junto ao INSS benefício de doença para a mesma e ainda sua aposentadoria por invalidez, para que pudesse dar-lhe um atendimento mais condizente; conduziu a mesma aos postos do INSS, inclusive à perícia médica psiquiátrica, que emitiu laudo informando a completa insanidade dela; a suplicante-agravada é quem adquire os medicamentos prescritos e os administra; e quem lhe fornece refeições, roupas, lanches e a socorre, em suas necessidades.

Quando iniciava a tramitação do pedido de interdição, descobriu-se que o agravante já postulara o mesmo pedido perante a 7ª Vara de Família da Capital, para onde foram remetidos os autos e apensados àqueles.

Tem-se que o agravante foi nomeado curador provisório da interditanda, como se infere dos autos, fls. 11; todavia nunca prestou qualquer assistência à interditanda, que continua sendo assistida pela suplicante; ele nunca foi sequer ao domicílio da mesma; nunca procurou dinamizar os direitos dela perante o INSS, nem ainda perante a administradora que gerencia os imóveis dela, recebendo os aluguéis, sem qualquer prestação de contas, apesar de intimado pelo Juiz da 2ª Vara de Sucessões da Capital, por onde tramita o inventário do finado pai da interditanda; não tomou qualquer providência

para defender os direitos da interditanda, que permanece à míngua, como andarilha, perambulando pela cidade.

Ressalte-se, ainda, que o agravante, em seu depoimento pessoal de fls. 29/30, possuía um relacionamento nada amigável com sua irmã, a interditanda.

Segundo ele próprio informou naquela oportunidade, a interditanda não desfruta de sua amizade, tendo ele suposto, em certa época, que ela desejava matá-lo.

Informou que havia mais de um ano que não via a interditanda, ou seja, embora nomeado curador provisório há cerca de três meses, o agravante jamais exerceu o cargo, deixando a interditanda entregue à própria sorte, conforme noticia a testemunha de fls. 31.

Com todo o respeito, o que se vê, após detido exame do que consta, é que o agravante é a pessoa menos indicada para exercer o cargo de curador da interditanda.

Portanto, à míngua de parentes outros, a nomeação teria mesmo de recair sobre pessoa estranha. Não houve, conseqüentemente, qualquer afronta ao disposto no art. 1.177 do Código de Processo Civil.

Anota THEOTONIO NEGRÃO, em seu valioso *CPC e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 28ª ed., p. 682, que no art. 1.177: "a preferência para promover interdição não impede que haja alteração na ordem enumerada em lei, se ocorrer qualquer motivo que desaconselhe o exercício do *munus* por aquele a quem, normalmente, caberia o direito de invocar a tutela judicial" (*RTJE*, 114/186).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ADMISSIBILIDADE

- A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá em hipóteses excepcionais, quando for evidente a ausência de título ou houver flagrante causa de nulidade da execução, ou, ainda, quando manifesta a prescrição do título ou induvidosa a prova da quitação do crédito exeqüendo; fora desses casos, impõe-se a oposição de embargos do devedor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 179.974-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: Execução - Exceção de pré-executividade - Admissibilidade. - A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá em hipóteses excepcionais como, por exemplo, quando for evidente a ausência de título ou haja flagrante causa de nulidade da execução, ou, ainda, quando manifesta a prescrição do título ou induvidosa a prova da quitação do crédito exeqüendo; fora desses casos, impõe-se a oposição de embargos do devedor.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de abril de 2000. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - É de se conhecer do recurso.

Inconformada com a decisão de fls. 18-TJ, que determinou a penhora de bens da executada nos autos da ação de execução fiscal proposta pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, aquela avia agravo de instrumento alegando, em resumo, que não é justo que se tenha de promover a constrição de seus bens, haja vista que restaram evidenciadas, na exceção de pré-executividade, a ilegalidade e a impertinência da ação executiva; que o instituto da exceção de pré-executividade consiste em defesa específica no processo de execução, permitindo ao executado promover sua defesa nos próprios autos do executivo fiscal; que, conforme se constata do exame das guias de depósito inclusas, o débito executado foi regularmente depositado, padecendo o título executivo da exigibilidade prevista em lei (fls. 02/11-TJ). Juntou os documentos de fls. 12/55-TJ.

Inicialmente, é de se salientar que a sistemática processual exige, como regra geral, a segurança do juízo como pressuposto ao oferecimento dos embargos do devedor.

Todavia, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm admitindo a dispensa desse pressuposto em hipóteses excepcionais, limitando a argüição, por meio de petição nos próprios autos da execução, à nulidade do título, por ausência de seus pressupostos formais (certeza, liquidez e exigibilidade), sob pena de subversão do sistema que disciplina os embargos do devedor e a própria execução.

Assim, não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, o executado poderá argüir a nulidade do mesmo por meio da exceção de pré-executividade, independentemente de embargos do devedor.

Contudo, é de se frisar que a admissibilidade desta objeção de pré-executividade está igualmente condicionada à verificação de outro requisito, a saber, o relativo à perceptividade do vício apontado. Portanto, a necessidade de uma instrução dilargada inviabiliza a discussão do defeito apontado no bojo do processo de execução.

Logo, vê-se que a exceção em referência somente será admitida quando for evidente a ausência de título ou houver flagrante causa de nulidade da execução, ou, ainda, quando manifesta a prescrição do título ou induvidosa a prova da quitação do crédito exeqüendo.

Fora desses casos, impõe-se a oposição de embargos, nos termos e na forma da lei processual.

E este é, a nosso sentir, exatamente o caso dos presentes autos.

Pretende a agravante, na realidade, com a propositura de ação de consignação em pagamento e, agora, com o oferecimento de exceção de pré-executividade, discutir a legalidade da incidência de ICMS sobre os programas de computador colocados à venda no mercado, bem como a aplicação de multas pelo não-pagamento do imposto em referência, tendo por inexigível o título em razão de depósitos efetuados naquela ação, com invocação de regras constitucionais e legais.

Destarte, não há, a toda evidência, como se admitir a aludida exceção, devendo a execução prosseguir no seu curso normal, com a realização da penhora de bens cujo valor a segure, para que a devedora ofereça a defesa que tiver, pela via regular dos embargos, possibilitando, então, o melhor exame de suas razões, com a mais ampla produção de provas, tal como o que foi determinado pelo MM. Juiz *a quo*.

Finalmente, é de se acrescentar que, ante o julgamento do presente recurso, o Agravo Regimental nº 179.974-1/01 ficou prejudicado.

Pelo exposto, é de se negar provimento ao recurso.

Custas, pela agravante.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. José Brandão de Resende - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - DEFENSORIA PÚBLICA - EXISTÊNCIA NA COMARCA - CONSTITUIÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR - IRRELEVÂNCIA - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

- A existência de defensoria pública e de assistência judiciária gratuita na comarca não retira da parte necessitada o direito ao benefício contido no art. 4º da Lei nº 1.060/50, sendo-lhe assegurado, ainda, o direito de constituir, para patrociná-la em juízo, advogado particular de sua confiança, o que, por outro lado, não obsta à concessão da justiça gratuita.

AGRAVO Nº 183.360-7/00 - Comarca de Nova Lima - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Assistência judiciária - Constituição de advogado particular - Existência de defensoria pública - Irrelevância - Concessão - Inteligência do art. 4º da Lei nº 1.060/50.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 25 de maio 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 Florentino de Freitas contra interlocutória que indeferiu pedido de justiça gratuita, determinando, também, que o autor providenciasse o preparo ou justificasse sua real condição financeira, através dos seus três últimos extratos bancários (fls. 12-TJ), em sede de ação reparatória de dano decorrente de ato ilícito movida contra Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA/MG, como consta do relatório.

O Juízo de primeiro grau indeferiu o benefício ao argumento de que o agravante contratou advogado particular, além de a Comarca possuir defensoria pública e assistência judiciária gratuita da Prefeitura.

Dispõe o art. 4º da Lei nº 1.060, de 05/02/50: "A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família".

No caso, o agravante requereu, já na inicial, o benefício da justiça gratuita, trazendo anexa declaração de pobreza e firmatória de que não reúne condições de arcar com as despesas processuais e judiciais. Deu ciência, ainda, das sanções administrativas e judiciais no caso de falsidade da referida declaração.

O simples fato da existência de defensoria pública e de assistência judiciária gratuita fornecida pelo Executivo local não retira do necessitado o direito à concessão do benefício pretendido.

É que: "A garantia do art. 5º, LXXIV (da CF), não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei nº 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso a todos à Justiça (CF, art. 5º, XXXV)" (*RTJ*, 163/415). (THEOTONIO NEGRÃO, *CPCLPV*, 30ª ed., 1999, Saraiva, p. 1.035, art. 1º, nota 1b, da Lei nº 1.060/50.)

Evidencie-se, outrossim, que o agravante também possui o direito de ser assistido pelo advogado de sua confiança, o que, por outro lado, não obsta à concessão da justiça gratuita.

Aliás: "Assistência judiciária - Alegada a constituição de advogado particular pelos postulantes. - Ao necessitado a legislação brasileira assegura o direito de ser assistido em Juízo, gratuitamente, por advogado de sua escolha, quando este aceita o encargo, independentemente da existência da defensoria pública. Benefício concedido - Recurso provido. (TJSP - Agravo de Instrumento nº 255.778/2 - São José do Rio Preto - Relator: Des. Viana Santos, 07/03/95. Cf. *JUIS, CD-ROM* nº 20 - 2º trimestre/00.)

Assim, razão possui o agravante ao se insurgir contra hostilizada decisão, quando ela impõe requisitos para a concessão da justiça gratuita diversamente do previsto na lei de regência.

Com estas razões de decidir, dou provimento ao recurso e concedo o benefício da justiça gratuita ao agravante, acolhendo-se, em substância, o lúcido parecer do Procurador de Justiça, Dr. Olintho Salgado de Paiva.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO COM PODERES EXPRESSOS - INDEFERIMENTO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PEÇAS NÃO AUTENTICADAS - RECURSO NÃO CONHECIDO

- Para o requerimento dos benefícios da assistência judiciária, o advogado tem que apresentar procuração com poderes específicos para tanto, em razão de suas implicações, inclusive de natureza penal, consoante inteligência do art. 1º da Lei nº 7.115/83.

- As peças que instruem o agravo de instrumento deverão ser autenticadas, conforme dispõe o art. 365, III, do CPC, providência que deverá ser tomada pelo próprio agravante, sob pena do não-conhecimento do recurso.

AGRAVO REGIMENTAL Nº 184.351-5/01 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa: Assistência judiciária - Ausência de procuração com poderes expressos - Afirmação desvaliosa. - Para o requerimento dos benefícios da assistência judiciária, o advogado tem que apresentar procuração com poderes específicos para tanto, em razão de suas implicações, inclusive de natureza penal. Inteligência do art. 1º da Lei nº 7.115/83. Pedido indeferido. Agravo de instrumento - Peças não autenticadas - Recurso não conhecido. - As peças que instruem o agravo de instrumento deverão ser autenticadas, conforme dispõe o art. 365, III, do CPC. Providência que deverá ser tomada pelo próprio agravante. Recurso não conhecido.

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, 18 de maio de 2000. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos agravantes, a Dra. Liana Portilho Mattos.

O Sr. Des. Campos Oliveira - Ao relatório contido no despacho de fls. 38/39, acrescento que não recebi o recurso e lhe neguei seguimento, por não estar regularmente instrumentalizado.

Inconformados, os recorrentes agravaram regimentalmente, dizendo que não há exigência legal de declaração de pobreza daquele que busca os benefícios da justiça gratuita, nem de que a procuração contenha poderes expressos para requerer a gratuidade; e que também não há exigência legal obrigando a autenticação de cópia, notadamente para assegurar a garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição.

Sem preparo, na forma da lei.

É o relatório.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando que o art. 4º da Lei nº 1.060/50 dispõe que:

"A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial...".

Aí está a exigência legal, que dispensa a procuração com poderes expressos; existindo, aquela afirmação pessoal será dispensada, mas a afirmação falsa caracteriza o crime de falsidade ideológica (CP, art. 299), daí a exigência legal.

Veja-se, a propósito, o art. 1º da Lei nº 7.115/83:

"A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira".

E, na espécie, inexiste presunção legal, pois não há declaração firmada pela segunda agravante nem os seus procuradores estão autorizados a fazer tal afirmação.

A "procuração para o foro" habilita o advogado "a praticar todos os atos do processo", aí se incluindo a autorização para requerer a falência e outros pedidos, mas há aqueles poderes que devem ser explicitados (CPC, art. 38). E, sem eles, o procurador não pode praticá-los.

THEOTONIO NEGRÃO anota que:

"O requerimento pode ser feito por procurador, desde que ateste a pobreza do interessado, 'sob as penas da lei' (art. 2º da Lei nº 7.115). Neste sentido: *JTA*, 117/135, v.u. quanto a este ponto" (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 26ª ed., p. 789).

O eg. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ao julgar caso semelhante, assim fundamentou:

"O termo *bastante* empregado pelo artigo 1º da Lei nº 7.115, de 1983, significa suficiente, habilitado a praticar o ato.

Ora, como a procuração *ad judicia* não outorga senão poderes para a prática de atos do processo (artigo 38, CPC), nos quais não se inclui o pedido de assistência judiciária (atos do processo são aqueles, segundo a melhor doutrina, necessários ao normal desenvolvimento do feito), devia a procuração outorgar ao mandatário esse poder especial" (*Lex-JTA*, v.149, p. 238).

Assim, não me retrato quanto a isso.

Quanto ao outro aspecto, as normas que dizem respeito ao agravo de instrumento nada poderiam dizer quanto à exigência da autenticação das peças que instruem o recurso, pois a exigência já estava disciplinada no art. 365, III, do CPC. E os documentos são públicos, a partir do momento em que instruem um processo judicial.

E o provimento do Conselho da Magistratura, trazido à colação pelos agravantes, confirma a necessidade de autenticação dos documentos, dispensada apenas "a autenticação pelas serventias de justiça extrajudiciais" (ob. cit., p. 309).

Vê-se, assim, que a própria Secretaria do Juízo poderia ter feito a reclamada autenticação. E não aceito o argumento de que cabe à parte contrária fiscalizar a regularidade do instrumento, mesmo porque o Relator, algumas vezes, terá que examinar, antes da resposta do agravado, a possibilidade de suspender o cumprimento do despacho hostilizado, sem o que não poderá fazê-lo, diante da ausência de prova de autenticidade das peças que instruem o recurso.

Portanto, não me retrato.

Isto posto, nego provimento ao recurso, mantendo o despacho hostilizado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Sr. Presidente. Não tenho plena segurança para afirmar que a lei não exige comprovação de necessidade para obtenção dos benefícios da assistência judiciária, porque o texto constitucional - inciso LXXIV do art. 5° da Lei Maior - é muito claro quando diz:

"O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Logo, permito-me não ter a segurança necessária para dizer de forma contrária ao que diz a Constituição Federal. Os tribunais, entretanto, dispensaram essa exigência.

No caso presente, como bem enfatizado na decisão do eminente Des. Relator, não se tratando de petição inicial, o advogado deveria ter requerido a assistência judiciária comprovando com documentos ou, se assim não fosse, fazendo a afirmação da pobreza, desde que habilitado para tanto.

Com essas considerações, dispensando-me de analisar o segundo fundamento do agravo, acompanho o eminente Relator.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

NOME - MULHER CASADA - EXCLUSÃO TOTAL DOS PRÓPRIOS APELIDOS PARA ADOÇÃO DO PATRONÍMICO DO MARIDO - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 240, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CCB

- A mulher, ao se casar, poderá adotar os apelidos do marido, devendo, contudo, conservar ao menos um dos próprios patronímicos, sendo-lhe vedada a total exclusão dos apelidos de sua família, conforme interpretação do disposto no parágrafo único do artigo 240 do CCB.

APELAÇÃO CÍVEL N° 127.887-8/00 - Comarca de Caratinga - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Retificação de nome.

ACÓRDÃO

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

conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de março de 2000. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Pretende a requerente alterar seu nome, à ocasião de seu casamento, suprimindo-se seus apelidos de família e adotando-se apenas um dos patronímicos de seu marido.

Ouvida a respeito do pedido, a Promotora de Justiça opinou pelo indeferimento.

Contudo, pela sentença, o MM. Juiz houve por bem acolher a pretensão, nos termos pleiteados.

Inconformado com a decisão, apelou o MP, pleiteando sua reforma, porém o recurso não foi recebido.

Mais uma vez inconformado, o MP opôs agravo de instrumento contra essa última decisão, o qual foi provido por este eg. Tribunal, determinando-se o processamento da apelação, a qual, contudo, não foi contra-arrazoada.

Ouvida, a PGJ opinou pelo provimento.

Breve relato. Decido.

Quer a apelada, que se chama Ariana Pereira da Silva, passar a chamar-se Ariana Diniz, quando da celebração de seu enlace matrimonial com Jorge Diniz de Abreu.

Alicerçou sua pretensão em antiga resolução da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado, quando era Corregedor o Desembargador Régulo da Cunha Peixoto, nos idos de 1979, portando, há mais de 20 anos.

Tenho, entretanto, que a postulação inaugural não pode ser atendida.

É que, segundo a atual redação do art. 240, parágrafo único, do Código Civil, "a mulher poderá *acrescer* aos seus os apelidos do marido", diversamente da redação anterior do *caput* do aludido dispositivo, segundo o qual, com o casamento, a mulher *assumia* os apelidos do marido.

Pela norma anterior, por conseguinte, a mulher podia não somente acrescer aos seus um ou mais apelidos do marido, como suprimir de seu nome, inteiramente, os seus próprios patronímicos, adotando apenas os do esposo.

Hoje, a situação foi modificada. Agora, pela clareza da modificação legislativa operada, não pode haver mais dúvida: a mulher, ao se casar, pode permanecer com seu nome de solteira; mas, se, porventura, quiser adotar os apelidos do consorte, não poderá mais suprimir seu próprio apelido familiar. Essa é a posição tanto da doutrina, quanto da jurisprudência.

Doutrinariamente, MARIA HELENA DINIZ leciona, com autoridade: "A mulher poderá, se quiser, adotar o

apelido do marido, acrescentando ao seu nome de família o de seu marido. Se preferir, poderá, conquanto casada, conservar seu nome de solteira. Vedado estará à mulher que vier a se casar abandonar o seu próprio patronímico para adotar apenas o do marido" (*Código Civil Anotado*, 2ª ed., p. 251, Saraiva, 1996).

Também, SÍLVIO RODRIGUES observa:

"Note-se que a lei não permite que a mulher, ao casar-se, tome o patronímico do marido, abandonando os próprios. Apenas lhe faculta acrescentar ao seu nome de família de seu esposo" (*Direito de Família*, 12ª ed., p. 152, Saraiva, 1985).

Igualmente, a jurisprudência:

"*Mulher casada. Exclusão dos apelidos de sua família e adoção do nome do marido. Inadmissibilidade. Possibilidade somente de adicionar. Interpretação do art. 240, parágrafo único, do CC. Voto vencido. - No atual sistema, a mulher não é obrigada a usar o nome do marido, mas, querendo, poderá adicioná-lo ao seu, sendo inadmissível, entretanto, a total exclusão dos apelidos de sua família, conforme interpretação do parágrafo único do art. 240, do CC*".

Registre-se, para finalizar, que se tem admitido, apenas, que a mulher, possuindo vários apelidos em seu nome, possa, ao se casar, suprimir um ou mais, desde que conserve ao menos um deles, ao acrescentar o patronímico do marido.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, indeferindo o pedido exordial.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Abreu Leite - Peço vista.

Súmula - O RELATOR DAVA PROVIMENTO. PEDIU VISTA O REVISOR.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Lúcio Urbano) - Este feito teve seu julgamento adiado na sessão do dia 14/03/2000, a pedido do Revisor, após votar o Relator, dando provimento.

Com a palavra o Des. Abreu Leite.

O Sr. Des. Abreu Leite - Estou de acordo com o eminente Relator.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - IMPROPRIEDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA

- A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade, não sendo o Ministério Público, ademais, parte legítima para pretender a defesa de interesses individuais do sujeito passivo da relação tributária.

- Não cabe ao Judiciário ampliar o campo de atuação de determinado instrumento processual, ainda mais quando existir a previsão expressa de outro para o fim almejado.

- V.v.: - Em virtude do disposto no art. 129, III, da Carta Federal, está o Ministério Público autorizado a ajuizar ação civil pública com o escopo de impedir a cobrança de taxa ilegal, sendo viável, em processo de ação civil pública, a recusa da aplicação de norma jurídica que afronta a Constituição, uma vez que o ordenamento positivo admite o controle difuso de constitucionalidade. *(Des. Almeida Melo)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 130.835-2/00 (seguida dos Embargos Infringentes nº 130.835-2/01) - Comarca de Uberlândia - Relator: para o acórdão Des. BADY CURI

Ementa oficial: "A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte - categorias afins, mas distintas".

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 25 de março de 1999. - *Bady Curi* - Revisor e Relator para o acórdão. - *Almeida Melo* - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Aristóteles Atheniense.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. Ouvi atentamente a sustentação oral que foi produzida pelo ilustre Dr. Aristóteles Atheniense, tenho ponto de vista formado sobre esse assunto, mas estou reescrevendo meu pensamento nessa matéria, tendo em vista esses precedentes dos tribunais superiores que foram mencionados e que, efetivamente, produzem muita confusão em torno do assunto.

Essa afirmação, por exemplo, de que o interesse coletivo só é aquele que não pode ser exercido individualmente, leva ao absurdo de excluir da ação civil pública o direito do consumidor, porque

o direito do consumidor pode ser exercido individual ou coletivamente.

Existe, também, uma confusão muito grande entre ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade.

Outra confusão é a de conceituar consumidor, para efeito da ação civil pública, apenas pelo fato de a Lei da Ação Civil Pública ter sido alterada por uma lei de defesa do consumidor, ou seja, pelo fato de estar a alteração da ação civil pública na Lei de Defesa do Consumidor. Chega-se ao absurdo de dizer que, não sendo consumidor, o direito não pode ser protegido pela ação civil pública.

Não foi o que o Dr. Aristóteles Atheniense falou aqui; estou apenas fazendo remissão a considerações complicadas sobre esse assunto.

Como estou reescrevendo o meu voto, que, efetivamente, será um voto padrão para todos esses casos, peço a V. Exa. vista para a próxima sessão.

O Sr. Des. Bady Curi - Desembargador Relator. V. Exa. vai reescrever o seu ponto de vista, mas, como eu já reexaminei o assunto, vou pedir licença para adiantar o meu voto, entendendo que devo fazê-lo até por respeito às partes, porque, quando o julgador modifica o seu ponto de vista, é interessante que ele justifique a mudança.

Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra r. sentença que em ação civil pública extinguiu o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC, ao entendimento de que a ação civil pública proposta pelo MP não "constitui remédio jurídico apto a declarar a inconstitucionalidade" da Lei Municipal nº 7.056/97, que aumentou os valores das taxas de consumo de água e uso de esgoto na Cidade de Uberlândia.

Todavia, em que pese ao brilhantismo da tese esposada no voto proferido pelo eminente Desembargador Relator, peço *venia* para dele discordar, pelos fundamentos que ora trago a exame, no sentido de ser o Ministério Público parte ilegítima para propor ação civil pública em matéria tributária.

Devido à evolução da jurisprudência advinda dos nossos Tribunais Superiores, entendo por bem traçar alguns comentários acerca da questão, apesar de este tema já ter sido, por diversas vezes, objeto de discussão por este egrégio Tribunal de Justiça, onde prevalecia o entendimento de que, nas ações civis públicas ajuizadas contra lei municipal editada posteriormente à Constituição Federal de 1988, não é a ação civil pública o meio próprio para se questionar a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual, além de não ser o Ministério Público parte legítima para pretender a defesa de interesses individuais do sujeito passivo da relação tributária.

No que diz respeito a este entendimento, devo ressalvar que, com

relação à ilegitimidade do Ministério Público, este era o meu posicionamento. Todavia, o colendo Superior Tribunal de Justiça tempos atrás firmara sua posição no sentido da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública em defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, como se vê do julgamento do Recurso Especial nº 49.272/6, do RS, tendo como Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, *verbis*, razão pela qual senti por bem modificar meu ponto de vista:

"A Lei nº 7.345, de 1985, é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto.

O artigo 21 da Lei nº 7.345, de 1985 (inserido pelo artigo 117 da Lei nº 8.078/90), estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e "direitos individuais homogêneos", legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (artigo 81, parágrafo único, III, da Lei nº 8.078/90).

Os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - "a ação coletiva" (*DJU* de 17/10/94, p. 27.868).

Também sobre o tema, o eminente Desembargador José Brandão, Relator da Apelação Cível nº 40.831/0, assim dispôs:

"Diante do que dispõe o art. 129, III, da Constituição Federal, e do art. 81, seu parágrafo único e itens I, II e III, da Lei nº 8.078/90 (Lei de Defesa do Consumidor), é o Ministério Público parte legítima para propor ação civil pública, com vistas à suspensão de lei municipal instituidora de taxa de iluminação pública, dada a inconstitucionalidade da mesma, uma vez que conflitante com o art. 145, II, da Constituição Federal. O que caracteriza o tributo "taxa" é a especificação quanto ao serviço prestado e a individualização quanto à pessoa beneficiada. Não se configuram como serviços específicos nem divisíveis aqueles que são prestados *uti universi*, e não *uti singuli*. Destarte, a iluminação das vias e logradouros públicos é de natureza genérica, atingindo indistintamente um universo de pessoas, e imune, na essência, à medição individualizada" (pub. em 05/08/95).

Todavia, apesar de ter, a princípio, me posicionado à favor da legitimidade

do Ministério Público, ressalvei no meu entendimento que, em se tratando de questionar a inconstitucionalidade ou não de lei municipal editada posteriormente à Constituição Federal de 1988, não é a ação civil pública o meio próprio para tal questionamento, e sim a ação direta de inconstitucionalidade.

Neste sentido, ao julgar a Apelação Cível nº 31.375, da Comarca de Rio Novo, da qual fui Relator, salientei que compete ao zeloso representante do *Parquet*, através dos meios constitucionais colocados à sua disposição, a adoção de ação, própria, e por quem de direito, para a análise da inconstitucionalidade sustentada, já que temos via própria e específica para discussões desta natureza, consignada nos textos constitucionais federal e estadual. De forma que a via especial da ação civil pública não deveria tornar-se meio indireto, quando há preceito constitucional próprio e específico para a hipótese ora em exame, que é a ação direta de inconstitucionalidade.

Sobre o tema, assim também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, no julgamento do recurso especial supracitado, ressalvou seu eminente Relator que, em se tratando de leis municipais editadas anteriormente à Constituição do Estado, quando não era cabível a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, justificado estaria o uso da ação civil pública. Entretanto, como a lei em questão é posterior às Constituições Federal e Estadual, onde se prevê a ação própria, não é de se admitir a utilização da ação civil pública para declarar ou não a inconstitucionalidade de ato normativo.

"O incabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que as Leis Municipais nºs 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas". (REsp nº 49.272/6-RS, *DJU* de 17/10/94, p. 27.868.)

Entretanto, em razão de ter o colendo Superior Tribunal de Justiça passado a se posicionar no sentido de não poder a ação civil pública ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, eis que funcionaria, neste caso, como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; acrescentando-se a isto o fato de que o beneficiário não seria o consumidor, mas o contribuinte, vejo por bem, mais uma vez, rever meu posicionamento, para, em conformidade com os julgamentos proferidos naquela Corte Superior, voltar ao meu primeiro entendimento quanto à ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública quando se tratar de matéria tributária.

Neste sentido, posicionei-me quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 122.971/5, da Comarca de Andrelândia, tendo como Relator o eminente Desembargador Almeida Melo, onde ressaltei, fazendo menção à Apelação Cível nº 44.726/8, da qual fui Relator.

"A ação civil pública está expressamente delimitada, quanto ao seu objeto e quanto à sua titularidade, no texto da Constituição Federal, mais expressamente no art. 129, inciso III.

Como cediço, o objeto principal da ação civil pública é a proteção dos direitos coletivos e difusos. A disciplina da ação encontra-se na Lei nº 7.347, de 24/07/85.

Posteriormente, no que pertine diretamente à proteção dos direitos do consumidor, a tutela específica exigiu disciplina também específica, o que se fez através da Lei nº 8.078, de 11/09/90. E é exatamente com invocação deste último diploma legal referido que o ilustre Promotor de Justiça de Andrelândia ajuizou a presente ação buscando impedir a cobrança, pelo Município de Andrelândia, do IPTU/98. Disse que a base de cálculo do referido imposto foi alterada por decreto, não através de lei, o que confronta com a Constituição Federal.

É de se ver, entretanto, que, para a verificação da constitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Judiciário, os textos constitucionais, federal e estadual, traçam procedimentos específicos, ou por via da ação direta, ou por via de exceção, confirmada que está a adoção de um critério misto no nosso ordenamento jurídico.

O art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal, trata do controle, via ação direta; no inciso III do mesmo artigo está previsto o controle extraordinário, ambos pelo STF.

Os legitimados para a propositura da ação concentrada de inconstitucionalidade são exaustivamente enumerados no art. 103 da CF.

Outrossim, a Constituição Estadual Mineira disciplina, no art. 118, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, frente àquela Carta, enumerando os legitimados para a sua propositura, entre os quais temos, no inciso III, o Procurador-Geral de Justiça.

Assim, em razão mesmo da importância do tema e de seus reflexos em um Estado Federativo, é que entendo não poder tornar a ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

Não se pode esquecer que a ação concentrada de inconstitucionalidade produz os seus efeitos *erga omnes*, e que a ação civil pública há de repercutir apenas *inter partes*.

Por isso, talvez, é que o eg. STJ tenha evoluído para o entendimento de que '*a ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade*' (cf. REsp nº 106.993-MS, Rel. Min. Ari Pargendler).

Da ementa do acórdão supratranscrita, em parte, consta ainda um segundo postulado: '*ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte - categorias afins, mas distintas*'.

No mesmo acórdão, o ínclito Min. Ari Pargendler transcreve, adotando o seguinte raciocínio desenvolvido pelo nobre Min. Demócrito Reinaldo, no julgamento do REsp nº 57.465/0-PR:

'É certo, todavia, que o art. 21 da Lei nº 7.347/85, introduzido pelo art. 117 do CDC, inclui, como passíveis de proteção através da ação civil pública, *os interesses ou direitos individuais homogêneos*. Não é menos certo, entretanto, numa interpretação sistemática da legislação supracitada, que *os interesses e direitos individuais homogêneos* somente hão de ser tutelados pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. É que a Lei nº 7.347/85, a começar da sinopse com que é encimada, *disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor*' (meio ambiente, etc.). E, ainda quando, no seu artigo 21 permite o uso da ação coletiva para a defesa *dos interesses coletivos e individuais*, faz remissão expressa ao Título III do Código de Defesa do Consumidor. Pretendeu, pois, a lei explicitar, com a remissão (ao CDC), que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente".

In casu, poder-se-ia até argumentar favoravelmente ao cabimento da ação civil pública, alegando inexistir, no nosso ordenamento jurídico, ação concentrada de inconstitucionalidade de lei municipal por confronto com a Constituição Federal. E assim é, os tribunais estaduais não têm competência para julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição Federal, cujo guardião é o STF. Outrossim, a Constituição da República, no artigo 102, I, *a*, reserva para o Pretório Excelso a competência para processamento e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual em confronto com a Carta Magna.

Destarte, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, espaço para a ação concentrada de inconstitucionalidade de lei ou ordenamento jurídico municipal em face da Constituição Federal.

E, se assim é, assim deve ser cumprido. O que não pode é o Judiciário tornar a ação civil pública como sucedânea da ação direta de inconstitucionalidade, em razão da importância do tema e dos seus reflexos em um Estado Federativo, conforme já assinalei no princípio deste voto.

É seguro, porém, que a última palavra sobre a matéria em discussão há de ser dada pelo Pretório Excelso, que inclusive já começou a se manifestar no RE nº 195.056-PR, com dois votos favoráveis à tese que modestamente adoto - dos em. Ministros Carlos Velloso e Maurício Corrêa -, cujo julgamento foi interrompido com o pedido de vista do em. Ministro Sepúlveda Pertence (cf. *Informativo STF* nº 130, de 02/11/98).

Outro é o remédio para o contribuinte que se veja compelido a recolher tributo municipal que entenda inconstitucional - ação individual ensejadora de, em controle difuso, declaração indireta da inconstitucionalidade, com os seus pertinentes efeitos.

Pelo exposto, e mais uma vez pedindo *venia* aos entendimentos em contrário, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Súmula - PEDIU VISTA O RELATOR. O REVISOR, EM ADIANTAMENTO DE VOTO, NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 18/03/99, a pedido do Relator. O Revisor, em adiantamento de voto, negava provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Ementa: V.v.: Ação civil pública. Interesses coletivos. Ministério Público. Legitimidade. Taxa. Inconstitucionalidade. - Em virtude do disposto no art. 129, III, da Constituição da República, está o Ministério Público autorizado a ajuizar ação civil pública com o escopo de impedir a cobrança de taxa ilegal. É viável, em processo de ação civil pública, suspender a cobrança de tributo que afronta a Constituição e pleitear a repetição de indébito.

Conheço do recurso, porque tempestivo e dispensado de preparo.

A sentença apelada extinguiu o processo, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, ao entendimento de que a ação civil pública proposta pelo apelante não "constitui remédio jurídico apto a declarar a inconstitucionalidade" da Lei Municipal nº 7.056/97, que aumentou os valores das taxas de consumo de água e uso de esgoto na Cidade de Uberlândia.

Antes de examinar o objeto principal do recurso, que se opõe aos fundamentos da decisão de primeiro grau, direcionados à falta de interesse do apelante para, através da ação civil pública, postular a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, mister que se examine a legitimidade do Ministério Público para propor ações da espécie.

O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, com o intuito de impedir a cobrança de taxa decorrente do consumo de água e coleta de esgoto, estabelecida sem a observância dos preceitos da Constituição Federal e das demais normas infraconstitucionais que tratam da matéria. É que a sua legitimação está, inicialmente, contemplada no art. 129, III, da Constituição Federal:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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".

Em decorrência do preceito constitucional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público estabelece no seu art. 25, IV, *a*, o seguinte:

"Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos".

O art. 2º da Lei nº 8.078/90 considera consumidor "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", inserindo no seu conceito "a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

Não há dúvida de que as pessoas que integram a população da cidade e que se utilizam da água distribuída pelo Poder Público, através do órgão competente, sejam consumidores. Consumidores estes que se sujeitam à contraprestação pecuniária pelo fornecimento daquele produto, a qual é fixada de acordo com os preceitos que norteiam a matéria e que, apresentando-se abusiva e excessiva, pode desencadear uma instabilidade social, jurídica e econômica.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 82, I, reconhece a legitimidade do Ministério Público para promover a defesa dos interesses e direitos comuns dos consumidores.

HUGO NIGRO MAZZILLI preleciona:

"Na ação civil pública ou coletiva, em defesa do consumidor, a atuação do Ministério Público deverá levar em conta o tipo de interesse e o tipo do pedido.

Tratando-se da defesa de interesses difusos, pela abrangência dos interesses, a atuação do Ministério Público sempre será exigível. Já em matéria de interesses coletivos e de interesses individuais homogêneos, o Ministério Público atuará sempre que: a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano (mesmo o dano potencial); b) seja acentuada a relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico.

Assim, se a defesa de um interesse, ainda que apenas coletivo ou individual homogêneo, convier direta ou indiretamente à coletividade como um todo, não se há de recusar o Ministério Público de assumir sua tutela...". (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Editora Saraiva, 7ª ed., 1995, p. 115.)

Não se pode negar a relevância social da questão tratada nos autos, independentemente do exame do seu mérito, a justificar a atuação do Ministério Público, bem como a utilização da ação civil pública.

MILTON FLAKS, dissertando sobre os instrumentos processuais de defesa coletiva, enfatizou a ampliação do cabimento da ação civil pública, "que nasceu inspirada nas *public actions* e nas *class actions* do direito norte-americano:

"Promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/90), as suas disposições finais introduziram importantes alterações na lei básica disciplinadora da ação civil pública, inclusive para ajustá-la à amplitude que lhe deu a vigente Constituição, promulgada posteriormente.

Com efeito, não poderia a ação civil pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988 que é função do Ministério Público promover a 'ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos' (art. 129, nº III), *tout court* (e não os 'interesses coletivos ou difusos indicados em lei').

Em abono desse entendimento, observe-se que, quando a Constituição autorizou a lei a estabelecer limitações, o fez expressamente. Assim, ao cuidar da legitimidade ativa, preceituou: 'A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei' (art. 129, § 1º).

Dentre as alterações introduzidas na Lei da Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do Consumidor, merecem destaque as seguintes:

a) restabeleceu o inciso IV do art. 5º da Lei nº 7.347/85, precisamente o dispositivo vetado pelo Presidente da República, para estender a ação civil pública a 'qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 110);

b) em conseqüência, transformou a ação civil pública em instrumento hábil para defesa do interesse difuso da sociedade civil na preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, bem como dos interesses coletivos de aposentados e contribuintes, entre outros;

c) determinou que se aplicasse à defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos a disciplina processual instituída pelo Código do Consumidor para a defesa deste em Juízo (art. 117);

d) como resultado, facultou que na ação civil pública se postule não só a condenação do réu a se abster de uma conduta ilícita, como também a compor danos individualmente causados;

e) e tudo isso sem embargo, no caso de insucesso da demanda coletiva, de cada lesado pleitear individualmente

a composição do respectivo prejuízo, reabrindo o debate sobre a ilicitude da conduta do réu" (*Revista de Direito Administrativo*, 190/65, Rio, Renovar).

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 109.013-MG, realizado em 17/06/97 pela Primeira Turma e publicado no *DJ* de 25/08/97, Relator o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, assimilou o entendimento de que o Ministério Público está legitimado para o exercício de ação civil pública, no objetivo de proibir a cobrança de taxa ilegal, bem como que é viável, em processo de ação civil pública, a declaração incidental de inconstitucionalidade.

Adiciono outra recente decisão daquele Tribunal Superior, que trata de cobrança de taxa de iluminação pública, a qual é pertinente para orientar a espécie, no que concerne à examinada legitimidade do Ministério Público.

"*Processual civil. Ministério Público. Legitimidade. Ação civil coletiva. Taxa de iluminação.*

1. Conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para abranger a sua legitimidade no sentido de promover ação civil pública para proteger interesses coletivos. Não há mais ambiente jurídico para se aplicar, em tal campo, a restrição imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/1985.

2. Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passam a ser interesse da coletividade.

3. O direito processual civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou contribuir para o aceleramento da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público". (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 98.286-SP, Primeira Turma, j. em 15/12/97, *DJ* de 23/03/98, p. 17, Relator o Exmo. Sr. Ministro José Delgado.)

O Supremo Tribunal Federal está julgando a matéria, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 195.056-PR. O Relator, Ministro Carlos Velloso, confirmou o acórdão recorrido.

A sustentação do egrégio Tribunal de Alçada do Paraná, para dizer que o Ministério Público não pode substituir a reclamação individual dos contribuintes por uma reclamação do conjunto dos contribuintes (reexame necessário e Apelação Cível nº 53.111/5, de Umuarama), é de que, não tendo a Lei da Ação Cível Pública incluído essa previsão (Lei nº 7.347/85), quando o

Código de Defesa do Consumidor fez o acréscimo, não abrangeu contribuintes, por não serem consumidores.

Não há a menor dúvida de que a qualidade de contribuinte não absorve a de consumidor, embora possa ser contribuinte em virtude de consumo, como no caso em exame. Mas, também, nada impede que o Código de Defesa do Consumidor, contendo outras disposições, além daquelas relativas aos direitos do consumidor, como está expresso na abertura da lei, e, ao fazer diversas alterações na Lei da Ação Civil Pública, introduza, entre tais alterações, aquela que abranja "outros interesses difusos e coletivos" previstos na parte final do inciso III da Constituição Federal. O art. 21 da Lei nº 7.347/85 manda aplicar, *no que for cabível*, os dispositivos do Título III do Código de Defesa do Consumidor à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais.

A limitação dos interesses coletivos aos interesses indivisíveis, nos termos da interpretação literal do inciso II do art. 81 da Lei nº 8.078/90, refere-se ao consumidor.

Mas o inciso III do art. 1º da Lei nº 7.347, de 1985, acrescentado pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor, é mais amplo, em não restringir o interesse coletivo à natureza *indivisível* de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.

A ação civil pública não exclui a ação direta de inconstitucionalidade, que visa a uma legislação negativa, universal, do órgão controlador da constitucionalidade, sem repercutir diretamente sobre fatos concretos. Já a ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator (art. 16 da Lei nº 7.347) e não inibe a advocacia ou traduz litispendência para as ações individuais (art. 21 da Lei nº 7.347, combinado com o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor).

O emprego da ação civil pública para a defesa dos consumidores ou contribuintes contra o Estado significa enorme alívio de processos repetidos com o mesmo conteúdo, a sugerirem súmula vinculante, significando avanço em um dos instrumentos válidos ao aperfeiçoamento do processo e do Judiciário. Não exclui as ações individuais e, por isso, não reduz a advocacia.

Na ação civil pública, os interesses coletivos ou comuns estão expressamente enunciados, sem a ressalva, incabível, do Código de Defesa do Consumidor, aos interesses *indivisíveis*. A ressalva é descabida, mesmo no Código do Consumidor, por ressalvar a Constituição. E, na ação civil pública, por conter a lei própria desta norma sua, sem a ressalva.

O raciocínio de que apenas o interesse indivisível é protegido pela ação civil pública leva ao absurdo de torná-la imprestável. Pois, nos casos clássicos citados pela doutrina, da sociedade mercantil, da família, do sindicato, do ente profissional, os respectivos sócios, afiliados ou componentes

têm interesses que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito (art. 52 do Código Civil), que não excluem o seu exercício pela coletividade, como no caso do mandado de segurança coletivo (Constituição, art. 5º, LXX), ou pelo respectivo substituto constitucional, o Ministério Público. Nem por isso o mandado de segurança coletivo visa proteger contra abuso de poder ou ilegalidade apenas interesses que não podem ser decompostos em individualidades igualmente defensáveis em ações isoladas.

No seu voto-vista, o Ministro Maurício Corrêa aderiu à conclusão do Relator, mas ao fundamento de que o inciso III do art. 129 da Constituição Federal é indefinido, ao se referir a "outros interesses difusos ou coletivos". Ora, são conceitos aceitos e impregnados na doutrina.

Tendo pedido vista o terceiro Julgador, Ministro Sepúlveda Pertence, pode-se dizer que o Excelso Tribunal ainda não formou sua posição sobre o tema.

Observo, no pedido inicial da ação proposta, que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, através da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Consumidor e Erário Público da Comarca de Uberlândia, requereu às fls. 41/43-TJ:

"60 - (...)

a) nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/85, seja concedida medida liminar, ouvidas as partes passivas - *ex vi* do art. 2º da Lei nº 8.347/92 - e ordenando-se aos requeridos a suspensão da cobrança da taxa de água e de esgoto na majoração proposta na Lei Municipal nº 7.056/97 e Decreto nº 7.484/97 até decisão final...;

b) sejam o município-requerido, bem como a autarquia-requerida citados nas pessoas de seus representantes legais, para contestar o pedido, querendo, no prazo legal, sob pena de revelia e confissão;

c) sejam o município-requerido, bem como a autarquia-requerida, nos termos extrínsecos do art. 3º da Lei nº 7.347/85, obrigados e condenados a não cobrar referidas taxas de água e esgoto, mediante a majoração havida nas normas objurgadas, sob pena de execução específica, tudo nos termos do art. 11 do mesmo estatuto;

d) sejam o município-requerido, bem como a autarquia-requerida condenados a restituir aos contribuintes, com juros e correção monetária, todos os valores cobrados ilegalmente, diante das citadas normas domésticas, caso a liminar não seja concedida, respeitado o estatuído no art. 168 do Código Tributário Nacional;

e) seja julgada procedente a presente ação, decretando-se, incidentalmente, a ilegalidade das referidas normas frente ao CTN, no que respeita à majoração irrita observada, e utilizando-se como fundamento de decisão os tópicos constitucionais desrespeitados, tudo conforme exposto na inicial...".

Pela transcrição dos pedidos consignados na inicial subscrita pelo apelante, resta evidente que a ação não requer a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 7.056/97 e do decreto que a regulamentou.

A verificação da inconstitucionalidade daquelas normas seria pressuposto para o atendimento das pretensões levadas à apreciação judicial, providência que não encontra qualquer obstáculo jurídico ou legal, conforme o citado entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, não se trata, no caso, de declaração de inconstitucionalidade, mas apenas de decisão com fundamentos constitucionais.

É viável, em processo de ação civil pública, a recusa da aplicação da norma jurídica, por inconstitucionalidade, porque o ordenamento positivo admite o controle difuso de constitucionalidade.

Dou provimento ao recurso, para cassar a sentença, determinando o retorno dos autos à comarca de origem, a fim de que seja apreciado o pedido na sua integralidade.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Com a devida *venia* ao ilustre Relator, também mantenho a sentença, negando provimento ao recurso.

A jurisprudência tem-se firmado no sentido de ser inadmissível a propositura de ação pública para evitar pagamento de tributos.

Dois são os fundamentos da recusa: a impossibilidade de utilização da ação civil pública como substituta da ação direta de inconstitucionalidade e a falta de legitimidade ativa do Ministério Público, que está expressamente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor, e não do contribuinte, que a este não se equivale.

Destaquei os seguintes julgados:

"*Processo civil. Ação civil pública em matéria tributária.* - A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte, categorias afins, mas distintas. Recurso especial não conhecido". (REsp nº 113.326-MS, Rel. Min. Ari Pargendler.)

"*Ação civil pública. Matéria tributária. Ministério Público. Ilegitimidade ativa.* - Não tem o Ministério Público legitimidade ativa, para promover ação civil pública em matéria tributária, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte, já que o beneficiário, em última análise, não seria o consumidor. Consumidor e contribuinte não se equivalem, estando o Ministério Público expressamente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor". (REsp nº 115.500-PR, Rel. Min. Hélio Mosimann.)

A corrente, não menos ilustre, que se opõe a esse entendimento alega que a legislação estendeu o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos

e que a suspensão da cobrança de tributos, em última análise, constitui interesse de toda a coletividade.

Do ponto de vista da legitimidade ativa do Ministério Público, a tese é bastante atraente, porém não me convenci da possibilidade de utilização da ação civil pública como substituta da ação direta de inconstitucionalidade. Parece-me, *data venia* dos entendimentos em contrário, que não cabe ao Judiciário ampliar o campo de atuação de determinado instrumento processual, ainda mais quando existe, como é o caso, a previsão expressa de outro para o fim almejado.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

(Obs.: Seguem os embargos infringentes.)

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - IMPROPRIEDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA

- Quando se tratar de matéria tributária, manifesta é a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública, uma vez que indiscutível é a circunstância de que o beneficiário não é mais o consumidor, porém, e tão-só, o contribuinte, não se podendo, ademais, admitir a utilização da ação civil pública para declarar ou não a inconstitucionalidade de ato normativo.

- V.v.: - O fato de o Código do Consumidor ter introduzido normas pertinentes a ações coletivas, das quais um dos titulares pode ser o Ministério Público, não as reduz à relação de consumo, mas as transporta para a ação civil pública. Sendo a ação civil pública ação constitucional e havendo a Carta Federal inserido, entre suas finalidades, a proteção dos interesses coletivos, sem os restringir, não é possível à norma infraconstitucional, nem ao intérprete, diminuir o coletivo constitucional, em detrimento das funções institucionais do Ministério Público e do esforço no sentido de reduzir a multiplicação de processos repetitivos, que é uma das causas mais importantes da demora da prestação jurisdicional. O mecanismo da coisa julgada, na ação civil pública, não induz litispendência, não prejudica direitos individuais, nem reduz a possibilidade da ação individual ou da advocacia. *(Des. Almeida Melo)*

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 130.835-2/01 (na Apelação Cível nº 130.835-2/00) - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: V.v.: - Processo civil e tributário - Ação civil pública - Legitimidade do Ministério Público - Matéria tributária. - O fato de o Código do Consumidor ter introduzido normas pertinentes a ações coletivas, das quais um dos titulares pode ser o Ministério Público, não as reduz à relação de consumo, mas as transporta para a ação civil pública. Sendo a ação civil pública ação constitucional e havendo a Constituição inserido, entre suas finalidades, a proteção dos interesses coletivos, sem os restringir, não é possível à norma infraconstitucional, nem ao intérprete, diminuir o coletivo constitucional, em detrimento das funções institucionais do Ministério Público e do esforço no sentido de reduzir a multiplicação de processos repetitivos, que é uma das causas mais importantes da demora da prestação jurisdicional. O mecanismo da coisa julgada, na ação civil pública, não induz litispendência, não prejudica direitos individuais, nem reduz a possibilidade da ação individual ou da advocacia.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 30/03/2000, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Com a palavra o Des. Carreira Machado.

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso. Próprio, tempestivo e regularmente processado.

Trata-se de embargos infringentes manejados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o v. acórdão de fls. 508/546-TJ, que negou provimento ao seu recurso de apelação interposto da r. sentença de fls. 409/411-TJ, que, decidindo a presente ação civil pública, julgou extinto o feito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, por considerar que a presente ação não constitui remédio jurídico apto a declarar a inconstitucionalidade da lei municipal que aumentou o valor das taxas de consumo de água e uso de esgoto na Cidade de Uberlândia.

Peço vênia ao eminente Desembargador prolator do voto minoritário para acompanhar o entendimento estampado nos votos majoritários.

Posto que havendo divergência, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar no seguinte sentido, *sub ementa*:

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 27 de abril de 2000. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos embargados, o Dr. Aristóteles Atheniense.

O Sr. Des. Carreira Machado - Sr. Presidente. Após o pronunciamento feito da tribuna pelo ilustre advogado, Dr. Aristóteles Atheniense, quero rever a interpretação por ele colocada. Em razão disso, peço vista dos autos.

"Processual civil. Ação civil pública. Cobrança de tributos. Defesa dos contribuintes. Ilegitimidade ativa do Ministério Público. Lei nº 7.347/85.

1. O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o fito de obstar o Município de arrecadar tributos. Legitimidade admitida para fins específicos (Lei nº 7.347/85), não se confundindo com os interesses coletivos, transcendentes da esfera daqueles de natureza individual e disponíveis.

2. Recurso sem provimento". (REsp nº 178.408-SP - *DJU* de 25/10/99, Relator para o acórdão: Ministro Milton Luiz Pereira - STJ - TI - no mesmo sentido: REsps nºs 57.465-PR; 177.804-SP; 106.993-MS; 134.979-GO; 9.445-MG.)

Ante o exposto, rejeito os embargos.

Custas, pela lei.

O Sr. Des. Almeida Melo - A Constituição de 1988 aprimorou a função institucional do Ministério Público, ao dar-lhe competência para a ação civil pública, visando à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III) e de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX).

Na Lei Orgânica do Ministério Público, a ação civil pública é admitida somente para a defesa de interesses individuais indisponíveis e homogêneos (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 25, inciso, IV, *a*). Efetivamente, não se esgota neles a legitimação ativa do Ministério Público, pois os direitos dos consumidores podem não ser indisponíveis e são protegidos pelas ações coletivas das quais um dos titulares é o Ministério Público. O *caput* do art. 25 faz a ressalva de outras atribuições do Ministério Público, previstas pela Constituição Federal, pela Constituição do Estado e por outras leis. Na linha da generalidade, tratando-se de interesse individual, exige-se, entretanto, que este seja indisponível e homogêneo. Porque, se não for indisponível, foge da alçada do Ministério Público proteger o direito individual. Se não for homogêneo, será matéria de ação individual, e não de ação pública.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, já disciplinava a ação civil pública e, em seu art. 21, introduzido pelo art. 117 do Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), mandou aplicar à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Aí estão as duas primeiras controvérsias.

A primeira originária do julgamento do Recurso Especial nº 57.465-PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Naquele julgamento, o eg. STJ, pelo voto do Relator, compreendeu que a Lei da Ação Civil Pública teria feito remissão ao Código do Consumidor, para fazer aplicar à relação de *consumo* a ação coletiva, valendo-se, para tanto, da doutrina sempre autorizada de Arruda Alvim - Thereza Alvim.

Aí houve equívoco capital. A Lei da Ação Civil Pública (art. 21) não precisava fazer remissão ao Código do Consumidor para fazer valer a ação coletiva de que trata aquele Código para a relação de consumo. Os arts. 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor e, especialmente, os arts. 91 a 100, eram suficientes para aquela aplicação, dispondo de, pelo menos, dois gêneros de ações: as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos (arts. 91 a 100) e as ações de responsabilidade do fornecedor de produto e serviços (arts. 101 e 102). Por isso, não havia necessidade de que a Lei da Ação Civil Pública fizesse remissão ao Código do Consumidor para serem aplicadas, na relação de consumo, as ações coletivas que foram criadas exatamente por aquele Código.

O que pretendeu o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, introduzido pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, foi estender as ações coletivas, criadas pelo Código de Defesa do Consumidor, para as relações de consumo, como alternativa processual válida para a defesa de qualquer *outro interesse individual ou coletivo* (art. 1º, IV, da Lei da Ação Civil Pública).

Tem de ser interpretado o que significa *outro interesse individual ou coletivo*, no contexto do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Primeiro, deve ser notado que o inciso foi inserido pelo art. 110 do Código do Consumidor. Pelo fato dessa origem, pode-se dizer que se reserva somente à relação de consumo. Evidentemente que não. Torna-se mais fácil a compreensão do que afirmo quando se verifica que as expressões *outro interesse individual ou coletivo* vêm em seguida à relação de consumo, ou seja, aos prejuízos causados ao consumidor (art. 1º, inciso II).

Não teria que a lei falar em *outro* interesse individual ou coletivo, significando interesse do consumidor, após mencionar, expressamente, o interesse deste.

Por isso, o fato de os arts. 110 e 117 do Código do Consumidor terem acrescentado artigos à Lei da Ação Civil Pública não significa que, pelo fato da origem de suas normas, ficassem elas vinculadas ou limitadas à relação de consumo. O fato de uma norma extravagante do Código ter nele sido inserida não a invalida. A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, veio para dispor sobre a proteção do consumidor e *dar outras providências*, como declara. Que outras providências estão naquele Código? Aquelas mediante as quais se dispôs a aperfeiçoar a Lei da Ação Civil Pública, sem, contudo, ter o objetivo de delimitar a ação civil pública à relação de consumo, o que seria absurdo, ou ainda de cometer o truísmo ou até a falta de senso de repetir, pela remissão, para a relação de consumo, normas processuais criadas para a relação

de consumo, no próprio Código de Defesa do Consumidor.

A segunda controvérsia nasce da confusão da ação civil pública com as ações coletivas de que trata o Código do Consumidor. As ações coletivas são ações de responsabilidade, ações de reparação de danos, ou indenizatórias, com rito próprio, enquanto a ação civil pública tem alcance bem mais amplo: a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer (art. 3° da Lei n° 7.437, de 1985).

Outro assunto que merece destaque é a argumentação da Tribuna de que, se usada para a obtenção da inconstitucionalidade de lei, a ação civil pública teria ocupado o espaço da ação direta de inconstitucionalidade.

Trata-se de equívoco. A ação direta de inconstitucionalidade não tem por finalidade dirimir conflito, nem resolver situações individuais. Visa a eliminar a vigência de determinado texto abstrato da lei. Já a ação civil pública poderá ser o instrumento do controle difuso de constitucionalidade, como, em geral, toda a ação, desde que exista a ofensa da Constituição pela lei ou pelo ato. Eventualmente, poderá acontecer que, em se tratando de lei municipal, o efeito *prático* da ação civil pública seja o da ação direta de inconstitucionalidade, quando o controle houver relativamente à supremacia da Constituição do Estado. Essa coincidência decorre de que, por via de regra, uma decisão, em ação civil pública, terá eficácia na jurisdição do Promotor, a qual sempre compreende o âmbito do Município titular da lei questionada. Trata-se, apenas, de coincidência *parcial* de efeito *prático*, pois é desnecessário enfatizar que os objetivos e o alcance de ambas as ações são diferentes. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, proibição a essa coincidência parcial de efeito prático, nem, pelo seu fato, pode-se inibir a ação, porque aconteceria aí condicionamento da prestação jurisdicional e do livre acesso ao Judiciário à vontade alheia, a de algum titular da ação direta de inconstitucionalidade, caracterizando-se então, nesse caso, afronta à garantia máxima da Constituição (art. 5°, XXXV) no sentido de que nem a lei excluirá da apreciação judiciária lesão ou ameaça de direito.

Com a solução que dou, com a devida vênia aos que têm pensado diferentemente, aos dois pontos controvertidos, cumpre-me verificar, em seguida, a normatização da ação civil pública, pela Constituição e pela lei ordinária, e se o conceito de interesse coletivo, de que trata a Constituição, é o do Código do Consumidor.

Ao criar a expressão *transindividual* e dar-lhe uma qualificação própria, o Código do Consumidor cria o seu próprio limite ao conceito de interesse coletivo. É evidente que, pelo art. 117, esse conceito pode ter sido incorporado à Lei da Ação Civil Pública.

Entretanto, o art. 117 daquele Código usa aquelas expressões tão desnecessárias como comuns *no que couber*, para a ressalva de que o transporte

do conceito não foi feito incondicionalmente. O "caber", ou o "não caber", tem alcance *físico* (é impossível caberem dois corpos no mesmo espaço) ou *jurídico* (não cabe a aplicação quando contrariar a Constituição, por exemplo).

Compatibilidade jurídica existe, por exemplo, na disciplina da coisa julgada, prescrita pelo Código do Consumidor, para as ações coletivas, relativamente à ação civil pública, especialmente os arts. 103 e 104, os quais resguardam da litispendência os direitos exercidos individualmente. Neste último, ressalvam-se as ações individuais, se não for requerida a suspensão da ação individual, no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Já o § 2° do art. 103 ressalva os efeitos da coisa julgada aos interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, os quais não poderão ser prejudicados, em se tratando de interesses ou direitos difusos ou coletivos.

Forma de contrariar a Constituição é restringi-la, principalmente quando a restrição repercuta sobre direitos ou garantias fundamentais, como a do acesso ao Judiciário para se prevenir de ameaça ou se reparar lesão de direito.

Em seu art. 129, III, a Constituição fala em interesse coletivo. O Ministério Público terá a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros* interesses difusos e coletivos. *Outros* significa qualquer interesse ou quaisquer interesses, não podendo haver exclusão. Confiram-se os dicionários. Se, etimologicamente, assim o é, na interpretação constitucional vale a plenitude da norma, sem qualquer reserva ou delegação à lei, como acontece nas disposições constitucionais nos *termos da lei* ou *a lei disporá* etc.

A decomposição do art. 81 do Código do Consumidor, em dois incisos, dos direitos coletivos, leva a um despropósito. Qual direito poderá pertencer à associação, e não pertencer aos respectivos associados e, mais, ser indivisível?

Os entes coletivos não vivem por si mesmos, vivem pelos seres humanos que os formam e dificilmente o conceito analógico de personalidade, versado, com mestria, por Mata Machado, acode ao caso de o direito ser indivisível, e não pertencer aos associados, na seara dos consumidores. Lembro-me do condomínio de edificação. As partes comuns são indivisíveis, porém constituem objeto de direito individual de cada condômino.

Certa vez escrevi que a nomenclatura *direitos coletivos*, que se encontra no Capítulo I do Título II da Constituição Federal, guarda semelhança com o critério de serem chamados os direitos individuais, opostos contra o rei, pela Declaração de 1789, como direitos coletivos, levando em conta o seu titular. Mas, trata-se de impropriedade, por se saber que o exercício coletivo não exclui o desfrute individual. O direito é, em sua essência, do indivíduo; poderá ser exercido coletivamente. Varia do direito difuso, que

só pode ser exercido ou estar à disposição de todos para que desfrutem em comunhão social, como ensinou o Professor JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, atual Ministro do STF (*Constituição Federal Anotada*. Saraiva, 1986, p. 433). Mereci o precioso abono do Min. Sepúlveda Pertence: "Aí me pareceu irretocável na definição do âmbito da 'cláusula pétrea' relativa aos 'direitos e garantias individuais', a rejeição da corrente que exclui os direitos sociais: demonstrou-se com precisão que também estes, os direitos sociais, *neles incluídos os de exercício coletivo, 'são individuais, quanto ao titular, que é o indivíduo*', malgrado sejam 'sociais, quanto ao conteúdo, que é trabalhista, sanitário ou previdenciário (Cap. VII, § 8º)'". (*Direito Constitucional Brasileiro*, Del Rey, 1996, prefácio.)

O Min. Carlos Velloso, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 195.056/1-Paraná, em 9 de dezembro de 1999, disse que os direitos homogêneos são os que têm a mesma origem comum, constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Acrescentou que, "quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas".

Sim, os direitos individuais homogêneos são direitos coletivos, ou seja, aqueles direitos coletivos que tenham a mesma base jurídica. Por isso que o Código do Consumidor, referindo-se aos interesses coletivos, não precisava abrir outro inciso para os interesses individuais homogêneos (não há finalidade útil para esse expediente). Nem poderia restringir a Constituição, limitando o coletivo constitucional ao que não fosse coletivo da classe individual homogênea. Por fim, o Código do Consumidor não trata de ação civil pública, mas de ações coletivas, e, como a ação civil pública é ação formalmente constitucional, não poderia a lei ordinária delimitá-la.

Nas diversas vezes em que Constituição fala do coletivo, indica a repercussão sobre os membros ou associados, como ao disciplinar o direito à associação, garantindo que ninguém será compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, XX); ao tratar do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, *b*, da Constituição Federal) e ao disciplinar a liberdade de associação profissional e sindical (art. 8º, V).

Não teria sentido que a Constituição, ao mencionar o interesse coletivo, sem ressalva expressa, quisesse excluir a parcela dos interesses coletivos que tenham a mesma base, ou seja, os direitos individuais homogêneos. Não bastasse o argumento, do ponto de vista literal, juridicamente não existiria razão, a partir dos princípios constitucionais, incluindo os da isonomia e da eqüidade, para que fossem abrangidos

pela ação civil pública apenas interesses *transindividuais*, os quais, somente assim, seriam coletivos, na visão daquele Código.

A qualidade *transindividual* pode servir para o interesse difuso; jamais para o interesse coletivo. *Trans*, no dicionário, é a palavra que indica "atravessar", como a Transalpina, que atravessa os Alpes. *Trans* encontra-se na moderna expressão "transgênico", que significa genoma composto de dois ou mais gens de espécies diferentes. Que o *trans* acrescenta ao individual, senão dizer sobre o que vai além do individual e que, nem por isso, é coletivo, ou que, se é comum de dois, é coletivo?

Coletivo é uma palavra limpa e casta. Não carece de maiores recursos para se autodefinir. É o que abrange ou compreende muitas coisas ou pessoas, diz AURÉLIO (*Dicionário*, p. 501). Porém, o direito ou o interesse coletivo não se confunde com o direito da sociedade. Nesse conceito, seria impossível o litisconsórcio de acionistas, pois o direito seria apenas da sociedade anônima, que é a coletividade dos acionistas, e nem poderia haver ação dos acionistas contra a sociedade, quando os interesses conflitarem. A possibilidade do conflito é auto-explicativa da diferença entre direito ou interesse coletivo e direito ou interesse da coletividade. Na gramática elementar, quando o discípulo aprende o substantivo coletivo, irá designar um conjunto de elementos individuais, mas nunca uma personalidade nova, analógica à personalidade natural.

Logo, sempre que o Ministério Público identificar o interesse de muitas pessoas, poderá, sem qualquer dúvida, sustentá-lo judicialmente, pela força da própria Constituição.

Em Direito Tributário, quando o Ministério Público localiza ameaça ou direito lesado de um grupo considerável de pessoas, assumirá a substituição constitucional e processual desse quantitativo de pessoas, para proporcionar que uma quantidade enorme de ações, equivalente ao número dessas pessoas, possa ser reduzida a uma só ação.

O ilustre advogado, da tribuna, indica que a recusa de legitimidade ao Ministério Público, para a ação civil pública, em matéria tributária, acarretou 4000 (quatro mil) recursos, que provêm da comarca, e se encontram neste Tribunal e, futuramente, irão subir ao Supremo Tribunal. São recursos repetitivos sobre matéria idêntica. Este fato, reconhecido pelo advogado, não aconteceria se ao Ministério Público fosse indiscutível a legitimidade ativa, não apenas para a ação civil pública, como para outras ações de interesse coletivo, em matérias tributária, administrativa e previdenciária, em que há a concentração maior da repetição de matérias idênticas.

Se a ilegitimidade prevaleceu, mesmo naquela situação, em que acarretou a necessidade de quatro mil ações, por que não prevalecer agora, em que a ação é apenas uma ação?

O problema não é bem este.

Importa compreender a Constituição Federal, que atribui ao Ministério Público, como função institucional deste, a ação civil pública para defesa de qualquer interesse coletivo, sem fazer exclusão ou ressalva.

Importa mais que a compreensão restritiva da Constituição, pelo intérprete, além de ser uma ofensa à Carta Magna, o que, por si, constitui o maior de todos os ilícitos, contribui para, desnecessariamente, acarretar a multiplicação de processos da mesma natureza e integralmente repetitivos.

Ora, o Supremo Tribunal está empenhado em diminuir a carga de trabalho que asfixia o Judiciário, eliminando ações repetitivas, pelo expediente da súmula vinculante. Como pretender que o Ministério Público não possa proteger, judicialmente, os interesses coletivos, incluindo os de natureza tributária, impedindo a repetição de ações desnecessárias?

Com a devida vênia, acolho os embargos infringentes para declarar a legitimidade ativa do Ministério Público.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de embargos infringentes manifestados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por seu Procurador-Geral de Justiça, em face do v. acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 130.835/2, da Comarca de Uberlândia - sendo apelante o ora embargante e apelado o Município de Uberlândia -, cuja decisão, por maioria de votos, vencido o em. Des. Relator, negou provimento ao recurso.

Com apoio no d. voto vencido, da lavra do eminente Desembargador Almeida Melo, procura-se a reforma do v. aresto (fls. 554/582-TJ), ao fundamento de que há legitimidade do órgão ministerial para propor a presente ação civil pública, a teor do que dispõe a Lei nº 7.347/85, art. 1º, inc. IV, segundo a qual o precitado dispositivo legal é enfático ao afirmar o cabimento da ação para a defesa de qualquer outro - essa a expressão contida na lei - interesse difuso ou coletivo, além daqueles arrolados nos incisos anteriores, acrescentando que, corolariamente, tem-se que o rol de relações jurídicas ensejadoras de interesses difusos ou coletivos constante nos incisos I, II e III do citado dispositivo é meramente exemplificativo, restando seguramente aberta a possibilidade de que interesses oriundos de outras relações jurídicas - como as de natureza tributária - sejam defensáveis através da ação civil pública.

Invocando-se precedente jurisprudencial, o embargante postula o acolhimento dos embargos em apreço, a fim de que prevaleça o r. voto minoritário, com a cassação do r. aresto embargado, procedendo-se ao julgamento do mérito da apelação.

Com vista dos autos para responder aos termos do recurso, o embargado manifestou-se às fls. 627/639-TJ, argüindo, preliminarmente, o descabimento dos embargos infringentes em apreço, sem que haja julgamento de mérito.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça lançou a cota de fl. 686-TJ.

Dispensado de preparo.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

Conheço dos embargos, aos pressupostos e condições de sua admissibilidade.

Os autos noticiam que o representante do Ministério Público da Comarca de Uberlândia aforou ação civil pública contra o Município de Uberlândia, com vistas a que fosse declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 7.056/97, que majorou os valores das taxas de consumo de água e uso de esgoto naquela cidade, ao entendimento de que houve afronta a preceito constitucional, tendo o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível daquela Comarca decretado a extinção do processo, a teor do que dispõe o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por considerar que a ação civil pública não constitui remédio jurídico apto a declarar a inconstitucionalidade da sobredita lei municipal.

Após detido exame da matéria, por força do aforamento do recurso *sub examine*, tenho que o mesmo não está a merecer provimento, com a devida vênia.

Veja-se.

A meu sentir, em que pese ao erudito voto proferido pelo em. Des. Almeida Melo, o entendimento consagrado pelas declarações de voto majoritárias esposa a melhor interpretação do ordenamento jurídico aplicável à espécie.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, em se tratando de leis municipais editadas anteriormente à Constituição do Estado, quando não era cabível a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, justificável estaria o uso da ação civil pública. Entretanto, como a lei em questão é posterior às Constituições Federal e Estadual, onde se prevê a ação própria, não é de se admitir a utilização da ação civil pública para declarar ou não a inconstitucionalidade de ato normativo.

Filio-me ao entendimento, portanto, de que, quando se tratar de matéria tributária, manifesta é a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública, eis que, não bastasse a decisão do colendo STJ, recém-referida, indiscutível é a circunstância de que o beneficiário não é mais o consumidor, porém, e tão-só, o contribuinte.

A propósito, impõe que se invoque o entendimento do já citado egrégio STJ, segundo o qual "*a ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade*" (REsp nº 106.993-MS, Rel. Min. Ari Pargendler).

De igual modo, é pacífico o entendimento jurisprudencial de que os tribunais estaduais são incompetentes para procederem ao julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo diante da Constituição Federal, eis que tal competência

é, de curial sabença, do egrégio Supremo Tribunal Federal, sendo que, ao reverso, quando norma municipal afronta a Carta Magna Estadual, a competência para apreciação da matéria é deste colendo Tribunal. Trata-se de matéria remansosa e pacificada de há muito nesta egrégia Corte de Justiça.

Não se pode admitir, na real verdade, a conversão da ação civil pública em ação direta de inconstitucionalidade, sendo certo que o deslinde da questão é da alçada exclusiva do Pretório Excelso.

Se na Comarca de Uberlândia o contribuinte se sente lesado pela malsinada legislação municipal, o mesmo pode se valer da ação individual cabível.

Parece-me, por conseqüência, sem mais delongas, em que pesem às eruditas razões de sustentação dos embargos, que falece por inteiro legitimidade ativa do órgão ministerial para a propositura da ação civil pública com vistas a declarar a inconstitucionalidade da precitada Lei Municipal nº 7.056/97, que aumentou os valores das taxas de consumo de água e uso de esgoto na Cidade de Uberlândia.

À vista de tais considerações, rogando vênia ao ilustre Prolator do d. voto minoritário, acompanhando os não menos ilustres Prolatores dos r. votos majoritários, nego provimento aos embargos infringentes em apreço, mantendo, por conseqüência, o v. aresto objurgado, que negou provimento ao recurso.

Sem custas.

É como voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

O Sr. Des. Bady Curi - Vou antecipar o meu voto, com a licença do Des. Hyparco Immesi, porque já no julgamento da apelação eu votei, e vou manter o ponto de vista que sustentei naquela ocasião, rejeitando os embargos.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR REJEITANDO OS EMBARGOS E O REVISOR OS ACOLHENDO. O PRIMEIRO VOGAL REJEITAVA E O TERCEIRO VOGAL EM ADIANTAMENTO DE VOTO TAMBÉM REJEITAVA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelos embargados, o Dr. Aristóteles Atheniense.

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 30/02/2000, a pedido do Relator, após sustentação oral.

O julgamento foi novamente adiado na sessão do dia 06/04/2000, a pedido do Segundo Vogal, após votar o Relator rejeitando os embargos e o Revisor os acolhendo. Em antecipação de voto, o Primeiro e o Terceiro Vogal também os rejeitavam.

Com a palavra o Des. Hyparco Immesi.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Pedi vista, por ter, na sessão anterior,

dúvida, quanto à conclusão a adotar nestes embargos.

A questão, na espécie *sub judice*, não está em saber se o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade de lei municipal instituidora de taxa. Legitimidade ele tem, sim, e está assegurada não só na Constituição, como também em leis infraconstitucionais, ou seja, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), em nível nacional, e, no Estado de Minas Gerais, na Lei Orgânica respectiva (LC nº 34/94).

Como cediço, a vigente Lei Fundamental da República elenca, em seu art. 129, inciso II, entre as funções institucionais do MP, a de promover a ação de inconstitucionalidade. Diz o mesmo a CE/89, em seu art. 120, II.

Pergunta-se, então: mas *quem* deve fazê-lo? O Promotor, o Procurador de Justiça ou o Procurador-Geral?

A resposta está, em Minas Gerais, na LC nº 34/94, já referida, e que, em seu art. 69, inciso II, estabelece que compete ao Procurador-Geral representar ao Tribunal de Justiça, no sentido da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal ou estadual em face da Constituição do Estado.

O que isso significa?

Simplesmente, que cabe ao Procurador-Geral, com exclusividade, ajuizar a ação de inconstitucionalidade.

In haec specie, o ilustre Promotor de Justiça equivocou-se *duas vezes*, ou seja: *primeiro*, propôs ação inadequada, isto é, a civil pública; *segundo*, mesmo bem intencionado, usurpou função exclusiva do Procurador-Geral... Deveria ele - isto sim - dirigir-se ao Procurador-Geral, no sentido de que este propusesse a ação de inconstitucionalidade.

À luz do exposto, hei por bem rejeitar os embargos opostos.

Custas, *ex lege*.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS, VENCIDO O REVISOR.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - HOMICÍDIO COMETIDO POR FORAGIDO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO - FALHA NO DEVER DE VIGILÂNCIA DOS DETENTOS - NEXO CAUSAL CARACTERIZADO - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO

- Estando provado que o homicídio, tendo como vítima o filho dos autores, foi cometido por foragido do sistema penitenciário, tem-se como inequívoco o nexo de causalidade existente entre o ato por ele praticado e a falha na atuação da Administração, que, por meio de seus agentes, haveria de manter

sob constante vigilância os detentos, do que decorre a responsabilidade objetiva do Estado, acarretando-lhe a obrigação de reparar os danos causados, nos termos da legislação vigente, não se podendo, contudo, admitir que o infortúnio sirva de pretexto para a condenação em quantias exacerbadas, que impliquem enriquecimento sem causa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 133.068-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Responsabilidade civil do Estado - Homicídio cometido por foragido do sistema penitenciário - Falha do Estado em seu dever de vigilância dos detentos - Nexo causal caracterizado - Decisão confirmada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 1999. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Cuida a espécie de ação ordinária de indenização por danos morais e materiais, manejada por Antônio José de Oliveira e sua mulher Ana Ribeiro de Oliveira, em face do Estado de Minas Gerais, em virtude da morte de Antônio Carlos de Oliveira, que era filho do casal, e ocupante do cargo de detetive junto ao Estado/réu.

Informam que a vítima faleceu aos 29 anos de idade, ainda solteiro, em decorrência de disparo efetuado por Antônio Carlos Nunes, conhecido traficante, que era foragido do Centro de Reeducação de Ribeirão das Neves, onde deveria estar cumprindo pena, tendo o Estado falhado em uma de suas atribuições, devendo, por isto, arcar com a indenização correspondente.

Alegam dependência financeira com relação ao filho falecido, como fundamento para dano material por eles suportado, bem como a imensurável dor causada pelo seu desaparecimento, de forma a ensejar a reparação pelo dano moral caracterizado.

Ao contestar o feito, o Estado de Minas Gerais argúi preliminar de inépcia da inicial, rebatendo, no mérito, os pedidos formulados, valendo-se, como base de seus argumentos, da inexistência do nexo de causalidade hábil a justificar a condenação pretendida.

A preliminar foi afastada através do saneador proferido, tendo sido interposto o agravo retido de fls.,

objetivando o reexame da decisão no momento processualmente oportuno.

A sentença de fls. 69/75-TJMG, julgou "procedente o pedido inicial, para fixar o valor do dano moral em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), para ambos os autores, R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada um, e o dano material, em forma de pensão mensal até a data em que o filho dos autores completaria 30 anos de idade, pois esta é a data provável em que deixaria de participar das despesas domésticas, na proporção de 1/3 (um terço) para cada um deles, do salário devido ao filho deles".

Juntamente com a remessa oficial, recorre, voluntariamente, o Estado, pugnando pela apreciação do agravo manejado, para, em sede da apelação interposta, buscar a inversão do julgado, que entende divorciado da lei e da jurisprudência dominante.

Adesivamente, apelam da decisão, os autores, buscando sua reforma no tocante ao dano moral fixado, bem como quanto à verba honorária atribuída na sucumbência, ao entendimento de que, em ambas as hipóteses, o julgador não se ateve às especificidades do caso.

Examino, inicialmente, o agravo retido interposto.

Insiste, o agravante, no argumento de inexistência de pedido imediato na peça de ingresso, uma vez que "os autores, ora agravados, requereram ressarcimento por danos morais, sem contudo especificar os parâmetros que deveriam nortear o julgador para que pudesse auferir o pedido formulado".

Entendo não lhe assistir razão.

Conforme asseverado na decisão hostilizada, "ao contrário do alegado, há pedido certo e determinado, pois os autores pretendem indenização por dano moral e material em virtude da morte do filho deles por pessoa foragida de prisão estadual".

Quanto ao dano moral, em particular, a peça vestibular estampa pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização correspondente a 446 (quatrocentos e quarenta e seis) salários mínimos vigentes para cada autor, como forma de recomposição do dano causado pelo sofrimento que lhes foi imposto, não havendo que se falar em ausência de parâmetros em que pudesse se basear o julgador.

Desta forma, têm-se como de todo insubsistentes os argumentos do agravante, razão pela qual nego provimento ao recurso interposto.

Quanto à apelação, melhor sorte não socorre o recorrente.

Na hipótese vertente, os autores buscam a condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais por eles suportados, em virtude de assassinato brutal cometido por um preso foragido do sistema penitenciário do réu, tendo como vítima seu filho, então detetive da Polícia Civil.

Cogita-se, *in casu*, de responsabilidade objetiva do Estado, decorrente de vigilância insuficiente de seus detentos, possibilitando-lhes a fuga, que importa em exposição de toda a sociedade a um risco demasiado grande e desnecessário.

Provado está que o assassino do filho dos autores era foragido do sistema penitenciário do Estado, não havendo que se negar o nexo de causalidade entre o ato por ele praticado e a falha na atuação do Estado-réu, que, por meio de seus agentes, haveria de manter sob constante vigilância os apenados, mormente aqueles de periculosidade elevada.

Desta forma, tem-se como inequívoco o nexo causal existente, do qual decorre a insofismável responsabilidade objetiva do Estado, acarretando-lhe a obrigação de reparar os danos causados, nos termos da legislação vigente.

No que concerne ao *quantum* devido a título de dano moral e material, com acerto a sentença quando, reportando-se a julgamento proferido pelo TAMG, afirma tratar-se "o dano moral de procura de conforto para amenizar a família enlutada, procurando-se dar ao seu líder condições financeiras para, com práticas de lazer compatíveis com a posição social que ocupa, aliviar a dor e proporcionar a reversão do estado psicológico e deplorável a melhores condições".

Contudo, é de se ponderar quanto aos valores a serem arbitrados, pois, a despeito da induvidosa responsabilidade do Estado, não se pode admitir que o infortúnio sirva de pretexto para a condenação em quantias exacerbadas, que impliquem, por fim, enriquecimento sem causa.

Destarte, tem-se como patente a responsabilidade do Estado pela indenização, em virtude da morte da vítima haver sido causada por evadido da penitenciária, tendo o mesmo faltado com o seu dever, devendo, assim, satisfazer a indenização, a qual é de ser fixada pelo julgador, nos moldes dos dispositivos legais aplicáveis e nas regras ditadas pelo bom senso.

Constata-se dos autos que o MM. Juiz, quando da fixação dos valores devidos, se pautou com a cautela e ponderação de estilo, chegando a valores e prazos razoáveis, não estando, pois, a merecer qualquer reparo a decisão por ele proferida.

No tocante ao apelo adesivo, os recorrentes pretendem, tão somente, ver majoradas as verbas relativas ao dano moral e a verba honorária fixada em sucumbência, ao argumento de que o julgador não se ateve às circunstâncias do caso.

Razão não lhes assiste.

Conforme asseveramos alhures, em hipóteses como a presente, o julgador haverá de pautar-se com a prudência devida, visto não ser o caso de recomposição do *status quo* do indenizado, por não ser a vida humana passível de avaliação para fins de recomposição meramente patrimonial, nem tampouco admissível que se pretenda enriquecimento em virtude da morte de ente querido.

Da mesma forma, a verba honorária fixada na sentença considerou acertadamente a pouca complexidade que o caso oferece, sendo comum em nossos tribunais ações desta natureza, de tal sorte que o trabalho expendido pelo patrono dos autores, apesar de louvável, não se mostra suficientemente árduo e complexo a ensejar a majoração pretendida.

Assim considerando, no duplo grau, mantenho a sentença lançada, considerando prejudicados o recurso voluntário do Estado e o apelo adesivo manejados.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS - ATO DISCRICIONÁRIO, PRECÁRIO E UNILATERAL - REAJUSTE DE TARIFAS EM ÍNDICES ELEVADOS - INDENIZAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CAUSAS DE PEQUENO VALOR

- O magistrado não fica adstrito à fundamentação do pedido, podendo julgar a ação procedente ou improcedente por outros fundamentos que não aqueles invocados pelo autor ou réu, certo que tal procedimento não implica cerceamento de defesa ou violação do princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte, só não se admitindo que o julgador se afaste dos limites em que foi proposta a controvérsia e conceda o que não foi solicitado ou condene em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi requerido.

- Tendo a permissão caráter de ato discricionário, precário e unilateral, as condições da outorga podem e devem ser alteradas pela Administração, sempre que o exigir o interesse público.

- O reajuste de tarifas em índices elevados, para o atendimento de interesse da permissionária, não se identifica com a finalidade do instituto, que gira em torno da utilidade pública.

- Não há que se falar em direitos indenizatórios, se as permissionárias do serviço público de transporte coletivo de passageiros foram remuneradas por tarifas fixadas para o respectivo período, pelo órgão competente, na forma da outorga efetivada e da legislação em vigor.

- Nas causas de pequeno valor, os honorários advocatícios podem ser fixados acima do valor atribuído a elas, especialmente quando este não corresponder à realidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 137.649-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Permissão de serviço público - Transporte coletivo de passageiros - Indenização visada por permissionárias insatisfeitas com a política tarifária da Administração - Inadmissibilidade - Aderência das permissionárias aos termos da outorga - Reajuste de tarifas em índices elevados, para o atendimento de interesse das permissionárias, que não se identifica com a finalidade do instituto, que gira em torno da utilidade pública - Outorga com caráter de ato discricionário, precário e unilateral, cujas condições podem ser alteradas pela Administração quando o interesse público o exigir .

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 1999. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pela apelante, o Dr. Humberto Theodoro Júnior, e, pelos apelados, o Dr. Cássio Roberto dos Santos Andrade.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Cuida a espécie dos autos de ação ordinária manejada por Viação Buião Ltda., Emitur - Empresa Ita de Turismo Ltda. e Viação Cuiabá Ltda., permissionárias do serviço público de transporte coletivo de passageiros da Região Metropolitana de Belo Horizonte, contra o DER/MG e o Estado de Minas Gerais, na qual reclamam a recomposição de prejuízos suportados no período de abril de 1990 a junho de 1995, além de perdas e danos correspondentes à depreciação e sucateamento da frota, em virtude da política tarifária instituída pelos réus, que não assegurou a justa remuneração do capital e o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, por manter os mesmos níveis remuneratórios do serviço nas bases inicialmente previstas, sem revisão ou alterações periódicas suficientes, ocasionando defasagem no valor das tarifas, que não cobriram o custo operacional do serviço, e a total impossibilidade de renovação dos veículos.

O pedido é julgado improcedente pela sentença de fls. conclusiva no sentido da precariedade da outorga da prestação de serviço público mediante permissão, insuscetível de gerar direitos indenizatórios ao permissionário, agravada ainda pela nulidade da outorga efetivada sem a devida licitação para a exploração do transporte urbano, procedimento obrigatório por força do artigo 175 da Constituição Federal.

Em recurso próprio e tempestivo, invocam as autoras a nulidade da sentença por inobservância do contraditório e ampla defesa; sustentam a validade dos termos de permissão, firmados sob a égide da Constituição anterior, quando a delegação de serviço público prescindia de licitação; reivindicam o direito a indenização que lhes foi negado pela r. sentença e, ainda, que se mantenha a nulidade dos termos de permissão, vez que já prestado o serviço; enquadram a outorga estatal no regime jurídico da permissão condicionada, de caráter contratual, com as mesmas prerrogativas da concessão; reclamam da verba honorária a que foram condenadas e esperam o acatamento da preliminar suscitada ou a reforma da sentença para afastar-se a nulidade e o caráter precário da permissão, reconhecendo-se-lhes o direito indenizatório em valor a ser apurado em primeira instância, reabrindo-se a fase probatória para tal apuração.

Rejeito a preliminar, pois inocorrido cerceamento de defesa pelo fato de não se oferecer oportunidade à parte para manifestação sobre o parecer final do Ministério Público, que aborda questão não ventilada pelas partes e é acatado pela sentença como um dos fundamentos do indeferimento do pedido exordial. Como *custos legis* o *Parquet* intervém no feito para zelar pela correta aplicação da lei, e não em defesa ou acusação da parte, para que esta venha a se defender de seu parecer.

A jurisprudência é assente no sentido de que o juiz não fica adstrito à fundamentação do pedido, podendo julgar a ação procedente ou improcedente por outros fundamentos que não aqueles invocados pelo autor ou réu, pois tal procedimento não implica cerceamento de defesa ou violação do princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte. Só não admite que o julgador se afaste dos limites em que foi proposta a controvérsia e conceda o que não foi solicitado ou condene em mais ou diferente do que foi requerido.

No mérito desassiste razão às apelantes.

A matéria identifica-se com aquela tratada na Apelação Cível nº 55.348/7, por mim relatada, cujo acórdão na íntegra é trazido pelos réus às fls.1.035/1.046 dos autos e do qual a r. sentença extraiu elementos para

concluir de forma contrária aos interesses das autoras, ora recorrentes.

Nenhum fato novo ou argumento relevante se extrai dos presentes autos a justificar a alteração da posição que manifestamos naquele julgado anterior sobre o caráter unilateral e precário da permissão vigente entre o DER/MG, o Estado de Minas Gerais e as empresas que exploram o transporte coletivo de passageiros da Região Metropolitana de Belo Horizonte, que aderiram às condições estipuladas nos termos de outorga da permissão anexos aos autos. Não deduzem as recorrentes o descumprimento de qualquer cláusula pelos outorgantes ou procedimento arbitrário da Administração, sem observância do interesse público, para buscarem indenização. Apenas reivindicam direitos à recomposição de seu patrimônio, por entenderem que a elevação das tarifas no período reclamado não atendeu à perspectiva de lucro das empresas. Deixam evidenciado o descontentamento com a política tarifária instituída, mas não apontam em que ponto estaria ela em desacordo com o termo inicial da permissão.

A permissionária recebe do Poder Público-permitente a tarefa de prestar serviço público, mediante ato administrativo unilateral, regendo-se a exploração daquela atividade por um conjunto de regras derrogatórias do direito comum, informadas por cânones publicísticos. Como já afirmamos, em torno da utilidade pública gira o instituto da permissão. O Estado-permitente tudo fará para que o permissionário proporcione ao público usuário a maior soma advinda do serviço. O reajuste de tarifas em índices elevados, para o atendimento de interesse da permissionária, não se identifica com a finalidade do instituto e inviabiliza o atendimento do fim público colimado. Na permissão, as condições de funcionamento podem e devem ser alteradas pelo Estado sempre que o exigir o interesse público. É o direito que se lhe reconhece para proceder às alterações das condições da outorga, se intimamente relacionadas com a execução dos serviços e o atendimento da finalidade pública.

Os serviços públicos visam à consecução de pretensões da coletividade, não à satisfação de interesses pecuniários dos indivíduos ou de permissionárias, sendo lícito à Administração ampliá-los ou restringi-los. Por ser ato discricionário, cabe-lhe estabelecer os limites e condições de prestação do serviço.

Alerta JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ser "flagrante a contraposição entre os interesses da permissionária e os do Estado. Ao passo que este objetiva o mais eficiente desempenho do serviço público outorgado, a permissionária pretende a obtenção de lucros elevados, pela cobrança de tarifas altas, donde o choque contínuo entre as tentativas e iniciativas reiteradas da permissionária para o aumento da tarifa e a vigilância permanente do Poder Público sobre o modo da gestão dos serviços e o *quantum* fixado pela permissionária" (*Comentários à Constituição de 1988*, v. VIII, p. 4.105).

Traça o mestre as linhas gerais do instituto:

"Considerada de maneira objetiva, na prática, a permissão para a prestação de serviço público apresenta-se com os seguintes traços inconfundíveis: existência de vínculo não contratual entre a Administração e a permissionária, quer de natureza precária - permissão simples -, quer de natureza mais estável - permissão qualificada -, pela qual a primeira incumbe à segunda a prestação de serviço público; a prestação é específica porque a outorga recai sobre determinado tipo de serviço; a outorga é *intuitu personae*, pois a Administração aprecia discricionariamente a idoneidade da permissionária, depois de haver, de modo objetivo, examinado outros requisitos fixados em lei; a prestação dos serviços é realizada pelo permissionário, em seu próprio nome; a Administração outorga ao permissionário o exercício de alguns poderes, estritamente ligados à outorga dada; o permissionário é pago pelos usuários, mediante tarifa, cujo *quantum* é inalterável unilateralmente pela empresa permissionária" (ob. cit., p. 4.106/7).

Permissão, tanto simples quanto qualificada, é, pois, ato, e não contrato, distanciando-se do instituto da concessão. Tem caráter de ato discricionário e unilateral, tanto que se sujeita a revogação, enquanto a concessão, como contrato, se rescinde. O permissionário, ao desinteressar-se pela outorga, renuncia aos seus direitos, enquanto, nas mesmas condições, o concessionário denuncia o contrato. Apesar de absolutamente essencial para a eficácia da permissão a expressa manifestação do interessado no procedimento que antecede a outorga, é ela despicienda na formação do ato de permissão, mas essa relevância não está presente nas concessões. Nelas, a validade da outorga depende de expressa participação do concessionário. O contrato administrativo que lhe assegura o direito e as condições de seu exercício só se perfaz com a sua participação.

Inúmeras são as distinções entre um e outro instituto jurídico de forma a não justificar a confusão ou entrelaçamento de ambos pretendido pelas autoras, ora apelantes para obterem "revisão de cláusulas contratuais", como ocorre no contrato administrativo. Os termos de permissão trazidos às fls. 59/62, 105/197, 147/176 deixam claras as condições impostas pelo poder outorgante e aceitas pelas permissionárias.

Há completa desnecessidade das provas requeridas para apuração dos prejuízos deduzidos, vez que não se compactua com a tese principal desenvolvida pelas autoras, afastando-se, assim, o cabimento de qualquer reparação pecuniária.

A nulidade ou não dos termos de permissão por ausência de licitação seria irrelevante para o deslinde da causa, pois se a administração outorgou a um particular a execução de serviço público, independentemente da validade ou não daquela outorga, haverá de cumprir o avençado, remunerando nos termos propostos, enquanto não anulado o ato pelos meios próprios, sob pena de beneficiar-se do ato ilegal que praticou, o que não seria admissível. O princípio da legalidade rege a atividade administrativa, mas a inobservância do mesmo pelo administrador não poderá penalizar aquele que de

boa-fé com ele contratou. O permissionário teria direitos decorrentes dos serviços prestados em face da outorga e nos termos nela previstos, se não participou em nada para a ocorrência da ilegalidade. Entrementes, não vislumbramos, no presente feito, os direitos indenizatórios reivindicados pelas recorrentes, pois que remuneradas por tarifas fixadas para o período, pelo órgão competente, na forma da outorga efetivada e da legislação em vigor.

Quanto à verba honorária, não há norma rígida sobre a fixação com base exclusivamente no valor atribuído à causa, que nem sempre é condizente com o benefício patrimonial buscado pela parte, como é o caso dos autos, em que, sem muito esforço e necessidade de perícias, pode-se avaliar que pequena compensação financeira não pretendem as autoras. O permissivo do artigo 20 do CPC dita outros critérios de valoração adotáveis pelo magistrado. Conforme anotado por THEOTONIO NEGRÃO, citando aresto do TJESP, "Nas causas de pequeno valor, os honorários podem ser fixados acima do valor atribuído a elas, *especialmente quando este não corresponder à realidade*" (grifei) (*CPC*, 26ª ed., p. 94, art. 20:31).

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - Acompanho o em. Relator e lembro-me de que também fui Revisor em um caso semelhante, entre as mesmas partes, e de que cheguei a essa mesma conclusão, após ter pedido vista, razão pela qual nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

CONSELHEIRO TUTELAR - FUNÇÃO DE CARÁTER ESPECIAL E TRANSITÓRIO - MÚNUS PÚBLICO - BUSCA DE VANTAGEM PECUNIÁRIA - INCOMPATIBILIDADE - FINS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS - MANDADO DE SEGURANÇA - IMPROPRIEDADE

- A função de conselheiro tutelar, prestada a título de colaboração cívica, tem caráter especial e transitório, sendo a remuneração facultativa, por se tratar de um múnus público, não se compatibilizando com este a busca de vantagens pecuniárias desmedidas e a insistência na obtenção de direitos trabalhistas que a lei confere aos servidores públicos e trabalhadores privados.

- O mandado de segurança não pode ser utilizado para fins patrimoniais pretéritos, não sendo substitutivo de ação de cobrança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 141.879-7/00 - Comarca de Santa Luzia - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Conselheiro tutelar - Mandado de segurança impetrado para obtenção de benefícios e vantagens salariais por equiparação a servidor público - Inadmissibilidade - Função de caráter especial e transitório, de interesse público relevante - Múnus público que não guarda coerência com busca de vantagem pecuniária, facultativa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Impropriedade do mandado de segurança para fins patrimoniais pretéritos.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 01 de fevereiro de 2000. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - A apelação é contra a sentença de fls. que denegou mandado de segurança impetrado por conselheiros tutelares do Município de Santa Luzia em busca de vencimentos em atraso, bem como outras vantagens salariais representadas pelo 13° salário, 1/3 de férias e férias vencidas que não teriam sido pagos pela Administração Municipal na época devida.

Insistem os recorrentes em se enquadrarem no conceito de servidores públicos *lato sensu*, que, embora não regidos pelo Estatuto dos Servidores Públicos, estariam beneficiados pelos direitos básicos assegurados constitucionalmente aos trabalhadores em geral, de observância obrigatória pela Administração Pública, sob pena de afronta aos princípios que a norteiam.

Anote-se, preliminarmente, que nem todos os impetrantes comprovam a condição de conselheiros tutelares no período em que reclamam as parcelas de vencimentos, restando demonstrado pelos documentos de fls. que somente os autores Abrahão Soares dos Santos, Elaine Auxiliadora dos Reis Soares, Maria do Carmo Ferreira Pereira, Vilmar Floriano da Silva e Maria de Fátima Oliveira integram a equipe de Conselheiros tutelares nomeados a partir de março/96. As demais, Regina de Fátima Pinto Augusto, Carla Regina Bitencourt Vieira, Divina Batista Ferreira, Sônia Aparecida Araújo e Sirley dos Santos Machado são carecedoras de ação por não provarem a nomeação para ocupação do cargo no qual se dizem investidas, no período reclamado. Se não provada a situação fática, impossível analisar o direito que dela decorreria.

Quanto ao mérito da causa, razão alguma assiste aos recorrentes.

O artigo 24, parágrafo único, da Lei Municipal nº 1.620/93, que atribui

remuneração aos membros do Conselho Tutelar de Santa Luzia, não tem o condão de equipará-los a servidores públicos para todos os efeitos, muito menos para a percepção de vantagens pecuniárias tal qual os servidores de carreira, por se situarem à margem do estatuto da classe. Não são eles servidores públicos nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela CF/88. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processos de responsabilidade, sendo mais conveniente equiparar tal função à de vereador ou parlamentar, vez que seu exercício decorre de eleição.

A remuneração do cargo é facultativa ao município por tratar-se de um múnus público, exercido por quem preencha os requisitos estipulados na lei de regência (art. 133 do ECA) e na lei municipal dispositiva sobre a forma de funcionamento do Conselho Tutelar. Se esta houve por bem fixar remuneração mensal a seus membros, com base em padrão de vencimento de cargo de chefia do executivo, o mesmo não ocorreu quanto aos demais direitos reivindicados (férias, 13° salário e outros), inaplicando-se à espécie as normas constitucionais invocadas pelos impetrantes.

Antes de mais nada, é preciso ressaltar a transitoriedade e o caráter especial da função, de interesse público relevante, prestada a título de colaboração à sociedade e ao Poder Público, por quem a ela se candidata em razão de seu espírito cívico, de suas presumidas virtudes morais, sua honorabilidade, e não com a finalidade precípua de obtenção de vantagem pecuniária, neste caso de caráter não essencial, devido à natureza do serviço, conforme se infere dos termos dos artigos 131 a 135 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Levando-se em conta que, em decorrência de interesses políticos, a "eventual remuneração" acaba transformando-se em permanente, tornam-se tais conselheiros figuras privilegiadas, em evidente distorção do espírito da norma, já que, além de remunerados, fazem jus ao reconhecimento da função como serviço público relevante, estabelece-se a seu favor presunção de idoneidade moral, sujeitando-se, ainda, a prisão especial, na forma do artigo 135 do ECA.

Incompatível e incoerente com o chamado múnus público a busca de vantagens pecuniárias desmedidas, a insistência na obtenção de direitos trabalhistas que a lei confere aos servidores públicos e trabalhadores privados, quando a vinculação de tais conselheiros tutelares com o Estado é sempre transitória e a título de colaboração cívica, sem caráter empregatício. Esta a *mens legis*.

A Lei Municipal n° 1.620/93, que "consolida a legislação municipal sobre a política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente...", traz expresso em seu artigo 31 que "a função de Conselheiro não gera relação de emprego com a municipalidade", afastando qualquer dúvida sobre o caráter precário da nomeação e nada dispõe sobre os direitos reivindicados por intermédio do presente mandado de segurança, por sinal incompatíveis com a finalidade desta ação constitucional, que construção pretoriana

impede seja utilizada para fins patrimoniais pretéritos, pois não seria ela substitutiva de ação de cobrança (Súmulas n°s 269 e 271 do STF).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

LICITAÇÃO - DISPENSA - AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS VARIADAS DE FORNECEDORES DIVERSOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 24, II, DA LEI N° 8.666/93 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA GRAVE - DESCARACTERIZAÇÃO

- É dispensável de licitação a aquisição, pelo prefeito, de mercadorias de espécies variadas, fornecidas por empresas diferentes e cuja destinação, bem como o valor são respeitados, conforme exigência do inciso II do art. 24 da Lei n° 8.666/93.

- Para a caracterização da improbidade administrativa que a Lei n° 8.429/92 combate, é necessária a comprovação de dolo ou culpa grave.

APELAÇÃO CÍVEL N° 144.469-4/00 - Comarca de Mutum - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Licitação - Dispensa - Aquisição de gêneros alimentícios diferentes de fornecedores diversos - Motivação adequada - Não-configuração de improbidade administrativa - Convênio - Inocorrência de prejuízo para o erário público municipal.

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, 14 de outubro de 1999. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Além do duplo grau de jurisdição obrigatório, conheço da apelação oposta regularmente pelo Município de Mutum à sentença que julgou improcedente seu pedido de ação civil movida contra Osório Teixeira Filho, que, como Prefeito em 1996, teria adquirido,

com base em convênio celebrado com a Administração Pública estadual, mas sem processo licitatório, vários gêneros alimentícios destinados à merenda escolar, no valor de R$9.058,73 (nove mil, cinqüenta e oito reais e setenta e três centavos), e em operações feitas com as empresas Prolacteos Indústria e Comércio Ltda., Cebrasil Comercial Ltda., Mercearia Solida Ltda., Trigal Alimentos Ltda. e Pedro Nunes dos Santos Ltda.

Para o Juiz sentenciante não houve prejuízo para os cofres municipais, por se tratar de mercadorias diferenciadas, cuja destinação foi respeitada, conforme exigência do inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Está o Município-apelante invocando doutrina e insistindo na alegação de afronta aos princípios da legalidade e moralidade administrativas, por falta de motivação na escolha dos fornecedores e na justificação da dispensa do certame, além de apontar o fracionamento das compras como indicativo da intenção de fraudar o processo licitatório.

Merece confirmação a sentença.

O dispositivo legal usado pelo Prefeito para a dispensa do procedimento licitatório foi o do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

"*É dispensável a licitação:*

(...)

II - para outros serviços e compras de valor até cinco por cento do limite previsto na alínea 'a' do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente".

Ora, as mercadorias eram de espécies variadas e foram adquiridas de empresas diferentes, com valores abaixo do teto de R$1.781,23 (um mil, setecentos e oitenta e um reais e vinte e três centavos), fixado pela Portaria MARE/MG nº 1.070, de 10/04/96, publicada no *DOU* de 11/04/96.

Houve, assim, adequação da espécie ao figurino legal.

A propósito, como bem lembra LUIZ ALBERTO BLANCHET (cf. *Licitação - o Edital à Luz da Nova Lei*, Juruá Editora, 1993, Curitiba, p. 185), "*por originar-se na seleção feita pelo legislador, a dispensa se consubstancia somente quando a situação concreta coincide com uma das hipóteses descritas na lei*".

Além disso, incontestável é a variedade dos gêneros alimentícios (carne, leite em pó integral, mistura para mingau, biscoitos, almôndegas e macarrão), de modo a não ensejar, necessariamente, a ilação de que poderiam ter sido fornecidos por apenas uma empresa e que, assim, teria havido fracionamento indevido do objeto contratado.

Como bem frisou o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, "*dificilmente um só fornecedor teria condições de ofertá-los*" (fls. 172).

Também houve adequada motivação para a dispensa, tendo o ordenador de despesas invocado o permissivo legal, corretamente, e merecido, a final, o abono da prova testemunhal sobre a regularidade de sua conduta.

Enfim, convém frisar que, para a caracterização da improbidade administrativa que a Lei nº 8.429/92 combate, é necessária a comprovação de dolo ou culpa grave, e isso não ocorreu nestes autos, tanto quanto com relação a prejuízos para o erário público municipal.

Razão por que nego provimento ao recurso.

Custas, de lei.

Participaram do julgamento os Desembargadores José Francisco Bueno e Hugo Bengtsson.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

DESAPROPRIAÇÃO - ÁREA EXPROPRIADA - DESTINAÇÃO - UTILIDADE PÚBLICA - RETROCESSÃO - DESCABIMENTO - APROVAÇÃO DE LOTEAMENTO - ALTERAÇÃO PELO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - LAUDO OFICIAL - PREVALÊNCIA - JUROS COMPENSATÓRIOS - JUROS MORATÓRIOS - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA - NOVA PERÍCIA - AVALIAÇÃO DA NECESSIDADE - COMPETÊNCIA DO JUIZ

- Cabe ao juiz avaliar a necessidade de nova perícia, podendo ele indeferir o pedido de sua realização, se a matéria lhe parecer suficientemente esclarecida.

- O município não pode alterar, unilateralmente, aprovação de loteamento, por via de decreto, sem o devido processo legal.

- Se o Poder Público deu à área desapropriada destinação de utilidade pública, ainda que não seja especificamente aquela constante do respectivo ato administrativo, descabe falar-se em retrocessão.

- O laudo oficial é peça indispensável e de suma importância em desapropriação, já que elaborado por profissional de confiança do Juízo e eqüidistante dos interesses em conflito, apenas devendo ser afastado ante a presença de melhor e segura prova em sentido contrário.

- Em desapropriação, são devidos os juros compensatórios, à taxa de 12% a. a., contados da prévia imissão na posse, e os moratórios, à taxa de 6% a. a., a partir do trânsito em julgado da sentença.

- Nas desapropriações é devida a incidência de correção monetária, por fazer parte do conceito de justa indenização, já que não constitui um *plus*, mas mera atualização do poder aquisitivo da moeda, devendo incidir desde a data do laudo avaliatório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 144.674-9/00 (em conexão com as Apelações Cíveis nº 143.621-1/00 e nº 144.673-1/00) - Comarca de Muriaé - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Retrocessão - Anulatória - Desapropriação. - Se o município deu destinação pública à área desapropriada, ainda que não seja, especificamente, aquela constante do respectivo ato administrativo, descabe falar-se em retrocessão. Não pode o município alterar, unilateralmente, aprovação de loteamento, via decreto, sem o devido processo legal. Todavia, há de se manter o mesmo decreto no que se refere à destinação de utilidade pública. - Na desapropriação prevalece o laudo oficial, com incidência de correção monetária a partir da data do laudo, com juros compensatórios a partir da prévia imissão de posse (Súmula nº 69, STJ) e moratórios contados do trânsito em julgado, aqueles de 1% a.m. e estes de 0,5% a.m.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO PRIMEIRO AGRAVO RETIDO, NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO..

Belo Horizonte, 04 de maio de 2000. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pelo apelado, os Drs. Caio Diram e Teresa Cristina Machado Lacerda, e, pelo apelante, o Dr. Mauro Bonfim.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Conheço do processo, em reexame necessário, bem como do recurso voluntário, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Versam os autos sobre: 1) ação anulatória ajuizada por Cia. Melhoramentos de Muriaé S/A contra o Município de Muriaé; 2) ação de desapropriação promovida por este contra aquela, em cujo feito formularam Clóvis de Freitas Janunzi, Luis Carlos Sigilião Ribeiro, Leandro Pereira Ferreira, Jair Sanches Abreu, Fernando de Paula Siqueira, Wanderley Torres, Reinaldo Dornelas e João Paulo Nunes Neves pedido de assistência; e 3) ação de retrocessão movida pela referida Cia. Melhoramentos de Muriaé contra o também citado Município de Muriaé, com improcedência dos pedidos de assistência e retrocessão e procedência dos de anulação e expropriação, aquele apenas em parte, como consta do relatório.

1. *Agravo retido* (fls. 261/263 - autos da expropriatória).

Pelo primeiro, busca a recorrente pronunciamento judicial declarando "sem qualquer efeito a eventual manifestação da Prefeitura a respeito do acabado acordo que as partes transacionaram e formalizaram na fl. 234".

Ora, pelo que se vê, a recorrente não está questionando qualquer decisão interlocutória, por inexistente na espécie, mas mero despacho de expediente, do qual, nos termos do art. 504 do Código de Processo Civil, não cabe recurso.

Assim, deste agravo retido *não conheço*.

2. *Agravo retido* (fls. 283/284 - autos da expropriatória).

Agora, através do segundo agravo retido, busca a recorrente a realização de nova perícia avaliatória do bem expropriado, eis que, a par de já anciã, teria ocorrido valorização dos imóveis da região após a produção da prova técnica.

Nos termos do art. 437 do CPC:

"O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida".

A respeito:

"O juiz pode, a qualquer tempo, sob prudente discrição, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização de prova pericial, ou reconsiderar anterior decisão que a havia dispensado" (STJ -....).

"Só ao juiz cabe avaliar a necessidade de nova perícia (...)". THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 30ª ed., Saraiva, notas 2 e 2a ao art. 437 do CPC, p. 430.

Destarte, *nego provimento* a este segundo agravo retido.

3. *Mérito.*

Acerca do ato expropriatório (Decreto nº 416/84), bem registrou o culto Sentenciante, em parte:

"Portanto, nulo é o art. 1º do Decreto nº 416, de 05/07/84, já que, sem o devido processo legal, anulou a aprovação do loteamento, ferindo de morte o direito adquirido da expropriada resultante do seu registro no Cartório Imobiliário competente.

Já, com relação ao art. 2º do mesmo Decreto, não ocorre a mesma

situação, pois, ao declarar a área de utilidade pública, para fins de desapropriação, e lá construir o Mercado Municipal, o subscritor do referido ato administrativo - Sr. Prefeito Municipal - tinha capacidade para tanto; ficou demonstrado que o objetivo é o interesse público - construção do Mercado Municipal; e que está revestido da forma legal.

Portanto, do ponto de vista formal, o art. 2º do Decreto nº 416, de 05/07/84, está perfeito, nada havendo que possa inquiná-lo de nulidade. Não restou comprovado qualquer desvio de finalidade, ausência de utilidade pública ou interesse social, ou qualquer outro requisito que pudesse viciar o ato sob o seu aspecto substancial" (fls. 202).

Realmente:

"Não é viável decretar-se a nulidade de desapropriação efetivada em hipótese que a lei não prevê, se o imóvel passou a ser utilizado pelo Poder Público em outra finalidade que autorizaria a desapropriação. Nesse caso, ocorre verdadeira desapropriação indireta, que dá lugar tão-somente a indenização por perdas e danos (*RTJ*, 108/855)" NEGRÃO, *idem*, *idem*, nota 4 ao art. 20 do Dec.-lei nº 3.365, de 21/06/41, p. 1.113.

Por seu turno, acolhendo o pedido expropriatório, o MM. Juiz fixou a indenização com suporte no laudo do perito, determinando a incidência de juros compensatórios de 12% a.a., moratórios de 6% a.a., contados da prévia imissão de posse e do trânsito em julgado da sentença, respectivamente, com atualização monetária a partir da data do laudo.

O laudo oficial é peça indispensável e de suma importância em feitos desta natureza, já que elaborado por profissional de confiança do Juízo e eqüidistante dos interesses em conflito, apenas devendo ser afastado ante a presença de melhor e segura prova em sentido contrário, que inexiste no caso presente.

Em desapropriação, realmente são devidos juros compensatórios e moratórios na forma decidida, conforme dispõem as Súmulas nºs 12, 70 e 113, dentre outras, do colendo Superior Tribunal de Justiça. A segunda, nestes termos:

"Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença".

No que se refere à incidência de correção monetária, é de se ponderar que ela faz parte do conceito de justa indenização. Não se constitui em um *plus*, mas em mera atualização do poder aquisitivo da moeda, devendo incidir desde a data do laudo avaliatório.

É que:

"... não vigora o § 2º do art. 26 do Decreto-lei nº 3.365, que só mandava incidir a correção monetária, quando decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação; esse dispositivo ficou implicitamente revogado pela Lei nº 6.899, de 08/04/81, cujo art. 1º determina que a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial inclusive sobre custas e honorários advocatícios". (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO - *Direito Administrativo*, 3ª ed., Atlas, 1993, fls. 133.)

No mesmo sentido, os doutos pronunciamentos do egrégio STF (*RTJ*, 82/992 e 92/452).

Por outro lado, dúvida não resta de que o laudo pericial levou em consideração a totalidade dos bens desapropriados, apenas fazendo menção aos ventilados 4.756,00 m² como mero critério de avaliação, justamente porque o perito levou em conta o valor dos lotes existentes na área objeto da desapropriação. E não de uma simples e única gleba.

A questão da nova perícia já foi abordada, quando da análise dos agravos retidos, sendo, portanto, desnecessárias considerações outras a seu respeito nesta oportunidade, inclusive ante o que acaba de ser explicitado.

De resto, observa-se que o digno Sentenciante, ao deixar expresso na parte dispositiva da sentença que, "satisfeito o preço, servirá esta de título hábil para a transferência do domínio à expropriante e transcrição no Registro Imobiliário", nada mais fez do que dar fiel comprimento ao § 3º do art. 182 da CF, que assim dispõe:

"As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro".

Concluindo, a meu juízo, a r. sentença bem analisou e decidiu as lides, subsistindo por seus próprios e jurídicos fundamentos, pelo que, em reexame necessário, a confirmo, prejudicado o recurso voluntário, ao se acolher, em substância, o lúcido parecer da Procuradora de Justiça, Dra. Aída Lisbôa Marinho.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO PRIMEIRO AGRAVO RETIDO. NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO AGRAVO RETIDO. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - DEPUTADO ESTADUAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA - PREFEITO - LESIVIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA - PRESUNÇÃO - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - JUIZ - COMPETÊNCIA

- O fato de a sentença ter sido publicada quando o juiz prolator já havia sido promovido, estando em outra comarca, não anula a decisão por incompetência daquele, se à época da prolação do decisório era o juiz da comarca da ação e estava investido da jurisdição necessária ao julgamento da lide.

- O prefeito municipal só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas civis, que são julgadas por juiz de direito. Assim, tratando-se de ação civil pública de reparação de danos, o prefeito não faz jus à prerrogativa de foro previsto no art. 29, X, da Constituição da República.

- O Ministério Público é parte ativa legítima para ajuizar ação civil pública, com o escopo do ressarcimento ao erário municipal das conseqüências dos atos de improbidade administrativa, que afetam o patrimônio público (Constituição da República, art. 129, III; Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, *b*). Deste modo, o fato de a Lei nº 7.347/85, com a redação da Lei nº 8.078/90, ter reproduzido o texto constitucional, que se refere, expressamente, à proteção do patrimônio público, não afasta a incidência superior da Constituição e da Lei nº 8.625/93.

- Os agentes políticos, por terem plena liberdade funcional, ficam a salvo de responsabilização por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grave, má-fé ou abuso do poder.

- A simples presunção de lesividade não autoriza a procedência do pedido inicial de ação civil pública, na hipótese de não haver prova efetiva de dano ao erário municipal.

- O deputado estadual é parte passiva ilegítima para a causa, na ação civil ajuizada em defesa da moralidade administrativa (art. 11 da Lei nº 8.429/92), na hipótese de a petição inicial não descrever a prática de ato de improbidade pelo parlamentar, mas, sim, que este poderia vir a se beneficiar de ato ilícito do Chefe do Poder Executivo Municipal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.107-7/00 - Comarca de Pedro Leopoldo - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Processo civil - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Ministério Público - Legitimidade ativa - Deputado estadual - Ilegitimidade passiva - Prefeito - Lesividade - Ausência de prova - Presunção - Condenação - Impossibilidade. - O Ministério Público é parte ativa legítima para ajuizar ação civil pública, com o escopo do ressarcimento ao erário municipal das conseqüências dos atos de improbidade administrativa, que afetam o patrimônio público (Constituição da República, art. 129, III; Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, *b*). - O deputado estadual é parte passiva

ilegítima para a causa, na ação civil ajuizada em defesa da moralidade administrativa (art. 11 da Lei nº 8.429/92), na hipótese de a petição inicial não descrever a prática de ato de improbidade pelo parlamentar, mas, sim, que este poderia vir a se beneficiar de ato ilícito do Chefe do Poder Executivo municipal. O prefeito municipal só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas civis, que são julgadas por juiz de direito. - Os agentes políticos, por terem plena liberdade funcional, ficam a salvo de responsabilização por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grave, má-fé ou abuso de poder. - A simples presunção de lesividade não autoriza a procedência do pedido inicial de ação civil pública, na hipótese de não haver prova efetiva de dano ao erário municipal.

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 INCOMPETÊNCIA DO JUIZ, DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO PARA RECONHECER A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO APELANTE, DAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Belo Horizonte, 02 de março de 2000. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentação oral, respectivamente, pelo primeiro e segundo apelante, os Drs. Paulo Eduardo de Almeida Melo e Humberto Theodoro Júnior.

O Sr. Des. Almeida Melo - Ouvi, atento, as sustentações orais produzidas pelos ilustres advogados.

Conheço dos três recursos, porque tempestivos. Regularmente preparados os dois primeiros e dispensado de preparo o terceiro.

A sentença de fls. 146/218-TJ julgou procedente o pedido inicial da ação civil pública ajuizada pela representante do Ministério Público na Comarca de Pedro Leopoldo contra os dois primeiros recorrentes, nos termos a seguir transcritos, *verbis*: "1º) condeno aos irmãos demandados, que excluam da pesquisa contestada, entitulada 'Levantamento Sócio-Econômico de Pedro Leopoldo', os quesitos 48-49-50-51-52 e 53 (quarenta e oito a cinqüenta e três) e 60-61-62 e 63 (sessenta a sessenta e três), em caso de continuidade da referida pesquisa; 2º) condeno o Dr. Ademir Gonçalves, a pagar a multa civil no valor correspondente a 1 (um) vencimento seu como Prefeito Municipal de Pedro Leopoldo; 3º) condeno o Dr. Marcelo Gonçalves, a pagar a multa civil no valor correspondente a 1 (um) vencimento seu como deputado estadual; 4º) condeno-os, solidariamente, pagarem as custas judiciais a serem apuradas e honorários

advocatícios que arbitro em 20% (vinte por cento) para cada um e incidentes sobre o valor da condenação respectiva e a serem depositados a favor do Estado de Minas Gerais" (*sic*).

Os dois primeiros recorrentes sustentam preliminar de incompetência do Juiz prolator da decisão apelada, pois, apesar de datada de 22/06/98, foi publicada em 22 de agosto de 1998, oportunidade em que o Magistrado prolator do decisório já respondia pelo cargo de Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ituiutaba, para o qual foi promovido no dia 27/06/98.

Verifico à fl. 218-TJ que a data da sentença é o dia 22 de junho de 1998, dia anterior à promoção do Sentenciante, o qual tomou posse na Comarca de Ituiutaba em 27 de junho de 1998, conforme certidão fornecida pela Diretora da Magistratura da Secretaria deste Tribunal (fls. 274-TJ).

À época da prolação do decisório, o Magistrado Otaviano José da Silveira era o Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Pedro Leopoldo e estava investido da jurisdição necessária ao julgamento da lide.

Rejeito esta preliminar.

O primeiro apelante aduz, ainda, que o Sentenciante era incompetente para julgar deputado estadual e prefeito, tendo em vista o disposto no art. 56, § 4º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, e o prescrito no art. 29, X, da Constituição da República.

Esta Corte já decidiu que "*o órgão competente para julgar os Prefeitos por infrações político-administrativas é a Câmara Municipal, sendo o Tribunal de Justiça competente para julgá-los nos crimes comuns e de responsabilidade. As demais ações em que seja parte o Prefeito Municipal inserem-se na competência dos Juízes de Direito*" (Apelação Cível nº 86.653/2, Relator o Desembargador Paulo Medina, *in* "*Jurisprudência Mineira*", 117/132).

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 2.621-PR, Relator o Exmo. Sr. Ministro Adhemar Maciel, da Segunda Turma, realizado em 15/05/97 e publicado no *DJ* de 23/06/97, assimilou o entendimento de que o prefeito só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas civis.

Do voto do eminente Relator, destaco o seguinte trecho:

"*Realmente, o art. 29, X, da CF/88, com a renumeração dada pela EC nº 01/92, não tem a amplitude que lhe querem atribuir os recorrentes, os quais pretendem transferir para o Tribunal de Justiça todas as ações propostas contra Prefeito Municipal. Como é comezinho, a Constituição estabelece o juízo natural de cada um. Sua interpretação é estrita, e não abrangente. Não cabe ao intérprete ampliar a competência constitucional*".

Tratando-se de ação civil pública de reparação de danos, o prefeito não faz

jus à prerrogativa de foro previsto no art. 29, X, da Constituição da República.

Rejeito a preliminar.

Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação popular e julgá-la o juiz que, de acordo com a Organização Judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado, ou ao Município.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, "ação popular, ainda que ajuizada contra o Presidente da República, o Presidente do Senado, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Governador ou o Prefeito, será processada e julgada perante a justiça de primeiro grau" (*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, p. 103).

Decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Petição nº 194, de São Paulo, Relator Ministro Moreira Alves:

"A competência para processar e julgar ação popular contra qualquer ato de autoridade, inclusive daquelas que em mandado de segurança estão sob jurisdição desta Corte, originariamente é do juiz competente do primeiro grau de jurisdição".

Entendo que a ação civil pública inovou, prestigiando a função institucional do Ministério Público, e a Constituição atual, na sua tendência democrática característica - como disse o Ministro Carlos Veloso, é a mais democrática de todas as Constituições -, atribuiu, no art. 129, ao Ministério Público a função institucional de promover a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social (inciso III, art. 129 da Constituição Federal).

Por isso, rejeito as preliminares relativas à incompetência e à impropriedade da ação civil pública.

Passo a apreciar a preliminar de ilegitimidade ativa para a causa sustentada pelo segundo recorrente, uma vez que se trata de uma das condições da ação.

O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, com o escopo de proteger o patrimônio público. A sua legitimação está, inicialmente, contemplada no art. 129, III, da Constituição Federal:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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".

O fato de a Lei nº 7.347, de 1985, com a redação da Lei nº 8.078/90, ter reproduzido o texto constitucional, que se refere, expressamente, à proteção do patrimônio público, não afasta a incidência superior da Constituição e da Lei nº 8.625/93.

Em decorrência do preceito

constitucional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público estabelece no seu art. 25, IV, *b*, o seguinte:

"Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e ação civil pública, na forma da lei:

(...)

b) para a anulação ou declaração de nulidades de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem".

Decidiu o egrégio STJ:

"Processual civil. Ministério Público. Ação civil pública. Dano ao erário. Legitimação ativa reconhecida.

1. Ao Ministério Público é reconhecida legitimidade ativa para, por via de ação civil pública, proteger os danos cometidos contra o patrimônio público por meio de ações ilícitas dos agentes públicos.

2. Interpretação do art. 1°, IV, da Lei n° 7.347/85, em combinação com o art. 25, inc. IV, *b*, da Lei n° 8.625/93.

3. A ação civil pública tem por objeto, também, proteção do patrimônio público.

4. Uma das funções específicas do Ministério Público é a de promover inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público (art. 129, III, da CF/88).

5. Há de se fazer com que produza eficácia a amplitude do campo de atuação do Ministério Público, conforme pretende a Carta Magna.

6. Não se concebe haver limitação imposta pelo art. 1° da Lei n° 7.347/85, não só por força do contido na Lei n° 8.625/93, art. 25, IV, mas, também, por não exaustiva a fixação da legitimidade regulada pelo referido dispositivo para a propositura da ação.

7. Recurso especial provido" (REsp n° 168.848-MG, Relator o Exmo. Sr. Ministro José Delgado, da Primeira Turma, j. em 12/05/98 e publicado no *DJ* de 03/08/98).

Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público.

Aprecio agora a preliminar de ilegitimidade passiva do segundo apelante.

Sustenta o segundo recorrente que é parte passiva ilegítima para a causa, porque não teve qualquer participação ou ingerência na gestão do Município de Pedro Leopoldo e "ainda que se entenda que a pesquisa foi realizada com desvio de finalidade, o que se admite pelo princípio da eventualidade, não existem provas nos autos que façam presumir o envolvimento do apelante no censo econômico" (*sic*).

A petição inicial narra o seguinte fato: o primeiro apelante, Prefeito Municipal de Pedro Leopoldo, celebrou, na qualidade de representante do Município, um contrato de prestação de serviços com a empresa Agromarketing Comunicação Mercadológica Ltda., com o escopo da obtenção de dados e informações que poderiam facilitar a campanha para reeleição do segundo apelante, que é Deputado Estadual.

A causa de pedir próxima indicada pela representante do Ministério Público em primeira instância encontra-se no art. 11, I, da Lei n° 8.429/92:

"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência".

A causa de pedir remota constante da petição inicial é a seguinte:

"Translúcido, que o primeiro requerido valendo-se da sua condição de agente político está utilizando camuflada e fradulentamente o intitulado Levantamento Sócio-Econômico de Pedro Leopoldo para planejar a campanha política do segundo requerido.

Com tal comportamento, os requeridos vêm fazer tábula rasa dos princípios da legalidade, moralidade e finalidade, princípios estes informadores da Administração Pública. Ademais, incorrem os requeridos em grave falta, quando, ao patrocinar, às custas dos cofres públicos, pesquisa com objetivos eleitorais, provocam sério prejuízo ao erário municipal, representando tais atos administrativos verdadeiro desvio de finalidade, consubstanciando-se, pois, em atos de improbidade administrativa" (*sic*, fls. 04-TJ).

Não foi indicada a prática de ato de improbidade pelo segundo recorrente, mas, sim, afirmado que ele seria indiretamente beneficiado por um ato de improbidade contra a moralidade administrativa, praticado pelo primeiro apelante.

A petição inicial não descreve a prática de ato de improbidade pelo deputado, mas, sim, que este poderia vir a se beneficiar de ato ilícito do Chefe do Poder Executivo Municipal.

Ainda preliminarmente, argumenta o primeiro apelante que a sua defesa foi cerceada pelo julgamento antecipado da lide.

No presente caso, a ação foi instruída apenas com a cópia do contrato de prestação de serviços celebrado entre o Município de Pedro Leopoldo e a empresa Agromarketing Comunicação Mercadológica Ltda., cópia dos quesitos constantes do "Levantamento Socioeconômico de Pedro Leopoldo" (fls. 18-TJ), além de cópias de reportagem publicadas em jornais.

A aferição da ocorrência de desvio de finalidade na contratação da

pesquisa é decorrente da análise dos mencionados documentos.

A alegação de cerceamento de defesa e da ilegitimidade passiva trata-se, *in casu*, de argumento que tangencia o mérito da demanda e que deve ser apreciado com as demais alegações de fundo, a partir do preceito segundo o qual não se decreta a nulidade sem haver lesão. Este é o motivo pelo qual desprezo a preliminar levantada pelo primeiro apelante de que haveria nulidade pelo fato de não ter sido intimado para responder ao recurso do Ministério Público.

A responsabilidade civil do agente político se caracteriza quando, no exercício de mandato e na administração do patrimônio público, age com dolo ou culpa, causando-lhe danos patrimoniais efetivos.

No caso dos autos, é imputada ao primeiro apelante postura danosa aos cofres do Município, em conseqüência da contratação de uma empresa para a realização de pesquisa, com o intuito de beneficiar indiretamente o segundo apelante, seu irmão.

Os quesitos impugnados se encontram à fl. 18-v.-TJ:

"48 - Cite alguém que é líder na sua rua.

49 - Cite alguém que é líder no seu bairro.

50 - Quem você acha que é um líder político?

51 - Quem você acha que é um líder educacional?

52 - Quem você acha que é um líder na área social?

53 - Quem você acha que é um líder na área da saúde?"

O quesito de nº 60 se refere a uma avaliação dos serviços prestados por vereador, deputado estadual, prefeito, governador e presidente.

Os quesitos seguintes são:

"61 - Qual o vereador que o representa na Câmara?

62 - Algum deputado representa Pedro Leopoldo na Assembléia Legislativa?

63 - O que deve fazer um deputado estadual para bem representar P. L.?"

Penso que o fato de tais quesitos constarem da pesquisa não autoriza a conclusão de que as informações obtidas seriam utilizadas para planejar a campanha do segundo apelante.

O administrador público, no exercício do seu mandato, deve procurar conhecer os anseios dos administrados, bem como tentar identificar quais são as necessidades da coletividade representada. O representante do povo não deve limitar-se ao seu gabinete, mas sim buscar aproximar-se da população governada, com o escopo de dar maior efetividade à sua administração. A pesquisa, quando bem feita, é instrumento válido para manter a representatividade do governante, não se limitando à aferição periódica da eleição.

Exemplo adequado desse tipo de administração é o sistema de orçamento participativo adotado na Prefeitura de Belo Horizonte, quando da administração do Sr. Prefeito Patrus Ananias.

A condenação exige a prova efetiva da existência do dano e não pode ser feita com base em mera presunção.

HELY LOPES MEIRELLES ensina que os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder (*Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993).

O ressarcimento ao erário, de quaisquer valores pagos, por força de ato que não observou preceitos obrigatórios na sua consecução, deve ser determinado quando apurado o efetivo prejuízo ao patrimônio público.

Os elementos dos autos são insuficientes para esclarecerem que a pesquisa contratada tinha por objetivo, em verdade, favorecer o segundo recorrente.

A Lei nº 8.429/92 impõe o ressarcimento integral advindo de prejuízo material, provocado pelo ato de improbidade do responsabilizado, como resulta da interpretação do seu art. 12.

A lesividade patrimonial não pode ser considerada como mera decorrência do ato ilegal, imoral ou administrativamente prejudicial, especialmente quando o dano ao patrimônio público não se enquadra nas hipóteses que autorizam a sua presunção, a exemplo daquelas contidas no art. 4º da Lei nº 4.717/65.

Não se pode admitir que a condenação à reparação do dano anteceda a prova do efetivo prejuízo aos cofres públicos, porque este é pressuposto do dever de ressarcir. Caso contrário, seria adotar a inversão da ordem natural dos fatos, sob os quais se fundamenta a aplicação da lei e a realização da justiça, para se estabelecer o resultado danoso como consectário de uma sanção sumária, que despreza a prova, a qual é elemento essencial à segura prestação jurisdicional.

A reparação do dano decorre da comprovada lesividade material causada ao ente público pelo ato considerado ilegal. Se o ato impugnado não contém o ingrediente de lesividade, sendo apenas ilegal, não enseja o ressarcimento do erário.

O aspecto de haver uma pessoa da família na condição de representante do município junto à Assembléia Legislativa, e, eventualmente, sendo sujeito da resposta ao quesito 62, dilui-se no contexto da publicidade feita, a qual se coaduna com um esquema de levantamento de dados adequado e legítimo à Administração Pública, a qual, devendo adotar a impessoalidade, não implica excluir o familiar que, coincidentemente, pelo prestígio da família, também está dotado de mandato político, da colheita dos dados.

Acolho a preliminar da segunda apelação e decreto a ilegitimidade passiva para a causa do segundo apelante, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Dou provimento à primeira apelação e nego provimento ao terceiro recurso, uma vez que julgo improcedente o pedido inicial.

Não é a hipótese de se condenar o autor no pagamento dos consectários da sucumbência, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Custas, pela lei.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Conheço dos recursos, aos seus pressupostos.

Segundo deflui dos autos, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pedro Leopoldo julgou procedente o pedido constante da ação civil pública promovida pelo Ministério Público daquela Comarca contra Ademir Gonçalves e Marcelo Jerônimo Gonçalves, *ut* sentença de fls. 146/218-TJ.

A preliminar de incompetência do Juiz prolator da sentença não merece provimento, visto que a decisão foi publicada em 22 de agosto de 1998, quando o digno magistrado já exercia a função de Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ituiutaba, para a qual foi promovido no dia 27 de junho de 1998. A data da sentença é de 22 de junho de 1998, anterior à promoção do d. Sentenciante.

Desprezo a primeira preliminar.

No que pertine à preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública para fins de proteger patrimônio público, igualmente a mesma não tem o condão de prosperar, eis que a legitimação do órgão ministerial encontra suporte no art. 129, inciso III, da Constituição Federal, e no art. 25, IV, *b*, da Lei Orgânica do Ministério Público.

Rejeito, pois, a segunda preliminar.

A prefacial do segundo apelante de que é parte passiva ilegítima, tenho que a mesma está a merecer acolhimento.

Assim se conclui porque o deputado estadual não pode figurar no pólo passivo da demanda (ação civil pública), aforada em prol da moralidade administrativa, a teor do que dispõe o art. 11 da Lei nº 8.429/92, quando a peça inaugural é omissa no que diz respeito ao ato de improbidade do parlamentar.

Lado outro, a preliminar do primeiro apelante de que o d. Sentenciante era incompetente para julgar deputado estadual e prefeito, a teor do que dispõem os artigos 56, § 4º, da Constituição Estadual, e 29, X, da Carta Federal, forçoso é admitir que o órgão competente para julgar os prefeitos por infrações político- administrativas é a câmara municipal, sendo o Tribunal de Justiça competente para julgá-los nos crimes comuns e de responsabilidade, com o realce de que as demais ações

em que figura como parte o prefeito municipal se inserem na competência do juiz de direito.

Ora, versando a espécie sobre ação civil pública sobre reparação de danos, o prefeito não detém a prerrogativa de foro estatuído no art. 29, X, da Carta da República.

A preliminar de cerceamento de defesa em decorrência do julgamento antecipado da lide confunde-se com o mérito e como tal deve ser apreciada.

Como bem enfatiza o eminente Relator, "a responsabilidade civil do agente político se caracteriza quando, no exercício de mandato e na administração do patrimônio público, age com dolo ou culpa, causando-lhe danos patrimoniais efetivos".

Imputa-se ao apelante Ademir Gonçalves ter o mesmo causado danos ao erário, pelo fato de ter contratado empresa para a realização de pesquisa com a finalidade de beneficiar indiretamente o seu irmão Marcelo Jerônimo Gonçalves, segundo apelante.

Todavia, não restou provado nos autos, para fins de responsabilidade civil, que a aludida pesquisa, efetivamente, se destinava a favorecer o segundo apelante.

Na real verdade, a reparação do dano está a exigir a comprovada lesão material causada ao ente público com a prática de ato ilegal. Se tal ato não contém o conteúdo da lesividade, sendo apenas ilegal, não há que se falar em ressarcimento aos cofres públicos.

Com tais considerações, provejo o segundo recurso e, por conseqüência, decreto a ilegitimidade passiva do segundo recorrente, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, provendo, de igual modo, o primeiro apelo, nos termos deste voto, e nego provimento ao recurso intentado pelo órgão ministerial, visto que tenho como improcedente o pleito contido na ação civil pública intentada.

Custas, *ex vi legis*.

É como voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Sr. Presidente. Ponho-me de acordo com o Relator, em todos os seus termos.

É sabido de todos que o Ministério Público é parte legítima, tem legitimidade ativa para propor ações civis públicas que visem à proteção do patrimônio público.

É torrencial a jurisprudência nesse sentido, pelo que também desprezo a preliminar.

Quanto ao primeiro apelo, quero frisar que, segundo vetusto, mas sempre atual brocardo latino, *provare opportet non sufficit dicere*, o Ministério Público, em que pese a sua intenção de se bater pela moralidade pública, não conseguiu trazer aos autos elementos hábeis à procedência da ação.

Se assim é, provejo a apelação

do primeiro recorrente e, quanto ao segundo, reconheço a sua ilegitimidade *ad causam* passiva, ou seja, para figurar em pólo passivo da ação e quanto à apelação do Ministério Público, por via de conseqüência, nego-lhe provimento.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZ, DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO PARA RECONHECER A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO APELANTE, DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

-:::-

ALIMENTOS - PROPOSITURA - FILHO MAIOR PORTADOR DE SÍNDROME DE PÂNICO - POSSIBILIDADE

- Correta é a decisão que fixa pensão alimentícia em 30% dos ganhos líquidos do alimentante, incluído o 13º salário, quando comprovado que o alimentado padece da síndrome do pânico, portador de personalidade frágil, como demonstrado na perícia a que fora submetido e no quadro fático levado aos autos, com rejeição do pai desde o nascimento, que apenas compulsoriamente cumprira seu dever com o reconhecimento judicial da paternidade, e, destarte, ante tal quadro circunstancial, não se pode afirmar que esteja o mesmo curado e não necessite mais do amparo dos genitores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 148.177-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Apelação cível - Ação revisional de alimentos proposta por filho maior de idade contra o genitor - Possibilidade - Autor portador da síndrome do pânico ou ansiedade paroxística episódica - Perícia que afirma categoricamente a possibilidade de recidiva - Apelação do alimentante improvida.

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, 14 de dezembro de 1999. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - Trata-se de apelação contra sentença do MM. Juiz de Direito da 7ª Vara de Família da Capital, que julgou procedente, parcialmente, ação revisional de alimentos proposta contra J.O. por G.I.S.

Propugna o apelante pela exoneração total dos alimentos uma vez que o alimentante já contava, por ocasião do recurso, 24 anos de idade, conquanto o Magistrado tenha entendido que era estudante e padecia da síndrome de pânico.

Entende o apelante que, de acordo com o laudo pericial, o recorrido já está curado dessas neuroses fóbicas e tem condições para prover o seu próprio sustento, e, quanto a ser estudante universitário, o mesmo vinha demonstrando incapacidade de concluir o curso, pelo que pede a exoneração total de alimentos ou, se assim não se entender, que sejam fixados em 10% dos proventos do recorrente.

Por sua vez, o recorrido afirma que a síndrome do pânico ou o transtorno do pânico, embora aparentemente curada, poderia voltar a se manifestar, o que tem acontecido com freqüência, e uma das causas para essa síndrome, que já se transformou em doença, foi a rejeição sistemática do pai, cuja paternidade foi reconhecida pela justiça, com uma dolorosa peregrinação pelos tribunais.

O recurso é próprio, tempestivo e dele conheço.

Tendo atingido o recorrido a maioridade, a questão se resume em saber se a síndrome do pânico que atormenta o alimentado é de natureza tal que o impeça de trabalhar e concluir o seu curso universitário, a manter o seu direito à prestação de alimentos pelo seu genitor.

A síndrome do pânico ou transtorno do pânico é matéria que atormenta não só os leigos na condição na qual eu me ponho, mas também os próprios especialistas da matéria. Para melhor me situar, recorri à Internet e encontrei alguns textos de psiquiatras de renome, dentre eles os Drs. Paulo Gaudêncio e Artur Thiago Escarpato.

Nessas pesquisas não encontrei nenhuma afirmação categórica de que a síndrome do pânico seria curável definitivamente, isto é, feito o tratamento clínico e medicamentoso, o paciente nunca mais viria a ter essa síndrome, que é definida no Aurélio como um "conjunto de sintomas ligados a uma entidade mórbida e que constitui o quadro geral de uma doença" (1ª ed., 15ª impressão, p. 1.304). Aliás, o dicionarista após definir o que era síndrome deu exemplo de diversos transtornos, mas não chegou à síndrome de pânico. A que mais se aproxima dela é a "síndrome geral de adaptação", denominação dada pelo fisiologista austríaco Hans Selye (1907) às reações orgânicas inespecíficas em resposta ao traumatismo e ao *stress*.

Em uma dessas páginas em que eu não identifiquei o nome do autor ou autora, colhi o seguinte: a síndrome do pânico, "*também conhecida como distúrbio ou transtorno do pânico, cujo nome real é ansiedade paroxística, é um Episódica, é um tipo grave de ansiedade que acomete de 2 a 4% da população mundial*".

"*Nitidamente diferente de outros tipos de ansiedade, é potencialmente incapacitante, porém pode ser controlada e mesmo curada com tratamentos específicos e corretos*".

"*A maioria das pessoas que tem uma crise de pânico pode vir a ter outras, especialmente se não recebeu o tratamento adequado. Quando passa a ter crise repetida num determinado período, diz-se que tem a síndrome do pânico*".

Em resposta aos quesitos suplementares apresentados pelas partes, o perito, Dr. Demercindo Brandão Neto, assim respondeu ao segundo quesito formulado pelo réu: "Resposta: o surto apresentado foi curado. Não há como prever ocorrência ou não de eventual novo acometimento". Ao quesito 4°, sobre se poderia o recorrido se dedicar ao trabalho e aos estudos: "Sim, no momento não há limitações a essas atividades".

O autor formulou um único quesito que abrange todas aquelas situações, objeto da perícia, e que é o seguinte: "1 - pessoas com 'personalidade frágil' passam, nos diversos momentos da vida, por fases melhores (onde há autoconfiança, auto-estima, etc., estão mais fortes) e por outras piores (de depressão, angústia, tristeza etc.). Nesses momentos, piores, estariam essas pessoas sujeitas a recaídas ou a novas crises do distúrbio do pânico?".

A resposta foi lacônica: "Sim".

Submetido a essa pressão, desde o seu nascimento, com reconhecimento compulsório de sua paternidade, sofrendo rejeição do pai, que, somente compulsoriamente, cumpriu o seu dever de pai, tendo personalidade frágil como demonstrado na perícia a que foi submetido e no quadro fático trazido para os autos, evidente que com sã consciência não se pode afirmar que esteja o mesmo curado e não necessite mais do amparo dos genitores, seja facultativamente, seja obrigatoriamente como ressume dos autos.

Por esta razão, não merece censura a sentença do Juiz que estabeleceu a pensão alimentícia em 30% dos ganhos líquidos do recorrente provenientes dos seus proventos de aposentadoria, incluído o 13° salário, uma vez que o alimentante não tem encargo de família e mora em imóvel próprio, além de ocupar lugar proeminente na vida social de Belo Horizonte.

Com estes fundamentos, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CIRURGIA - HOSPITAL PÚBLICO - DEFEITO NOS EQUIPAMENTOS CIRÚRGICOS - LESÕES GRAVES AO PACIENTE - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - DANO ESTÉTICO - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - VERBAS REPARATÓRIAS - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO - DENUNCIAÇÃO DA LIDE PELO ESTADO - ADMISSIBILIDADE

- Em face de sua responsabilidade objetiva, estabelecida no § 6° do art. 37 da CF/88, é o Estado parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de indenização, visando ao ressarcimento de danos causados a paciente, em razão de cirurgia realizada em hospital público, com médicos pertencentes ao quadro de servidores públicos, estatutários ou contratados, ou autônomos autorizados a nele prestar serviços, sendo devida a indenização pleiteada, máxime quando provado que as lesões, graves e irreversíveis, sofridas pelo paciente, foram resultantes de erro cirúrgico proveniente de defeitos nos equipamentos fornecidos pelo Estado.

- Versando a ação indenizatória sobre responsabilidade objetiva do Poder Público, inexiste qualquer vedação legal para que este exercite o direito de denunciação à lide, nos moldes estabelecidos na lei processual, hipótese em que, nesta segunda lide, se cogitará da demonstração de culpa do denunciado em sentido amplo.

- O dano moral e o dano estético não constituem pagamento da dor, mas tão-somente forma limitada de se procurar reparar o mal causado, de modo material e pecuniário, servindo muito mais como advertência ao responsável pelo dano, para que não venha a produzir outros mais graves no porvir.

- É admissível a cumulação do dano moral puro com o dano estético.

- Em ação de indenização, afigura-se correta a fixação das verbas reparatórias e de honorários de advogado, se as mesmas obedeceram a critério seguro e equilibrado, que deve nortear a espécie em referência.

APELAÇÃO CÍVEL N° 149.930-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Ação de indenização por dano material, moral e estético - Erro cirúrgico decorrente de defeitos nos equipamentos fornecidos pelo Estado - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2000. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Trata-se de reexame necessário e de recursos voluntários à r. sentença de fls.

383/396-TJ, que julgou procedente o pedido inicial na ação de indenização que Luciana dos Reis Santos move contra o Estado de Minas Gerais, objetivando o recebimento de dano moral e de danos materiais, sob a alegação de que foi internada no Hospital Militar, nesta Capital, para cirurgia de correção de mama, tendo ficado tetraplégica e inconsciente em decorrência de grave erro médico.

A r. sentença, ao acolher o pedido inicial, considerou que os valores constantes do pedido constituem apenas um referencial e reconheceu o direito da autora à reparação pelo dano físico (dano emergente) e pelo dano moral (estético e moral puro), condenando o Estado de Minas Gerais a pagar à autora todas as despesas realizadas com seu tratamento, nelas incluindo tratamento médico de qualquer natureza, remédios, despesas com deslocamentos, fisioterapia, fonoaudiologia, exames e aparelhos, tudo conforme se apurar por liquidação por artigos. Condenou ainda o Estado ao pagamento de todas as despesas com tratamento médico-hospitalar, presente e futuro. Condenou, mais, ao pagamento por dano patrimonial (perda total e definitiva da capacidade laborativa e de prover o próprio sustento), correspondente a uma pensão mensal fixada em 06 (seis) salários mínimos, a contar da data da cirurgia, acrescidas as parcelas vencidas de juros e correção monetária. Finalmente, condenou o mesmo Estado ao pagamento da indenização pelo dano moral em R$50.000,00 (cinqüenta mil reais) e pelo dano estético em mais R$50.000,00 (cinqüenta mil reais), além das despesas processuais e os honorários advocatícios, que arbitrou em R$10.000,00 (dez mil reais).

Julgou improcedente a lide secundária e, em face disto, condenou o réu-denunciante ao pagamento de igual valor a título de honorários advocatícios do denunciado.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, consoante razões de fls. 398/416-TJ, sustentando, em apertada síntese, a integral reforma da r. sentença.

Apela também a autora (fls. 418/425-TJ), sustentando a condenação do réu ao pagamento de 1.000 salários mínimos a título de dano moral e R$968.368,00 a título de danos materiais, além de pedir a majoração dos honorários para 20%.

A douta Procuradoria de Justiça, em criterioso parecer de fls. 458/463-TJ, opina pelo parcial provimento do recurso da autora para que seja majorado o valor da indenização por dano material e estético, e pelo desprovimento do recurso do Estado de Minas Gerais.

Conheço da remessa e dos recursos voluntários.

A prova dos autos deixa claro e sem qualquer retoques um quadro dramático. Uma jovem adolescente, no fulgor de sua idade, com apenas 18 anos de idade, se submete a uma simples cirurgia de correção de mamas e

sai dela inconsciente, tetraplégica e absolutamente incapaz de mover e de gerir sua pessoa e bens.

Trata-se de lesões graves e irreversíveis, como amplamente provado nos autos.

A prova testemunhal e a prova pericial deixaram claro que a causa do acidente cirúrgico ocorreu por substituição dos aparelhos anestésicos e em decorrência de defeitos nestes aparelhos.

A Sociedade de Anestesiologia de Minas Gerais constatou que o aparelho respiratório apresentava defeitos e que o vaporizador também os apresentava.

O réu não fez prova suficiente de culpa do médico anestesista, como bem demonstrado da r. sentença.

Também, a douta sentença fixou a condenação, seja por dano patrimonial, seja por dano emergente e por dano moral e estético, dentro de um equilíbrio justo, mormente considerando que a autora, ainda muito jovem e estudante, perdeu qualquer condição para prover o seu próprio sustento e bem assim perdeu toda a sua capacidade laborativa.

Aquela que antes era uma jovem alegre e capaz (fls. 16/23-TJ), ficou inutilizada, numa cama ou numa cadeira de rodas, necessitando do auxílio de outras pessoas para se alimentar e para os menores atos de sua vida.

O dano moral e o dano estético não constituem pagamento da dor, mas uma forma limitada de procurar reparar o mal causado de forma material e pecuniária, servindo muito mais como uma advertência ao responsável pelo dano, para que não seja causador de danos futuros maiores.

A fixação das verbas reparatórias obedeceu a critério seguro e dentro do equilíbrio que deve nortear as decisões deste tipo, sem qualquer exacerbação diante do quadro humano de profunda tristeza.

Os honorários advocatícios foram fixados nos limites equânimes do valor da reparação.

Com tais considerações e adotando os doutos fundamentos da r. sentença do primeiro grau, confirmo-a em seus próprios termos, tendo como prejudicados os recursos voluntários, recomendando a publicação desta sentença por seu alto conteúdo didático.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

SENTENÇA

Vistos, etc.

1 - Relatório.

L.R.S., qualificada na inicial, representada pelos seus pais, propôs a presente ação de indenização contra o Estado de Minas Gerais, alegando que foi, na tarde do dia 07 de fevereiro de 1995, internada no Hospital Militar, nesta Capital, para submeter-se a uma cirurgia de correção das mamas.

Diz que a equipe médica se utilizou de exames pré-operatórios realizados pela autora, em meados do ano anterior, quando de uma outra cirurgia a que se submeteu naquele mesmo nosocômio, tendo o procedimento cirúrgico sido iniciado entre 07h30m e 08 horas do dia 08/02/95:

que, depois das 11h30m, a mãe da autora abordou o Dr. Marcelo Latorre, cirurgião que realizava a operação, que informou que a autora tinha sofrido uma parada cardíaca durante o ato cirúrgico, mas que haviam conseguido recuperá-la e que tinha terminado a cirurgia;

que, dentro da sala de cirurgia, foram dadas doses excessivas de anestésico na hora da troca dos equipamentos durante a cirurgia, conforme atesta o exame de corpo de delito;

que foi cometido um erro médico e, mais, tetraplégica e inconsciente, a autora ainda chegou a contrair pneumonia enquanto se encontrava no CTI do HPM.

Continua a postulante dizendo que recebeu alta em meados de abril de 1995, encontrando-se, desde então, na casa de seus pais, com seu quadro inalterado;

que adentrou na sala de cirurgia com plena saúde, sendo uma pessoa normal e sem qualquer limitação;

que estão configurados os danos moral, estético e patrimonial, o sofrimento proveniente das dores físicas, o sofrimento de perder a qualidade de vida, pois está a autora impossibilitada de exercer diversas atividades;

que ficou incapacitada para exercer qualquer atividade laborativa, e as lesões sofridas são irreversíveis, não havendo nenhuma possibilidade de recuperação, pois foi caso de lesão cerebral, estando tetraplégica, precisando constantemente dos cuidados da família durante 24 horas diárias;

que o Estado é responsável por dano causado a paciente em hospital estadual, por negligência de seus funcionários durante a cirurgia feita na autora, sendo que os elementos subjetivos que caracterizam a culpa ficaram patentes;

que os médicos cometeram erros primários, pois trocaram aparelhos durante a cirurgia sem a devida cautela, o que veio ocasionar toda a tragédia que caiu sobre a autora e sua família.

Por fim, requer que o réu seja condenado a pagar-lhe o valor de 1000 salários mínimos a título de dano moral, e R$968.388,00, a título de danos materiais.

Foram juntados os documentos de fls. 08/94.

O Estado de Minas Gerais apresentou sua contestação, às fls. 98/110, aduzindo:

1) Preliminarmente:

que o Estado é parte ilegítima *ad causam*, porquanto o "possível" acidente anestésico, alegado como causa ensejadora da incapacidade da autora, não foi perpetrado por funcionário do Estado, senão pelo Dr. Nagib Jorge Murad, que mantinha com o Hospital Militar apenas um contrato de prestação de serviço médico; como se vê, o contrato entre o Hospital Militar e o anestesista que assistiu a paciente na cirurgia não previa esse tipo de procedimento médico;

que o § 6º do art. 37 da CF estabelece a responsabilidade do ente público pelos danos que seus agentes causem, nessa qualidade, não cominando essa responsabilização por ato de terceiros.

Continua o contestante dizendo que, no caso em espécie, não houve por parte do Estado, através de seus agentes, nenhuma participação no evento danoso, e, assim, pretender-se a responsabilização do Estado é flexionar o dispositivo constitucional ao limite do inaceitável.

2) No mérito:

que não se acha demonstrado o imprescindível nexo de causalidade, que faria surgir a responsabilização estatal; o nexo etiológico apresenta-se como vínculo cogente, necessário e imprescindível na gênese do vínculo jurídico - a constatação do dano provocado e de sua imputação à pessoa do agente;

que não há comprovação de que o estado de saúde hoje vivenciado pela autora decorreria de qualquer tipo de culpa que pudesse ser imputada ao agente estatal, senão a um doloroso caso fortuito, muito embora a medicina atual esteja apta a enfrentar situações emergenciais em procedimentos cirúrgicos, certo é que qualquer intervenção dessa natureza implica risco para o paciente, e esse risco não pode ser desconsiderado *in casu*;

que os autos demonstram que todas as etapas médicas foram cumpridas na preparação do procedimento cirúrgico a que iria se submeter a menor L.

Também a prova demonstra que a cirurgia transcorria sem qualquer problema, até que a paciente sofreu abrupta parada respiratória, sendo que todos os esforços foram envidados no sentido de impedir que houvesse seqüelas; entretanto esse desiderato não foi alcançado;

que o anestésico utilizado na autora - halotano - é o anestésico inalatório mais freqüentemente empregado, sendo uma droga praticamente inofensiva, que é utilizada anualmente em milhões de cirurgias, com seguro êxito;

que ficou constatado, através de exame pericial realizado imediatamente após a cirurgia, que o aparelho de

anestesia que, no curso da cirurgia, passou a ser utilizado, em substituição ao que anteriormente estava conectado à paciente, era novo e estava em perfeitas condições de funcionamento, o que foi comprovado através de laudo;

que o anestesista que atuou na cirurgia da autora, Dr. Nagib Jorge Murad, era contratado pelo Sistema de Saúde da PMMG, na condição de profissional autônomo. Quando da contratação, efetivada por processo de inexigibilidade de licitação e regido pela Lei Estadual nº 944/87, o referido médico comprovou estar habilitado legalmente para o exercício da medicina na especialidade anestesiologia;

que, no presente caso, a autora postula tão-somente danos morais, sem repercussão patrimonial, o que a rigor, na esteira do posicionamento jurisprudencial, não pode ser implementado;

que cabia à postulante trazer aos autos os contornos da dor, as justificativas, a fim de que a fixação da indenização não redunde em mero arbítrio do julgador, dando-se oportunidade a que a parte contrária pudesse se contrapor;

que, no que pertine ao pedido de danos materiais, na exorbitante quantia de R$968.388,00 para a formação de um capital passível de propiciar renda mensal, não tem razão: a uma, porque o Estado de Minas Gerais não se submete a formação de um capital para garantia de renda futura; a duas, porque a autora não justifica o porquê do valor apontado como devido; a três, porque, anteriormente ao evento, não exercia a postulante qualquer tipo de atividade remunerada;

que, se houver condenação em dano material, o parâmetro a ser utilizado deve ser um salário mínimo, porque esse é o valor apontado pela jurisprudência em casos como os da espécie;

que o Estado de Minas Gerais, em cumprimento às exigências legais, oferece, em apartado, a denunciação contra o Dr. Nagib Jorge Murad, médico anestesista, requerendo desde logo a sua citação para que possa integrar a lide.

Termina o Estado por requerer o acolhimento da preliminar, com a decretação da carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam*, ou que a ação seja julgada improcedente, se se chegar ao exame do mérito.

Foram juntados os documentos de fls. 112/149.

Às fls. 151/156, o Estado denuncia à lide o médico Dr. Nagib Jorge Murad, aduzindo:

que, sob o respaldo da atual Carta Magna, a culpa objetiva não impede que o responsável jurídico denuncie na lide o causador do dano para que lhe possa exigir o *quantum*, em regresso. É a consagração do princípio da economia processual, que o Direito não pode e não deve repelir;

que, no caso em tela, o fundamento da lide - erro médico por excesso

de anestésico - só pode ser imputado ao denunciado, que era o médico anestesista que acompanhou a autora no curso da cirurgia;

que, de acordo com a legislação referente à responsabilidade pessoal do médico, por qualquer incidente anestésico ocorrido em cirurgia em que atuou, tem o Estado o direito de, se vier a ser condenado, voltar-se contra o causador do dano, regressivamente, para que se possa ver ressarcido dos prejuízos que vier a suportar com o pagamento da indenização.

Ao final, requer, se o Estado for responsabilizado, seja o denunciado condenado a pagar regressivamente os valores despendidos.

Às fls. 158/168, a autora apresentou impugnação à contestação do Estado, refutando as preliminares e citando jurisprudência e doutrina que corroboram sua tese.

O Ministério Público, às fls. 174/179, apresentou parecer interlocutório, opinando pelo afastamento das preliminares elencadas pelo Estado e pelo deferimento da denunciação à lide do médico Jorge Nagib Murad.

Despacho saneador às fls. 181/182, afastando as preliminares argüidas e deferindo a denunciação à lide.

Às fls. 187/190, agravo retido do Estado, contra a decisão que não acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva.

Contestação do litisdenunciado às fls. 203/214, aduzindo:

que, a partir do momento em que a autora fundamenta seu pedido na responsabilidade objetiva do Estado, mais especificamente em falhas nos equipamentos utilizados, conforme argumenta na inicial, determinou a autora os limites da lide; portanto, incabível a denunciação, especialmente porque a responsabilidade por problemas nos referidos equipamentos é do Estado, e não do médico;

que o ato cirúrgico se aproximava do fim, quando o litisdenunciado foi informado pelo Dr. Walton Albuquerque, médico militar, da necessidade do capnógrafo, que estava sendo utilizado pelo litisdenunciado para monitorar a autora, para a utilização em outro procedimento cirúrgico, no qual a utilização de monitorização através do capnógrafo seria essencial;

que, decorrido certo tempo da troca dos aparelhos, o litisdenunciado verificou que a ventilação não estava adequada e havia dificuldade para o ajuste da ciclagem mecânica do ventilador, quando então foi solicitada a presença, na sala cirúrgica, do médico Edson Bruno de Oliveira, chefe do serviço de anestesia do HPM, que auxiliou na regulagem do ventilador do aparelho.

O litisdenunciado menciona jurisprudência a favor de sua argumentação e elencou os fatos acontecidos no dia da cirurgia da autora e nos dias subseqüentes, concluindo por requerer que seja excluído da lide ou que, no mérito, seja julgado improcedente o pedido.

O Estado apresentou, às fls. 216/218, impugnação à contestação do litisdenunciado, refutando os argumentos apresentados.

À fl. 219, decisão repelindo a preliminar argüida pelo litisdenunciado, pois se envolve com o mérito.

Foram deferidas provas orais e pericial médica.

Laudo pericial às fls. 257/276, complementado às fls. 289/291, para atender a pedido de esclarecimentos, sendo que as partes tiveram vista do mesmo.

Na audiência de instrução e julgamento (fls. 316/322), foram ouvidas três testemunhas arroladas pela autora; em continuidade (fls. 327/339), foram ouvidas três testemunhas arroladas pelo denunciado.

Substituídas as razões orais por memoriais, o do Estado de Minas Gerais se encontra às fls. 342/360; o do litisdenunciado, às fls. 362/366; e aquele da autora às fls. 368/371, cada uma das partes propugnando em prol da sua tese.

A Dra. Promotora trouxe aos autos o seu bem lançado parecer (fls. 273/281), no qual, após análise do processado, opina pela procedência parcial do pedido (tendo em vista o valor pedido a título de indenização), condenando-se o requerido a indenizar a vítima, em virtude do dano patrimonial (dano emergente e lucro cessante) e do dano moral e estético; opina, também, S. Exa. pelo reconhecimento da culpabilidade do litisdenunciado.

Feito o relatório, passo a fundamentar e decidir.

2 - Fundamentação.

A preliminar de ilegitimidade passiva do Estado foi repelida, como consta à fl. 181, e também a de que descabe a denunciação à lide quando o pedido se funda na responsabilidade objetiva, oposta pelo denunciado.

Por certo que não é o Estado parte passiva ilegítima, pois a cirurgia se deu no Hospital Militar, com médicos de seu quadro de servidores públicos, estatutários ou contratados, ou autônomos, autorizados a ali prestarem serviços, não tendo sido sequer alegado que o médico anestesista tenha sido livremente escolhido pela paciente, estranho ao corpo médico do HPM.

A questão do contrato do anestesista com o HPM é *res inter alios*, pelo que não diz respeito à autora; se exerceu funções no estabelecimento, estava autorizado a tanto, teve a expressa anuência do Poder Público, pelo que se assemelha à situação de preposição, o que leva também à responsabilização.

É objetiva a responsabilidade do Hospital Público, nos precisos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mesmo que contratado o médico como profissional autônomo; de resto, coube ao Hospital a escolha e a permissão para o trabalho do médico no estabelecimento.

Desimportante, para a autora, que o contrato com o médico anestesista previsse atendimento ambulatorial e pequenas cirurgias ambularoriais; se participou de uma cirurgia não ambulatorial, não o fez na calada da noite; portanto, ou teve anuência do Hospital, ou este descurou do seu dever de fiscalização e vigilância, e o resultado é o mesmo.

Ao paciente é que não cabe indagar qual o tipo de relação jurídica existente entre o Hospital e os seus médicos.

JORGE BUSTAMENTE ALSINA, no seu *Responsabilidad Civil y Otros Estudios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, v. III, p. 230/231, ao tratar da responsabilidade das clínicas médicas, lembra que não é necessário que exista uma relação de dependência ou subordinação, pois, quando a entidade se obriga à prestação de serviço médico por meio de seu corpo profissional, é responsável não só pela prestação do serviço, mas também por que este seja prestado em condições tais que o paciente não sofra dano por deficiência da prestação prometida.

Por outro lado, inexiste qualquer vedação legal para que o réu exercite denunciação à lide, quando versar o pedido sobre responsabilidade objetiva, como quer o denunciado.

Reitera-se, então, o desacolhimento das preliminares, restando examinar o mérito.

As lesões sofridas pela autora são indiscutíveis e irreversíveis, como provado nos autos e fartamente demonstrado pela ilustre Dra. Perita, e ocorreram durante prática cirúrgica realizada no Hospital Militar.

Provado, pois, o dano físico, com incapacitação total e definitiva.

Demonstrado o nexo causal, pois as lesões se deram no decorrer de ato cirúrgico.

Nenhuma a culpa da vítima, nem ocorrido fortuito ou força maior.

Tendo a lesão ocorrido em estabelecimento público, durante ato cirúrgico realizado pela equipe médica do Hospital, o Poder Público só poderia eximir-se em caso de culpa da vítima, fortuito ou força maior. Nada disso está demonstrado.

Insofismável, portanto, o dever de indenizar do Estado.

Jovem a autora, com 19 anos, quando dos fatos, estudante, teve tolhido o seu futuro, e não tem e nem terá, no atual estágio da medicina, condições de prover o próprio sustento, que deverá ser provido pelo Estado. Configurado, então, o dano físico, patrimonial (incapacidade laborativa total).

Argumenta, também, a inicial que a autora teve sofrimento proveniente das dores físicas e por perder a qualidade de vida (dano moral); também dano estético, pois, além de impossibilitada de andar, ler, escrever, etc., perdeu o sentido da vida.

Realmente sutil e de difícil apreensão, às vezes, a distinção entre o

dano moral puro e o dano estético; este se reflete em cicatrizes, em deformidades, em marcas físicas, daí ser catalogado por alguns como dano físico, embora outros doutrinadores o insiram na espécie de dano moral.

Não vemos como necessário nos alongarmos na discussão sobre a natureza do dano estético, embora muito sedutora a questão.

O que importa é que a jurisprudência mais atualizada se inclina pela possibilidade de cumulação do dano moral puro com o dano estético (conferir lições de YUSSEF SAID CAHALI, *Dano Moral*, Ed. RT, 2ª ed., 1998).

Menciona CAHALI artigo de Rodolfo Valença Hernandes, trazido a lume na *RT*, 655/239, em que fica bem acessível a distinção entre o dano moral e o dano estético:

"O dano estético distingue-se do dano moral.

O primeiro - dano estético - está voltado para fora, vulnera o corpo, atinge, desfigura a silhueta, a beleza, a plástica, corresponde ao *patrimônio da aparência.*

O segundo - dano moral - é intrínseco, está voltado para dentro, afeta os sentimentos, macera a alma, penetra nos domínios da emoção, incorpora-se ao psiquismo, integra a essência do ser: constitui o *acervo da consciência*" (destaques do original).

Quanto ao dano puramente moral, a dor, a perda da qualidade de vida, de expectativas, o sofrimento pela invalidez, não se pode afirmar que não as tenha a infeliz autora; não chegou ao conhecimento humano a tal ponto para descartar que uma pessoa tenha perdido todas as funções cerebrais, em situações como a descrita nos autos.

Não se comunica a autora, ou não é capaz de externar sua vontade, como afirmou a Dra. Perita, mas até de comas profundos se tem notícia da "volta" de pacientes.

Destarte, não se pode excluir que esteja sofrendo moralmente a autora, apenas porque não consegue comunicação com o mundo exterior.

Basta imaginarmos que nos encontremos em situação semelhante, como bem lembrado em trecho do v. acórdão do TACívRJ, de 06/04/95 (cit. por YUSSEF SAID CAHALI, *op. cit.*, p. 245):

"Ademais, ninguém pode sentir as dores de outrem, mas ninguém ignora que as sofreria, em condições idênticas".

A jovem autora ficou com lesão encefálica grave, e a Dra. Perita (fls. 264) a encontrou "sem contato com o meio ambiente", "em uso de equipamentos de fisioterapia", "não é capaz de andar", "em uso de fraldas, emagrecida", "atrofia muscular generalizada", "sem condições de expressar suas vontades mais primárias".

Então, as lesões trouxeram deformidade física ou estética (atrofia muscular generalizada) e, também, frustração ao projeto existencial da

autora, feriram o direito à integridade da sua pessoa, matéria magistralmente tratada pelo jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, em menção de YUSSEF SAID CAHALI (*op. cit.*, p. 234/238).

Condenada a viver no leito ou em cadeira de rodas, com aparelhos de fisioterapia, totalmente sujeita aos cuidados de familiares ou de terceiros, em uso de fraldas e sem condições de externar a mais mínima vontade própria, conclui-se que afetada inteiramente a sua condição de vida; essa condição, suficientemente provada nos autos, atingiu o *patrimônio da aparência* - dano estético (extrínseco) - e também o *acervo da consciência* - dano moral (intrínseco).

Diz Sessarego (*op. cit.*, p. 189) que o *dano ao projeto de vida* é um dano profundo, que compromete o ser mesmo do homem, afeta a liberdade da pessoa e frustra o projeto formulado pelo ser humano, impedindo que cada qual desenvolva livremente sua personalidade.

Pontifica SAID CAHALI (*op. cit.*, p. 215):

"Assim, considera-se que houve dano moral e estético 'se a autora sofreu fraturas múltiplas, inclusive da base do púbis; ficou paraplégica, necessitando de cadeira de rodas para locomover-se; tem descontroles esfincterianos das funções urinárias e defecatórias; é dependente para banho, higiene pessoal, vestir, despir, alimentação e transporte; enfim, a autora, que contava apenas 22 anos, tornou-se uma feia aleijada, incapacitada para as mais simples funções da vida social'".

Assim, como devidamente provado nos autos, caracterizados, também, os danos moral puro e estético.

Passemos, agora, ao exame da lide paralela, entre o Estado de Minas Gerais e o litisdenunciado, Nagib Jorge Murad.

Aqui, a responsabilidade depende da demonstração de culpa, em sentido amplo, não se tratando de responsabilidade objetiva.

Argumentou o Estado-denunciante (fls. 154) que, na lide principal, foi apontada existência de erro médico - excesso de anestésico - e que ao médico anestesista coube a decisão de trocar o aparelho durante a cirurgia.

A prova dos autos aponta *possíveis* e *prováveis* causas para o lamentável evento.

Realmente, ocorreu uma troca de aparelhos de anestesia, durante a cirurgia, a insistentes pedidos de outro cirurgião, médico militar (Dr. Walton Albuquerque), que apenas queria adiantar uma outra cirurgia, e necessitava do capnógrafo que estava sendo usado pelo denunciado.

Tem-se, então, que o Hospital tinha apenas um desses aparelhos.

O ato cirúrgico é um ato complexo, realizado por diversas pessoas, e, embora o anestesista tenha a palavra final, por certo que o cirurgião poderia também se insurgir quanto à troca de aparelhos.

Em princípio, não haveria problema com a troca, mormente porque trocas ocorrem quando detectados problemas na aparelhagem ou por razões de urgência no atendimento a paciente com risco maior; entretanto, no caso versado, não havia razão plausível para a mudança, a não ser a pressa do outro cirurgião militar.

No exame feito no aparelho substituto, pela Sociedade de Anestesiologia de Minas Gerais (fls. 114/115), constatou-se que "durante os testes *o fole do ventilador agarrou* algumas vezes na parede da campânula, *necessitando de manutenção*. Seu sistema de alarme a desconecção está perfeito. *Apesar de confusa*, é possível regular volume corrente e freqüência respiratória".

Então, o aparelho, que, embora novo no HPM, já era conhecido pelo denunciado, de outros hospitais (fls. 337), *não estava em perfeitas condições de uso*, exatamente na parte de ventilação.

Por outro lado, embora o resultado do teste só tenha sido divulgado meses após os fatos (fls. 116 - não se especificou quando *feito* o teste), médicos da equipe de anestesiologia do Hospital Militar concluíram que também o *vaporizador* do aparelho fornecia 16% a mais de halotano do que o previsto.

Então, temos vários "se" a serem respondidos:

- se não tivesse havido o pedido da troca, reiterado, como provado nos autos;

- se o anestesista não tivesse concordado com a troca;

- se o novo aparelho não apresentasse problema na ventilação e no vaporizador;

- se o Hospital tivesse outros aparelhos com capnógrafo (hoje tem, conferir fls. 334);

- se não tivesse havido problema com a válvula do equipamento de oxigênio, ou fonte de oxigenação, na sala onde foi operada a autora, que foi trocada depois dos fatos (fls. 33, 35, 50, 53, 331, 334, 337).

A testemunha de fls. 337, médico anestesista do HPM, informa que soube que ocorreu "uma queda no fluxo de oxigênio na sala onde estava a autora, fato este que já tinha acontecido antes com outro anestesista", e que, "se tecnicamente é viável troca de aparelhos, não há aumento de risco para o paciente" (fls. 338); disse, mais, que houve "pressão", de mais ou menos uma meia hora, do Dr. Walton para a troca de aparelhos, isto porque a testemunha se recusou a iniciar a anestesia em outro paciente sem o aparelho com capnógrafo, e que existe uma espécie de hierarquia entre os médicos militares e os médicos civis do HPM (fls. 338).

O Conselho Regional de Medicina (fls. 49/55) considerou *inadequada* a conduta do litisdenunciado, quanto à ética profissional; da mesma forma, considerada a hipótese de *defeito no equipamento substituto*, questionou

a adequação do comportamento do Diretor Clínico do Hospital Militar, e foi proposta a instauração de processo ético-profissional contra o anestesista e contra o Diretor Clínico. Não consta dos autos, entretanto, se foi instaurado o processo, nem qual o resultado do mesmo.

O extenso e substancioso laudo pericial feito em Juízo aponta as possíveis hipóteses para o dano ocorrido na pessoa da autora (fls. 266/269) e elenca:

1 - o médico anestesista não sabia lidar com o aparelho, hipótese pouco provável, pois foi apontado que já lidara com aparelhos do mesmo tipo;

2 - o aparelho apresentou funcionamento irregular no "ventilador", porção implicada na dita "ciclagem" e no fornecimento de quantidade eficaz de oxigênio para a paciente; *hipótese provável*, dado o relatório da Sociedade Mineira de Anestesiologia;

3 - mau funcionamento do vaporizador, que destina o anestésico para o paciente; a Sociedade de Anestesiologia falou pelo bom funcionamento; a equipe do HPM falou do funcionamento inadequado (e, acrescento, o Conselho Regional de Medicina criticou que não tivesse sido periciado o vaporizador também - fls. 54);

4 - baixa na pressão de oxigênio fornecido através da válvula que permite conexão entre a rede de tubos de oxigênio, relatado problema, no dia seguinte, na mesma sala onde foi operada a autora, efetuada manutenção pela empresa White Martins; hipótese possível.

E conclui a *expert*:

"*Como podemos perceber, o caso não é simples.*

O único ponto incontroverso é que houve grave hipóxia encefálica na autora durante um procedimento cirúrgico onde ocorreu uma parada cardíaca e que tal eventualidade ocorreu após a troca dos carrinhos anestésicos, quando houve dificuldade de ciclar o aparelho.

Havendo ou não problemas no aparelho, há que se esclarecer que estes não seriam esperáveis quer pelas direções técnica ou clínica do hospital, quer pelo médico anestesista, dada a aquisição recente e de aparelho novo, compatível com as exigências técnicas firmadas para o processo de licitação, pelos médicos que indicaram a necessidade do aparelho para o hospital".

Resulta, então, de tudo o que foi visto, que não se conseguiu detectar a causa exclusiva do triste evento. Tudo se deu após a troca de equipamentos.

Pode-se, entretanto, inferir que essa troca foi *a causa* do acidente? Ou a causa foi o defeito no "ventilador", que estava com o fole agarrando na parede da campânula (fls. 114/115), ou no vaporizador, que lançava 16% a mais de halotano, como constatado pela Equipe de Anestesiologia do HPM, que se utilizou de fontes respeitáveis para a conclusão?

Ou teria sido o problema inter-

mitente na válvula do sistema de oxigênio, que foi objeto de manutenção, no dia seguinte aos fatos, pela White Martins?

A simples troca de equipamento, sem defeitos no ventilador, no vaporizador ou na válvula de oxigênio, teria sido causa suficiente?

As testemunhas arroladas indicam que não, pois é viável, tecnicamente, essa troca, e ocorre algumas vezes, segundo os relatos; houve ventilação mecânica durante a mesma, segundo esclarecem as testemunhas, fato não infirmado pelo Estado.

Ao Estado, portanto, caberia fazer a prova da culpa do denunciado (imprudência, negligência ou imperícia).

Disse a Dra. Perita, em resposta ao quesito nº 5, do Estado (fls. 271):

"... *No caso em estudo estão mais facilmente relacionáveis os fatores envolvidos: oxigenação ineficaz e, talvez, dose maior de anestésico*".

Não se detectou nenhum ato ou omissão do denunciado para a oxigenação ineficaz ou dose maior de halotano (isso poderia, em tese, ter ocorrido também com o aparelho anterior); se conseguiu ser aparentemente "ciclado" ou regulado o aparelho, com ajuda inclusive de uma das testemunhas, isso significa que estava atento e foi diligente o anestesista envolvido.

Segundo a Dra. Perita do Juízo, *a hipótese mais provável* para o acidente foi a questão do defeito, não esperado, no ventilador (as demais seriam *apenas possíveis*).

Então, não há como atribuir culpa ao litisdenunciado, totalmente imprevisível a existência de defeito no equipamento; detectado o problema, não se omitiu o médico, tendo adotado as providências compatíveis; culpa, sim, teve o Estado, através do HPM, que tinha obrigação de manter em pleno e regular funcionamento o aparelho, que, embora novo, já não era dos mais atualizados (seria um *Fusca* comparado a um carro mais eficiente - v. fls. 338).

Como ressaltamos retro, são muitos os "se" a serem respondidos neste caso, e a resposta mais provável, mais verossímil, segundo a Dra. Perita, e segundo também nosso convencimento pessoal, após exame e reexame da prova coletada, é de que a *causa eficiente* foi defeito na aparelhagem (ventilador, e *talvez* também no vaporizador).

Restou improvada, assim, a culpa (imprudência, negligência ou imperícia) do litisdenunciado, ônus do denunciante. A só troca da aparelhagem, por ser viável tecnicamente, não agrava o risco do paciente; o agravamento e o acidente se deram, mais provavelmente, pelo defeito no ventilador do equipamento.

3 - Dispositivo:

Por tudo o que foi retroexpendido, que adoto como razão de decidir; provado o dano patrimonial (despesas feitas e a fazer para a sobrevivência e

tratamento da autora); caracterizado o dano estético (atrofia muscular, imagem da autora, definitivamente atrelada ao leito ou cadeira de rodas); irrefutável a existência da dor moral, embora a autora esteja impedida de externá-la ("ninguém ignora que as sofreria, em condições idênticas" - v. acórdão citado retro), julgo procedentes os pedidos da inicial, sendo que os valores postulados, em ações de indenização, são apenas um referencial.

Portanto, faz jus a autora à indenização pelo dano físico (dano emergente); não a lucros cessantes, porque, ainda estudante, não auferia renda; entretanto, no conceito de "dano moral", se adota também a frustração ao projeto de vida; faz jus, ainda, à indenização pelo dano moral (estético e moral puro), sendo que, no presente caso, embora realmente difícil e sutil a catalogação, melhor se coloca o dano estético como dano moral, já visto que não há impossibilidade de cumulação das parcelas (patrimonial, moral puro e estético).

No tocante ao dano patrimonial, condeno o Estado de Minas Gerais a pagar à autora L.R.S. todas as despesas feitas com o seu tratamento, incluindo-se tratamento médico de qualquer natureza, remédios, despesas com deslocamentos, fisioterapia, fonoaudiologia, exames, aparelhos, etc., conforme se apurar em liquidação por artigos. Arcará, também, o Estado com todas as despesas com o tratamento médico-hospitalar, presente e futuro (em sentido amplo, abrangendo todas as necessidades devidamente recomendadas por médicos e fisioterapeutas, remédios, exames, aparelhos, etc.). O tratamento, desde que não possa, comprovadamente, ser feito em hospitais da rede estadual (não pode ser impingido ao IPSM, que é autarquia, com patrimônio próprio), deverá ser custeado pelo Estado, caso a caso. Processualmente, a matéria poderá ser tratada como execução de sentença.

Não se trata, por óbvio, de se estar indenizando parcelas futuras eventuais, porque, no caso versado, até os leigos podem inferir que o tratamento da jovem autora deverá ser feito pelo resto dos seus dias.

Pagará, ainda, o Estado pelo dano patrimonial (perda total e definitiva da capacidade laborativa e de prover o próprio sustento), pensão mensal, que arbitro em quantia equivalente a seis salários mínimos, a contar da data da cirurgia, incidindo juros e correção monetária sobre as parcelas pretéritas; a autora será incluída na folha de pensionistas do Estado. A parcela foi fixada considerando que a autora dependerá sempre de terceiros, para qualquer atividade.

Exercício dos mais tormentosos para o julgador é a fixação do valor da indenização pelo dano moral, sendo que ficam as quantias ao seu prudente arbítrio, não devendo ser causa de enriquecimento ilícito, nem tão irrisórias que não tragam compensação à dor sofrida. Não há parâmetro legal, e não se pode, por analogia, ficar restrito ao que dispõe legislação específica, como o Código de Telecomunicações e a Lei de Imprensa, algumas vezes utilizados

pelo juiz, porque nenhuma relação tem com o caso presente.

Confira-se na obra de SAID CAHALI (*op. cit.*, p. 260/265), que recomenda que a fixação se faça em atenção às peculiaridades do caso concreto, observando o juiz a natureza da lesão e a extensão do dano; as condições pessoais do ofendido; as condições pessoais do responsável; a eqüidade, cautela e prudência; a gravidade da culpa, a natureza e finalidade da indenização.

Jovem a autora (nascida em 13/09/76), foi atingida na flor da idade, tolhidos, definitivamente, todos os sonhos.

Tudo bem examinado e ponderado, arbitro o valor da indenização pelo dano moral puro em R$50.000,00 (cinqüenta mil reais) e pelo dano estético em R$50.000,00 (cinqüenta mil reais), parcelas que serão pagas de uma só vez, atualizadas a contar da data desta sentença.

Correm por conta do Estado as custas processuais, os honorários da Dra. Perita, que arbitro em R$3.000,00 (três mil reais), quantia a ser atualizada a contar da data desta sentença, bem como os honorários advocatícios para os Drs. Advogados da autora, que arbitro em R$10.000,00, com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC, tendo em conta tratar-se de causa complexa e demorada.

No tocante à lide secundária ou paralela, como retroexpendido, não logrou o Estado demonstrar a culpa do litisdenunciado, Nagib Jorge Murad, eis que a maior probabilidade, segundo a perícia e a prova oral, decorreu do defeito constatado no ventilador do aparelho substituto, consoante o laudo da Sociedade de Anestesiologia, o que não era previsível para a o anestesista.

Posto isso, julgo improcedente o pedido do Estado.

Custas da lide paralela, também pelo Estado, bem como honorários advocatícios, que arbitro em R$10.000,00 (dez mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, considerada a complexidade e a demora da causa.

Sentença sujeita ao reexame obrigatório.

P.R.I.

Belo Horizonte, 15 de novembro de 1998 (domingo). - *Heloísa Helena de Ruiz Combat* - Juíza de Direito.

-:::-

IMPOSTO - SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - CONSTRUÇÃO CIVIL - MATERIAIS FORNECIDOS PELO PRESTADOR DO SERVIÇO E SUBEMPREITADAS - PARCELAS - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO - LEI MUNICIPAL - ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE - DECRETO-LEI Nº 406/68, ARTIGO 9º, § 2º - APLICABILIDADE

- Ilegal e inconstitucional é a lei municipal que determina a inclusão, na base de cálculo do ISS na prestação de serviços de construção civil, do valor das parcelas de materiais fornecidos pelo prestador de serviço e das parcelas correspondentes ao valor das subempreitadas, porquanto, a par de elas já se encontrarem anteriormente tributadas, o § 2º do artigo 9º do Decreto-lei nº 406/68, recepcionado pela atual Carta Magna, ainda em vigor e com força de lei complementar, ordena a dedução daquelas parcelas da base de cálculo do imposto em referência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 150.058-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: ISS - Base de cálculo nos serviços de construção civil - Ilegalidade e inconstitucionalidade de lei municipal que determina a inclusão, na base de cálculo, do imposto das parcelas de materiais fornecidos pelo prestador do serviço e das subempreitadas já tributadas pelo imposto - Dedução assegurada pelo § 2º do artigo 9º do DL nº 406/68, recepcionado pela atual Constituição Federal, por não se tratar de norma isencional, mas de definição de base de cálculo, que é matéria de lei complementar, por expressa disposição constitucional.

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, 15 de fevereiro de 2000. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Trata-se de reexame necessário e de recurso voluntário à r. sentença de fls. 96/103-TJ, que julgou procedentes os Embargos à Execução Fiscal que Cauemix S/A opôs à Fazenda Pública Municipal, reconhecendo e declarando "*o direito da embargante de deduzir dos serviços de concretagem por ela prestados os valores relativos aos materiais utilizados*", anulando os lançamentos fiscais que embasam a execução.

A recorrente, nas razões recursais de fls. 106/110-TJ, sustenta a legalidade da Lei Municipal nº 5.839/90, que veda a dedução dos materiais e insumos da base de cálculo do ISSQN devidos pelas concreteiras.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

A matéria sob exame não é nova e já foi reiteradamente decidida por este Tribunal e em especial por esta Câmara.

Na Apelação Cível nº 96.503/8, da Comarca de Belo Horizonte, julgada em 28 de abril de 1998, de que foi Relator o Des. Sérgio Lellis Santiago, ficou assim decidido:

"*ISS. Base de cálculo nos serviços de construção civil. Ilegalidade e inconstitucionalidade de lei municipal que determina a inclusão, na base de*

cálculo, do imposto das parcelas de materiais fornecidos pelo prestador do serviço e das subempreitadas já tributadas pelo imposto. Dedução assegurada pelo § 2º do artigo 9º do DL nº 406/68, recepcionado pela atual Constituição Federal, por não se tratar de norma isencional, mas de definição de base de cálculo, que é matéria de lei complementar, por expressa disposição constitucional".

Naquela oportunidade assim votou o douto Relator:

"A despeito de opiniões contrárias, creio eu serem a minoria, não vejo considerar válida e constitucional a Lei Municipal nº 5.389/90, editada em desconformidade com o DL nº 406/68, pois que não compete ao legislador ordinário municipal, através de ato legislativo próprio, revogar dispositivo de lei federal, hierarquicamente superior.

A autonomia municipal na elaboração das leis de sua competência deve observar os limites impostos pela Constituição Federal, mesmo porque, relativamente aos tributos, o legislador constituinte, no art. 146, deixou a cargo da lei complementar a atribuição de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, nelas incluindo a definição de tributos e de suas espécies, bem como dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

O ISS teve sua regulamentação dada pelo DL nº 406/68, e suas normas, sem dúvida, foram recepcionadas pelo novo texto constitucional, como reiteradamente tem admitido a jurisprudência dos tribunais, de forma que prevalece o que ali se dispôs sobre a base de cálculo do ISS na prestação de serviços de construção civil, ou seja, dela serão deduzidos os materiais fornecidos pelo prestador do serviço e as subempreitadas já tributadas pelo imposto".

O § 3º do art. 156 da Constituição Federal estabelece que a lei complementar fixará as alíquotas do ISS e a sua incidência. Todavia, não havendo ainda lei complementar posterior à Emenda Constitucional nº 03/93, a jurisprudência uniforme tem atribuído força de legislação complementar ao DL nº 406/68, até que seja o mesmo revogado, o que ainda não ocorreu. E o art. 9º do referido DL nº 406/68 estabelece de forma clara a base de cálculo do ISS na prestação de serviços de construção civil, devendo abater-se os que não se incluem no conceito de serviço, tal como é o caso de materiais fornecidos pelo prestador e que já foram objeto de tributação própria do ICMS.

Tal é a situação dos autos, corretamente examinada pela r. sentença recorrida, que não está a merecer qualquer reparo.

Com tais considerações, confirmo a r. sentença no duplo grau de jurisdição, tendo como prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DIREITO INDISPONÍVEL - DESISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE

- Oficiando, em processos, como parte ou como fiscal da lei, tem o Ministério Público legitimidade para recorrer.

- O pedido de desistência de ação de investigação de paternidade, manifestado pela mãe do menor, não implica trancamento do feito, que deve prosseguir em seu curso, por versar sobre direito indisponível.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 151.836-4/00 - Comarca de Abaeté - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Investigação de paternidade - Desistência da ação pela mãe da menor - Impossibilidade. - O pedido de desistência da ação de investigação de paternidade, manifestado pela mãe do menor, não implica trancamento da ação, que deve prosseguir em seu curso, dado seu caráter personalíssimo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de março de 2000. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - P.S.S., representada por sua mãe, J.S.S., ajuizou ação de investigação de paternidade contra D.J.S. (fls. 02/05-TJ).

Após a expedição de carta precatória para fins de citação do réu, a mãe da autora, em nome próprio, requereu a desistência da ação (fls. 22/23-TJ).

Logo a seguir, o réu ofereceu contestação, quando, então, se pôde verificar que o advogado que subscreveu o pedido de desistência da ação era o mesmo, o patrono do réu (fls. 30/33-TJ).

O procurador da autora impugnou a contestação (fls. 40/41-TJ), o Ministério Público opinou desfavoravelmente à extinção do feito (fls. 42/43-TJ), após o que, em outra peça processual novamente subscrita pelo advogado do réu, foi requerida mais uma vez a desistência da ação (fls. 50/53-TJ), sem procuração passada pela autora, é bom registrar, não obstante o pedido tenha sido também assinado pela mãe da investigante.

Na audiência designada, nenhuma das partes compareceu (fls. 55-TJ), tendo o patrono da autora, em seguida,

dado notícia de que o réu estaria agindo de forma a convencer a mãe da investigante a desistir da ação (fls. 55-v.-TJ).

O MM. Juiz, em decisão de fls. 59-TJ, homologou o pedido de desistência, extinguindo o processo (art. 267, VIII, do CPC).

O Ministério Público, inconformado com essa decisão, interpôs o presente recurso de apelação, sustentando, em suma, que versa a espécie sobre direito indisponível, podendo o Ministério Público assumir o pólo ativo como substituto processual; que há fortes indícios de que o réu é mesmo pai da investigante; que os interesses da menor devem sobrepor-se aos da mãe; que há elementos a indicar que esta está sofrendo pressão por parte do investigado; e, por fim, que o pedido de desistência foi subscrito por procurador do próprio réu (fls. 60/65-TJ).

Foram apresentadas contra-razões, pugnando, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso e, no mérito, pela manutenção do *decisum* (fls. 69/72-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 80/86-TJ).

De início, examino a preliminar de não-conhecimento do recurso levantada pelo apelado.

O Ministério Público, em feitos como o da espécie, pode assumir o pólo ativo, dando prosseguimento à ação intentada.

Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

"Ministério Público. Recurso, em ação de investigação de paternidade, com pedido de alimentos, proposta pela mãe em nome do filho, menor impúbere. Legitimidade. - Oficiando, em processos, como parte (órgão agente) ou como fiscal da lei (órgão interveniente), tem o Ministério Público legitimidade (ou interesse) para recorrer, sempre. Código de Processo Civil, art. 499, § 2º. Recurso especial conhecido e provido, para que seja retomado o julgamento da apelação" (REsp nº 5.333/0-SP, Rel. Min. Nilson Naves, *RSTJ*, 61/327).

No mesmo diapasão, o REsp nº 169.728-MG, julgado em 09/06/98, sendo Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, oportunidade em que ficou expressamente assentado que, atuando como *custos legis*, tem o *Parquet* legitimidade para recorrer, conforme entendimento sedimentado na Súmula nº 99 do STJ.

Rejeito a preliminar.

Assim sendo, conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ao meu entender, em ações como a ajuizada, não pode o autor, representando o menor, delas desistir, por versarem sobre direitos indisponíveis.

Nesse sentido, já se pronunciou este Tribunal de Justiça, em julgamento cujo acórdão veio ementado nos seguintes termos:

"Investigação de paternidade. Direito indisponível. Desistência. - É de se indeferir a homologação de desistência de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, por parte do autor, absolutamente incapaz, representado por sua mãe, uma vez que, tratando-se de direito indisponível, é a desistência prejudicial aos superiores interesses do menor, que devem ser preservados, embora possa, a qualquer tempo, propor nova ação com o mesmo propósito" (Agravo de Instrumento nº 23.000/3, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Murilo Pereira).

Desse julgado, colhe-se do voto do eminente Des. Hugo Bengtsson a citação de outro voto, proferido pelo não menos eminente Des. Lúcio Urbano, quando do julgamento da Apelação Cível nº 72.115, do seguinte teor:

"A desistência constitui ato de vontade do autor, quando dele pode valer-se, abrindo mão do processo que deflagrou. Quando se trata de incapaz, a manifestação da vontade ocorre por intermédio de seu representante legal. Mas essa representação se designa qualitativamente de representação de proteção. O conceito moderno de pátrio poder, denominado por doutrinadores de pátrio dever, apóia-se essencialmente na fixação jurídica dos interesses do filho" (*RT*, 690/145).

E assim concluiu o eminente Des. Lúcio Urbano, no citado voto:

"O ato de vontade - desistência - manifestado pela mãe do menor em nome deste se afasta inteiramente do poder da representação, porque se traduz em posição adversa do interesse do representado. Não se mostra como ato de proteção, mas de desamparo. Anda longe de constituir-se em conservação, mas de disposição, que desenganadamente não tem o representante legal do menor".

Também o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a questão, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 77.669-SC, pontificando que "*não merece homologação a desistência da ação de investigação de paternidade por parte dos autores, absolutamente incapazes, representados pela mãe, se a isso se opõe o Ministério Público, com intervenção obrigatória*" (*RT*, 472/235).

No mesmo sentido, ainda, a doutrina trazida à colação na peça recursal, que, pela sua propriedade, permito-me transcrever:

"Portanto, não lhe será permitido desistir, por qualquer motivo ou fundamento, da investigatória aforada. Nem se argumente que da desistência, nos termos do art. 267, VIII, resulta apenas extinção do processo sem julgamento do mérito, ensejando, destarte, a renovação da lide. Com efeito, a par de indesejável retardamento do direito ao nome, alimentos e, conforme o caso, à sucessão, a desistência, *in casu*, dado o caráter personalíssimo da ação, poderá ocasionar a definitiva inviabilidade da perfilhação, na hipótese do falecimento do autor. É que, coartado no nascedouro o pedido investigatório, os

herdeiros não poderão ajuizá-lo originariamente. Ademais, como bem salienta Mário Correa da Silva Filho, membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em parecer a que se reporta o acórdão do TJMG, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 23.000/3, sendo Relator o Desembargador Murilo Pereira, a desistência poderá ainda prejudicar irremediavelmente as provas, pela força do tempo, que tudo modifica. Aliás, o aresto mencionado, com excelente fundamentação, rejeitou a desistência da ação de investigação, malgrado a pretensão da representante legal do menor" (BERTOLDO MATEUS DE OLIVEIRA FILHO, *in Alimentos e Investigação de Paternidade*, 2ª ed., p. 165).

Ainda no mesmo sentido é a lição de J. M. LOPES DE OLIVEIRA, também citada na peça recursal, a qual também me permito transcrever, dada a sua pertinência:

"Também as ações de estado são irrenunciáveis. Por isso, não tem o Ministério Público poder para, quando age como legitimado extraordinário, renunciar, e tampouco a renúncia da mãe do menor implica trancamento da ação, que deve prosseguir em seu curso" (*in A Nova Lei de Investigação de Paternidade*, 3ª ed., p. 128).

Deve-se acrescentar, ainda, que, mesmo que a possibilidade de o pedido inicial vir a ser julgado procedente seja mínima - tendo em vista que a própria mãe da menor, provavelmente, não contribuirá para o êxito da demanda -, isso não constitui argumento para que se acolha o pedido de desistência.

Registro, também, que o documento juntado à apelação deve ser, aqui, desconsiderado, mesmo porque não se está questionando, agora, se é o apelado pai ou não da investigante, mas sim se poderia ou não ter sido extinto o processo.

Por fim, tendo em vista o questionável comportamento do procurador do apelado, do ponto de vista ético-profissional, *data venia*, determino sejam remetidas cópias desta peça, bem como das de fls. 22/24-TJ, 30/34-TJ, 50/53-TJ e 60/65-TJ, à OAB do Distrito Federal, para conhecimento.

Em face de todo o exposto, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso, para cassar a r. sentença, de forma a que se dê regular prosseguimento ao feito, nomeando-se, inclusive, curador especial, nos moldes do art. 9º, I, do CPC, conforme requerido pelo apelante.

Sem custas.

Participaram do julgamento os Desembargadores Lucas Sávio Gomes e Isalino Lisbôa.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - APOSENTADORIA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - DESCONTO DE PROVENTOS - POSSIBILIDADE DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.278/96 - ALTERAÇÃO LEGAL SUPERVENIENTE - LEI Nº 13.441/2000 - INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES PRETÉRITAS - SUJEITO PASSIVO DA CONTRIBUIÇÃO - SERVIDOR APOSENTADO E SERVIDOR EM ATIVIDADE - AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO

- O ex-servidor público estadual, dito inativo ou aposentado do Poder Executivo, ficou sujeito passivo da contribuição social/previdenciária, instituída pela Lei nº 12.278/96, nos termos da faculdade concedida aos Estados e Municípios pela Constituição Federal, para custeio do sistema de previdência e assistência social por todos os servidores, sem distinção entre servidor em atividade e ex-servidor ou aposentado, tal como vinha sendo reconhecido pelo Tribunal de Justiça.

- A alteração da Lei nº 12.278/96 e de outras de idêntico conteúdo para os outros Poderes, com a superveniência da Lei nº 13.441, de 05/01/2000, tem eficácia *ex nunc*, não podendo retroagir a situações anteriores reguladas por dispositivos legais que foram considerados regulares e constitucionais, sendo inadmissível, portanto, a sua aplicação para afastar descontos anteriores procedidos nos proventos de servidores aposentados por força da referida Lei nº 12.278/96, ressaltando-se, ademais, que tais descontos, por terem constituído atos jurídicos perfeitos, em favor do Estado, não podem ser prejudicados por lei posterior, sob pena de ofensa ao princípio constitucional contido no inciso XXXVI do art. 5º da CF, bem como ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 153.473-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUIZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Contribuição previdenciária - Desconto de proventos - Possibilidade na vigência da lei anterior - Alteração legal superveniente - Não-implicação da lei nova com situações pretéritas. - O ex-servidor público estadual, dito inativo ou aposentado do Poder Executivo, ficou sujeito passivo da contribuição social/previdenciária instituída pela Lei nº 12.278/96, nos termos da faculdade concedida aos Estados e Municípios pela Constituição Federal, para custeio do sistema de previdência e assistência social por todos os servidores, sem distinção entre servidor em atividade e ex-servidor ou aposentado, tal como vinha sendo reconhecido pelo Tribunal de Justiça. - A alteração da referida lei e de outras de idêntico conteúdo para os outros Poderes do Estado, com a superveniência da Lei nº 13.441, de 05/01/2000, tem eficácia *ex nunc*, de que esta ação ordinária é estranha, não havendo, ademais, base jurídica para sua retroação a situações

anteriores, como a da apelante, cujos descontos havidos até então configuram atos jurídicos perfeitos e intocáveis também na via judicial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional específico.

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, 02 de março de 2000. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de regular apelação contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado em ação ordinária, com pretensa antecipação de tutela, contra o desconto compulsório de 3,5% dos seus proventos de aposentadoria, a título de contribuição previdenciária, tendo sido reconhecido o caráter genérico do custeio da seguridade social e não havendo infringência alguma do princípio da irredutibilidade de proventos (fls. 50/51-TJ), apelou, tempestivamente (fls. 51-verso/52-TJ).

A autora e apelante Maria Carmem Martins da Fonseca e Silva está insistindo na alegada inconstitucionalidade da Lei nº 12.278/96, sobretudo pelo fato de o art. 195 da Constituição Federal não fazer qualquer referência aos inativos, mas à parcela populacional em atividade laborativa, abrangendo apenas os servidores públicos em atividade e titulares de cargos públicos, além de reafirmar ser incabível a redução em seus proventos líquidos (fls. 52/56-TJ).

Não lhe assiste razão alguma, como constou da resposta do IPSEMG (fls. 58/64-TJ) e bem concluiu o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 72/74-TJ). A matéria tem implicação com a vigência da Lei nº 12.278/96, cuja aplicação aos aposentados vinha sendo considerada constitucional e regular por esta Corte Superior e as diferentes Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça.

A propósito, convém lembrar tal posicionamento, em retrato adequado da situação que se configurou até janeiro deste ano, a despeito da intercorrência, sem maiores implicações, ao meu ver, de alguma liminar favorável a aposentados neste Tribunal (ex.: AMAGIS *versus* Estado) ou no STF (ADIN nº 2.807-Amazonas), a pretexto da nova redação dada ao art. 40 da Constituição Federal pela EC nº 20/98.

De meus pronunciamentos anteriores, como, entre outros, nos acórdãos do MS nº 111.452-9/00-Ouro Fino, de que fui Relator, e AC nº 151.893-5/00-Ipatinga, de que fui Vogal, considero válido, para a espécie em julgamento, o seguinte raciocínio:

"Convém lembrar que estaria caracterizando a contribuição previdenciária o fato primeiro de ter sido

criada com caráter social e '*natureza compulsória*', ao comando da previsão do parágrafo único do art. 149 da Constituição Federal, que facultou aos Estados, Distrito Federal e Municípios sua instituição, a fim de ser '*cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdências e assistência social*'.

Estaria, assim, tal contribuição inserida no objetivo maior do financiamento da seguridade social, ao qual, como regra geral, ficou sujeita '*toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da Lei*' (art. 195, *caput*) e de cuja gestão administrativa há de ter '*caráter democrático descentralizado*, com *a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados*' (art. 194, parágrafo único, inciso VII).

E não há dúvida, segundo lembra o tributarista Hugo de Brito Machado, as contribuições sociais, que interessam às categorias profissionais ou econômicas (art. 149, *caput*, da CF), '*são, nitidamente, contribuições parafiscais*' (cf. *Curso de Direito Tributário*, Ed. Del Rey, p. 306).

O primeiro princípio infringido seria o da anterioridade e, nos termos postos pelos impetrantes, a contribuição previdenciária estaria no mesmo nível de limitação dos tributos.

Ora, por sua natureza parafiscal, a contribuição social/previdenciária poderia, em princípio, estar atingida pelos vários princípios constitucionais tributários, com destaque para os da legalidade (art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, *a*) e da anterioridade (art. 150, III, *b*), que condicionam sua gênese e sua exigência.

Acontece, entretanto, que, como bem lembra SACHA CALMON NAVARRO COELHO (cf. *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário*, Forense, 1996, p. 44), ao contrário das duas outras espécies (corporativas e interventivas), '*as sociais realizam o princípio axiológico da não-surpresa do contribuinte, pelo decurso de um tempo de noventa dias, fugindo, destarte, à norma geral da anterioridade prevista para os demais tributos*'.

E, na obra *1.000 Perguntas sobre Direito Tributário*, Thex Ed., 2ª ed., questão 433, p. 195, sob a coordenação de REIS FRIEDE, está acentuado que '*às contribuições de seguridade social não se aplica o princípio da anterioridade (CF, art. 150, II, b), como nas demais contribuições parafiscais, exigindo-se, apenas, a sua cobrança, após decorridos 90 (noventa) dias da publicação da lei que as houver instituído ou modificado*'.

Com efeito, ademais, é a própria Carta Magna que excepciona, a tal respeito, ao dispor no art. 195, § 6º, que as contribuições sociais '*só poderão ser exigidas, após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b*', isto é, o princípio da anterioridade fiscal.

Causa espécie, merecendo certa consideração, a crítica que os impetrantes fazem à referência expressa da Lei Estadual nº 12.278/96 a '*servidores inativos*' (art. 2º, IV).

Realmente, há inegável *contradio in terminis*, porquanto, pelo conceito natural do termo, servidor é aquele que serve, está servindo, é servente, e não o que já serviu, deixou de servir e é somente ex-servente ou um aposentado. Aliás, a inatividade ou aposentadoria nada mais é do que o repouso vitalício e remunerado de quem foi, efetivamente, servidor público e pelo fato de tê-lo sido.

Todavia, a lei mineira foi apenas na onda de um linguajar não muito purista que os próprios cultores do Direito Administrativo acabaram assimilando e dizendo, sem pudor linguístico - antes, funcionário inativo ou aposentado-, hoje servidor inativo ou aposentado.

Não era, a rigor, necessário fazê-lo o legislador mineiro, porque, tradicionalmente também, se entendeu de atribuir ao termo funcionário ou servidor o conceito elástico e abrangente de quem está em atividade no serviço público ou esteve e ficou, com a aposentadoria, preso pelo vínculo de natureza financeira à pessoa jurídica de direito público para a qual foi prestante. 'Ao contrário dos trabalhadores da iniciativa privada, lembrou o Ministro Octávio Galloti, que nenhum liame conservam com seus empregadores, após a rescisão do contrato de trabalho pela aposentadoria' (cf. ADIN nº 1.441/2-DF).

Assim é que até a atual Constituição Federal, ao tratar da Administração Pública, nos arts. 37 a 42, usa a expressão servidores públicos ou servidor, no sentido amplo do antigo agente público, ou como gênero que, na dependência do contexto da norma, se refere tanto ao ativo como ao inativo e que, somente quando convém, tem distinção nas espécies de 'servidor em atividade' e 'servidor inativo', como se deu, por exemplo, com a norma do § 4º do art. 40, que dispôs tratamento isonômico entre vencimentos e proventos e foi reproduzida no parágrafo 4º do art. 36 da Constituição Mineira.

Sob tal óptica, a norma federal do parágrafo único do art. 149, autorizativa da criação da contribuição previdenciária nos Estados, usou o termo plural 'servidores', sem qualquer distinção, que, na melhor regra de hermenêutica, não cabe ao intérprete fazer.

Da mesma forma, agiu o constituinte mineiro, ao reproduzir a faculdade instituidora no § 6º do art. 24 de nossa Carta, à qual estiveram atentos os legisladores ordinários, com a superveniente lei, em resguardo da disponibilidade de caixa e no interesse dos próprios servidores, sem distinção.

Por outro lado, não se pode ignorar que a autorização federal nasceu do Poder Constituinte e, da maneira justificada como foi expressa sua vontade para tal encargo do servidor público, sem exclusões ou limitação dos sujeitos passivos da contribuição previdenciária, não agiu o Estado, na redação da lei que a instituiu em Minas Gerais, nem com ganância arrecadadora, nem com extrapolação da faculdade que foi inserida em sua competência.

E, diante disso, não há razão para se perder em divagações, teoricamente apreciáveis e de inutilidade pragmática, sobre os princípios da anterioridade, da irredutibilidade de proventos, do direito adquirido e da falta de causa eficiente.

Vale observar, finalmente, que o sacrifício imposto a todos os servidores, conquanto de dolorosa expressão individual, representa apenas pequeno alívio para os cofres públicos, uma vez que, segundo dados oficiais recentes, a arrecadação da malsinada contribuição tem representado somente cerca de 10% do compromisso financeiro que o Estado tem com seus valorosos aposentados".

Vê-se que, na seqüência de promessa do Governo Estadual, em conveniente eco à insatisfação dos aposentados, acabou sendo sancionada, ao alvorecer deste ano 2000, a Lei nº 13.441, de 05 de janeiro, para viger a partir de sua publicação (art. 7º), ocorrida no dia seguinte no Órgão Oficial *Minas Gerais*".

Fruto do uso reverso daquela faculdade constitucional (art. 149/CF), o referido diploma modificou a legislação que tratava da matéria (Lei nº 12.278, de 28/07/98, referente ao pessoal do Poder Executivo; Lei nº 12.328, de 31/10/96, relativa ao Poder Judiciário; Lei nº 12.329, de 31/10/96, sobre o Ministério Público; e a Resolução nº 5.171, de 12/06/96, quanto ao pessoal do Poder Legislativo), simplesmente retirando dos textos a referência à incidência da contribuição de 3% sobre os proventos dos aposentados.

Ora, agora, sim, *habemus legem* revogadora da antiga imposição (art. 8º), mas, é claro, com efeito *ex nunc*, não me parecendo abonada pela lógica jurídica qualquer tentativa, em nome de conflito intertemporal de leis, fazer a inovação benéfica retroagir a situações anteriores reguladas por dispositivos legais que mereceram do próprio Poder Judiciário o reconhecimento da regularidade e conformidade constitucionais.

Ademais, sob outra ótica, as imposições até então havidas, como as questionadas pela impetrante nestes autos, constituíram-se, a favor do Estado, em verdadeiros atos jurídicos perfeitos, postos à sombra da regra do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e insusceptíveis de serem prejudicados por lei posterior, ao comando do princípio previsto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Em suma, as normas legais anteriores tiveram eficácia impositiva, enquanto vigoraram, resultando, portanto, poder concluir-se que não assiste à apelante contemplação judicial alguma em sua pretensão.

Vê-se, portanto, que o pedido da apelante é improcedente e a recorrida sentença merece inteira confirmação.

Razão por que nego provimento à apelação.

Custas, pela apelante.

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

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

IMPOSTO - PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IMUNIDADE - ENTIDADE EDUCACIONAL - UTILIZAÇÃO DE IMÓVEL PARA ATIVIDADE ESSENCIAL

- Se uma das finalidades de sociedade educacional é a formação de sacerdotes, da qual faz parte a residência fora do ambiente familiar, de forma comunitária, em local próprio, tem-se que a destinação de imóvel de propriedade da entidade em questão para moradia de aspirantes à vida sacerdotal constitui utilização relacionada com atividade essencial da mesma, configurando-se, assim, a imunidade de que trata o art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 153.847-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Tributário - Entidade educacional - Imunidade - IPTU - Direito condicionado à utilização do imóvel nas atividades essenciais. - Se consta do estatuto da sociedade educacional que uma de suas finalidades é a formação de sacerdotes, o fato de seminaristas residirem em imóvel de sua propriedade não constitui utilização não relacionada com a atividade social da entidade, na medida em que é da essência da formação de sacerdotes católicos a residência comunitária, em local próprio, não se cabendo questionar se tal procedimento é ou não necessário à formação. - Hipótese em que se configura a imunidade de que trata o art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal.

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, 23 de dezembro de 1999. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. Geraldo Eustáquio Castro Liboreiro.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Sociedade de Educação e Assistência Social, inconformada com a r. sentença de fls. 83/88-TJ, que julgou improcedente o pedido inicial da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c cancelamento de certidão de inscrição em dívida ativa, movida em face do Município de Belo Horizonte, interpôs o presente recurso de apelação (fls. 90/96-TJ).

A apelante alega, em síntese, que preenche todos os requisitos do art. 14 do CTN, de tal sorte que lhe deve ser reconhecida a imunidade tributária de que trata o art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal.

Foram apresentadas contra-razões, pugnando pela manutenção do *decisum* (fls. 99/102-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não-provimento do recurso (fls. 110/112-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Do exame da bem fundamentada sentença, constata-se que o MM. Juiz *a quo* considerou que a apelante, em virtude de seus fins sociais, retratados em seu estatuto, é, em princípio, beneficiária da imunidade tributária de que cuida a norma do art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal.

Outro não poderia ser o entendimento, pois a apelante de fato é instituição de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, conforme se verifica de seu estatuto (fls. 18/28-TJ).

Por outro lado, considerando que o direito à referida imunidade está condicionado, dentre outras variáveis, ao fato de que o patrimônio do beneficiário esteja relacionado com as suas finalidades essenciais, veio o d. Magistrado a concluir que, no caso, tal não ocorre, porque a destinação dada aos imóveis em tela, qual seja, a moradia de seminaristas, não está essencialmente ligada à função essencial da apelante, constituindo resultado, apenas, de mera conveniência religiosa de determinada doutrina.

A questão trazida a exame na presente apelação cinge-se, portanto, ao exame da destinação conferida aos imóveis em foco, de tal sorte que se possa esclarecer se a utilização de tal propriedade está ou não ligada à finalidade essencial da apelante.

Do exame do art. 3º do estatuto da apelante, cuja cópia se acha às fls. 18/28-TJ, verifica-se que tem esta, dentre outras finalidades, a de "*especial preparação de jovens que manifestarem real vocação para o sacerdócio*".

No dizer da apelante, faz parte da formação educacional dos sacerdotes a residência fora do ambiente familiar, de forma comunitária.

Tal procedimento é ínsito, ao que se pode facilmente depreender, da metodologia utilizada na educação dos seminaristas.

Não se me afigura adequado questionar, em Juízo, se tal procedimento é ou não indispensável à formação de novos sacerdotes.

Tal critério deve ser fruto de princípios e de métodos próprios, que dizem respeito apenas à instituição religiosa que pretende realizar tal trabalho de formação.

Por isso mesmo, com a devida vênia, parece-me não subsistir o argumento da r. sentença no sentido de que a manutenção de moradia para jovens em formação sacerdotal não está adstritamente ligada à função educacional, tanto que, se se retirar a moradia

comum dos seminaristas, nem por isso deixarão de continuar a existir os fins da entidade em foco.

Os fins poderiam até continuar a existir, em tal hipótese, mas não é temerário raciocinar que a consecução daqueles restaria comprometida, se se tiver como essencial, para a formação sacerdotal, a vida em comunidade, no período de preparação.

Nesse sentido, parece-me bastante esclarecedor trecho da peça recursal, que, pela sua propriedade, permito-me transcrever, de modo a mais facilitar a compreensão da questão:

"Não cabe discutir nos limites desta lide se se pode formar um sacerdote, morando o seminarista, aspirante a este ministério, em local diverso daquele destinado especialmente à sua preparação. Esta é uma questão ínsita ao *munus* sacerdotal. *Ad argumentandum tantum*, a preparação de um jovem para a vida religiosa transcende a simples formação acadêmica, obtida nos bancos universitários, com o estudante morando com a família ou em quaisquer outros locais. A preparação para a vida religiosa, conquanto não segregue o candidato da sociedade da qual faz parte, exige dele, contudo, integral dedicação a ela e preparação especial, que privilegia a formação moral, espiritual e religiosa. Para isso é necessário dispor o jovem candidato de um ambiente propício ao desenvolvimento de práticas que conduzam ao escopo colimado. Aí a razão por que as sociedades religiosas e eclesiásticas necessitam dispor de residências aparelhadas para o desenvolvimento pleno dos aspirantes àquela vida. Não se trata, pois, apenas de mera conveniência imposta pela doutrina religiosa".

Assim, se a finalidade essencial da apelante é a formação de sacerdotes e, se, para que tal ocorra, é indispensável a manutenção de residência para seminaristas, o fato de o imóvel em tela estar sendo utilizado para a moradia de aspirantes à vida sacerdotal constitui destinação da propriedade para fins estritamente relacionados com a finalidade essencial da apelante.

Se esta era a única questão a impedir que o apelante pudesse se beneficiar da imunidade de que trata o art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal, tenho-a por superada, de tal sorte que lhe reconheço o direito a tal benefício.

Por fim, quanto às alegações perfilhadas pelo apelado, em suas contra-razões, no sentido de que a apelante não fez prova de que os imóveis indicados na inicial são ocupados por seminaristas, vê-se da peça de fls. 36-TJ que o próprio apelado reconhece que tais propriedades são utilizadas para fins residenciais, ao passo que a declaração de fls. 80-TJ, da lavra de ilustre Magistrado desta Capital, assegura que ali residem seminaristas.

Em face dessas considerações, dou provimento ao recurso e julgo procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a apelante e o apelado, no tocante à incidência de IPTU sobre os imóveis descritos na inicial, bem como para determinar o cancelamento da inscrição, em dívida ativa, de todos os lançamentos de IPTU incidentes sobre os referidos imóveis.

Honorários de 20% sobre o valor da causa pelo réu-apelado.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Lucas Sávio Gomes e Isalino Lisbôa.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO FISCAL - INCOMPATIBILIDADE - ATO ADMINISTRATIVO - ATRIBUTOS - ÔNUS DA PROVA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

- O pedido de repetição de indébito é incompatível com a ação declaratória de inexistência de débito fiscal, devendo-se, a rigor, indeferir a petição inicial da declaratória se o que se pretende, com a mesma, na verdade, é a restituição de tributos supostamente pagos a maior.

- Não há que se falar em cerceamento de defesa, se a perícia não se realizou por culpa da autora, a qual, devidamente intimada para depositar os honorários periciais no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de desistência, permaneceu inerte até a prolação da sentença, abrindo mão da mencionada prova.

- Os atos da administração tributária, como espécie do gênero "ato administrativo", gozam de presunção de legitimidade e de veracidade, cabendo ao interessado comprovar o contrário e repercutindo sobre ele o efeito da falta de prova.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 154.590-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Tributário - Ação declaratória de inexistência de débito fiscal - Pedido de repetição de indébito incompatível com a ação declaratória - Prosseguimento da ação como se fosse ação de repetição de indébito - Inépcia da inicial não declarada - Perícia contábil não realizada por culpa da autora, que não depositou os honorários arbitrados após consulta a três peritos - Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada - Recurso da autora improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a

Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de março de 2000. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - Trata-se de recurso contra sentença prolatada em "ação declaratória de inexistência de débito" contra Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, ajuizada por Planejar Empreendimentos e Participações Ltda.

A ação declaratória proposta nada mais pretendia do que a restituição de tributos do ISSQN, que alega ter pago a mais no período de 1° de março de 1991 a 30 de abril de 1994; tanto que no pedido faz o seguinte requerimento: "a) a apuração e restituição da quantia recolhida indevidamente, referentes ao imposto de locação de mão-de-obra e acompanhamento e fiscalização de obras durante o período de 1° (primeiro) de março de 1991 a 30 (trinta) de abril de 1994, ou a compensação, levando-se em consideração a possível existência de débito com o requerido...".

No meu entender o MM. Juiz deveria ter determinado a emenda da petição inicial, pois a ação de repetição de indébito tem conotações totalmente diferentes desta ação declaratória de inexistência de débito. Poder-se-ia argumentar que esta ação pudesse ser cumulada com ação de repetição de indébito. A própria autora transcreveu o artigo 166 do Código Tributário Nacional, que preleciona:

"Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, está por este expressamente autorizado a recebê-la".

Foi o que notou com muita acuidade o digno Promotor, Dr. Márcio Luis Chila Freyeslebem, que opinou, em preliminar, pela carência de ação (fls. 73).

No entanto, prosseguiu a ação, tendo a autora requerido perícia na qual pretendia provar que pagara por diversos serviços prestados alíquota maior do que a legal e que também não repercutira o imposto no contribuinte de fato.

Várias e várias vicissitudes se deram na nomeação do perito, tendo a perita inicial nomeada pelo Juiz, Maria Angélica de Oliveira Martins, apresentado sua proposta de honorários, com o que não concordou a autora, tendo sido ouvidos dois outros *experts* (fls. 52/53).

Às fls. 55/56 justificou a perita oficial a sua proposta de honorários. Não dispondo de elementos para arbitrar o valor da perícia, o MM. Juiz ouviu Marco Antonio Amaral Pires, perito contador judicial, que fez a sua

proposta de honorários acima da nomeada inicialmente (fls. 60). Também discordou a autora (fls. 62), pelo que foi ouvido ainda o perito Artur Mattra Machado Pereira, que apresentou proposta superior à dos primeiros peritos (fls. 68), razão pela qual o MM. Juiz entendeu razoável a proposta de fls. 50 da primeira nomeada e determinou que a autora depositasse os honorários propostos à fl. 50, no prazo de cinco dias e "à falta do depósito será interpretado como desistência da prova" (fls. 69). Tal despacho foi publicado em 02/10/1997, e em 16/10/1997 foram os autos ao Ministério Público.

O MM. Juiz Judimar Biber Sampaio prolatou a sentença de fls. 79 a 83, em que julgou improcedente a ação.

Em preliminar pede a recorrente a nulidade da sentença por cerceio de seu direito de defesa, uma vez que em momento algum desistiu da perícia, e sim que "não teve como arcar com a mesma" diante de seu alto custo, o que é mais importante, porque a perícia serviria apenas e tão-somente para esclarecer aquilo que já estava documentalmente provado.

O Dr. Antonio José Chinelatto, digno e culto Procurador de Justiça, que, apesar da Súmula n° 189 do STJ, nunca se furtou a emitir seus lúcidos pareceres em matéria tributária, às fls. 103 a 105, manifesta-se para que seja negado provimento ao recurso.

A rigor, deveria ter sido indeferida a petição inicial pelos vícios já apontados ou, quando muito, deveria o MM. Juiz ter decretado a carência de ação conforme o parecer do Dr. Promotor de Justiça, já mencionado.

A preliminar de nulidade da sentença não tem nenhum respaldo; tendo a parte reclamado dos honorários propostos pela primeira perita, o Juiz teve o cuidado de ouvir mais dois *experts*, os quais apresentaram propostas de honorários acima da primeira. Arbitrada a perícia, intimou-se a requerente para depositar os honorários no prazo de cinco dias, sob pena de desistência da prova.

Entre a publicação dos despachos até a sentença do Juiz, houve o decurso do prazo de 01 ano, 05 meses e 08 dias, em que a parte permaneceu silente, havendo até pedido de esclarecimento ao Conselho Regional de Contabilidade de Minas Gerais (fls. 75).

Assim, rejeito esta preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, apesar dos alentados volumes de inúmeros documentos, não há prova de que teria a apelante pago alíquotas indevidas ou que não devesse o ISSQN à Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, no período já mencionado. Nem tampouco prova de que o contribuinte de fato houvesse consentido na repetição do indébito ou que o pagamento do ISSQN pela autora não fosse suportado pelo contribuinte de fato.

No parecer já referido de fls. 71/73 do Dr. Márcio Luis consta o seguinte tópico, que vale a pena transcrever:

"O ISSQN inclui-se entre os chamados impostos indiretos, porque 'comportam sempre repercussão do ônus econômico do contribuinte *de jure* para o contribuinte *de fato*, isto é, para o consumidor ou comprador. O vendedor tributado acrescenta o tributo ao preço e o recobraria dos compradores sucessivos.

Com toda razão a nobre Procuradora Municipal quando afirma que o citado dispositivo do CTN visa precipuamente a impedir o enriquecimento ilícito do contribuinte, que poderia repassar o encargo tributário a terceiro e, em seguida, repetir o indébito.

No caso do ISSQN, presume-se, obviamente, que a autora o repassou para seus clientes. Estes, sim, contribuintes de fato, é que têm direito à repetição do indébito.

De acordo com o art. 166 do CTN, a autora somente poderia pleitear a repetição se não tivesse transferido o encargo ou, se tivesse transferido, estivesse expressamente autorizada pelo contribuinte de fato a recebê-lo.

A autora não faz prova em nenhum sentido.

Falta-lhe interesse de agir".

Ainda colho do parecer do digno Promotor os seguintes tópicos:

"Observa-se, da discussão travada entre o Fisco e a autora, que a divergência reside, primeiramente, no enquadramento do serviço à lista de serviços, do que resultaria a diferença de alíquotas. Discutem, outrossim, o domicílio tributário, uma vez que a autora teria prestado serviços em outros municípios.

A análise da questão depende da consulta a toda a documentação da autora, principalmente dos contratos firmados, sem o que toda a discussão é inútil. A bem da verdade, referida documentação deveria ser ministrada por perito, a fim de que o mesmo elucidasse o problema.

A certidão de fls. 12 informa que a documentação estaria apensada aos presentes autos, em dois volumes, porém não vejo nem os volumes, nem a documentação. Pelo despacho de fls. 69-v., em confronto com o de fls. 69, concluo que não haverá prova pericial por desistência tácita da autora.

Ausente o laudo e sem a documentação de que trata a certidão de fls. 12, analiso a questão como foi deixada pelas partes.

A autora pretende insurgir-se contra procedimento realizado pela administração tributária, que constatou a existência de débito fiscal.

Os atos da administração tributária, como espécie do gênero "ato administrativo", gozam de dois atributos: a *presunção de legitimidade* (o ato administrativo se presume legítimo conforme a lei) e a *presunção de veracidade* (o ato administrativo é verdadeiro

conforme a realidade), até prova em contrário - presunção *juris tantum*.

A presunção de legitimidade tem por conseqüência autorizar a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos. Mesmo que contra os atos administrativos haja argüição de invalidade, por vício ou defeito, produzem efeitos enquanto a Administração ou o Judiciário não declarem a sua nulidade.

Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem empresas com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presume-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, *presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração*. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de *fé pública*.

Do princípio da veracidade, decorre a conseqüência de que o ato deverá produzir todos os seus efeitos até que seja invalidado pela Administração ou pelo Judiciário; outrossim, não pode ser invalidado *ex officio* pelo Judiciário, a exemplo dos atos privados, à luz do art. 146 do CC, e, por derradeiro, *a presunção de veracidade inverte o ônus da prova, imputando a quem alega provar que o fato não é verídico*.

Pois bem. Em face dos atributos do ato administrativo, cumpriria à autora provar o alegado. Em processo civil, "se não se ministra a prova, ou não se logra êxito, o efeito dessa falta de prova repercute sobre a parte que (...) tinha o encargo de produzi-la". Essa parte perderá a causa. Isto prevalece, sobretudo, quanto à prova do autor: *actore non probante reus absolvintur*.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - A exação fiscal goza de presunção de veracidade e de legitimidade, cabendo ao interessado comprovar o contrário.

No caso, a autora não demonstrou a existência do alegado direito. Ao contrário, abriu mão da prova pericial ao não efetuar o depósito dos honorários do perito, conforme determinado pelo MM. Juiz.

Nesta conformidade, acompanho o em. Relator e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ADOÇÃO - CONSENTIMENTO DA MÃE BIOLÓGICA POSTERIOR À SENTENÇA - INTERESSE DA CRIANÇA - OBSERVÂNCIA - DEFERIMENTO - DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER - PEDIDO PREJUDICADO

- Superada a questão acerca do consentimento da mãe biológica do adotando e demonstrando as provas dos autos que a adoção vem ao encontro dos legítimos interesses e direitos da criança, defere-se o pedido de adoção, restando prejudicado o de destituição do pátrio poder.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 155.746-1/00 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Adoção e destituição de pátrio poder - Consentimento da mãe biológica posterior à sentença. - Superada a questão acerca do consentimento da mãe biológica do adotando e demonstrando as provas dos autos que a adoção vem ao encontro dos legítimos interesses e direitos da criança, defere-se o pedido de adoção, restando prejudicado o de destituição do pátrio poder.

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, FEITA A RECOMENDAÇÃO DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PELO VOGAL.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2000. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço do recurso.

S.A.R. e s/m ajuizaram ação de destituição de pátrio poder c/c adoção do menor N.S., contra J.R.S., com pedido liminar de guarda da criança, aos fundamentos de que a mesma sofria maus-tratos quando em companhia da mãe biológica e de que já reside com eles há mais de quatro anos. Aduzem que o menino os considera como pais, está completamente adaptado, recebe deles assistência moral e material, educação e carinho, enfim, tudo de que necessita para seu desenvolvimento e crescimento sadio. Citada, a mãe biológica contestou o pedido.

Após ser deferida liminarmente a guarda provisória do menor aos requerentes (fl. 59), a r. sentença de fls. 79/81 julgou improcedentes os pedidos de destituição de pátrio poder e adoção, confirmando aos autores a guarda da criança.

Inconformados, apelaram os requerentes. Pedem a juntada e apreciação de documento novo, superveniente à sentença - declaração de consentimento da mãe biológica -, que, refletindo sobre as conseqüências de sua negativa e visando ao bem do menor, reconsiderou sua posição e consentiu na adoção. Adentrando no mérito,

explanam sobre os motivos que autorizariam o julgamento de procedência dos pedidos.

Do documento novo.

O que os recorrentes chamaram de documento novo consiste em declaração de pleno consentimento de adoção, firmado pela mãe biológica do adotando. Tal documento teve a firma de J.R.S. reconhecida em 22/03/99, sendo de se ressaltar que a sentença foi proferida em 08/03/99.

O documento de fl. 88, trazido aos autos, nos termos do CPC, art. 397, por si só, seria capaz de evitar o ajuizamento da presente ação e, assim, com maior razão, poderia ensejar pronunciamento favorável aos autores, pois se apresenta bastante para alterar o resultado da causa, que lhes foi adverso.

Posto isto, tem-se que restou superada a divergência estabelecida com a anterior recusa da mãe biológica.

Assim, deve ser considerado, com prioridade, o que mais beneficia a criança, deixando para plano secundário os interesses da mãe. Ressalta dos autos que essa adoção vem ao encontro dos legítimos interesses e direitos do adotando.

Ao dispor sobre a proteção integral do menor, precisa a lei que "aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem juridicamente tutelado" (a exemplo do preceituado no Código de Menores revogado), devendo-se, ao interpretar a lei, levar 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*" (Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90, art. 6º).

A CF, art. 227, VII, § 6º, declara: "Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Nos termos do ECA, art. 49, o pátrio poder será transferido do pai natural para o adotivo. Assim, irrelevante o questionamento acerca de existirem ou não os motivos que ensejariam a destituição da mãe do pátrio poder, porque, entre os efeitos da adoção, está o de cessarem os vínculos de filiação e parentesco anterior, passando aos pais adotivos o pátrio poder, com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes. Fica, pois, prejudicado o pedido de destituição de pátrio poder.

MARCO AURÉLIO S. VIANA preleciona que: "Como modalidade de adoção, a disciplinada pelo Estatuto promove uma integração absoluta do adotado na família do adotante, afastando-o em definitivo da família de sangue, de maneira irrevogável. Vence-se a limitação do vínculo de parentesco ao adotante e ao adotado, que tipifica a adoção civil, com ingresso completo do adotado na família do adotante. A finalidade do instituto é proporcionar uma relação jurídica de paternidade que aproxima o mais

possível daquele que envolve a prole biológica, que é concebida na constância do casamento. Na feliz observação de Eduardo dos Santos 'o adoptado *morre* para a sua família natural e *renasce* para a família do adoptante, como se nascesse filho deste'" (*A Tutela da Criança e do Adolescente*, p. 289).

Nessa linha de princípio e considerando as provas produzidas, absolutamente favoráveis à adoção da criança pelos recorrentes, agora com o expresso consentimento da mãe biológica, o estudo social de fls. 32/34, a avaliação de fls. 35/36 e, notadamente, o depoimento da criança adotanda, que expressou seu desejo de permanecer com os adotantes, aos quais chama de pais (fl. 59), o provimento do apelo é de rigor.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para autorizar a adoção do menor N.S. pelo casal S.A.R. e I.S.R., a ser processada perante o Juízo competente, na Comarca de Ipatinga.

Sem custas.

Participaram do julgamento os Desembargadores José Antonino Baía Borges e Lucas Sávio Gomes.

Súmula - DERAM PROVIMENTO. SUGERIDA FORA, PELO VOGAL, A PUBLICAÇÃO DO VOTO DO RELATOR, O QUE TEM O APOIO DA PRESIDÊNCIA E DO REVISOR, SENDO, DAÍ, ASSINADA A PUBLICAÇÃO DEVIDA.

-:::-

APOSTILAMENTO - SERVIDOR NÃO CONCURSADO - CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO - AUSÊNCIA DE TITULARIDADE - IMPOSSIBILIDADE - ARTIGO 34 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.206/92, DE NANUQUE - INTELIGÊNCIA

- O ocupante de cargo de magistério com tempo suficiente que lhe permita a aquisição da estabilidade anômala, garantida pelo art. 19 do ADT da Constituição Federal, não faz jus à pretensão de apostilamento no cargo de diretor, exercido em comissão, e ao recebimento de diferença salarial, quando a lei local (art. 34 da Lei nº 1.206/92, do Município de Nanuque) só reconhece tal direito ao servidor efetivo, que retorna ao cargo de que é titular, após o exercício da função comissionada, satisfeitos os requisitos do tempo exigido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 155.807-1/00 - Comarca de Nanuque - Relator: Des. RUBENS XAVIER FERREIRA

Ementa oficial: Servidor público estadual não concursado, ocupante de cargo de magistério, com tempo suficiente que lhe permitiu a aquisição da estabilidade anômala, garantida pelo art. 19 do ADT da Constituição Federal - Pretensão a apostilamento no cargo de diretor, exercido em comissão, e ao recebimento de diferença salarial - Sentença acolhedora do pedido - Reforma em reexame oficial - Caso em que a lei local só reconhece tal direito ao servidor efetivo, que retorna ao cargo de que é titular, após o exercício da função comissionada, satisfeitos os requisitos de tempo exigidos.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de abril de 2000. - *Rubens Xavier Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - Conheço da remessa oficial do feito, sem recurso das partes.

Os autos vieram submetidos ao crivo deste Tribunal em virtude de sentença neles proferida, agasalhadora do pedido de América Queirós da Silva em ação promovida ao Município de Nanuque em busca de pronunciamento declaratório de seu direito a apostilamento no cargo de Diretor Escolar e ao recebimento de diferença salarial, desde abril de 1993, à base de remuneração atual correspondente a quatro salários mínimos.

A postulação inicial e seu acolhimento no desate final da causa remetem ao art. 34 da Lei local nº 1.206/92, cujo texto consta dos autos.

E tanto a requerente como a digna Julgadora deram a tal dispositivo interpretação equivocada.

Embora não tenha sido dito, apreende-se dos autos que a demandante, dispensada no cargo comissionado de direção, retornou ao de regente de classe, em que inicialmente fora investida sem prestação de concurso público, nele adquirindo a estabilidade anômala garantida pelo art. 19 do ADT da Constituição Federal.

Isso não foi questionado pelo demandado.

A pretensão ao apostilamento, entretanto, pleiteada administrativamente, não logrou sucesso por óbice encontrado, pela Secretaria Municipal, no art. 34 da Lei local nº 1.206/92, invocado pela requerente.

E acertada foi a interpretação dada a tal dispositivo, no processo administrativo, em parecer jurídico acolhido pelo Secretário Municipal.

Com efeito, preenchidos os requisitos de tempo, o servidor dispensado no cargo exercido em comissão, por iniciativa da Administração, não motivada por penalidade, continuará, ao reassumir o cargo de provimento efetivo de que for titular, salvo opção contrária, a receber o vencimento correspondente ao desempenhado em comissão.

É, com outras palavras, o que consta daquele dispositivo.

Ora, a demandante não é servidora efetivada nem tem a titularidade, em termos de provimento regular, do cargo que ocupa.

A Lei nº 1.206, em outras disposições, refere-se à efetividade do servidor como condição do direito ao recebimento do vencimento do cargo comissionado (cf. o art. 33 e respectivo parágrafo).

Com estas considerações, reformo a sentença para julgar improcedente o pedido.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - O instituto do apostilamento é próprio do servidor efetivo que, dispensado, por iniciativa da Administração, de cargo de provimento comissionado após determinado tempo de exercício, faz jus ao recebimento dos vencimentos correspondentes ao cargo em comissão.

Outra não pode ser a interpretação conferida ao art. 34 da Lei Municipal nº 1.206, que embasou o pedido da apelada.

Nesta conformidade, acompanho o em. Relator e julgo improcedente o pedido.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - AUSÊNCIA DE PROVA - IMPROCEDÊNCIA - DESPESAS DE FUNERAL DA VÍTIMA REALIZADAS PELO RÉU - IRRELEVÂNCIA - FATO OCORRIDO EM RODOVIA FEDERAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL - EXISTÊNCIA DE PASSARELA PRÓXIMA AO LOCAL DO EVENTO - RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO - INOCORRÊNCIA

- A responsabilidade civil, da qual nasce o dever de reparação, tem como base a noção de ilícito preconizada no artigo 159 do Código Civil, de que são elementos a antijuridicidade, a culpabilidade, o dano e o nexo causal.

- Conquanto indiscutível o resultado lesivo, é de se dar pela improcedência de ação de reparação de danos proposta em decorrência de acidente de veículo se o autor não logra demonstrar com eficiência e segurança, como lhe compete, a culpa do condutor do veículo envolvido no evento danoso, e, ao contrário, o conjunto probatório revela e sinaliza, de forma notória e insofismável, pela imprudência e culpa exclusiva da vítima pela ocorrência do acidente.

- Em ação de reparação de danos em decorrência de acidente automobilístico é irrelevante a circunstância de haver o réu arcado com as despesas do funeral da vítima.

- O Poder Público municipal não é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de reparação de danos por acidente de veículos se o fato ocorrera em rodovia federal, e, ainda que se conclua pela sua *legitimatio*, a prova da existência de passarela próxima ao local do evento é suficiente para afastar a responsabilidade do município por omissão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 156.475-6/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Responsabilidade civil - Atropelamento - Rodovia federal - Ilegitimidade *ad causam* do município - Insuficiência de provas - Culpa não comprovada do condutor do veículo - Inexistência do dever de indenizar.

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 março de 2000. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Denize, Demius, Dênis e Elza Paula de Souza, respectivamente filhos e companheira de Aquileu José de Freitas, morto em atropelamento em rodovia federal (BR-050), propuseram ação de reparação de danos materiais e morais contra Kazumi Setoguchi, patrão do condutor do veículo acidentado, e o Município de Uberlândia, tendo-lhes sido desfavorável a sentença, que concluiu pela irresponsabilidade do primeiro, por ausência de culpa, e pela ilegitimidade *ad causam* do último.

Em regular apelação, estão os autores questionando o valor da prova testemunhal produzida pelo primeiro réu e patrão e insistindo na sua responsabilidade, em face da imprudência e negligência do condutor do veículo, que estaria desenvolvendo velocidade incompatível com o local do sinistro, região do perímetro urbano municipal, bem como na do Município, por ter-se omitido quanto à construção de passarelas.

Conheço do recurso, uma vez atendidos os pressupostos de admissibilidade, mas não vejo como provê-lo.

A responsabilidade civil, de

onde deflui o dever de reparação, tem como base a noção de ilícito (art. 159 do CCB), de que são elementos a antijuridicidade, a culpabilidade, o dano e o nexo causal.

Anota-se, a propósito:

"Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (*RT*, 443/143, 450/65, 494/35, 372/323, 440/74, 438/109, 440/95, 477/111 e 470/241); b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula nº 37, do Superior Tribunal de Justiça, serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato (*RT*, 436/97, 433/88, 368/181, 458/20, 434/101, 477/247, 490/94, 507/95 e 201, 509/69, 481/189; *RTJ*, 39/38 e 41/844); e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (*RT*, 477/247, 463/244, 480/88, 481/211, 479/73 e 469/84)". (Cf. *Código Civil Anotado*, MARIA HELENA DINIZ, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999, p. 169.)

Na hipótese, conquanto evidente o resultado lesivo, os autores não se desincumbiram da prova da culpabilidade do condutor do veículo envolvido no acidente, impondo-se, pois, a improcedência do pedido de ressarcimento quanto ao primeiro réu, formulado com base no art. 1.521, inciso III, do Código Civil.

O laudo da perícia de trânsito concluiu não precisando a culpabilidade pelo evento (fls. 83-TJ).

E o inquérito policial foi arquivado (fls. 101-TJ), a pedido do representante do Ministério Público da Comarca, que entendeu o sinistro como uma "fatalidade", para cuja ocorrência contribuiu a vítima com culpa exclusiva (fls. 100-TJ).

Enfim, da prova testemunhal que produziram os autores (fls. 109/112-TJ), nada se colhe ao seu favor.

Antônio Ramos de Oliveira disse haver presenciado o acidente, mas não soube qual a velocidade do veículo, tendo afirmado, contudo, que ele trafegava normalmente na sua mão de direção (fls. 111/112-TJ) e, assim como Rogélia Maria Dias Alves (fls. 109-TJ), esclareceu que existe passarela para o trânsito de pedestres a 300m do local do acidente, o que sinaliza para a imprudência da vítima, ao tentar a travessia da rodovia.

Assim é que, tendo a deficiência da prova ao encargo dos autores sido decisiva para a rejeição do pedido na instância *a qua*, parece-me desinfluente a perquirição da isenção das testemunhas do primeiro réu, que, aliás, não foram oportunamente contraditadas.

E irrelevante para o caso também é a circunstância de haver o primeiro réu arcado com as despesas do funeral da vítima.

Finalmente, considerando que o fato ocorreu em rodovia federal, a pretensão ressarcitória dos autores, quanto ao Município, realmente esbarra em sua ilegitimidade passiva. Aliás, ainda que se pudesse afirmar sua *legitimatio*, a existência de passarela próxima ao local, como consta dos testemunhos (fls. 109 e 111/112-TJ), seria bastante para ilidir a aventada responsabilidade do Poder Público, por omissão.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes, com a isenção qüinqüenal da legislação específica.

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

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

IMPOSTO - PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - PROGRESSIVIDADE - TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - COISA JULGADA - INCIDÊNCIA - SENTENÇA *EXTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA

- A coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença, não sobre seus motivos ou sobre questão prejudicial.

- Sendo o IPTU imposto que pode ser pago de maneira parcelada, há renovação mensal da oportunidade para interposição de mandado de segurança contra a cobrança reputada ilegal.

- Se a determinação contida na sentença é consectário lógico do pedido formulado, não há falar-se em providência *extra petita*.

- O art. 156 da Constituição da República, que versa sobre os impostos dos municípios, está vinculado ao art. 182, inserido no capítulo constitucional da política urbana, e restringe o caráter progressivo do IPTU à garantia do cumprimento da função social da propriedade, sendo inadmissível a progressividade com base na capacidade econômica do contribuinte.

- Sendo a base de cálculo do IPTU o valor venal do imóvel e a da taxa de limpeza pública a área do imóvel, que compõe o valor venal, há a coincidência (parcial) vedada pela Constituição Federal.

- É inexigível o pagamento de taxa inconstitucional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 156.732-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Direito Tributário - IPTU - Progressividade - Taxa de limpeza pública - Inconstitucionalidade. - O art. 156 da Constituição da República, que versa sobre os impostos dos municípios, está vinculado ao art. 182, inserido no capítulo constitucional da política urbana, e restringe o caráter progressivo do IPTU à garantia do cumprimento da função social da propriedade, sendo inadmissível a progressividade com base na capacidade econômica do contribuinte. Sendo a base de cálculo do IPTU o valor venal do imóvel e o da taxa de limpeza pública a área do imóvel, que compõe o valor venal, há a coincidência (parcial) vedada pela Constituição Federal. É inexigível o pagamento de taxa inconstitucional.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO RECURSO ADESIVO, REJEITAR PRELIMINARES E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2000. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço da remessa oficial, nos termos do art 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, e também do recurso da Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, porque tempestivo e dispensado de preparo.

Não conheço do recurso adesivo, uma vez que, atendidas parcialmente as pretensões do recorrente, especialmente quanto à inconstitucionalidade da taxa de limpeza pública, não tem ele interesse de recorrer, para que se adicione à sentença que a taxa de limpeza pública é inconstitucional também sob o fundamento do § 2º do art. 145 da Constituição Federal, porque tem como base de cálculo a área do imóvel, elemento que integra a base de cálculo do IPTU.

Embora os fundamentos da sentença devam ser objeto de reexame pela segunda instância, especialmente nas hipóteses do art. 475 do Código de Processo Civil, o recurso da parte deve impugnar a decisão, ou seja, o conteúdo do seu dispositivo, que informa o resultado da solução dada à demanda, e não os seus fundamentos, os quais não são alcançados pela coisa julgada.

O art. 469, I, do Código de Processo Civil, dispõe que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

A orientação jurisprudencial sobre a matéria é de que a coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença, não sobre seus motivos ou sobre questão prejudicial (*RTJ*, 133/1.311, e *RSTJ*, 81/248).

A sentença apelada julgou parcialmente procedente o pedido inicial da ação de mandado de segurança ajuizada por Ailton Cezário Alves, reconhecendo a inconstitucionalidade da progressividade fiscal do IPTU e da taxa de limpeza pública, instituídas pelo Município de Belo Horizonte, para determinar aos impetrados que se abstenham de aplicar ao impetrante as alíquotas do IPTU de forma progressiva, nos exercícios de 1997 e seguintes, aplicando-se-lhe, conseqüentemente, as alíquotas normalmente aplicadas aos demais contribuintes.

A segunda apelante, sustenta, em preliminares, a decadência do prazo para a impetração e o não-cabimento de mandado de segurança para atender às providências requeridas no pedido inicial.

O lançamento impugnado na impetração ocorreu em 1º de dezembro de 1997 (fl. 36-TJ) e o mandado de segurança foi impetrado em 24/03/1998 (fl. 01-v.-TJ), respeitando-se o prazo previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51.

Tratando-se o IPTU de imposto que pode ser pago de maneira parcelada, há renovação mensal da oportunidade para interposição de mandado de segurança contra a cobrança reputada ilegal.

Rejeito a preliminar.

Não prospera a segunda preliminar, que versa sobre a impropriedade do mandado de segurança para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação municipal e sobre a anulação dos lançamentos do IPTU incidente sobre o imóvel de propriedade do impetrante, referentes aos exercícios de 1997 e 1998.

Trata-se de disposições legais de efeitos concretos, que deram ensejo aos lançamentos impugnados na impetração e que se equiparam a atos administrativos nos seus resultados imediatos, como adverte a doutrina de HELY LOPES MEIRELLES:

"A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula nº 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto, para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do *mandamus*. Somente as leis e decretos de efeitos concretos tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde a sua publicação, por equivalentes a atos administrativos nos seus resultados imediatos. Vê-se, portanto, que o objeto normal do mandado de segurança é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante" (*Mandado de Segurança*, Editora Revista dos Tribunais, 13ª ed., p. 17 e 18).

No caso, para se chegar à impropriedade dos lançamentos impugnados, há que se perquirir, necessariamente, a constitucionalidade dos dispositivos legais que os fundamentam.

A sentença, ao determinar às

autoridades coatoras que se abstenham de exigir do impetrante o IPTU na forma progressiva, também não deferiu providência de natureza diversa da pedida na inicial.

À fl. 32-TJ, o impetrante requereu, no item *i*, que: " *i) seja assim, em conseqüência, quanto ao IPTU, declarada correta a alíquota de 0,5%; e, quanto à Taxa de Limpeza Pública, declarada indevida a sua cobrança, em conseqüência da declaração dos itens anteriores*".

A determinação contida na sentença é consectário lógico do pedido acima transcrito, não se tratando, pois, de providência *extra petita*.

Rejeito a preliminar.

A faculdade deferida ao Poder Público municipal para exigir o imposto progressivo sobre a propriedade territorial urbana depende de: a) lei específica, municipal, para área incluída no plano diretor; b) conseqüentemente, plano diretor; c) lei federal em cujos termos esteja a exigência tributária; e d) exigência anterior de parcelamento ou edificação compulsórios, tendo em vista o caráter sucessivo do imposto progressivo, relativamente àquelas providências.

O § 4º do art. 182 da Constituição permite ao Poder Público municipal, *mediante lei específica* para área incluída no plano diretor, exigir, *nos termos da lei federal*, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de vir a pagar imposto progressivo.

A alíquota progressiva do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, prevista no item II do § 4º do art. 182 da Lei Maior, se aplicará sucessivamente às exigências anteriores previstas no item I: parcelamento ou edificação compulsórios. A progressividade no tempo é condicionada à existência de lei federal que disponha sobre o assunto. O comando constitucional não é dirigido, diretamente, ao Poder Público ou ao legislador do Município, mas, o é, indiretamente, por via de lei federal, que será necessária para se destinarem ao proprietário do solo não edificado as exigências e as penalidades constitucionais.

A palavra sucessivamente não foi empregada, no § 4º do art. 182, inutilmente. Foi intencional e deliberada a sucessão dos fatos, a sucessão das exigências, visando colocar em ordem o aproveitamento do solo. Primeiro, condicionando o adequado parcelamento ou edificação. Depois, sucessivamente, exigindo um imposto progressivo no tempo. Assim, não existe imposto progressivo sem que antes tenha havido a exigência do parcelamento ou da edificação, com o necessário lapso a que o proprietário a que se destina a compulsão o possa efetivar validamente.

A interpretação das normas tributárias deve ser restrita. O hermeneuta não pode expandir o texto constitucional nesse setor. O art. 156 da Constituição da República, que versa sobre os impostos dos municípios, está vinculado ao art. 182, inserido no capítulo constitucional da política urbana, e restringe o caráter progressivo do IPTU à garantia do cumprimento da função social da propriedade. Ora, se a Carta

Magna somente admitiu e previu, no imposto territorial urbano, a alíquota progressiva para instrumento da política urbana, não é possível que o intérprete a estenda para outros casos de política fiscal não previstos pela Constituição.

Não é necessário invocar-se o § 1º do art. 145 da Constituição Federal, porque a pessoalidade do imposto, segundo a capacidade contributiva, realiza-se pelo simples fato da base de cálculo diferenciada segundo o valor venal do imóvel: quem tem mais paga imposto sobre o valor maior do que tem, porque a alíquota única tem relação direta com o valor venal que exprime a capacidade contributiva.

Por isso que a alíquota fiscal deve ser fixa, e o IPTU é imposto real. Só poderá haver variação na alíquota extrafiscal, ditada pela política urbana e pela função social da propriedade, segundo os requisitos constitucionais.

A ementa do RE nº 153.771/0-MG, aresto originário sobre a matéria, ficou assim redigida, *verbis*:

"Ementa: *IPTU. Progressividade.*

No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real.

Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu art. 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico).

A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º.

Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal.

Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o subitem 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei nº 5.641, de 22/12/89, do Município de Belo Horizonte" (RE nº 153.771-MG, Relator o Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 05/09/97).

No mesmo sentido o RE nº 196.337-SP, Relator o Exmo. Sr. Ministro Maurício Corrêa, j. em 02/06/98 e publicado no *DJ* de 14/08/98, no qual foi assimilado o seguinte entendimento, *verbis*:

"Ementa: *Recurso extraordinário. Constitucional. IPTU. Imposto de natureza real. Progressividade. Capacidade econômica do contribuinte. Impossibilidade.*

1. É o IPTU imposto de natureza real em que não se pode levar em

consideração a capacidade econômica do contribuinte. Logo, a progressividade da alíquota da exação, com base no valor venal do imóvel, somente é admissível para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, obedecidos os requisitos previstos nos §§ 2° e 4° do art. 182 da Constituição Federal.

2. Precedente do Plenário.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido".

O fato de ter sido editado o Plano Diretor do Município de Belo Horizonte não permite nova progressividade de alíquotas do IPTU, com base na capacidade contributiva do contribuinte, pois, conforme os arestos que mencionei, a cobrança progressiva somente pode ser feita para que se assegure o cumprimento da função social da propriedade.

Quanto à cobrança da taxa de limpeza pública, registro, inicialmente, que assimilo o entendimento da Sentenciante no sentido de que o serviço tributado pela referida taxa não é suscetível de utilização individual, faltando-lhe, pois, os requisitos da especificidade e da divisibilidade.

A despeito de a inconstitucionalidade da taxa de limpeza pública não ter sido reconhecida na sentença no sentido de que há coincidência com elemento que integra a base de cálculo do IPTU, a relevância da matéria e a sua natureza, de ordem pública, determinam a sua reapreciação.

Dispõe o art. 32 da Lei Municipal n° 5.641/89:

"Art. 32. A Taxa de Limpeza Pública será calculada de conformidade com a Tabela I anexa a esta Lei, e será lançada junto com o IPTU ou na forma e prazos previstos em regulamento".

O item III da referida tabela anexa à Lei n° 5.641/89 traça como critério para a apuração do valor a ser exigido como taxa de limpeza pública a área do imóvel (fl. 51-TJ).

Os artigos 69 e 70 daquela lei, que tratam da base de cálculo do IPTU, dispõem:

"Art. 69. A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel".

"Art. 70. O valor venal do imóvel será determinado em função dos seguintes elementos, tomados em conjunto ou separadamente:

(...)

IV - características do terreno como:

a) área".

A base de cálculo da taxa é própria para o IPTU (art. 33 do Código Tributário Nacional) e contraria o § 2° do art. 145 da Constituição Federal, que prevalece para tornar sem efeito a norma municipal instituidora da taxa.

A Constituição requer que a base de cálculo seja *própria*, e não *idêntica*.

Sendo a base de cálculo do IPTU o valor venal do imóvel e a da taxa de limpeza pública, metragem da

unidade, que compõe o valor venal, há a coincidência (parcial) vedada pela Lei Magna e pelo art. 77, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Esta egrégia Quarta Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n° 119.739/1, em 17/09/1998, Relator o eminente Desembargador Carreira Machado, entendeu que a base de cálculo da taxa de limpeza pública, instituída pelo Município, não pode guardar correlação com elemento que se presta como parâmetro para o cálculo de qualquer outro tributo.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal tem considerado inconstitucional a cobrança de taxa de limpeza pública, que tenha como base de cálculo elemento que se insere na base de cálculo do IPTU, *verbis*:

"Ementa: Município de São Paulo. Tributário. Lei n° 10.921/90, que deu nova redação aos arts. 7°, 87 e incs. I e II, e 94 da Lei n° 6.989/66, do Município de São Paulo. Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Taxas de limpeza pública e de conservação de vias e logradouros públicos.

Inconstitucionalidade dos dispositivos sob enfoque.

O primeiro, por instituir alíquotas progressivas alusivas ao IPTU, em razão do valor do imóvel, com ofensa ao art. 182, § 4°, II, da Constituição Federal, que limita a faculdade contida no art. 156, § 1°, à observância do disposto em lei federal e à utilização do fator tempo para a gradação do tributo.

Os demais, por haverem violado a norma do art. 145, § 2°, ao tomarem, para base de cálculo das taxas de limpeza e conservação de ruas, elemento que o STF tem por fator componente da base de cálculo do IPTU, qual seja, a área de imóvel e a extensão deste no seu limite com o logradouro público.

Taxas que, de qualquer modo, no entendimento deste Relator, têm por fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, não tendo de ser custeado senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais" (RE n° 204.827/5 - São Paulo, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. em 12/12/1996, Ementário n° 1866-07).

Destaco do voto do eminente Ministro Ilmar Galvão a seguinte observação:

"Quanto ao recurso da contribuinte, o extraordinário é de ser conhecido e provido.

Com efeito, impugna ele o acórdão, no ponto em que reconheceu a exigibilidade das taxas de conservação e limpeza de rua, por entender não demonstrada a incorreção da respectiva base de cálculo, visto não significar a sua identidade com a base de cálculo do IPTU o simples fato de referir a lei metro linear.

Acontece não ser essa a orientação que deflui da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde se acha consolidado ser contrária à norma do art. 145, § 2°, da CF a taxa municipal que toma para base de cálculo a área de imóvel, fator que é tido por um dos

indicadores do valor venal deste, elemento que serve de base de cálculo do IPTU. Confiram-se, a propósito, os RREE nºs 97.807 - Ministro Néri da Silveira; 100.729 - Ministro Francisco Rezek; 101.477 - Ministro Sidney Sanches; 110.327 - Ministro Célio Borja; e 116.119 - Ministro Celso de Mello.

A hipótese contemplada pela jurisprudência do STF, diante dos arts. 87, I e II, e 94, da Lei Paulistana nº 6.989/66, na redação que lhes deu a Lei nº 10.921/90 (fls. 30), ora sob apreciação, acha-se plenamente configurada, visto tratar-se de taxas que, no primeiro caso (limpeza), tem por base de cálculo, entre outros fatores, a área do imóvel, e, no segundo (conservação), a extensão do imóvel, no seu limite com a via ou logradouro público.

Registre-se que o acórdão, nesse ponto, sequer pode merecer o beneplácito deste Relator, cuja opinião coincide com a externada pelo eminente Presidente do eg. Tribunal de origem no despacho de fls. 352/3, onde entendeu ser 'ilegítimo o lançamento das taxas, por compreender cálculo de atividade estatal de caráter *uti universi*, destinada ao benefício da população em geral', não podendo 'tais prestações (de serviço) ser destacadas em unidades autônomas, não permitindo individuar sua área de intervenção, como também não se apresentam suscetíveis de utilização separada, por parte de cada um de seus usuários', não sendo, por isso, taxas os tributos questionados, 'pois se destinam ao benefício em geral, público, indivisível, além de terem natureza inespecífica (fls. 352/3)'".

Naquele julgamento, o eminente Ministro Celso de Mello advertiu sobre os efeitos negativos decorrentes da inobservância, pelos entes tributantes, dos limites constitucionais do poder de tributar, *verbis*:

"Tenho salientado, em diversas decisões que proferi no Supremo Tribunal Federal, que os desvios inconstitucionais do Estado, no exercício do seu poder de tributar, geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos, que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República.

A prática das competências impositivas por parte das entidades políticas investidas da prerrogativa de tributar não pode caracterizar-se como instrumento, que, arbitrariamente manipulado pelas pessoas estatais, venha a conduzir à destruição ou ao comprometimento da própria ordem constitucional.

A necessidade de preservação da incolumidade do sistema consagrado pela Constituição Federal não se revela compatível com pretensões fiscais contestáveis do Poder Público, que, divorciando-se dos parâmetros estabelecidos pela Lei Magna, busca impor ao contribuinte um estado de submissão tributária inconvivente com os princípios que informam e condicionam, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a ação das instâncias governamentais.

Bem por isso, tenho enfatizado a importância de que o exercício do poder tributário, pelo Estado, deve submeter-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional, que institui, em favor dos contribuintes, decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes.

O fundamento do poder de tributar reside, em essência, no dever jurídico de estrita fidelidade dos entes tributantes ao que imperativamente dispõe a Constituição da República.

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores - que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais e coletivos - introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder".

Assim, é evidente a inconstitucionalidade do preceito que prevê a cobrança da taxa de limpeza pública, mediante a utilização de elemento que compõe a base de cálculo do IPTU.

Em reexame necessário, confirmo a sentença apelada, acrescendo-a dos fundamentos contidos neste voto.

Reputo prejudicados o exame e o julgamento do recurso apresentado pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte.

Custas, pela lei.

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

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO ADESIVO, REJEITARAM PRELIMINARES E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

MONITÓRIA - PROPOSITURA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE

- É possível o manejamento da ação monitória em face da Fazenda Pública, pretendendo o pagamento de soma em dinheiro, desde que haja prova escrita sem eficácia de título executivo, sendo-lhe facultada a oposição de embargos contra o mandado de pagamento, o que possibilita a cognição plena, garantindo-lhe o contraditório.

- V.v.: - Inadmite-se o manejo da ação monitória em face da Fazenda Pública, diante das características do regime de execução contra a mesma, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória (CF, art. 100), o que não existiria no caso de ação monitória não embargada. Outrossim, tem

a Fazenda Pública garantia do duplo grau de jurisdição obrigatório e contra ela não produz o efeito da revelia a confissão ficta (art. 320, II, do CPC), descabendo, portanto, a propositura da referida ação, sobretudo quando a pretensão deduzida for a de pagamento em dinheiro, uma vez que contra a Fazenda Pública não se admite ordem de pagamento, como não se admite penhora, devendo haver processo de conhecimento puro. *(Des. Páris Peixoto Pena)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 156.878-1/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Ação monitória contra a Fazenda Pública municipal - Admissibilidade - Via adequada. - Inexiste incompatibilidade entre ação monitória e pretensão de pagamento de soma em dinheiro contra a Fazenda Pública.

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, 28 de março de 2000. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Xerox do Brasil Ltda. contra sentença do Juiz *a quo*, que, nos autos da ação monitória movida em face do Município de Itumbiara, extinguiu o processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Em suas razões de recurso, alega a apelante que o procedimento monitório não é impróprio, pelo fato de estar no pólo passivo o ente público.

O prazo transcorreu *in albis*, sem apresentação das contra-razões, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo conhecimento e provimento do recurso.

Sem razão a decisão de primeiro grau, que julgou extinto o feito, por entender incabível o procedimento monitório para receber crédito da Fazenda Pública.

Na verdade, não há incompatibilidade entre ação monitória e a pretensão de pagamento de soma em dinheiro contra a Fazenda Pública.

In casu, pretende a autora, ora apelante, receber débito que alega ser proveniente de contrato de locação realizado com a Fazenda Pública municipal, conforme comprova através dos documentos de fls. 06/25.

É requisito essencial da ação monitória a prova escrita, e esta encontra-se nos autos, consubstanciada nos citados documentos, ou seja, contrato de locação firmado pela Fazenda municipal.

Por sua vez, a ação monitória faculta ao devedor a oposição de

embargos contra o mandado de pagamento ou de entrega do bem, garantindo-lhe o direito ao contraditório.

Desta forma, o procedimento monitório, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a Fazenda Pública ofereça embargos.

Leciona o Professor J. E. CARREIRA ALVIM que:

"... se o credor dispõe de um cheque emitido pela Fazenda Pública, que tenha perdido a eficácia de título executivo, nada impede se valha da ação monitória para receber o seu crédito; identicamente, aquele que dispõe de um empenho ou qualquer documento de crédito, que atenda aos requisitos legais, dispõe de documento idôneo para instruir o pedido monitório" (*Ação Monitória*, 2ª edição, p. 61).

Afirma ainda que "a finalidade do procedimento monitório, assim chamado por conter um mandado (ou ordem) ao devedor, é evitar perda de tempo e dinheiro na formação de título executivo que o devedor, muitas vezes, não tem interesse em obstaculizar".

Ademais, dispõe o artigo 1.102 do Código de Processo Civil:

"A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

Assim, em face da possibilidade da ação monitória contra a Fazenda Pública, dou provimento ao recurso, cassando a decisão de primeiro grau, que extinguiu o processo. Determino o retorno dos autos à Vara de origem para que seja decidido o mérito da causa.

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 do dia 21/03/00, após votarem o Relator e o Revisor dando provimento.

Com a palavra o Des. Páris Peixoto Pena.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Cuida-se de ação monitória aforada por Xerox do Brasil Ltda. contra o Município de Itumbiara, cujo processo foi extinto por inadmitir o douto Julgador de primeiro grau o seu uso contra a Fazenda Pública.

Divergem as opiniões sobre se pode a ação monitória ser dirigida, ou não, contra a Fazenda Pública.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, por exemplo, entende que, "*em face das características de nosso regime*

de execução contra a Fazenda Pública, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória (CF, art. 100), o que não existiria no caso de ação monitória não embargada. Além do mais, a Fazenda Pública tem a garantia do duplo grau de jurisdição obrigatório, a ser aplicado em qualquer sentença que lhe seja adversa (CPC, art. 475, inciso II), e a revelia não produz contra ela o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (CPC, art. 320, inc. II). Com todos estes mecanismos de tutela processual conferidos ao Poder Público, quando demandado em juízo de acertamento, torna-se realmente inviável, entre nós, a aplicação da ação monitória contra a Administração Pública".

E explicita:

"*Seu único efeito, diante da impossibilidade da penhora sobre o patrimônio público, seria a de dispensar o processo de conhecimento para reconhecer-se por preclusão o direito do autor, independentemente de sentença. Acontece que a Fazenda não se sujeita a precatório sem prévia sentença e contra ela não prevalece a confissão ficta deduzida da revelia. Assim, nada se aproveitaria do procedimento monitório, na espécie*" (*Curso de Direito Processual Civil*, v. III, p. 384 - 17ª edição).

O mesmo entendimento é professado por VICENTE GRECO FILHO, quando assevera:

"*... coerente com a posição sustentada em nossa execução contra a Fazenda Pública, entendemos descaber a ação monitória contra a Fazenda Pública, contra a qual deve haver título sentencial, com duplo grau de jurisdição, para pagamento por meio de ofício, como previsto no art. 100 da CF e por meio de dotação orçamentária. Contra a Fazenda não se admite ordem para pagamento, como não se admite penhora, devendo, pois, haver processo de conhecimento puro, com sentença em duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 100 da CF e art. 733 do Código*" ("Considerações sobre a Ação Monitória", *in Repro/80*, p. 158).

Mais condescendente, NELSON NERY JÚNIOR admite que a ação monitória, em tese, possa ser dirigida contra a Fazenda Pública, não, porém, quando se tratar de execução por quantia certa, mas apenas quando o objeto do pedido for a entrega de coisa certa ou incerta (cf. *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª edição, p. 1.033, nota 7).

Na espécie *sub judice*, a pretensão deduzida foi a de pagamento de soma em dinheiro, inadmissível, pelo que acima ficou exposto, pela via da ação monitória, pois faço coro com os doutos ensinamentos transcritos.

Nego provimento ao recurso.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

-:::-

ADOÇÃO - OCORRÊNCIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90) - REVOGAÇÃO - POSSIBILIDADE

- Admite-se a revogação das adoções ocorridas antes da vigência do art. 227, § 6º, da Constituição Federal/88, e do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em face do princípio do *tempus regit actum* e do da irretroatividade da lei nova, mormente porque a norma anterior, que regia a espécie, não vedava a revogabilidade da adoção comum.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 156.935-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Adoção - Irrevogabilidade - Art. 227, § 6º, da Constituição Federal e art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - As adoções ocorridas antes dessas normas podem ser revogadas. Aplicação do princípio *tempus regit actum*. Recurso a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 04 de abril de 2000. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - A ilustrada Procuradoria considera que o recurso não deve ser conhecido. Mas, antes de enfrentar esta argüição, parece-me recomendável fazer a suma da espécie para melhor compreensão da matéria.

Em 11/05/88, o apelante e s/m M.A.P., hoje falecida, adotaram o menor J.P.R., nascido da apelada M.N.R., em 23/02/87, passando o adotado a se chamar J.P.P., conforme documento encartado nos autos.

Segundo relata o autor e pai adotivo, nas férias escolares de julho de 1997, o adotado foi ter com a sua mãe biológica, que se recusou, como ainda se recusa, a devolvê-lo, até porque o próprio menor demonstra não querer regressar. O impasse, alega a inicial, não foi solucionado perante o Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente, visto que a apelada lá se recusou a comparecer, como se recusou a qualquer entendimento, culminando na ocorrência policial noticiada à fl. 08-TJ.

Assim, o pai adotivo ajuizou a presente medida, que denominou de "destituição de pátrio poder", pela qual pretende o "cancelamento da adoção", pedindo a citação da mãe biológica para vir "assumir totalmente o pátrio poder" do menor nomeado.

Ouvido, o Ministério Público requereu o estudo social do caso. O MM. Juiz indeferiu a petição inicial por falta de amparo legal. Vem daí o recurso em pauta, onde o recorrente se queixa de que não se lhe deu a oportunidade de emendar a inicial, como permitem o CPC e o ECA, perseverando no cancelamento da adoção (*sic*).

Com este intróito, passo ao exame da espécie e decido a preliminar suscitada no parecer ministerial.

Pondera o douto Procurador de Justiça que o tema do apelo não guarda consonância com os fundamentos da r. decisão recorrida, pois o apelante não se ocupa de combater a sua motivação, que é a impossibilidade jurídica do pedido.

Data venia, não me convenço. O apelante, a seu modo, propõe que o pedido tem juridicidade e que há razão para o respectivo atendimento, como se retira da peça recursal, com algum esforço - o mesmo que foi preciso para entender a inicial, como considerou a zelosa Promotora no parecer de primeiro grau.

Conheço do recurso, portanto.

Os autos são o relato de um pequeno drama do quotidiano, que pode até ter alguma conotação prosaica, mas é de grande relevância social, dizendo com a situação perfeitamente irregular de um menor que, no final das contas, é vítima de um ato impensado. Foi adotado aos quatorze meses de vida e conviveu com a mãe adotiva até o falecimento desta, em novembro de 1995, e permaneceu com o pai adotivo, então viúvo, por mais um ano e meio. Até que, no começo da adolescência, pareceu ter descoberto a sua preferência pela mãe natural, que, por sua vez, parece arrependida de tê-lo dado em adoção. Diz-se, parece, porque os fatos da inicial não são contrariados pela apelada, que, chamada, ofereceu as contrarazões - onde se limita a alegar as irreversibilidades da adoção.

Duas razões fortemente jurídicas levaram o ilustre Juiz a entender a ocorrência de impossibilidade jurídica do pedido: a primeira, a irrevogabilidade da adoção prevista no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente; a segunda, a equiparação do adotado ao filho legítimo, como previsto no § 6º do art. 227 da Constituição Federal.

Nenhuma das duas me convencem.

O ato de adoção ocorreu em 11/05/1988 (fls. 05-TJ), antes da vigência do atual ECA, este inaplicável ao caso, em razão do princípio *tempus regit actum*, conforme já decidiu o eg. Superior Tribunal de Justiça (fls. 40-TJ), além do princípio da irretroatividade da lei nova.

A lei anterior, que regia a espécie, não vedava a revogabilidade da adoção comum.

Embora a Carta Magna equipare o adotado ao legítimo, portanto irrenunciável, não se aplica ao caso, porque o ato se praticou antes dela, sendo de todo em todo impossível alcançá-lo, dado que a lei - ainda que norma constitucional - não retroage para apanhar o ato jurídico perfeito, garantia também constitucional (art. 5º, XXXVI).

Quando houve a adoção, o apelante fê-la com todos os efeitos previstos em lei, inclusive com o direito inquestionável de revogá-la, porque assim era a norma então vigente.

A alteração no curso do tempo jamais poderá alcançá-lo, pena de quebra do princípio maior da segurança dos negócios jurídicos.

Diante disso, provejo o apelo, para cassar a decisão recorrida, volvendo os autos à origem, para julgamento de mérito.

Sem custas.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - CRÉDITO TRABALHISTA - HABILITAÇÃO - INCLUSÃO DIRETA NO QUADRO DE CREDORES - ADMISSIBILIDADE - SENTENÇA - AUSÊNCIA DO NOME DAS PARTES - IRREGULARIDADE

- A ausência do nome das partes na sentença não implica nulidade, mas mera irregularidade, se não ocasionou dúvida quanto às partes litigantes.

- Os créditos trabalhistas não são suscetíveis de verificação do Juízo falimentar, bastando a sua apresentação ao síndico para habilitação no quadro geral de credores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 158.482-0/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Falência - Habilitação de crédito trabalhista - Inclusão direta no quadro de credores - Admissibilidade. - Os créditos trabalhistas não são suscetíveis de verificação do Juízo falimentar, bastando a sua apresentação ao síndico para habilitação no quadro geral de credores.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 28 de março de 2000. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuidam os autos de pedido de habilitação de crédito trabalhista proposto pelo espólio de Geraldo Arcanjo de Souza, representado pela inventariante Zulma de Oliveira Maia, no processo de falência da empresa Protesa Ltda., tendo o Juiz *a quo* extinguido o processo sem julgamento do mérito por falta de interesse processual.

Recorreu o Ministério Público alegando, em preliminar, a nulidade da sentença porque a decisão deixou de conter o nome das partes. No mérito, sustenta que o credor não apresentou sua declaração instruída com documentos comprobatórios do seu crédito no cartório, infringindo, desta forma, o artigo 82 da lei falimentar.

O requerente apresentou suas contra-razões.

O síndico manifestou-se pedindo a manutenção da decisão objurgada, tendo a Procuradoria de Justiça opinado pelo improvimento do recurso.

Preliminar.

A ausência do nome das partes na sentença não implica nulidade, mas mera irregularidade, que não ocasionou dúvida quanto às partes litigantes, razão por que *rejeito a preliminar.*

Mérito.

Não merece guarida a pretensão recursal.

Na verdade, com base em decisão da Justiça do Trabalho, transitada em julgado, que lhe reconheceu crédito trabalhista, o requerente pediu habilitação na falência da mencionada empresa, perante a Vara da Fazenda Pública, Falências, Concordatas e Registros Públicos da Comarca de Contagem, apresentando para tanto certidão expedida pela 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Contagem.

Vê-se que o crédito trabalhista já foi reconhecido em sentença da Justiça especializada, daí ser desnecessária a sua habilitação em processo próprio perante o Juízo da falência.

É que os créditos trabalhistas não são suscetíveis de verificação do Juízo falimentar, bastando a sua apresentação ao síndico para habilitação no quadro geral de credores.

Outrossim, é incensurável a validade dos elementos intrínsecos e extrínsecos da mencionada certidão.

Assim, tratando-se de crédito trabalhista, reconhecido definitivamente pela Justiça do Trabalho, ao ser habilitado em falência, não poderá sofrer impugnação alguma quanto ao seu valor.

Desta forma, bem andou a decisão de primeiro grau, ao extinguir o processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, pois pode o credor trabalhista atingir seu objetivo, ou seja, ser incluído no quadro geral de credores para receber, sem a presente habilitação de crédito, bastando apresentar certidão informando o seu crédito.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. José Brandão de Resende - De acordo.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - REAIS RENDIMENTOS DO ALIMENTANTE - DÚVIDA - PRESTAÇÃO DE CONTAS - CARÊNCIA DE AÇÃO

- Inexiste interesse de agir por parte dos alimentados em proporem ação de prestação de contas em face do alimentante, pois eventual dúvida quanto aos reais rendimentos do responsável pelo pagamento da pensão alimentícia pode ser afastada no bojo da própria ação de alimentos ou na respectiva execução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 158.513-2/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Alimentos - Dúvidas quanto aos reais rendimentos do alimentante - Prestação de contas - Carência de ação. - Não há interesse de agir por parte dos alimentandos em proporem ação de prestação de contas em face do alimentante, pois eventual dúvida quanto aos reais rendimentos do responsável pelo pagamento da pensão alimentícia pode ser afastada no bojo da própria ação de alimentos ou na respectiva execução.

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. SUGERIDA, PELA PRESIDÊNCIA, A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO.

Belo Horizonte, 02 de março de 2000. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - C.S.B. e L.S.B., assistido e representada, respectivamente, pela mãe, C.S.N., inconformados com a r. sentença de fls. 284/288-TJ, que os julgou carecedores da ação de prestação de contas proposta em face de M.B., interpuseram o presente recurso de apelação, sustentando, em suma, que possuem interesse de agir (fls. 290/303-TJ).

Foram apresentadas contra-razões, pugnando pela manutenção da decisão recorrida (fls. 306/311-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não-provimento do recurso (fls. 323/326-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se, como visto na exposição, de ação de prestação de contas proposta pelos filhos em face de seu pai, ao fundamento de que teria chegado ao conhecimento daqueles que estaria este omitindo o real valor de seus rendimentos, comprometendo, assim, o pagamento da pensão alimentícia a que fazem jus, por força da sentença proferida em ação de separação.

Como sabido, uma das condições da ação é o interesse de agir, que se desdobra na necessidade de se obter um provimento judicial e na adequação do provimento postulado.

Na espécie, falta aos ora apelantes tal interesse.

É que possui o alimentante, nos termos do art. 22 da Lei nº 5.478, de 25/07/68, a obrigação de prestar informações necessárias à instrução da execução do acordo que fixe a pensão.

Dessa forma, se existem dúvidas quanto à exatidão dos valores que vêm sendo descontados dos rendimentos do apelado, devem os apelantes lançar mão dos meios próprios que o ordenamento jurídico oferece para tanto.

Tal fato torna desnecessária a propositura da presente ação.

Por conseguinte, falta-lhes o interesse de agir, motivo pelo qual são carecedores da ação, como reconhecido pela r. decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Lucas Sávio Gomes e Isalino Lisbôa.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO. FOI SUGERIDA, PELA PRESIDÊNCIA, A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO.

-:::-

BEM PÚBLICO - EXECUÇÃO DE PROJETO HABITACIONAL PELA MUNICIPALIDADE - AÇÃO DE SUSTAÇÃO E DEMOLIÇÃO DAS OBRAS - AJUIZAMENTO POR PARTICULARES DETENTORES DA POSSE - ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

- Em se tratando de imóvel de propriedade da municipalidade, adquirido por via de processo expropriatório, eventual posse de particulares sobre o mesmo não gera qualquer direito, visto inexistir, no ordenamento jurídico atual, possibilidade de se usucapir bens públicos, não dispondo aqueles, portanto, de legitimidade ativa para pleitear, em juízo, a sustação e subseqüente demolição de obras executadas pela Administração municipal no terreno em questão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 158.561-1/00 - Comarca de Nova Era - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Município - Execução de obras públicas em terreno de sua propriedade, adquirido, via processo expropriatório. - Eventual posse de particulares sobre a área não gera qualquer direito. - Impossibilidade de se usucapir bens públicos. - Ilegitimidade ativa *ad causam* dos apelantes para pleitearem, em juízo, a sustação e subseqüente demolição das referidas obras públicas. - Recurso apelatório improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 16 de março de 2000. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço da apelação.

Cuida-se de ação de interdição ou sustação de obras, com demolição das mesmas e sob cumulação cominatória, cujo deslinde, na instância singela, culminou com a extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no artigo 267, VI, do *Codex* Instrumental, visto concluir a MMª Juíza *a quo* não serem os autores partes legítimas para requererem a presente medida.

O entendimento dos apelantes exteriorizado, em suas razões recursais, é no sentido de que teriam eles direito à utilização da área, objeto da lide, para fins de lazer, em face da posse regular sobre a mesma.

Com a devida vênia, penso equivocarem-se os recorrentes, eis que o fato de a comunidade se utilizar do bem como área de lazer não cria situação de definitividade para a Municipalidade.

Com efeito, referida área, onde executadas estavam sendo obras públicas, consubstanciadas na construção de casas para pessoas carentes, incorporada já se encontrava ao patrimônio público municipal, por via de processo expropriatório, devidamente concluído, cuja finalidade precípua era a de executar, no terreno sob enfoque, "Projeto Habitacional, Construção de Equipamentos Comunitários, Urbanização e Área de Lazer".

Logo, ao iniciar a construção de residências, na área citada, agira a Administração nos limites do decreto expropriatório, conferindo ao imóvel uma das destinações por aquele instituídas, não perpetrando, portanto, ilegalidade qualquer.

O termo de compromisso firmado pelo Sr. Prefeito local, outorgando ao questionado imóvel exclusiva destinação de lazer, não passa de um mero protocolo de intenções, não possuindo força jurídica bastante para o fim colimado.

Enfim, "sendo o imóvel de propriedade do Município de Nova Era, eventual posse dos apelantes sobre o mesmo não gera qualquer direito, pois não existe, no ordenamento jurídico atual, possibilidade de se usucapir bens públicos. Nesse sentido, bastante conferir a Constituição Federal, que, em seu art. 183, § 3º, prescreve a

impossibilidade de se adquirir bens públicos urbanos por usucapião, e, no art. 191, parágrafo único, veda a aquisição de imóveis públicos rurais, por usucapião", conforme bem esclarecido pelo recorrido, em suas contra-razões.

Evidente, assim, a ilegitimidade ativa *ad causam* dos apelantes, visto que não titulares de qualquer relação jurídica de direito material a lhes autorizar pleitearem a suspensão e posterior demolição de obras públicas, executadas pelo Município, em terreno a ele pertencente.

De resto, penso haver o legislador adentrado em seara alheia, ao promulgar, à revelia do Executivo, a Lei nº 1.464/97, dispondo sobre nova afetação à utilização específica da aludida área, em flagrante invasão de competência na esfera exclusiva desse Poder, estabelecendo-se um ônus que vem impedir o Município de eleger as suas prioridades.

Neste sentido, inclusive, já se pronunciou a Corte Superior deste egrégio Tribunal de Justiça, quando do julgamento da ADIN nº 107.528/2, oportunidade em que declarada restou a inconstitucionalidade da mencionada Lei nº 1.464/97.

Destarte, não há que se falar que a área pretendida pelos recorrentes estaria por lei destinada ao lazer.

Ao deduzido, nego provimento ao apelo, confirmando, de conseqüente, a respeitável sentença primeva.

Custas, *ex lege*.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aloysio Nogueira e José Antonino Baía Borges.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO - EXTINÇÃO DO FEITO COM FUNDAMENTO NO ART. 794, I E II, DO CPC - DESPESAS JUDICIAIS - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - DISTINÇÃO

- Satisfeita a obrigação em decorrência de transação entre as partes, deve o processo ser extinto sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 794, I e II, do CPC.

- Não é devida a verba honorária, se no acordo entre as partes ficou estabelecido somente o pagamento das despesas processuais, visto que o CPC distingue despesas judiciais de honorários advocatícios, segundo o que se verifica em seus arts. 20, *caput* e § 2º, e 26, conforme precedentes do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 158.740-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Ação de execução - Extinção do feito com fundamento no art. 794, incisos I e II, do CPC. - Satisfeita a obrigação em decorrência de transação entre as partes, deve o processo ser extinto sem julgamento do mérito. - Despesas judiciais não se confundem com honorários advocatícios.

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, 11 de maio de 2000. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentações orais, pela apelante, o Dr. Alberto Guimarães Andrade, e, pela apelada, o Dr. Aristóteles Atheniense.

O Sr. Des. Corrêa de Marins (convocado) - Peço vista dos autos.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO RELATOR, APÓS AS SUSTENTAÇÕES ORAIS.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pela apelante, o Dr. Alberto Guimarães, e, pela apelada, o Dr. Aristóteles Atheniense.

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 13/04/2000, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Com a palavra o Des. Corrêa de Marins.

O Sr. Des. Corrêa de Marins (convocado) - Conheço do recurso eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação de execução proposta pelo Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais, posteriormente substituído pela Fazenda Pública, em decorrência de cessão de crédito, contra Resa Pirapora e Reflorestadora Sacramento Resa Ltda., sucedida por Charonel Agropecuária S/A, visando ao recebimento de débito inscrito na dívida ativa, conforme documento de fls. 03.

Os embargos opostos pelos executados foram rejeitados pelo MM. Juiz, que determinou o prosseguimento da execução, declarou subsistente a penhora feita e condenou os embargantes nas custas processuais e nos honorários advocatícios de 20% sobre o valor da liquidação.

Conforme petição de fls. 255, as partes acordaram sobre o pagamento do débito mediante transferência para a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais de 61.232 títulos da dívida

agrária, havidos em decorrência da transação dos imóveis rurais denominados Mamoneiras e Saco do Rio Preto, de propriedade das executadas.

Como parte dos trâmites necessários à finalização do acordo celebrado entre as partes, foi sancionada a Lei nº 11.552, de 03/08/94, cujo artigo 38 ficou assim redigido:

"Art. 38. Fica o Estado de Minas Gerais autorizado a receber títulos da dívida agrária em pagamento de débito de responsabilidade das empresas Charonel Agropecuária S/A (incorporadora de Resa Pirapora S/A Indústria e Comércio de Madeira) e Reflorestadora Sacramento Resa Ltda., proveniente de cessão de créditos ao Estado de Minas Gerais, efetuada pelo Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S/A e em execução pela Fazenda Pública estadual, mediante transação nos autos.

§ 1º. Os títulos mencionados no *caput*, em número de 61.232 (sessenta e um mil duzentos e trinta e dois), são da série F, numerados de 079.887 a 079.904, inclusive, emitidos em 29 de novembro de 1991, pelo Ministério da Agricultura e Reforma Agrária/Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA - para aquisição dos imóveis rurais denominados Mamoneiras e Saco do Rio Preto, de propriedade de uma das devedoras.

§ 2º. Para os efeitos deste artigo, a Fazenda Pública Estadual dará quitação total do débito após o recebimento dos referidos títulos e o pagamento das despesas judiciais pelas empresas executadas".

O instrumento de transação não chegou a ser assinado pela Fazenda Pública em razão, segundo se deduz da leitura dos autos, de pendência relativa aos honorários advocatícios, o que levou o MM. Juiz a determinar a substituição do bem penhorado pelos 61.232 TDAs em custódia junto à Credireal Corretora de Valores S/A e o prosseguimento do feito.

Contra o despacho foi interposto agravo de instrumento, tendo o Magistrado reconsiderado a sua decisão, anulando a substituição da penhora e dos demais atos praticados e determinando a remessa dos autos à Contadoria para apuração das despesas judiciais devidas, sem a inclusão de qualquer valor a título de honorário.

A Fazenda Pública, inconformada com a decisão, interpôs o Agravo de Instrumento nº 103.889/2, julgado pela Quarta Câmara Cível, que negou provimento ao recurso ao entendimento de que a Fazenda Pública não pode condicionar a assinatura do termo de autorização ao prévio pagamento dos honorários advocatícios, uma vez que a lei autorizativa da transação determinou a quitação total do débito após o recebimento dos títulos e pagamento das despesas judiciais, aí não incluída a verba honorária.

Em decorrência do julgamento do agravo, da transferência pelos executados dos títulos da dívida agrária e

do pagamento das despesas judiciais, entendeu o MM. Juiz de julgar extinta a execução, com fundamento no art. 794, incisos I e II, do CPC.

Dessa decisão apelou a Fazenda Pública, alegando que o Estado de Minas Gerais não firmou qualquer transação com os executados, conquanto houvesse recebido autorização legislativa para tanto, e que nada recebeu por conta de seu crédito, uma vez que os TDAs custodiados foram transformados em dinheiro, depositado junto ao Banco do Brasil.

Aduz, ainda, que não foram preenchidos os requisitos do art. 794, incisos I e II, do CPC, razão pela qual o processo não pode ser extinto sem julgamento do mérito.

Data venia, não lhe assiste razão.

Embora não tenha o Estado de Minas Gerais assinado o termo de transação, certo é que o acordo foi realizado, tanto que sancionada a Lei nº 11.552/94, que autorizou a quitação do débito mediante a transferência dos títulos e o pagamento das despesas judiciais.

O alvará de fls. 595 comprova que a Fazenda Pública efetuou o levantamento da quantia de R$ 2.862.612,41, referente aos títulos depositados pelos executados em decorrência da transação firmada entre as partes.

Tal atitude demonstra, sem dúvida, que a exeqüente, embora não tenha assinado o termo, aceitou o acordo proposto, restando-lhe, apenas, a possibilidade de conferir se o valor dos títulos ofertados corresponde ao depósito por ela levantado.

Com relação aos honorários advocatícios, entendo que a questão, embora pendente de julgamento no STJ o agravo interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, restou decidida neste Tribunal, que reconheceu não ser devida a verba honorária em razão de o acordo estabelecer somente o pagamento das despesas processuais.

Aliás, essa questão foi objeto de exame pelo STJ no Recurso Especial nº 115.384-MG, interposto pela empresa, ora apelada, em outro processo de execução entre as mesmas partes e sobre o mesmo assunto, assim ficando decidido:

"O ponto central da controvérsia diz respeito à reforma da decisão agravada, que fixou os honorários advocatícios em 10% sobre o débito corrigido.

Nos termos da Lei nº 11.552, de 03/08/94, em seu artigo 38 autorizou o Estado de Minas a receber títulos da dívida agrária, especificando-os.

No § 2º do art. 38 ficou estabelecido que:

'Para os efeitos deste artigo, a Fazenda Pública Estadual dará quitação total do débito após o recebimento dos referidos títulos e o pagamento das despesas judiciais pelas empresas executadas'.

Pelo que se pode depreender, toda a discussão posta em Juízo pelas

agravadas é referente ao sentido da expressão '*pagamento das despesas judiciais*'.

Neste aspecto, nos termos do ordenamento jurídico-processual, nota-se da leitura dos arts. 19-35 da Seção III - Das despesas e das multas - do Cap. II, inserido no Título II do Livro I do Código de Processo Civil, distinguem-se despesas processuais dos honorários advocatícios.

Portanto os honorários fixados e questionados hão de ser suportados pela Fazenda estadual, e não pelos agravantes.

Em havendo negociação firmada diferentemente entre as partes, no sentido único de pôr termo definitivo à lide, consumou-se integralmente, como já demonstrado através da Lei nº 11.552, de 03/08/94, impondo-se, sobretudo, que a mesma seja rigorosamente observada e prontamente cumprida por ambas as partes, restando, tão-somente às executadas, ora agravantes, efetuar o pagamento das despesas judiciais a serem apuradas.

Donde, no caso em epígrafe, em não havendo parte vencedora e vencida, equivocada e injurídica a decisão que fixou os honorários em 10%.

Correto o transcrito parecer quando sustenta que o Código de Processo Civil distingue as despesas processuais dos honorários advocatícios, distinção essa não efetivada pelo acórdão recorrrido, ao considerar que a referida verba honorária se inclui nas aludidas despesas. O Código de Processo Civil, nos seus arts. 20, *caput* e § 2º, e 26, cuja aplicação foi negada, distingue as despesas processuais dos honorários advocatícios.

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento". (REsp nº 115.384-MG, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, publicado no *DJ* de 19/05/97.)

Assim, tendo as executadas efetuado o depósito do valor referente ao acordo firmado entre as partes, tendo a exeqüente levantado tal quantia mediante alvará e tendo sido pagas as despesas processuais calculadas pela Contadoria, não pode ser outro o desfecho da presente demanda, senão a sua extinção conforme decidido pelo MM. Juiz monocrático.

Nesta conformidade, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - No julgamento do Agravo de Instrumento nº 103.889/2, meu entendimento foi no sentido de que não eram devidos honorários de advogado, inconfundíveis com despesas processuais, a cargo da apelada.

Embora existente a condenação judicial, supervenientemente houve transação, baseada na Lei nº 11.552, de 03 de agosto de 1994. O meu entendimento decorreu de que, embora o art. 38 daquela lei seja *autorizativo* da transação, esta consumou-se quando houve a recepção dos títulos pela Fazenda Pública. Faltou apenas a instrumentalização da transação, que, de fato, aconteceu, na conformidade da lei.

O § 2º do art. 38, alterado pelo art. 4º da Lei nº 11.725, de 30 de dezembro de 1994, menciona que a Fazenda estadual dará a quitação, após o recebimento dos títulos e o pagamento das despesas judiciais pelas empresas executadas. Nada mais.

Neste ponto, Sr. Relator, gostaria de mencionar o seguinte: na decisão do eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro e também no teor do seu voto, consta a menção a títulos específicos, conforme a redação inicial do § 1º do art. 38 da Lei nº 11.552, de 03 de agosto de 1994. Entretanto, este § 1º foi alterado pelo art. 4º da Lei nº 11.725 apenas, na minha interpretação, permitindo e ensejando a fungibilidade dos títulos. Na redação inicial da lei, os títulos eram especificamente numerados, dando nítida impressão de infungibilidade e, na alteração da lei, foram mantidos os títulos no gênero, mas sem a infungibilidade.

Como firmei, no voto proferido, naquele agravo de instrumento, despesas judiciais não se confundem com honorários de sucumbência. Esta matéria está resolvida pelo eg. STJ, quando concluiu que o Código de Processo Civil distingue despesas judiciais de honorários advocatícios, segundo o que se verifica em seus arts. 20, *caput* e § 2º, e 26. Interpretando, exatamente, o § 2º do art. 38 da Lei nº 11.552, o em. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Relator do Recurso Especial nº 115.384, em que a apelada era recorrente, afirmou que, "ao deixar de fazer a referida distinção, para se entender que os honorários se incluem nas referidas despesas, o acórdão recorrido negou vigência aos citados preceitos" (fls. 352-TJ).

Serei muito formalista se, para encarar a transação, em nível de Direito Público, tiver de exigir instrumento contratual típico de Direito Privado, quando há outro, próprio, que é a lei autorizativa, a adesão do devedor e a recepção da vontade do devedor pelo Estado.

Pelos documentos de fls. 590 a 602-TJ, verifica-se que a Fazenda Pública requereu o levantamento do numerário e que foi depositado em seu favor. É certo que fez ressalva de que a execução continuaria pelo saldo remanescente, mas essa ressalva não tem força para alterar referida coisa julgada, na minha visão. Três milhões de reais, em números inteiros, foram arrecadados em 13 de maio de 1999 (fls. 601-TJ), e o fundamento da arrecadação foi a transação. Se esta não tivesse acontecido, não podia a Fazenda Pública pretender e obter o levantamento do numerário, pois o título específico dele foi a transação, e não o pagamento por conta.

O argumento *ad terrorem* de que a dívida importaria, atualmente, em duzentos milhões de reais há de considerar que o valor original do

financiamento, em 22 de maio de 1981, era de dois milhões de dólares, conforme o demonstrativo que acompanha, no apenso, a inicial da execução.

Os juros convencionados eram 2,25% acima da taxa *libor*.

Tudo isso se considera, mas é removido pela autorização legislativa de um acordo cuja lesividade jamais foi levantada. Pelo que verifico, a arrecadação, em 13 de maio de 1999, correspondeu, à taxa cambial de hoje, de relativa estabilidade, a US$ 1.666.666.

Embora a sentença, nos embargos à execução, tenha efetuado a condenação em honorários, no ano de 1991, houve a superveniência, que merece ser considerada.

O que aconteceu noutras Varas e noutras Câmaras do Tribunal não repercute sobre o que se decidiu neste processo.

Como diz a apelada, o v. acórdão que julgou o Agravo nº 103.889/2, embora não tenha transitado em julgado, por se encontrar no eg. STJ, decidiu pela existência da transação, que, nos termos da citada lei, encerrou a pendência.

Por isso, a decisão de primeira instância, lacônica, à fl. 565-TJ, foi suficiente para resolver a demanda dentro da linha do mencionado acórdão.

A Fazenda Pública menciona que não se discute, agora, o cabimento dos honorários, mas a continuidade da execução.

No meu modo de entender, a transação extingue a obrigação e produz, entre as partes, coisa julgada (art. 1.030 do Código Civil). Seria, no mínimo, contra-senso, admitir a transação e, ao mesmo tempo, a continuidade da execução.

Nego provimento à apelação.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO À MUNICIPALIDADE - AVERBAÇÃO DEVIDA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PARA O INSS - CERTIDÃO DE RECOLHIMENTO - EXIGÊNCIA ILEGÍTIMA - REGIME ESTATUTÁRIO - COMPENSAÇÃO A CARGO DO ÓRGÃO BENEFICIÁRIO

- Devida a averbação, junto à Administração estadual, de tempo de serviço prestado à municipalidade, sendo ilegítima a exigência de certidão de recolhimento de contribuição previdenciária para o INSS, se o regime jurídico era o estatutário, decorrendo do só exercício da função o direito à pretendida contagem, ficando a compensação futura do Estado de Minas Gerais, no caso de virem os servidores a se aposentar no respectivo quadro, a cargo do órgão que se beneficiou dos serviços, cujo tempo computou e certificou.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 159.770-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Adminstrativo/constitucional - Tempo de serviço contado e certificado pela Administração municipal - Averbação na Administração estadual - Possibilidade, independentemente de se ter recolhido contribuição previdenciária para o INSS - Hipótese em que a compensação estará a cargo do órgão que se beneficiou, computou e certificou o tempo de serviço.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de maio de 2000. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço do recurso.

Reexame necessário e apelação da r. sentença que, em autos de ação ordinária movida contra o Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial, formulado pelas servidoras estaduais Marciana Gomes de Oliveira e Onízia das Graças, para determinar ao réu a averbação do tempo de serviço prestado pelas autoras aos Municípios de São Paulo (SP) e de Carangola (MG), respectivamente, como alfabetizadoras do MOBRAL.

Em suas razões recursais, sustenta o Estado, em estreita síntese, que "no regime da anterior Constituição da República" os servidores públicos temporários celetistas "não estavam sujeitos às formas de aposentadoria existentes, pelo Estado"; nem as autoras, nem os Municípios-empregadores recolheram contribuições ao INSS, impossibilitada, assim, a compensação financeira referida na sentença; o aludido recolhimento era de responsabilidade das autoras; a sentença contraria texto expresso de lei; "a situação das autoras assemelha-se à do trabalhador da área privada que ingressa no serviço público".

Pugna pela inversão do julgado ou, "em caso de confirmação da sentença: a declaração de que o Decreto nº 31.930/90 é inconstitucional, em face da Constituição Mineira e, por parametricidade indireta, em face da Constituição da República".

Penso que deve ser confirmada a decisão, em reexame.

O tempo que as apeladas pretendem averbar, junto à Administração estadual, é de serviço público devidamente comprovado. A hipótese nada tem a ver com contagem recíproca de tempo das áreas privada e pública.

Assim é que, através dos documentos de fls. 14/15, a Prefeitura de São Paulo (SP) certifica a contagem do tempo de serviço que lhe foi prestado por Marciana Gomes de Oliveira - 1.821 dias -, "para os efeitos de aposentadoria...". E a Prefeitura de Carangola (MG) certifica "que, revendo os arquivos desta repartição, à vista das Folhas de Pagamento, delas verifiquei constar que Onízia das Graças Bevillaqua exerceu a função de Alfabetizadora do MOBRAL, em exercício no Município de Carangola", contando "o total de 3.576 (três mil, quinhentos e setenta e seis) dias de efetivo exercício" (doc. fl. 49).

Tendo-se em vista as aludidas certidões, fica certo que os serviços prestados aos respectivos municípios pelas apeladas não se referem a contrato de prestação de serviços sem vínculo empregatício, mas sim a contrato de servidor.

Em conseqüência, não há falar que cumpria às servidoras recolher, de forma autônoma, a correspondente contribuição previdenciária.

Além do mais, inexiste nos autos qualquer indício de que as requerentes prestaram seus serviços aos municípios pelo regime jurídico celetista. Nada consta das certidões nesse sentido.

Ao contrário, o fato de não terem os municípios recolhido a correspondente contribuição ao INSS leva a crer que se trata de designações unilaterais, a título precário e em regime estatutário, para função pública, pelo que o direito à contagem do tempo trabalhado decorre do só exercício da função.

Ilegítima, pois, a exigência de que o tempo de serviço seja certificado pelo INSS.

Não se aplica à hipótese o invocado Decreto Estadual nº 31.930/90 (art. 16), que trata de averbação de tempo de serviço prestado sob a égide do regime celetista. Incabível, assim, o exame da constitucionalidade do dispositivo.

Pela compensação futura do Estado-apelante - no caso de virem as apeladas a se aposentar no quadro estadual - hão de responder diretamente aquelas entidades públicas que se beneficiaram dos serviços, cujo tempo computaram e certificaram para efeito de aposentadoria.

Com essas considerações, em reexame necessário, confirmo a r. sentença e julgo prejudicado o recurso de apelação.

Custas, pelo segundo apelante.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

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

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - ANULAÇÃO - ILEGALIDADE - COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PROVA COLHIDA UNILATERALMENTE - REPRODUÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA - PROVA TESTEMUNHAL - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - SINDICATO - ILEGITIMIDADE ATIVA - EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO A APENAS ALGUNS SERVIDORES - COISA JULGADA - ALCANCE - MANDATO - CASSAÇÃO E POSTERIOR RATIFICAÇÃO - EFEITOS

- Sendo o mandato, anteriormente cassado pela entidade sindical, restabelecido com poderes de ratificação de atos processuais já praticados, legítima torna-se a intervenção profissional da procuradora, e com ela tempestiva a interposição do recurso.

- Em ação movida por sindicato, extingue-se o processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC) em relação a servidores não sindicalizados e aos que, embora sindicalizados, não receberão os efeitos do julgamento da medida judicial.

- É de se rejeitar a preliminar de carência da ação por ilegitimidade ativa do sindicato sob a alegação de que o direito judicialmente reivindicado pertence a uma "parcela de filiados", e não à categoria em si mesma, porquanto a CF/88 não estabeleceu essa restrição, sendo desnecessário que os interesses sejam obrigatoriamente coletivos e que abranjam, indistintamente, como uma unidade incindível, todos os associados.

- A coisa julgada, como é de conhecimento geral, alcança apenas as partes em litígio, e não terceiros que nela não figuraram a qualquer título processual, ressalvadas as ações de estado e aquelas coletivas ou civis públicas e as ações que versem sobre direito individual homogêneo, previstas no Código de Defesa do Consumidor.

- Aplicam-se ao processo investigatório das CPIs os princípios inerentes ao processo legal, compreendendo citação prévia, contraditoriedade e ampla defesa, constituindo nulidade a falta de reprodução, no processo administrativo, em forma contraditória, de prova colhida unilateralmente por CPI.

- Implica cerceamento de defesa o indeferimento, sem justificativa objetiva e aceitável, de prova testemunhal requerida pela defesa, ainda que sob pretexto de que os fatos provandos já estariam comprovados por peças documentais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 160.299-4/00 - Comarca de Monte Azul - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Ilegitimidade ativa - Extinção do processo em relação a apenas alguns dos servidores -

Anulação de concurso público - Prova colhida unilateralmente por comissão parlamentar de inquérito - Ausência de reprodução no processo administrativo - Indeferimento de prova testemunhal - Cerceamento de defesa. - Em ação movida por sindicato, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, em relação a servidores não sindicalizados e aos que, embora sindicalizados, não receberão os efeitos do julgamento da medida judicial. - Aplicam-se ao processo investigatório das CPIs os princípios inerentes ao processo legal, compreendendo citação prévia, contraditoriedade e ampla defesa. - Constitui nulidade a falta de reprodução, no processo administrativo, em forma contraditória, de prova colhida unilateralmente por CPI. - Implica cerceamento de defesa o indeferimento, sem justificativa objetiva e aceitável, de prova testemunhal requerida pela defesa, ainda que sob pretexto de que os fatos provandos já estariam comprovados por peças documentais.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRIMEIRA E TERCEIRA PRELIMINARES, ACOLHER A SEGUNDA, EM PARTE, E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2000. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - O recurso foi interposto dentro do prazo legal e teve regular processamento, merecendo, pois, o devido conhecimento.

Passa-se, assim, à análise das preliminares suscitadas pelo impetrado e, nesta instância, em relação à legitimidade *ad causam*, pela douta PGJ.

1ª Preliminar.

Não-conhecimento do recurso, por extinção do mandato da procuradora.

Houve, em verdade, um momento processual, no curso do prazo de apelação, em que a Dra. procuradora do sindicato tivera seu mandato cassado pela entidade sindical.

Entretanto, ainda dentro daquele mesmo prazo, foi o mandato restabelecido, com poderes de ratificação de atos processuais anteriores, tornando-se então legítima a intervenção profissional da procuradora e, com ela, a interposição tempestiva do recurso - fls. 363/376-TJ e 396/400-v.-TJ.

Rejeito a preliminar.

2ª Preliminar (da PGJ).

Carência de ação, por ilegitimidade ativa, no caso, do sindicato-apelante.

A ilegitimidade em causa adviria do fato de que nem todos os servidores, em nome dos quais impetrou a segurança o órgão sindical, são a ele filiados.

Se assim realmente o é, entendo, entretanto, que a solução que melhor atenderia a um salutar princípio de justiça e eqüidade, aliado ao da economia processual, seria aquela que se inclina para o reconhecimento da legitimidade do sindicato em relação aos servidores *sindicalizados* e, de outra parte, sua ilegitimidade em relação aos *não sindicalizados* e aos que, embora sindicalizados, não receberão os efeitos do julgamento do MS.

O parecer da douta PGJ vincula-se apenas a essa última hipótese, ou seja, a de que, se o direito reivindicado pertence apenas a uma *parcela* dos associados, "ainda que significativa", não representa ela então "a própria categoria em si".

Mesmo diante dessa figuração emanada do pronunciamento da PGJ, seria por demais drástica e injusta, *data venia*, a extinção do processo em detrimento dos interesses da grande maioria, que não pode nem deve ser prejudicada por insuficiência de condições de representação da pequena maioria que indevidamente integra a inicial.

Por essas considerações, concluo pela legitimidade do sindicato para exercer o direito de representação dos servidores sindicalizados e a sua ilegitimidade para representar os *não sindicalizados* e os que, embora sindicalizados, não serão juridicamente alcançados pelos efeitos do julgamento da medida judicial.

Em relação a esses dois últimos grupos de servidores, julgo extinto o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC, pelo que fica acolhida, em parte, a preliminar.

3ª Preliminar.

Carência de ação, por ilegitimidade ativa do sindicato.

Essa argüição, já anteriormente apreciada e rejeitada pelo Juízo *a quo*, veio a ser reeditada, nesta instância, pela douta PGJ, sob o entendimento, um tanto sutil, *data venia*, de que o direito judicialmente reivindicado pertence a uma "parcela de filiados", e não à categoria em si mesma, considerada esta *au grand complet*.

Entendo, todavia, que a CF/88 não estabeleceu essa restrição, contentando-se apenas, ao revés, com as exigências de que os sindicatos (ou associações) tenham sido regularmente constituídos, encontrem-se registrados no órgão competente, estejam funcionando há pelo menos um ano e ostentem o objetivo de defender, administrativa ou judicialmente, os interesses coletivos ou *individuais* de seus associados.

Não há necessidade, portanto, de que os interesses sejam obrigatoriamente coletivos e que abranjam, indistintamente, como uma unidade incindível, todos os associados.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Coisa julgada.

Pretende fazer crer o impetrante que o ato expedido pelo Prefeito Municipal teria contrariado princípios inerentes à coisa julgada.

Teria ela advindo do fato de que houve decisão judicial julgando improcedente a ação anulatória do questionado concurso, proposta por um servidor contra o Município, e com trânsito em julgado já consumado.

A exceção, entretanto, como é de conhecimento geral, alcança apenas as partes em litígio, e não terceiros que nela não figuraram a qualquer título processual, tanto mais diante da lúcida observação do MP de primeiro grau, *verbis*:

"Esta regra geral encontra limites apenas nas ações de estado e naquelas coletivas ou civis públicas e, por fim, nas ações que versem sobre direito individual homogêneo, previstas no Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, parágrafo único, III, se procedente o pedido" - fls. 328-TJ.

Sem razão o impetrante quanto à alegação de coisa julgada.

Ofensa a direito adquirido.

A garantia não alcança atos atingidos por imputado vício de ilegalidade, em consonância com a Súmula nº 473 do STF.

Também sem razão o impetrante quanto à alegação de direito adquirido.

Nulidade do processo administrativo, por cerceamento de defesa do órgão sindical.

Verifica-se, antes de mais nada, que o processo administrativo do qual resultou a exoneração coletiva de 570 servidores teve origem direta e imediata em parecer da Comissão Parlamentar de Inquérito instituída para apurar irregularidades que teriam ocorrido no concurso público realizado pela Municipalidade.

A Portaria nº 321/97, de 20/10/97, que nomeou a CPA, desdobra-se em nada menos de 17 (dezessete) itens, cada um dos quais redigido em linguagem tão virulenta e odienta que, a rigor, dispensaria até mesmo a instauração de qualquer processo administrativo para apurar fatos já aprioristicamente qualificados como "fraudulentos", "viciados", para "preenchimento ilícito" de cargos por "ineptos e apaniguados de políticos", em "espetáculo degradante de protecionismo", que foi o "repugnante concurso de cartas marcadas", além de outros epítetos que jamais poderiam ou deveriam ser utilizados numa rotineira portaria de nomeação de CPA, destinada a "apurar" (*sic*) fatos já previamente julgados, subjetivamente, pela autoridade pública municipal.

A questionada portaria, em última análise, mais se assemelha a um verdadeiro libelo-crime-acusatório, cuja formalização se operou, por antecipação, antes mesmo da instauração do próprio e devido processo legal.

O mínimo que se pode dela dizer é que constitui manifestação expressa de *parti pris* e deslimitado facciosismo da impetrada.

Mas não se deve perder de vista a circunstância de que se fundamentou ela, exclusivamente, em parecer da CPI instaurada para apurar denunciadas irregularidades no concurso.

Entretanto, como o comprovam o termo de audiência de fls. 109/110 TJ e as assentadas de todos os depoimentos colhidos pela CPI - fls. 111/127-TJ -, toda essa prova foi coletada unilateralmente e sem a presença de qualquer candidato ou servidor habilitado no concurso.

Oportunas, a propósito, estas observações de Ada Pellegrini Grinover, trazidas à tona por JOSÉ NILO DE CASTRO:

"(...) litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesse.

(...) Litígio equivale a controvérsia, contenda, e não a lide. Pode haver litigantes - e os há - sem acusação alguma, em qualquer lide. Assim, por exemplo, no processo administrativo de menores, mesmo não punitivo, podem surgir conflitos de interesse entre o menor e seu representante legal. Haverá, nessa hipótese, litigantes e a imediata instauração do *contraditório* e da *ampla defesa*". (*CPI Municipal*, Del Rey, p. 48/49.)

Pelas mesmas razões de direito, a argumentação se aplica à hipótese de CPI instalada para apurar fatos que envolvem interesses de nada menos de 570 servidores.

Acrescente-se que essa prova nem ao menos veio a ser reproduzida, em caráter contraditório, no curso do processo administrativo instaurado pela administração pública municipal.

Quanto ao que ocorreu ao longo dos trabalhos da CPA, dê-se a palavra ao ilustre membro do MP de primeiro grau, *verbis*:

"A comissão processante reuniu-se, inacolhendo a contestação apresentada pelo sindicato, ao argumento de que o mesmo não poderia figurar nos autos na condição de substituto processual.

Apesar disso, prosseguiu examinando seu requerimento de prova depoimental, indeferindo-a, *sob o singelo argumento de que os fatos que se pretendiam provar já haviam restado comprovados documentalmente*, fundamentando esta decisão nas disposições do art. 400, 2ª parte, do CPC".

E, em outro lance de seu pronunciamento:

"Ainda que tivesse se acolhido a defesa apresentada pela entidade sindical, *o que não ocorreu* nos autos, o cerceamento se caracterizaria com o indeferimento da produção da prova testemunhal, sem que tal decisão tenha sido justificada de forma objetiva e fundamentada" (grifos nossos) - fls. 332/333-TJ.

E, concluindo:

"(...) opina o MP no sentido de se conceder a segurança pleiteada e, via de conseqüência, se declarar nulo o PA nº 048/97, bem como todos os atos nele originados, mormente o decreto 172/97" - fls. 333-TJ, com o lógico efeito de se readmitirem todos os servidores atingidos por aquele ato administrativo.

Dou provimento ao recurso, para esse fim, ressalvada à autoridade a instauração de novo PA com forma e figura de direito.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRIMEIRA E TERCEIRA PRELIMINARES, ACOLHERAM A SEGUNDA, EM PARTE, E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESSARCIMENTO - PRESCRIÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - ARTIGO 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 1º, IV, DA LEI Nº 7.347/85, C/C ARTIGO 25, INCISO IV, LETRA *B*, DA LEI Nº 8.625/93 - INTELIGÊNCIA - PERÍCIA - AUSÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - PARTE FINAL DO § 5º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ALCANCE

- Verificada a possibilidade de lesão ao patrimônio público, como conseqüência de recebimento pelo ex-agente político de remuneração excessiva, cabível a ação civil pública a cargo do Ministério Público, para a devolução dos valores recebidos irregularmente, visto que ao mesmo é reconhecida legitimidade ativa para, por via da referida ação, proteger os danos cometidos contra o patrimônio público, por meio de ações ilícitas dos agentes públicos (interpretação do art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, em combinação com o art. 25, inciso IV, *b*, da Lei nº 8.625/93, e do art. 129, III, da Constituição Federal.

- Quando não há fatos em dúvida, tratando-se de matéria exclusivamente jurídica, a ausência de prova pericial requerida, quando não justificada a sua necessidade, mediante fatos concretos e a demonstração de elementos objetivos, não configura cerceamento de defesa, em face do disposto no art. 330, I, do CPC.

- A ressalva que a Constituição Federal faz, na parte final do § 5º do art. 37, importa considerar que à lei não é permitido fixar prescrição para a ação e ressarcimento em que a pessoa de direito público ocupe o pólo ativo e o agente público o pólo passivo, devendo ser interpretado tendo a mesma razão do § 6º do mesmo artigo. É imprescritível a ação.

- A ação de ressarcimento não é toda ação de cobrança da Fazenda Pública, mas a que decorre de ato ilícito por dolo ou culpa do agente. Não faz sentido que a pessoa fique insegura e vitaliciamente sob a ameaça de uma ação civil, se não concorre para o locupletamento indevido. Assim, não se tratando de ação de ressarcimento por ilícito, doloso ou culposo, não recai a imprescritibilidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 161.192-0/00 - Comarca de Guaxupé - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Ação civil pública - Ressarcimento - Prescrição. - A ação de ressarcimento não é toda ação de cobrança da Fazenda Pública, mas a que decorre de ato ilícito, por dolo ou culpa do agente. Não faz sentido que a pessoa fique insegura e vitaliciamente sob a ameaça de uma ação civil se não concorre para o locupletamento indevido. O § 5º do art. 37 da Constituição Federal, na sua parte final, deve ser interpretado tendo a mesma razão do § 6º.

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 JULGAR EXTINTO O PROCESSO, ACOLHIDA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO, APÓS REJEITAREM PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2000. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira.

O Sr. Des. Almeida Melo - Como preciso fazer um estudo mais aprofundado sobre ação de ressarcimento, peço vista, a fim de me debruçar sobre essa prejudicial da prescrição.

Súmula - PEDIU VISTA O RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira.

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 13/04/00, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Com a palavra o Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque tempestivo e preparado.

O apelante pede a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial da ação civil pública ajuizada pelo recorrido.

Passo a apreciar a preliminar de ilegitimidade ativa para a causa sustentada pelo recorrente, uma vez que se trata de uma das condições da ação.

Assimilo a possibilidade de o Ministério Público ajuizar ação civil pública com o intuito de obter o ressarcimento de supostos danos ao patrimônio municipal causados por ex-agentes políticos. O art. 129, III, da Constituição Federal, prescreve como função institucional do Ministério Público "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".

Em decorrência do preceito constitucional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público estabelece no seu art. 25, IV, *b*, o seguinte:

"Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e ação civil pública, na forma da lei:

(...)

b) para a anulação ou declaração de nulidades de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem".

Decidiu o egrégio STJ:

"Processual civil. Ministério Público. Ação civil pública. Dano ao erário. Legitimação ativa reconhecida.

1. Ao Ministério Público é reconhecida legitimidade ativa para, por via de ação civil pública, proteger os danos cometidos contra o patrimônio público por meio de ações ilícitas dos agentes públicos.

2. Interpretação do art. 1°, IV, da Lei n° 7.347/85, em combinação com o art. 25, inc. IV, *b*, da Lei n° 8.625/93.

3. A ação civil pública tem por objeto, também, proteção do patrimônio público.

4. Uma das funções específicas do Ministério Público é a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público (art. 129, III, da CF/88).

5. Há de se fazer com que produza eficácia a amplitude do campo de atuação do Ministério Público, conforme pretende a Carta Magna.

6. Não se concebe haver limitação imposta pelo art. 1° da Lei n° 7.347/85, não só por força do contido na Lei n° 8.625/93, art. 25, IV, mas, também, por não exaustiva a fixação da legitimidade regulada pelo referido dispositivo para a propositura da ação.

7. Recurso especial provido". (REsp n° 168.848-MG, Relator o Exmo. Sr. Ministro José Delgado, da Primeira Turma, j. em 12/05/98 e publicado no *DJ* de 03/08/98.)

A defesa do patrimônio público não é dever só do cidadão, pelo sistema da ação popular, como também é afeta ao Ministério Público (art. 129, III, Constituição da República) e aos demais legitimados pelo art. 5° da Lei da Ação Civil Pública, os quais têm capacidade de promover a defesa judicial de qualquer interesse coletivo ou difuso.

Verificada a possibilidade de lesão ao patrimônio público, como conseqüência de recebimento, pelo ex-agente político, de remuneração excessiva, cabível a ação civil pública, a cargo do Ministério Público, para a devolução dos valores recebidos irregularmente.

Adiciono que o egrégio STJ, no julgamento do REsp n° 123.672-SP, publicado no *DJ* de 16/03/98, p. 42, Relator o Exmo. Sr. Ministro José Delgado, decidiu que o Ministério Público tem legitimidade para, de via por ação civil pública, buscar o ressarcimento para os cofres públicos municipais de quantias recebidas de modo indevido pelo Prefeito municipal. Em tais casos, além do interesse individual da Fazenda Pública municipal, há o interesse da coletividade, que tem direito a que o dinheiro público seja usado legalmente.

No julgamento do REsp n° 180.712-MG, realizado pela Primeira Turma, em 16/03/99, e publicado no *Diário da Justiça* de 03/05/99, p. 101, Relator o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, foi assimilado o entendimento de que tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, visando ao ressarcimento de danos ao erário municipal.

Preleciona MILTON FLAKS que "não poderia a ação civil pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988 que é função do Ministério Público promover 'a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos' (art. 129, III), *tout court* (e não os 'interesses coletivos ou difusos indicados em lei')" (*Revista Forense*, v. 320, p. 33 a 42).

No mesmo sentido, disserta HUGO NIGRO MAZZILI, ao interpretar o art. 129, III, da Constituição Federal:

"A *mens legis* consiste em conferir iniciativa ao Ministério Público, seja para acionar, seja para intervir na defesa do patrimônio público, sempre que alguma razão especial exista para tanto, como quando o Estado não toma a iniciativa de responsabilizar o administrador anterior ou em exercício por danos por estes causados ao patrimônio público, ou quando razões de moralidade administrativa exigem seja nulificado algum ato ou contrato da administração que esta insiste em

preservar, ainda que em grave detrimento do interesse público" (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 6ª ed., p. 114).

Esta Quarta Câmara Cível, em situações idênticas, tem reconhecido a ação civil pública como meio processual adequado para se requerer o ressarcimento de dano causado ao patrimônio público, bem como a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ações da espécie, a exemplo da Apelação Cível nº 57.672/8, com relatoria do eminente Desembargador Corrêa de Marins, cujo acórdão foi publicado na "*Jurisprudência Mineira*" nº 137/138, p. 147.

A legitimidade ativa do Ministério Público decorre da Constituição Federal, que é de 5 de outubro de 1988. As normas posteriores, a exemplo das Leis nºs 8.078/90, 8.429/92 e 8.625/93, serviram para reproduzir o texto constitucional ou para acrescentar outros casos de legitimação ativa e conseqüências mais fortes contra os condenados, incluindo a suspensão dos direitos políticos. Porém, não se cogita que apenas com as normas editadas a partir de 1990 a Constituição se tornou eficaz.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público.

O recorrente alega, ainda, em preliminar, que a sua defesa foi cerceada, em conseqüência do julgamento antecipado da lide, que impossibilitou a produção da prova pericial.

O exame pericial não era imperioso ao desate da demanda, que já estava devidamente instruída com os documentos levados ao processo juntamente com a petição inicial.

O apelante reclama a produção da prova pericial, mas não aponta qualquer defeito técnico-contábil no exame das contas realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, o qual indicou o recebimento de remuneração pelo ex-agente político acima dos limites legalmente admitidos (fls. 8/31-TJ).

O apelante mencionou, na contestação, que o parecer do colendo Tribunal de Contas é inverídico. Mas não apresentou qualquer fundamentação em sua resposta.

A boa-fé constitui uma virtude aletheiogal, porque tem a verdade como objeto, é acreditar no que diz e ser fiel ao que crê.

Devia o apelante ter apresentado um mínimo fundamento ao objeto de sua acusação. Para que perícia contábil, testemunhas e outros documentos, que foram as provas requeridas na contestação, à fl. 61-TJ?

O caso é diferente daquele da Comarca de Cláudio (Apelação Cível nº 76.099/1, Relator Desembargador Fernandes Filho, julgada em 15 de abril de 1997).

Não há fatos em dúvida. Afirma o apelante que os valores recebidos, como Prefeito, estão dentro das normas.

Trata-se de matéria exclusivamente jurídica. Que a resolução da Câmara, ao aumentar a remuneração, contrariou o inciso XIII do art. 37 da Constituição.

Não se discutiram números. A tese, jurídica é a matéria da sentença.

Como não houve contestação à tese, não existia motivo para deferir-se a prova.

Já o Tribunal de Contas foi até repetitivo, na apuração efetuada, tendo consolidado a diferença no quadro de fls. 21-TJ.

A ausência da prova pericial requerida, quando não justificada a sua necessidade, mediante fatos concretos e a demonstração de elementos objetivos, não configura cerceamento de defesa.

No caso, a Julgadora aplicou corretamente o disposto no art. 330, I, do Código de Processo Civil.

Rejeito a preliminar.

Quanto à prescrição do direito de ação, para se exigir o ressarcimento ao erário dos valores indevidamente recebidos, dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, que: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

A parte final do dispositivo constitucional transcrito indica a imprescritibilidade das ações que visam ao ressarcimento dos danos causados aos cofres públicos. Trata-se de reparação que envolve direito indisponível do ente público, em relação ao qual os seus gestores ou a lei não têm o poder para afastar, pelo decurso do tempo, os efeitos patrimoniais dele decorrentes, pois, conforme ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, com a parte final do § 5º do art. 37 estabeleceu-se "de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados" ao erário (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Editora Saraiva, v. 1, 1990, p. 260).

Preleciona CELSO RIBEIRO BASTOS, em comentários ao citado artigo da Constituição Federal:

"No que tange aos danos civis, o propósito do texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado" (*Comentários à Constituição do Brasil*, Editora Saraiva, 3º v., t. III, 1992, p. 167).

No mesmo sentido, a doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non*

sucurrit ius). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 12ª ed., 1996, p. 619).

A ressalva que a Constituição faz, na parte final do § 5º do art. 37, importa considerar que à lei não é permitido fixar prescrição para a ação de ressarcimento em que a pessoa de direito público ocupe o pólo ativo e o agente público, o pólo passivo. É imprescritível a ação.

Tem-se por ação de ressarcimento aquela em que o agente público é chamado a indenizar os danos causados. Mal colocado o § 5º, entendo que não há de ser considerada ação de ressarcimento aquela que não decorra de dano causado, ou seja, de fato da responsabilidade civil. Pois, se o § 6º supõe o dolo ou culpa como pressuposto para o direito de regresso pelos danos causados a terceiros, não é aceitável que, não existindo esse dolo, ou culpa, tenha o agente público que permanecer inseguro, toda a vida, pelo locupletamento indevido, no caso dos autos, decorrente de um ato da competência exclusiva da Câmara Municipal e para o qual não consta ter concorrido.

Tenho sustentado que o fundamento da responsabilidade civil do agente público, perante o Estado, é o dolo ou a culpa grave.

Quando existem esses fatos a ação de ressarcimento é imprescritível.

Porém, quando não existe o ilícito civil, decorrente de dolo ou culpa, não há a obrigação de indenizar, não há ação.

O apelante fez essa sustentação somente no memorial, o que equivale a não fazê-lo, pois faltaria ao processo o contraditório (Constituição, art. 5º, LV).

Não se trata aqui da prescrição, que se conhece em qualquer fase do processo (Código Civil, art. 162). Mas, da atipicidade da imputação.

Como, entretanto, para dimensionar a prescrição, tenho de penetrar naquela parte do mérito, concluo que, não se tratando de ação de ressarcimento por ilícito, doloso ou culposo, não recai a imprescritibilidade.

Tratando-se de ação proposta em 1999 para fato do ano de 1989, acolho a preliminar de prescrição qüinqüenal e extingo o processo.

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

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, ACOLHIDA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO, APÓS REJEITAREM PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

-:::-

IMPOSTO - SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA - SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS - DECRETO-LEI Nº 406/68, ART. 9º, § 3º - APLICABILIDADE - LEI MUNICIPAL Nº 6.810/94 - INCOMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PRAZO - INOCORRÊNCIA - CARÊNCIA DA AÇÃO - INEXISTÊNCIA

- Sendo o mandado de segurança interposto em caráter preventivo, para obstar à aplicação de lei contestada, e não em virtude de ato já praticado pela autoridade dita coatora, descabe a preliminar de decadência.

- Não há que se falar em carência de ação baseada na impossibilidade de comprovação da efetiva prestação de serviço pessoal pelos sócios, se o direito líquido e certo foi comprovado de plano com a demonstração do preenchimento dos requisitos da lei, em face dos serviços prestados.

- O § 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68 encontra-se recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois não se trata de isenção de tributo concedida pela União, mas mera fixação de limites para o exercício do poder de tributar, perfeitamente adequado ao sistema constitucional vigente.

- Não pode a lei municipal definir a base de cálculo do ISSQN de forma contrária ao estabelecido pelo Decreto-lei nº 406/68.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 161.210-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: O § 3º do artigo 9º do Dec.-lei nº 406/68 encontra-se recepcionado pela Constituição Federal, pois não se trata de isenção de tributo concedida pela União, mas mera fixação de limites para o exercício do poder de tributar, perfeitamente adequado ao sistema constitucional vigente.

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, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 16 de março de 2000. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo segundo apelante, o Dr. Bernardo Lopes Portugal.

O Sr. Des. Bady Curi - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário por estarem presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Trata-se de reexame necessário e de apelação ajuizada pelo Secretário Municipal da Fazenda de Belo Horizonte, contra r. sentença que, reconhecendo a inaplicabilidade dos §§ 1° e 2° do art. 49 da Lei Municipal n° 5.641/89, com a redação dada pela Lei n° 6.810/94, por ilegais e inconstitucionais, concedeu a segurança impetrada por Andrade Silva, Behrens e Advogados Associados S/C, para o fim de determinar à autoridade fazendária do Município que se abstenha de cobrar o ISSQN com base na receita bruta operacional do impetrante.

Inconformado, aduz o Município, em suas razões, preliminar de decadência para impetração do mandado de segurança, eis que a Lei Municipal n° 6.810/94 foi editada em 30/12/94, tendo-se escoado o prazo de 120 dias previsto em lei, além de não ser cabível o *writ* por ocorrência, *in casu*, de matéria duvidosa de fato e conseqüente inexistência de direito líquido e certo a ser protegido pela via estreita do *mandamus*.

Afirma, no mérito, que os argumentos constantes da r. sentença recorrida não podem prevalecer, porque derrogados pela Emenda Constitucional n° 3, de 17/03/93, que deu nova redação ao art. 150, § 6°, da CF/88. E, mais, que o art. 9°, §§ 2° e 3°, do DL n° 406/68, não foram recepcionados pela CF/88, porquanto manifestamente incompatíveis com a nova ordem constitucional, que devolveu aos Municípios a competência para conceder ou não qualquer tipo de benefício fiscal em relação aos tributos de sua competência, vedando expressamente que tais benefícios pudessem ser concedidos pela União, através de lei complementar, como acontecia anteriormente. Por fim, ressalta que tanto o Tribunal de Alçada do Estado do Paraná como o do Rio de Janeiro já concluíram pela derrogação do mencionado artigo e pela inconstitucionalidade da manutenção de tratamento fiscal privilegiado para as sociedades de profissionais.

Data venia, a r. sentença não merece qualquer reparo.

A matéria discutida nos presentes autos não é nova, tendo-me posicionado por diversas vezes favoravelmente à concessão da segurança em casos como o da espécie.

Em primeiro lugar, quanto à preliminar de decadência, onde se alegou que a impetração ocorreu após o decurso do prazo decadencial de cento e vinte dias para seu ajuizamento, sem razão o recorrente, uma vez que, para a espécie, a impetração do mandado de segurança é feita em face da possibilidade real e concreta de o Fisco exigir da impetrante, como vem fazendo com relação à cobrança do tributo em questão, o recolhimento na forma estabelecida na lei objurgada. Sendo assim, o prazo se dá a partir da data do lançamento praticado em decorrência da aplicação da lei.

Frisa-se, portanto, que a ordem foi impetrada em caráter preventivo, para obstar à aplicação da lei objurgada, e não em virtude de ato já praticado pela autoridade dita coatora.

Razão pela qual desprezo esta preliminar.

Com relação ao não-cabimento do *writ*, por tratar-se de matéria duvidosa de fato, entendo não ter razão o apelante.

A preliminar de carência de ação baseada na impossibilidade de comprovação da efetiva prestação de serviço pessoal pelos sócios não procede. Como se sabe, o direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, sendo que, no caso em tela, os apelados demonstraram preencher os requisitos da lei complementar, em face dos serviços prestados.

Os documentos trazidos com a inicial demonstram que se trata de uma sociedade civil, composta por 02 advogados, regularmente inscritos na OAB/MG, e cujo objeto é a prestação de serviços profissionais jurídicos de advocacia, não possuindo caráter empresarial (fls. 12/17), além de responderem os mesmos pessoalmente pelos serviços prestados em nome da sociedade.

Ressalte-se, por oportuno, que existe cláusula específica acerca de possível dissolução da sociedade e admissão de novo sócio, na qual se verifica a exigência de que o eventual interessado tenha qualificação como advogado inscrito, o que veda, portanto, a participação de meros sócios detentores de capital.

Além do mais, não se trata de mandado de segurança contra lei em tese, uma vez que a autoridade coatora está a exigir a cobrança do imposto com base nas alterações feitas pela lei em questão, surtindo, ao contrário, efeitos concretos.

Por fim, todos aqueles integrantes das sociedades elencadas no § 3° do art. 9° do Dec.-lei n° 406/68, não obstante a existência da sociedade, prestam serviços de natureza pessoal, de forma que, estando todos os integrantes, como na espécie, habilitados para o pleno exercício das atividades da sociedade, esta encontra-se sob o alcance do regime exceptivo.

Sendo assim, em razão da natureza dos serviços, inexiste qualquer dúvida quanto à responsabilidade pessoal de cada um, e, como se não bastasse, a lei complementar federal, ao contrário do que sustenta o Fisco, não exige a comprovação da efetiva prestação de serviços pessoais pelos sócios, não podendo o intérprete exigir o que a lei não prevê.

Com esses fundamentos, também desprezo essa preliminar.

Passa-se ao exame do mérito propriamente dito.

Como se sabe, o art. 146, III, da CF/88, preceitua que:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especificamente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes".

Donde se conclui que cabe à lei complementar definir a base de cálculo dos tributos. E essa lei complementar é o Código Tributário Nacional, cujos artigos 71 a 73 foram revogados pelo DL nº 406, de 31/12/68, e recepcionado na sua quase totalidade pela CF/88.

A base de cálculo do ISSQN encontra-se definida no art. 9º, § 1º, do referido decreto-lei, tratando-se de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, e igualando, a estes, aquelas sociedades civis, cujos serviços se encontram na lista como profissionais autônomos e cujo objeto é a prestação de serviços realizada como trabalho pessoal do contribuinte, só que, nesta hipótese, se encontra associado a outro ou outros de mesma categoria profissional.

Não há, neste caso, que se falar em isenção ou tratamento diferenciado, pois o que fez o legislador foi basicamente igualar os iguais e desigualar os desiguais, pois não se pode considerar empresa aquelas sociedades de prestação de serviço onde a reunião dos sócios existe apenas como forma de facilitar o exercício da mesma profissão liberal.

No dizer de Ruy Barbosa, a verdadeira igualdade consiste em se tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam.

ALIOMAR BALEEIRO, *in Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços*, RT, 1984, p. 546/547, destaca que:

"As sociedades profissionais constituem órgãos de prestação de serviços a seus próprios integrantes, mas não a seus clientes, porquanto os sócios ficam com a responsabilidade perante as pessoas que atendem.

(...)

Os serviços prestados por certas sociedades profissionais, discriminadas no § 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406, de 1968, devem ser tributados pelo mesmo critério que foi adotado para o 'trabalho pessoal do próprio contribuinte', mas levado em conta o número de profissionais habilitados".

Nesse sentido a jurisprudência:

"ISS. Sociedades civis prestadoras de serviços profissionais. Tributação pelo regime fixo anual, por profissional. DL nº 406/68, art. 9º, § 3º. Sua recepção pela Constituição Federal de 1988. - O DL nº 406/68, art. 9º, § 3º, ao prever a tributação das sociedades profissionais pelo regime fixo por profissional habilitado, não contrariou a igualdade jurídica dos contribuintes. Esse tratamento é compatível com a isonomia que deve imperar entre os contribuintes. Possível ao legislador estabelecer categorias de contribuintes, atribuindo-lhes tratamentos diferenciados em razão das dessemelhanças. As isenções representam dispensa legal do pagamento do tributo. São exclusões do crédito tributário (CTN, art. 175, I). Os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL nº 406/68 não configuram hipótese de isenção, nem benefício fiscal e, portanto, não contrariam o disposto no art. 151, III, da Constituição. A tributação das sociedades profissionais dependeria de lei complementar e de lei ordinária municipal, em substituição ao DL nº 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º. Apelação provida para conceder o *writ*." (Acórdão unânime da Segunda Câmara Cível do TAPR, Apel. Cív. nº 48.487/1, Rel. Juiz Walter Borges Carneiro.)

"Imposto sobre serviços. Sociedades prestadoras de serviços profissionais. Tributação pelo regime fixo anual. - O DL nº 406/68, art. 9º, § 3º, ao prever a tributação das sociedades profissionais pelo regime fixo anual por profissional habilitado, não contrariou a igualdade jurídica dos contribuintes. Este tratamento é compatível com a isonomia que deve imperar entre os contribuintes. Possível ao legislador estabelecer categorias de contribuintes, atribuindo-lhes tratamentos diferenciados em razão das dessemelhanças. As isenções representam dispensa legal do pagamento do tributo. São exclusões do crédito tributário (CTN, art. 175, I). Os §§ 1º e 3º do DL 406/68 não configuram hipótese de isenção, nem de benefício fiscal e, portanto, não contrariam o disposto no art. 151, III, da Constituição" (TAPR, ac. unân. Primeira Câmara Cível - Apel. nº 72.693/4, Rel. Juiz Cunha Ribas, de 13/6/95).

E mais:

"Imposto sobre serviços. Sociedades uniprofissionais. Incompetência legislativa do município. Legislação municipal que submete sociedade de pessoas, organizada por profissionais habilitados ao exercício da advocacia, ao regime de recolhimento do ISSQN previsto para as demais sociedades prestadoras de serviços sem esse caráter, em contrariedade ao disposto no art. 9º e seus §§ 1º e 3º do Dec.-lei nº 406/68. Subsistência das normas de caráter geral do Dec.-lei nº 406 a respeito da base de cálculo desse tributo, mesmo diante do Sistema Tributário Nacional vigente a partir da Constituição de 1988. - Não pode lei municipal sobrepor-se a norma constante de lei complementar definidora de base de cálculo de tributo previsto na Constituição, ainda que anterior a esta, mas por ela recepcionada. Incompetência do município para legislar sobre normas gerais de direito tributário, mesmo a respeito dos impostos cuja instituição e cobrança lhe caibam, especialmente se a esse respeito existe legislação complementar oriunda da esfera legiferante da União. Confirmação do julgado" (TACívRJ - ac. unân. da Sétima Câmara, Apel. nº 887/95, Rel. Juiz Nascimento Póvoas, reg. em 26/6/95).

Tira-se do voto do Relator a seguinte passagem, perfeitamente adequada à espécie dos autos:

"As sociedades uniprofissionais, tal como concebidas pelo Dec.-lei nº 406/68, na realidade não se organizam para prestar serviços a terceiros - e não o fazem -, mas visam atender a seus próprios integrantes, posto que constituídas para acudir a interesses e conveniências destes na organização, facilitação e disciplina de suas atividades profissionais comuns. Por isso mesmo, e em homenagem ao princípio da isonomia, não podem, ou, ao menos, não devem ser equiparadas às sociedades que agregam componentes que reúnem capital e trabalho difuso e promíscuo para o fim de prestarem determinado serviço a terceiros, em caráter empresarial, sem que a responsabilidade na execução dessa atividade-fim possa ser imputada pessoalmente a qualquer de seus integrantes, que podem ou não ter qualificação técnica para seu exercício. Não nos parece também atentatória ao princípio da capacidade contributiva do contribuinte, inserido no § 1º do art. 145 da Constituição da República, a aplicação do regime de recolhimento do ISSQN idealizado para o profissional autônomo, que deve fazê-lo segundo valores fixos ao cálculo desse mesmo tributo, quando se trate de prestação de serviço idêntico, mas prestado por um dos associados de entidade uniprofissional. A idéia inversa parte de pressuposto inverídico, qual seja, o de que o profissional prestador do serviço em apreço, apenas por se constituir integrante de sociedade uniprofissional, disponha de maior capacidade contributiva, o que constitui mera suposição desamparada de qualquer elemento ou fato que justifique a admissão da assertiva como verdadeira. Num caso e noutro, induvidosamente, essa potencialidade é a mesma, e a circunstância de eventualmente obter uma sociedade resultados comuns de maior quantificação econômica, isso deriva da soma de esforços e produção individual de cada um de seus componentes, como é óbvio, e, por isso mesmo, a lei municipal revogada determinava corretamente que o tributo devido pela prestação de serviços destes incidisse tantas vezes quantos fossem os profissionais dela integrantes, o que, como visto, mantém observado o princípio da capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária".

Ora, como se sabe, em matéria fiscal, a igualdade de todos perante a lei é entendida como igualdade para indivíduos da mesma categoria, dentro da qual a legislação não pode estabelecer diferenças de tratamento. Não se pode permitir que tal princípio tenha uma abrangência a que o constituinte não quis dar, pois a própria Constituição Federal estatui, em seu art. 145, § 1º, que sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

E nem há que se falar que a Emenda Constitucional nº 3 alterou o entendimento esposado na r. sentença. Isto porque, segundo dispõe o art. 150, § 6º, da CF/88, por ela alterado,

"Qualquer subsídio ou isenção, redução na base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, *g*".

Como se vê, a emenda constitucional trata apenas de permitir que o município legisle relativamente aos benefícios a serem concedidos em relação aos tributos de sua competência, mas *nunca* de permissão para alteração da base de cálculo do imposto. Tal matéria é competência da União e deve ser tratada através de lei complementar, sendo vedado ao Município legislar sobre as normas gerais que regulam a matéria (art. 146, III, *a*, da CF/88).

Pelo exposto, por entender que não pode a Lei Municipal nº 6.810/94 definir a base de cálculo de forma contrária ao estabelecido pelo Dec.-lei nº 406/68, em reexame necessário, confirmo a r. sentença hostilizada, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

TAXA - SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - LEI MUNICIPAL INSTITUIDORA - INCONSTITUCIONALIDADE - COBRANÇA - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 21, 22 E 155, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- É inconstitucional e não pode ser cobrada a taxa instituída por lei municipal que tem como fato gerador serviços relacionados com instalação e distribuição de energia elétrica, pois, a teor dos artigos 21 e 22 da Constituição Federal, a competência para legislar sobre tal matéria é da União, e não do Município, o qual não pode instituir o referido tributo, por força, ainda, do § 3º do art. 155 da mesma Carta Maior, sendo inadmissível que a municipalidade, em nome de sua autonomia política, de auto-organização, venha ditar preceitos colidentes com o texto constitucional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 162.103-6/00 - Comarca de Muriaé - Relator: Des. JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de maio de 2000. - *José Brandão de Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Brandão de Resende - Cuidam os autos de mandado de segurança interposto por Companhia Força e Luz Cataguases Leopoldina contra ato do Prefeito Municipal de Muriaé.

O ato que motivou a presente mandamental, segundo a impetrante, foi a cobrança de taxa de licença para exercício de atividades em área de domínio público, compreendendo como fato gerador a colocação e instalação de postes, torres e demais equipamentos destinados à distribuição de energia elétrica e serviços de comunicação, instituída através da Lei Municipal nº 2.180/97 e concretizada através da Notificação nº 1557 "A".

O MM. Juiz monocrático julgou procedente o pedido, concedendo a segurança, dispensando, por conseqüência, a impetrante da obrigação de pagar o tributo instituído pela Lei nº 2.180/97.

Inconformado, apela o Município, requerendo, pelo que se infere de seu recurso, a reforma da decisão *a quo*, porque:

a) compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local, incluídas aí as legislações tributária e financeira, bem como suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, nos termos do art. 30 da CF/88 e art. 6º da LOM. Assim, o mencionado art. 30 da CF/88 assegura ao Município o direito de instituir e arrecadar os impostos de sua competência;

b) com fulcro no art. 145, II, da CF/88, no art. 107 da Lei Orgânica do Município, e no art. 2º do Código Tributário do Município, compete ao Município instituir a questionada taxa, em razão do exercício do Poder de Polícia;

c) não houve afronta ao disposto no art. 155, § 3º, da Constituição Federal, pois a taxa em questão tem fato gerador diferente daquele imposto especial sobre energia elétrica, cuja instituição é de competência da União, nada impedindo que ambos sejam arrecadados simultaneamente, já que cada recolhimento tem causas diversas e

titulares diferentes, e o fato de competir à União legislar sobre energia elétrica não tem a mínima relação com a inconstitucionalidade levantada pela decisão, porque o Poder Público municipal não legislou sobre energia elétrica;

d) a utilização das vias públicas pelas concessionárias de energia elétrica está sujeita à disciplina dos Municípios, isto porque, partindo-se da premissa de que as terras públicas ocupadas com as vias e logradouros públicos pertencem aos Municípios que os construíram, e, havendo disposição legal permitindo, o Poder Público pode cobrar o seu uso;

e) o Código de Águas (art. 151) e o Decreto Federal nº 84.398, com redação pelo Decreto nº 86.859/82, em seu art. 2º, não podem dispensar o pagamento do tributo devido, já que essa liberalidade fiscal tem que ser dada por lei ordinária do poder tributante, sendo regra que só pode isentar quem pode tributar.

O recurso não foi respondido (certidão fls. 106-v.).

Não obstante as várias considerações feitas pelo apelante sobre a autonomia dos Municípios em seus vários aspectos (político, financeiro, administrativo), o que se conclui de uma leitura atenta do recurso de fls. 91/105 é que o cerne de sua inconformação, segundo sua ótica, encontra-se na possibilidade de o Município instituir taxa de ocupação do solo urbano, com fundamento em seu poder de polícia, ao teor do disposto no art. 145, II, da Constituição Federal.

Na verdade, tanto a União como os Estados e os Municípios desempenham atividades de polícia administrativa, cingindo-se o problema em saber distinguir-se qual a seara de atuação de cada uma das entidades jurídicas.

Sobre o assunto, leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO em seu livro *Curso de Direito Administrativo*, 5ª edição, p. 410: "como critério fundamental, procede o dizer-se que é competente para dada medida de polícia administrativa quem for competente para legislar sobre a matéria".

No presente caso, a "taxa" cobrada da apelada pelo Município, empresa concessionária de serviços públicos de energia elétrica, tem como fato gerador a colocação e instalação de postes, torres e demais equipamentos destinados à distribuição de energia elétrica e serviços de comunicação.

A indagação passa a ser, portanto, de quem é a competência para legislar sobre a matéria, *in casu,* energia elétrica, para então, por via de conseqüência, concluir a quem incumbe, se à União, ao Estado ou ao Município exercer a atividade de polícia administrativa.

Preceitua o art. 21 da Constituição Federal, *in verbis*:

"*Art. 21. Compete à União:*

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

b) os serviços de instalação de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos".

Sobre a mesma matéria, dispõe o art. 22, também da CF:

"*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

IV - água, energia, informática, telecomunicações e radiofusão".

Como se depreende dos textos constitucionais acima transcritos, os serviços públicos de energia elétrica, em todo o território nacional, pertencem à União, que pode explorá-los diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão, como é o caso dos autos, sendo certo, todavia, que apenas a ela, União, compete legislar sobre a matéria.

Assim, não pode a Municipalidade, em nome de sua autonomia política, de auto-organização, ditar preceitos colidentes com o texto constitucional, como é o caso da Lei Municipal nº 2.180/80.

É bom que se frise que não se discute, aqui, a competência genérica da Municipalidade para "legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber", nos termos do art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal, mas sim sobre a matéria concreta apresentada nos presentes autos - energia elétrica. E, sobre esta, repita-se, não tem o Município-apelante competência para legislar.

Nesse diapasão, como corolário lógico, não tendo competência o Município para legislar, não tem, também, competência para instituir impostos.

O inciso II do art. 155 da CF/88, invocado pelo Município-apelante em abono de sua tese, não o socorre, pelo motivo acima já consignado: não podendo o Município legislar sobre a matéria, não pode, também, repita-se, instituir impostos.

Não bastasse o disposto nos arts. 21 e 22 da CF, o § 3º do art. 155 do mesmo texto constitucional sepulta, igualmente, a pretensão do apelante, ao estabelecer que "à exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País".

A tese esposada pelo apelante, no sentido de que a taxa em questão cobrada pelo Município se assenta em base não vedada pelo ordenamento jurídico, pois tem fato gerador diferente daquele imposto especial sobre energia elétrica de competência da União, não procede, uma vez que o texto constitucional acima transcrito fala em *tributo*, que, como é sabido, representa o gênero, abrangendo, portanto, todas as espécies, como as taxas, impostos, etc.

Até mesmo porque, não obstante tente o Município-apelante desmembrar os fatos geradores dos tributos, como muito bem salientou o MM. Juiz monocrático, "não há como dissociar a fase de distribuição de energia elétrica gerada por qualquer técnica que a crie das operações necessárias a ela relativas", e, entre estas operações está, sem dúvida, a instalação de postes, não havendo, portanto, fatos geradores diferentes.

Não procedem, também, os argumentos do apelante no sentido de que a utilização das vias públicas pelas concessionárias de energia elétrica está sujeita à disciplina dos Municípios, pois, além de faltar-lhes competência para legislar sobre a matéria, ainda existe legislação federal específica aplicável à espécie (Código de Águas - Decreto nº 24.643/34 e Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1989, com redação dada pelo Decreto nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982).

Assim, forçoso concluir, quer sob o aspecto da competência para legislar sobre energia (art. 22, inc. IV, da Constituição Federal), quer sob o aspecto da isenção (art. 155, § 3º, também da CF), a Lei Municipal nº 2.180/97 apresenta-se claramente inconstitucional.

Com estes fundamentos, confirmo a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

DANO MORAL - PRISÃO ILEGAL - HOMONÍMIA - LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO (ARTIGO 5º, INCISO LXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) - RESPONSABILIDADE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO - CRITÉRIOS

- Com o advento da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade objetiva estatal ficou claramente estabelecida pelo art. 5º, inc. LXXV, no tocante aos atos praticados pelo Poder Judiciário, não havendo como negar a legitimidade passiva do Estado, em face do encarceramento por mais de 24 (vinte e quatro) horas da parte, decorrente de homonímia, constituindo tal em erro judiciário grave, suficiente para vincular o Estado no pólo passivo da demanda.

- O dano moral está cabalmente demonstrado desde que a parte foi submetida à prisão em uma cela pública injustamente, humilhada e acusada de um crime que não cometeu, descabendo questionar estar ou não caracterizado o dano moral em situações em que a ilegalidade e arbitrariedade do ato do qual resultou a prisão da parte está demonstrada.

- O arbitramento da verba reparatória deve atender às circunstâncias da intensidade ofensiva e motivo, não podendo ser arbitrada em termos de enriquecimento do ofendido, observando-se compensar o mal sofrido sem onerar excessivamente o causador do dano. Inobservados tais critérios, deve-se reduzir o valor que foi exageradamente fixado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 162.970-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Dano moral - Prisão ilegal - Homônimo constatado após o acusado permanecer preso por mais de vinte e quatro horas - Responsabilidade do Estado - Indenização devida.

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 PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de março de 2000. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Trata-se de reexame necessário e de recurso voluntário à r. sentença de fls. 156/162-TJ, que julgou parcialmente procedente pedido constante de ação de indenização por danos morais e materiais que Carlito Coelho da Silva aforou contra o Estado de Minas Gerais.

O MM. Juiz fundamenta sua decisão no fato de que o autor foi preso injustamente por mais de 24 (vinte e quatro) horas e permaneceu neste estado até que ficou constatado o seu homônimo, razão pela qual concedeu o dano moral, mas não o dano material, desde que este não foi provado.

Nas razões do recurso voluntário às fls. 165/168-TJ, o recorrente, preliminarmente, articula ilegitimidade passiva do Estado, afirmando não ser responsável por ato jurisdicional, com exceção dos casos expressamente previstos em lei. No mérito, sustenta a insuficiência de provas do dano moral efetivamente sofrido pelo autor e a ausência de nexo causal entre a conduta do Estado e os danos alegados.

A douta Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 177/189-TJ, opina pela confirmação da r. decisão.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

Da preliminar: Ilegitimidade passiva do Estado:

O apelante articula preliminar de ilegitimidade passiva, argumentando que não deve responder por atos praticados pelo Poder Judiciário.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade objetiva estatal ficou claramente estabelecida pelo art. 5º, inc. LXXV:

"*O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*".

Assim, no presente caso, o ato pelo qual o autor foi injustamente conduzido de sua residência até uma penitenciária, permanecendo encarcerado por mais de 24 (vinte e quatro) horas até que se descobrisse que se tratava de homônimo, constitui-se em erro judiciário grave, suficiente para vincular o Estado no pólo passivo da demanda.

Rejeito a preliminar.

Do mérito:

Vê-se dos autos que o recorrido foi preso injustamente, sob acusação de haver cometido crime previsto no art. 121 do Código Penal, quando foi conduzido publicamente de sua residência no Município de Abre Campo até a Cadeia Pública Municipal de Novo Cruzeiro, onde após passar mais de 24 (vinte e quatro) horas foi solto porque ficou provada a sua inocência através da verificação de sua filiação, que demonstrou que se tratava de homônimo.

O dano moral está cabalmente demonstrado, desde que o recorrido foi submetido a uma cela pública injustamente, humilhado e acusado por um crime que não cometeu.

Como bem asseverou a douta Procuradora de Justiça, Dra. Maria Conceição de Assupção Mello, "*não há que se questionar estar ou não caracterizado o dano moral em situações como a presente. É certo que a vergonha e a humilhação injusta causa num ser humano conseqüências para o resto da vida. Não sabemos como o Apelante gostaria que tal dano fosse provado, a única coisa que temos certeza é que mesmo que fosse o apelado um meliante contumaz teria ele direito a indenização pleiteada se a sua prisão fosse ilegal e arbitrária, quanto mais em se tratando de uma pessoa de vida honesta*".

Demonstrada a ilegalidade e arbitrariedade do ato de que resultou a prisão do autor, era mesmo de se condenar o Estado a indenizar a dor moral causada injustamente, sendo este o entendimento jurisprudencial:

"*Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Danos materiais e morais. Prisão ilegal. Repercussão danosa à honra e boa fama. Indenização devida (TJES)*" - *RT*, 727/251.

O valor de 100 (cem) salários mínimos a título de dano moral foi fixado exageradamente, observando compensar o mal sofrido sem onerar excessivamente o causador do dano.

Com tais considerações, *reformo parcialmente a r. sentença no duplo grau de jurisdição*, para reduzir a indenização por dano moral para 20 (vinte) salários mínimos, tendo por prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço da remessa e do apelo voluntário.

Tal como fez o em. Relator, também rejeito a preliminar, pelos mesmos fundamentos.

Ainda acompanhando o em. Relator, entendo ser inegável o direito à indenização buscada pelo recorrido.

A sentença arbitrou, pelo dano moral, a indenização em 100 (cem) salários mínimos (fl. 162-TJ).

O apelado viu-se preso por engano, questão de homonomia, pelo curto espaço de 24 (vinte e quatro horas).

Não se cuida de ato doloso praticado por agente do Estado, mas de imprudência, visto que não se identificou corretamente, como cumpre fazer, a pessoa que deveria ser presa.

Embora tenha causado dano moral ao apelado, o ato não se revestiu de gravidade capaz de ofender intensamente ao recorrido.

O arbitramento da verba reparatória deve atender às circunstâncias antes colocadas, motivo e intensidade ofensiva.

De outro lado, a indenização nunca pode ser arbitrada em termos de enriquecimento do ofendido.

Assim, reformo parcialmente a sentença, no reexame, para arbitrar a verba em 20 (vinte) salários mínimos, prejudicado o apelo voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - De acordo.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH) - PRESTAÇÕES - REAJUSTE - VALOR - DISCUSSÃO NO ÂMBITO DA CONSIGNATÓRIA - POSSIBILIDADE - DEFESA DO CONSIGNADO - INSUFICIÊNCIA DE DEPÓSITO - INTELIGÊNCIA DO ART. 896, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC

- A teor do disposto no art. 896, parágrafo único, do CPC, se o consignado fundamentar sua defesa na insuficiência do depósito, cabe a ele indicar o montante que entende devido para a quitação da dívida, a fim de que seja lícito ao consignante, ante a intimação expressa do juízo, fazer a complementação do depósito.

- No âmbito da ação de consignação em pagamento, é lícita a discussão do valor das prestações da casa própria financiada pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH), mormente se o fundamento da demanda reside justamente no critério de reajuste das referidas prestações, não podendo o juiz ceifar a ação por insuficiência de depósito, devendo julgar o mérito da *quaestio juris*, com a análise da matéria de fundo, dada a relevância da mesma, porquanto concernente a financiamento habitacional, que, a par de ser regulamentado por legislação eminentemente protetiva, é imbuído de forte caráter social.

- Datando o financiamento habitacional de muitos anos, não é razoável exigir-se que o mutuário, na ação de consignação em pagamento, deposite o *quantum* exato das parcelas, devendo haver maior flexibilidade, já que o mais importante é a apuração do valor das prestações e sua respectiva forma de calcular, transmudando-se a ação consignatória em ação de conteúdo declaratório, devendo o valor referente ao depósito ser apurado posteriormente, no momento do julgamento do mérito, segundo o que restar estabelecido relativamente ao critério de reajuste do referido financiamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 163.148-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Ação de consignação em pagamento - Discussão - Licitude - Valor - Prestações - Financiamento - SFH - Decisão - Mérito. - Na ação de consignação em pagamento, é lícita a discussão do valor das prestações referentes a financiamento habitacional pelo SFH, mormente se o ponto da discórdia reside justamente no critério de reajuste destas parcelas. Datando o financiamento habitacional pelo SFH de muitos anos, não é razoável exigir-se que o consignante deposite o *quantum* exato das prestações, devendo haver maior flexibilidade, de molde a que a questão relativa ao mérito, em face de sua relevância, seja julgada, ocasião em que o valor a ser depositado para efeito de liberação seja definitivamente estabelecido, segundo as conclusões do magistrado.

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, 09 de março de 2000. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro (convocado) - Maria Elisa de Souza Lima, inconformada com a r. sentença de fls. 250/254-TJ, pela qual se julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de consignação em pagamento ajuizada contra a extinta MinasCaixa, tendo assumido o pólo passivo da demanda o Estado de Minas Gerais, interpõe o presente recurso de

apelação, aduzindo, em resumo, que a ação intentada teria por fim a revisão do valor das prestações e a aplicação dos índices de reajustes previstos no contrato firmado entre as partes relativo a financiamento habitacional, evitando-se, por conseqüência, a inadimplência do mutuário perante o agente financeiro; que se mostra impositiva a reforma da sentença, uma vez que não se entrou no mérito da discussão acerca dos valores das prestações devidas e de seus acréscimos, em face do Plano de Equivalência Salarial contratado entre as partes para o financiamento de imóvel, ceifando a ação pela insuficiência do depósito, sem nem mesmo abrir a oportunidade de sua complementação, conforme determina o parágrafo único do art. 899 do CPC.

Contra-razões às fls. 268/273-TJ, pugnando-se pela manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do desprovimento (fls. 280/282-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Inicialmente, mister salientar ser viável o pedido consignatório para o fim de se discutir o valor das prestações relativas a contrato de financiamento habitacional, bem como os índices de reajuste que devem incidir, conforme vem decidindo a iterativa jurisprudência de nossos tribunais, sendo lícito ao magistrado, por conseguinte, imiscuir-se nos critérios de reajuste das referidas prestações da casa própria financiada pelo SFH.

Traçados estes contornos, é de se ter, com efeito, que a r. decisão monocrática, de forma precipitada, houve por bem julgar improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que o depósito de que trata o art. 893, I, do CPC, não teria sido integral.

Ocorre que, a teor do que dispõe o art. 896, parágrafo único, do Digesto Processual, se a defesa do consignado se fundou na insuficiência do depósito, caberia a ele indicar o montante que entendesse devido para a quitação da dívida para que, em um segundo momento, fosse lícito ao consignante, ante a intimação expressa do Juízo, fazer a complementação do depósito.

Neste mesmo sentido, confiram-se os seguintes julgados:

"Processual civil. Ação consignatória. Prestações da casa própria. Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Complementação. Equivalência salarial. Complementação dos depósitos. Possibilidade jurídica. - A firme jurisprudência desta Corte tem assentado o entendimento de que é possível se discutir o valor das prestações da casa própria financiada pelo SFH, na ação consignatória, não infringindo os arts. 896 e 899 do CPC o acórdão que admite a complementação dos depósitos que se fizerem necessários para a satisfação integral do direito de os mutuários

reajustarem as prestações de acordo com o PES, encontra amparo na firme e iterativa jurisprudência deste STJ. Recurso improvido, sem discrepância" (STJ - Primeira Turma - REsp nº 76.650-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 17/3/97, *DJU* de 19/5/97).

Todavia, uma vez inobservados tais comandos, há que se relevar que no caso em tela o ilustre Magistrado singular ceifou a pretensão consignatória sob o argumento singelo de que o depósito seria insuficiente a que o devedor se livrasse da mora, sem qualquer manifestação acerca do mérito da questão referente ao valor das prestações do financiamento. Entretanto, como alhures já se disse, é cediço que, no âmbito da ação de consignação em pagamento, mostra-se pertinente a discussão desta matéria, conforme a uníssona jurisprudência do STJ, mormente se o fundamento da demanda reside justamente no critério de reajuste das referidas prestações.

Assim, transportadas tais ilações para o caso *sub judice*, forçoso concluir que, datando o financiamento de muitos anos, não seria nem mesmo razoável se exigir do apelante que depositasse o valor exato das parcelas, na medida em que o mais importante é a apuração do valor das prestações do financiamento e sua respectiva forma de calcular, transmudando-se a ação de consignação em pagamento, deste modo, em verdadeira ação de conteúdo declaratório, devendo o valor referente ao depósito ser apurado posteriormente, no momento do julgamento de mérito, segundo o que restar estabelecido relativamente ao critério de reajuste do financiamento.

O aresto a seguir transcrito reflete bem este posicionamento, senão veja-se:

"Ação de consignação em pagamento. Sistema Financeiro da Habitação. Reajuste das prestações do mútuo hipotecário.

- Quando o processo atravessa vários planos governamentais de intervenção na economia, todos se refletindo no valor das prestações discutidas, não se pode exigir do mutuário que calcule mensalmente o valor exato de cada qual para os efeitos da consignação. Nesse caso, a ação se desfigura, passando a respectiva sentença a ter caráter meramente declaratório da cláusula contratual controvertida, apurando-se, *a posteriori*, de acordo com a orientação traçada no julgado, o valor de diferenças que eventualmente tenham de ser complementadas.

- Recurso especial não conhecido". (STJ - Segunda Turma - REsp nº 76.528-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 04/6/97, *DJU* de 25/8/97.)

Não fosse isso, de se ter que a questão ventilada nos presentes autos é da mais alta relevância, pois que concerne a contrato de financiamento habitacional pelo Sistema Financeiro da Habitação, que, por sua vez, a par de ser regulamentado por legislação eminentemente protetiva, é imbuído de forte

caráter social, fazendo com que a análise de seus meandros se torne imperiosa.

Em face de tais considerações, dou provimento ao recurso para, ultrapassando-se a questão referente ao depósito, seja julgado o mérito da *quaestio juris*, com a análise da matéria de fundo, em face da alteração da categoria profissional da apelante, e, em sendo o caso, realizando-se nova perícia, a fim de que seja recalculado o valor das prestações.

Inverto os ônus da sucumbência.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SAÚDE - GARANTIA CONSTITUCIONAL - DEVER DO ESTADO - TRATAMENTO MÉDICO - INÍCIO ATRAVÉS DE PLANO DE SAÚDE PRIVADO - SUS - PROSSEGUIMENTO - RECUSA - OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO

- Sendo preceito constitucional que a assistência à saúde é direito de todos e dever do Estado, não pode o SUS (Sistema Único de Saúde) recusar-se a prosseguir tratamento médico iniciado através de plano de saúde privado, sob pena de ferir direito líquido e certo à saúde, constitucionalmente garantido a todo cidadão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 164.584-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Necessidade de realização de exame médico - Negativa por parte do gestor do SUS - Ofensa a mandamento constitucional - Direito líquido e certo reconhecido - Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 23 de maio de 2000. - *José Brandão de Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Brandão de Resende - Leni Braga Lopes Cançado impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Sr. Secretário Municipal de Saúde de Belo Horizonte - gestor do Sistema Único de Saúde (SUS) -, por entender ofendido seu direito líquido e certo em face da negativa, por parte daquele órgão, em autorizar sua internação e realização de procedimento médico denominado cateterismo.

A liminar foi deferida pelo MM. Juiz *a quo* (fls. 16/18-TJ).

Notificado a prestar informações, o impetrado argumenta que não está o SUS obrigado a amparar as pessoas que deram início a tratamento médico através de plano de saúde privado.

A atuante Promotoria de Justiça opinou (fls. 27/30-TJ) pelo deferimento da ordem, que foi concedida pela sentença de fls. 31/33-TJ, tornando definitiva a liminar.

A decisão foi submetida ao reexame necessário. Ainda assim, inconformado, o impetrado refuta os termos do *decisum*, insistindo nos argumentos de direito e de fato formulados em sua contestação.

Não conheço do recurso voluntário por intempestivo.

Publicada a sentença no dia 23/02/99 (terça-feira - certidão de fls. 33-TJ), o prazo recursal, para o impetrado, findou-se no dia 25/03/99 (quinta-feira), mas o recurso somente foi aviado no dia 26/03/99, a destempo, pois.

Conheço, porém, da remessa oficial, estando a sentença a merecer integral confirmação.

É de preceito constitucional indiscutível que a assistência à saúde é direito de todos, indistintamente, e obrigação do Estado.

A absurda e descabida argumentação do impetrado, segundo o qual, iniciado o tratamento por intermédio de plano de saúde privado, estaria o Sistema Público desobrigado a lhe dar prosseguimento, afronta claramente o princípio constitucional.

Ora, se foi a impetrante obrigada a valer-se de sistema de saúde privado para seu tratamento médico é porque não teve confiança de fazê-lo por meio do reconhecidamente inoperante e ineficiente sistema de saúde pública.

Impossibilitada, porém, por qualquer razão que seja, de prosseguir este seu tratamento por aquela via, não fica o Estado desonerado em relação a esta, ao revés, deve dar-se por contente por não ter sido obrigado a arcar com todas as despesas médicas desde o início.

Foi o digno Promotor de Justiça notavelmente feliz ao asseverar que, "*se alguns cidadãos são obrigados a recorrer a planos de saúde, tal fato deve-se exclusivamente à inoperância, abandono e má gerência do sistema público de saúde, que não cumpre seus objetivos primordiais, como é de conhecimento público. Assim, os mais simples e humildes cidadãos são obrigados a recorrer a planos de saúde, na maioria das vezes*

comprometendo seu orçamento, porque têm plena consciência de que jamais teriam acesso à saúde se dependessem única e exclusivamente do Poder Público. Ficam assim, quase sempre, à mercê das empresas que gerenciam tais planos, que impigem a seus 'conveniados' verdadeiros contratos de adesão que excluem diversos tratamentos, às vezes imprescindíveis" (fls. 29-TJ).

A negativa do SUS em autorizar os procedimentos médicos indicados para o caso da impetrante não passa de uma tentativa leviana e reprovável de lhe impor a renúncia a seu direito à saúde, constitucionalmente garantido.

Diante do exposto, por entender que a decisão primeira bem analisou e decidiu a questão que ora nos é posta para reapreciação, no reexame necessário, merece ser integralmente confirmada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO VOLUNTÁRIO E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - CHEQUE - ORIGEM - PROVA - NECESSIDADE - AUTONOMIA CAMBIÁRIA - RESTRIÇÃO

- É dever do credor provar a origem do crédito que almeja habilitar no processo falimentar, em razão das disposições do art. 82 da Lei de Falências, mesmo que o seu crédito esteja representado por cheques dotados de autonomia cambiária, a qual é restringida pelo mencionado preceito normativo, cujo alcance social visa à proteção da massa e dos credores, em detrimento do interesse individual do particular.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 164.758-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Falência - Habilitação de crédito - Cheques - Origem - Prova - Necessidade - Autonomia cambiária - Restrição. - É dever do credor provar a origem do crédito, que almeja habilitar no processo falimentar, em razão das disposições do art. 82 da Lei de Falências, mesmo que o seu crédito se lastreie em cheques dotados de autonomia cambiária, a qual é restringida pelo mencionado preceito normativo, cujo alcance social visa à proteção da massa dos credores, em detrimento do interesse individual do particular. Apelo provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de março de 2000. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Trata-se de apelação intentada pelo representante do Ministério Público contra sentença que julgou procedente habilitação de crédito, promovida por Siegling Elementos de Transmissão e de Transporte Ltda. nos autos da falência de Reno Aparelhos para Ginástica e Fisioterapia Ltda.

Conhece-se do recurso, por estarem atendidos os pressupostos de sua admissibilidade.

O apelante sustenta que a apelada, Siegling Elementos de Transmissão e de Transporte Ltda., não justificou nem mencionou a procedência da parte de seu crédito representado pelos 22 (vinte e dois) cheques acostados às fls. 15/36-TJ, devendo ela ser, portanto, desconsiderada para habilitação perante a massa falida, ainda que, pelas referências no verso de cada cheque, possa parecer tratar-se de venda de mercadorias não alegadas nem provadas. Por isso, pleiteia que seu recurso seja provido, com a conseqüente reforma da sentença, à finalidade de que seja admitido como devidamente habilitado o valor de R$67.991,42 (sessenta e sete mil, novecentos e noventa e um reais e quarenta e dois centavos), referente às duplicatas. Alicerça o seu entendimento em aresto oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo.

À minha ótica, tenho por correta a irresignação do apelante quanto à habilitação dos créditos decorrentes dos cheques carreados às fls. 15/20-TJ, pois ressai, a toda evidência, do processado que a habilitante não alcançou provar a origem destes títulos de crédito, não obstante ser ônus legal seu, a teor do art. 82 da Lei Falimentar.

Ressentem-se os autos de qualquer elemento material de convicção passível de definir a origem dos aludidos cheques, isto é, não há prova do negócio jurídico eventualmente entabulado entre a falida, Reno Aparelhos para Ginástica e Fisioterapia Ltda., e a habilitante, Siegling Elementos de Transmissão e de Transporte Ltda., o qual pudesse gerar a existência de tais títulos de crédito. Não trouxe a referida apelada qualquer contrato, nota fiscal ou conhecimento de transporte que lastreasse a alegação ínsita em sua exordial sobre o suposto fornecimento de mercadorias para a falida, permanecendo somente no campo das meras palavras, o que é claramente insuficiente ao atendimento dos ditames do pré-falado art. 82 da Lei de Quebras.

O referenciado texto de lei é taxativo em exigir da habilitante a prova inequívoca da origem do seu crédito, visto que sem tal comprovação os

demais credores da massa falida não estarão aptos para verificarem a natureza e a legitimidade da obrigação que originou o crédito habilitado, fato este que poderá ferir os seus direitos no concurso falencial. Portanto, o disposto no mencionado art. 82 visa coibir possíveis fraudes e abusos nesta seara, razão por que tem o caráter de requisito para acolher-se o pleito da apelada, concernente à inclusão do crédito revelado nos apontados cheques na massa de credores, sendo que o não-atendimento desse requisito legal importa, a meu ver, na improcedência da pretensão da apelada nesse tocante.

Sobre o alcance do multicitado art. 82 da Lei Falimentar, esclarecedoras são as palavras de MIRANDA VALVERDE, que ora se transcrevem:

"Deve a declaração conter a origem do crédito. Essa exigência é de suma importância e se acha consagrada nas legislações falimentares. É um meio fácil de controlar a legitimidade dos créditos. O credor que não explica satisfatoriamente a causa ou a origem de seu crédito, ou lhe atribui causa diversa, deve ser excluído. Por origem se entende, em princípio, o negócio, o fato, ou as circunstâncias de que provém a obrigação do falido. É a causa eficiente *(causa efficiens)*, a causa certa, como diz o art. 129 do Código Comercial, da qual deriva a obrigação. Daí ser necessária, ainda mesmo para aqueles créditos que se materializaram nos documentos, que lhe servem de forma legal (letra de câmbio, notas promissórias), a denúncia da causa que provocou o seu nascimento" (*Comentários à Lei de Falências*, 2ª ed., v. II, p. 229/230).

Com lastro no excerto doutrinário supratranscrito, observa-se que a autonomia dos títulos de crédito sofre evidente restrição ante a exigência legal do art. 82 da Lei Falencial, em face da impostergável necessidade de se resguardar o direito da massa dos credores, situação esta que empresta verdadeiro cunho social a este preceito normativo, sobrepujando o direito do particular esteado na autonomia cambial. Por conseguinte, vislumbro ser imprescindível a prova da origem dos títulos de crédito, quando estes forem utilizados para os fins colimados pela habilitante.

A propósito, necessário trazer-se à baila a posição adotada pelo colendo STJ, conforme compilação de THEOTONIO NEGRÃO, *v.g.*:

"A indicação da origem do crédito, para sua habilitação em falência, é exigência destinada a dar segurança à massa e aos credores, cabendo fazê-lo sobretudo quando os mesmos são representados por títulos cambiais, de fácil emissão fraudulenta". (STJ - Terceira Turma, REsp nº 10.208-SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. 1º/10/91, não conheceram, v.u., *DJU*, 28/10/91, p. 15.254, 1ª col. em.) (*CPC e Legislação Processual em Vigor*, 28ª ed., p. 947.)

Em decorrência do arrazoado supra, tenho por insubsistentes os argumentos esgrimidos pelas apeladas quanto a ser pretensamente desnecessária a prova da origem dos cheques acostados a este processado, em face da sua regência pelas normas cambiárias.

Isto posto, dou provimento à apelação para reformar, parcialmente, a sentença aos fins de julgar improcedente a habilitação relativamente ao crédito representado pelos cheques acostados às fls. 15/20-TJ.

Participaram do julgamento os Desembargadores Isalino Lisbôa e Aloysio Nogueira.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

IMPOSTO - CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO - IMPOSSIBILIDADE - CDA - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA

- A presunção de liquidez e certeza da CDA não pode ser ilidida por meras alegações, sendo necessária prova inequívoca e irrefutável produzida pelo contribuinte para desfazer o crédito constituído.

- A declaração de inidoneidade de notas fiscais emitidas por empresa inexistente produz efeitos *ex tunc*, não se podendo aproveitar como crédito fiscal o imposto nelas destacado, de forma que, ocorrida a apropriação do crédito anteriormente à declaração de inidoneidade, deverá o mesmo ser estornado - salvo prova concludente de que o ICMS devido foi integralmente pago -, sob pena de se impor ao Fisco ônus que não lhe compete.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 165.146-2/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: A declaração de inidoneidade de notas fiscais, eis que emitidas por empresa inexistente, produz efeitos *ex tunc*, não se podendo aproveitar como crédito fiscal o imposto nelas destacado. De forma que, ocorrido o apropriamento do crédito, anteriormente à declaração de inidoneidade, deverá este ser estornado, sob pena de se imputar ao Fisco ônus que não lhe compete.

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, 1º de junho de 2000. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi - Conheço

do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação ajuizada por Andino Ltda. contra r. sentença que, rejeitando as preliminares, julgou improcedentes os embargos à execução fiscal proposta pela Fazenda Pública Estadual, em razão de aproveitamento indevido de crédito de ICMS, decorrente de aquisições de mercadorias feitas através de notas fiscais declaradas falsas.

Concluiu o douto Julgador que, como a declaração de inidoneidade de notas fiscais opera efeitos *ex tunc*, o crédito apropriado através de documento fiscal inidôneo deverá ser estornado, sem a imputação de qualquer penalidade ao destinatário, salvo comprovado o dolo ou fraude, constituindo-se esse ônus conseqüência do risco de comércio não transferível ao Fisco. Mesmo porque, não tendo a apelante comprovado o alegado recolhimento anterior, não há como se aplicar o disposto no art. 153, V, do RICMS/91. Entendeu, por fim, ter ficado esclarecida a questão do pagamento parcial do imposto, além de ser correta a aplicação da correção monetária pela TR.

Inconformada, alega a recorrente que a sentença contrariou os princípios da não-cumulatividade do ICMS e da irretroatividade da lei tributária, uma vez que em 1988, quando realizada a operação, não havia qualquer ato declaratório editado pela Fazenda Estadual considerando irregulares as operações praticadas com a Empresa Produmic Ltda., de forma que não se podem retroagir os efeitos do ato editado posteriormente.

Ressalta que a hipótese dos autos não se encaixa naquelas relacionadas no art. 155, § 2°, II, da CF, a justificar o estorno do crédito de ICMS. Mesmo porque, nos termos da CF, não há que se comprovar que o imposto tenha sido pago na operação anterior, mas apenas cobrado, não podendo ser responsabilizada pelo imposto devido por quem lhe vendeu a mercadoria.

Nas suas contra-razões, pugna o Fisco pela manutenção da r. sentença, ressaltando que o creditamento do ICMS, segundo o princípio da não-cumulatividade, deve corresponder ao valor efetivamente pago pelo contribuinte na aquisição da mercadoria, de forma que, sem a demonstração da ocorrência das operações consignadas nos documentos, não poderia o recorrente abater de seus créditos escriturais valores destacados por empresa declaradamente fictícia, pois nulos todos os seus documentos fiscais que possam ter sido emitidos.

Primeiramente, retira-se da espécie que o inconformismo da apelante se limitou à parte da r. sentença referente ao aproveitamento de crédito de ICMS, decorrente de aquisições de mercadorias feitas através de notas fiscais declaradas falsas. Donde se conclui que no mais a decisão transitou em julgado.

Todavia, em que pesem às alegações trazidas pelo recorrente, *data venia*, a r. sentença não está a merecer qualquer reparo.

Aqui, ao contrário do alegado pela apelante, a declaração de inidoneidade de notas fiscais, eis que emitidas por empresa inexistente, produz efeitos *ex tunc*, não se podendo aproveitar como crédito fiscal o imposto nelas destacado. De forma que, ocorrido o apropriamento do crédito, anteriormente à declaração de inidoneidade, deverá este ser estornado, sob pena de ser imputado ao Fisco ônus que não lhe compete.

Além disso, como se sabe, não há que se considerar ferido o princípio da não-cumulatividade do ICMS, uma vez que a compensação do imposto pago na operação anterior somente se dá em razão do imposto devido na operação posterior, donde se conclui que, não tendo a recorrente logrado êxito em demonstrar sequer a ocorrência da operação que gerou a imposição do tributo, não há como se pretender a compensação.

Neste sentido, conforme ressaltou escorreitamente o eminente Ministro Ari Pargendler, Relator do Recurso Especial n° 77.631, de São Paulo, é ônus do contribuinte provar a ocorrência do fato gerador do imposto:

"A inidoneidade da inscrição do vendedor - é verdade - só gera efeitos contra terceiros, depois de publicada. Mas, idônea ou não a inscrição, a nota fiscal só autoriza o aproveitamento dos créditos correspondentes se representativa de verdadeira compra e venda, esta a prova que deveria ter sido requerida, e não o foi".

E ainda, quando do Recurso Especial n° 89.706-SP, o mesmo Relator concluiu:

"No sistema do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços, a nota fiscal vale, entre contribuintes, como um título de crédito contra a Fazenda do Estado.

Trata-se, todavia, de um título de crédito que só subsiste enquanto não for contestado.

Verificado que o contribuinte aproveitou o crédito decorrente de nota fiscal emitida por quem estava em situação irregular (ainda que declarada posteriormente), o respectivo montante só é oponível ao Fisco se demonstrado, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda realmente aconteceu.

A publicação, posterior, da declaração de inidoneidade de quem emitiu a nota fiscal não exonera o contribuinte que aproveitou o crédito de provar-lhe a autenticidade.

De outro modo, seria a convalidação das fraudes que, evidentemente, só são apuradas depois de praticadas - com o seguinte efeito: a Fazenda Pública suportaria os prejuízos das fraudes enquanto não declarasse a inidoneidade dos contribuintes em situação irregular.

O comerciante que, de boa-fé, acreditou na aparência da nota fiscal

não fica prejudicado por isso, porque excluirá sua responsabilidade tão logo demonstre pelos registros contábeis que a nota fiscal é representativa de verdadeira compra e venda".

Ocorre que, ao contrário do alegado, a apelante em momento algum demonstrou ou pretendeu demonstrar através de seus livros a ocorrência da efetiva realização do negócio, não sendo suficientes as duplicatas de fls. 104-TJ, para a comprovação da compra e venda.

In casu, verifica-se que a recorrente, quando da declaração de inidoneidade, já havia abatido dos seus débitos escriturais os valores destacados nos documentos inidôneos, razão pela qual deveria, ao ser cientificada da declaração, ter diligenciado no sentido de estornar os créditos, sob pena de enriquecimento ilícito. Não tendo assim procedido, há que suportar agora a exigência fiscal. O CTN prevê a sua responsabilidade, arts. 131, I, e 136. Neste sentido a Apelação Cível nº 29.134/4, Relator Des. Monteiro de Barros, julgada em 11/05/95.

É de se ressaltar, inclusive, que aqui não há como questionar a possibilidade de se prever ou não a ocorrência de determinada nulidade quando da realização de um negócio. O certo é que a fiscalização se faz em razão de fatos já ocorridos, de forma que, constatada a irregularidade e publicada a declaração de inidoneidade prevista na Lei Estadual nº 6.763/75, não há como prevalecerem os créditos anteriormente considerados existentes.

Isto porque, como se não bastasse a falta de provas relativa à efetiva realização do negócio, a inexistência da empresa que emitiu os documentos inidôneos leva à presunção de que o imposto devido não foi recolhido aos cofres públicos, razão pela qual inexiste crédito a ser abatido, não se falando, portanto, em afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Neste sentido, pude-me manifestar quando do julgamento da Apelação Cível nº 11.401/7, julgada em 03/02/94, e mais recentemente na Apelação Cível nº 131.668/6, de 12/11/98, onde concluí:

"A presunção de liquidez e certeza da CDA não pode ser ilidida por meras alegações, sendo necessária prova inequívoca e irrefutável produzida pelo contribuinte para desfazer o crédito constituído. Declarada a falsidade ou mesmo a inidoneidade de um documento fiscal, fica vedado o aproveitamento dos valores nele consignados, em virtude do disposto no RICMS/MG, que dispõe não implicar crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações subseqüentes a operação ou prestação acobertada por documento fiscal falso ou inidôneo, salvo prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago".

Nestes termos, a Portaria nº 2.708, de 19 de dezembro de 1989, que estabelece normas de procedimentos a serem observadas nos casos de declaração de inidoneidade ou de falsidade de documentos fiscais, considerando sem efeito o crédito de ICMS aproveitado e constante de documento fiscal que venha a ser declarado falso ou inidôneo, que sequer poderá ser lançado como tal.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - INSTRUMENTO DE PROTESTO - VALIDADE

- A ausência de identificação do nome da pessoa física que recebeu a intimação do protesto ou sua realização por via de edital, quando comprovada a mudança de endereço da empresa, não apresentam relevância para invalidação do ato, se preenchidos todos os requisitos exigidos para sua formalização.

- V.v.: - Cabe à credora verificar se o protesto foi tirado regularmente, identificando-se a pessoa que recebeu a intimação, formalidade sem a qual não há como se caracterizar a impontualidade necessária ao decreto de falência. *(Des. José Francisco Bueno)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 167.411-8/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Falência - Instrumento de protesto - Validade. - A ausência de identificação do nome da pessoa física que recebeu a intimação do protesto, ou sua realização via edital, quando comprovada a mudança de endereço da empresa, não apresentam relevância para invalidação do ato, se preenchidos todos os requisitos exigidos para sua formalização. Prosseguimento regular do processo. Art. 14 da Lei nº 9.492/97. Precedentes.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 27 de abril de 2000. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Campos Oliveira - Trata-se de pedido de falência feito por Gerdau S/A, em desfavor de F.S.Klink Construtora Ltda., perante o Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, dizendo-se credora da requerida

pela importância de R$11.146,38, representada por duplicatas de venda mercantil, devidamente protestadas, que estão acompanhadas das notas fiscais e comprovantes de entrega e recibo das mercadorias; que o débito não foi pago.

A inicial foi liminarmente indeferida.

Inconformada, a autora apelou, tempestivamente, buscando a cassação da sentença, para que o pedido tenha regular prosseguimento.

Preparo regular.

Não houve retratação.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso, 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 indeferimento da inicial teve como base o fato de não ter o protesto sido tirado regularmente, segundo os instrumentos apresentados.

Diz a sentença, expressamente:

"*Deveras, destacam-se dos documentos trazidos com a inicial as certidões que, de regra, deveriam comprovar a regularidade dos protestos, como, de fato, são omissas e não se prestam à espécie, já que se destinam a ato de gravidade, que é a quebra requerida*" (fls. 32).

A isso, opõe-se a requerente, dizendo:

"O art. 10 e seu § 1° da Lei n° 7.661/45 (Lei de Falências) preceituam que os títulos não sujeitos ao protesto obrigatório devem ser protestados, para o fim da citada lei, nos Cartórios de Protestos de Letras e Títulos, podendo o protesto ser interposto em qualquer tempo depois de vencida a obrigação, e o respectivo instrumento, que será tirado em 3 (três) dias úteis, deverá conter: a data, transcrição, por extrato, do título com as principais declarações nele inseridas; *a certidão de intimação do devedor para pagar; a resposta dada ou a declaração de falta de resposta; a certidão de não haver sido encontrado, ou de ser desconhecido ou de estar ausente o devedor* (grifos nossos).

Sem sombra de dúvidas, os instrumentos de protestos correspondentes aos títulos que instruem o feito falimentar se revestem, integralmente, das formalidades exigidas e foram lavrados e expedidos por órgão público subordinado ao Poder Público Judiciário, sendo, portanto, documentos portadores de *fé pública*, podendo somente ser desconstituídos por robusta e insofismável prova em contrário" (fls. 38).

E quer me parecer que a apelante tem razão, pois os instrumentos de protesto e as certidões neles inseridas atendem aos preceitos legais.

Quando do julgamento da Apelação n° 102.990/9, da Comarca de Machado, o em. Des. Hugo Bengtsson votou vencido, nos seguintes termos:

"*Os títulos de crédito que instruem a inicial estão sujeitos a protesto obrigatório, não se aplicando, no caso, o disposto no art. 10 da referida lei.*

Na verdade:

'*Com a efetivação do protesto cambial, é dispensável o protesto a que se refere a Lei de Falências (art.10)' RJTJESP, 94/120) - (THEOTONIO NEGRÃO, CPCLPV, 30ª ed., 1999, Saraiva, nota 2 ao art.10, p. 1.249).*

Ou ainda:

'*Falência. Caracterização. Protesto cambial. Duplicata. Validade. Irregularidade na efetivação do protesto. Súmula/STJ, Enunciado n° 7.*

1 - Segundo pontifica a melhor doutrina nacional, 'os títulos de crédito, subordinados ao protesto comum, escapam à necessidade do protesto especial...' (STJ, REsp n° 50.827/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, cf. CD-ROM n° 16, 2° trim/99).

Além do mais:

'*Falência. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Art. 267, IV, do CPC. Instrumento de protesto. Intimação do devedor. Omissão do nome da pessoa física. Inteligência do art. 14 da Lei n° 9.492/97. Irrelevância.*

- O art. 14 da Lei n° 9.492/97 considera cumprida a intimação do devedor quando comprovada a entrega no endereço fornecido pela apresentante do título ou documento. Assim, não é irregular o protesto que não identifica a pessoa que recebeu a intimação, não constituindo tal omissão causa para extinção de processo falimentar, sob o fundamento de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC)' (Ap. Cív. n° 115.856/7, Rel. Des. Aloysio Nogueira, Minas Gerais, DJ, 17/04/99, fls. 1/2).

Coerente com posicionamentos anteriores, com a mais respeitosa vênia aos rr. votos que me precederam, dou provimento ao recurso e casso a r. sentença, acolhendo-se, em substância, o lúcido parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça".

Tenho votado no mesmo sentido, de modo que dou provimento ao apelo e casso a decisão, para que o processo tenha regular prosseguimento, decidindo o Juízo, a final, como lhe parecer correto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR DAVAM PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 13/04/2000, a pedido do Vogal. O Relator e o Revisor davam provimento.

Com a palavra o Des. José Francisco Bueno

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Pedi vista, para melhor exame da questão.

Data venia, agiu acertadamente o ilustre Julgador ao considerar o instrumento de protesto imprestável para caracterizar a impontualidade, para a decretação da quebra, desde que as intimações se deram de forma irregular, não atendendo rigorosamente às exigências formais. A certidão de fls. 61-v.-TJ esclarece de forma irretorquível a cessação das atividades da apelada, encontrando-se esta em lugar incerto e não sabido, não podendo prevalecer as notificações via postal, por ausência de identificação, exigível para o caso, como bem anota o ilustre Juiz *a quo*, fls. 79-TJ, que transcreve ementas de julgados desta Casa, cujos entendimentos são no sentido de se considerar irregular e imprestável o protesto sem a devida identificação do recebedor da intimação.

Nesse sentido orientam o TJPR e o STJ, como se vê:

"Falência. Protesto de cheque que instrui o pedido inicial. Formalidade indispensável. Requisitos deste protesto. O protesto irregular não se serve à decretação da quebra. Protesto. Formalidades legais, que são as do Decreto nº 2.044/1908 (Lei nº 5.474, de 18/07/68, art. 14). Intimação. Indispensável que seja declinado o nome da pessoa intimada. Se se tratar de pessoa jurídica, a intimação deve recair na pessoa de seu representante legal, cujo nome deve ser declinado. No documento (AR) não ficou esclarecido quem teria assinado. Ação julgada extinta com supedâneo no art. 267, I, do Código de Processo Civil. Sentença correta, por isso, e mantida. Decisão unânime" (TJPR, Apel. nº 3.463, acórdão, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. José Meger - *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, v. 17).

"A falência, instituto que tem sido desvirtuado para servir de instrumento coativo à cobrança de dívidas, não pode ser deferida se não atendidas rigorosamente as exigências formais.

Afirmada a irregularidade do protesto, ausente a identificação da pessoa que recebeu a intimação, descabe reapreciar o tema em recurso especial. Precedentes" (STJ - Quarta Turma, REsp nº 157.637-SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 1º/09/98, *DJU*, 13/10/98).

Há necessidade de protesto especial, estabelecido na lei específica, art. 10, comprovando o não-pagamento pela devedora, cabendo à credora verificar se este foi tirado regularmente, identificando-se a pessoa que recebeu a intimação, formalidade sem a qual não há como se caracterizar a impontualidade necessária ao decreto de falência.

Assim, em face da melhor doutrina e jurisprudência dominante, temerária a pretensão da apelante.

Nego provimento à apelação, pedindo vênia aos ilustres Desembargadores Campos Oliveira e Aluízio Quintão.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO LIMINAR - REQUISITOS - INFORMAÇÕES - APRESENTAÇÃO POR PROCURADOR - VIABILIDADE - NECESSIDADE DO USO DA VIA JUDICIAL - INTERESSE PROCESSUAL CARACTERIZADO

- Se no momento da prolação da hipotética decisão liminar não mais existem condições fáticas sobre as quais poderia surtir efeito a sua concessão, resta o pedido prejudicado.

- É possível que as informações prestadas pela autoridade coatora sejam veiculadas no *mandamus* através de peça assinada somente pelo seu procurador, desde que este esteja munido de instrumento de mandato com poderes para o foro em geral, visto se tratar o mandato de instituto que permite a terceiro a prática eficaz de atos jurídicos em nome de outrem.

- Evidenciada nos autos a necessidade da parte de se utilizar da via judicial para resguardar eventual direito, resulta patente o seu interesse processual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 167.953/9 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Informações - Apresentação por procurador - Viabilidade - Necessidade do uso do processo - Interesse processual caracterizado. - Possível que as informações prestadas pela autoridade coatora sejam veiculadas no *mandamus* através de peça assinada somente por procurador, com mandato com poderes para o foro em geral, já que este instituto jurídico possibilita que terceiro pratique ato válido por outrem. - Evidenciado nos autos que a parte tem a necessidade de utilizar-se da via judicial para resguardar o seu direito, resulta evidente o seu interesse processual. 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 NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2000. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Cuida-se de recurso de apelação intentado contra sentença que extinguiu mandado de segurança, sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, o qual foi promovido pelo apelante contra o apelado.

As razões recursais das partes e o pronunciamento da Procuradoria-Geral de Justiça foram reportados, sucintamente, no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por estarem atendidos os requisitos de sua admissibilidade.

O recorrente pleiteou, expressamente, nas suas razões recursais (fls. 132-TJ), a apreciação do seu agravo retido de fls. 61/62-TJ, manejado contra a decisão de fls. 60-TJ, que declarou prejudicado o pleito, e a concessão de liminar, por já ter escoado a data fixada para realização da segunda etapa do concurso.

O agravante sustenta que a segunda etapa do certame, consistente numa entrevista do candidato, não seria realizada em uma única data para todos os participantes, o que, a seu ver, possibilitar-lhe-ia submeter-se a esta fase. Neste aspecto, assevera que a concessão da referida liminar não iria impor qualquer gravame ao agravado, pois o resultado desta entrevista estaria em suspenso até o desate deste *mandamus*.

À minha ótica, falece razão ao agravante, pois, quando proferido o decisório recorrido, a segunda etapa do concurso em apreço, realmente, já havia sido realizada, consoante deflui da informação prestada pelo agravado à fl. 95-TJ, narrando que esta havia sido efetivada no período de 22 de maio a 12 de junho de 1998. Assim, resta claro que, no momento da prolação da decisão em tela, não mais existiam condições fáticas sobre as quais poderia surtir efeito uma hipotética liminar, a demonstrar que, realmente, prejudicada estava a sua concessão, evidenciando o acerto da decisão fustigada.

Isto posto, nego provimento a este agravo retido.

Em preliminar do seu apelo, o recorrente pugna pelo desentranhamento das informações prestadas pela autoridade coatora, uma vez que não foram por ela assinadas, e sim por procurador, constituindo-se tal fato irregularidade passível de tornar sem efeito ditas informações, a exigir o desentranhamento das peças respectivas.

Não obstante doutas opiniões em contrário, perfilho posição liberal sobre o tema, considerando que as informações prestadas pela autoridade

coatora podem ser veiculadas no *mandamus*, através de petição assinada somente pelo procurador, desde que este tenha mandato para o foro em geral. Ora, o mandato é instituto jurídico que permite a terceiro a prática eficaz de atos jurídicos em nome de outrem. Logo, vislumbro inexistir razão jurídica válida para impedir que o procurador avie nos autos do *writ* as informações prestadas pela autoridade coatora, estando munido do competente instrumento de mandato. Portanto, rejeito a preliminar em epígrafe.

No mérito, o apelante assevera ser evidente o seu interesse processual, pois aviou este *mandamus* em tempo hábil a possibilitar a sua participação na segunda etapa do certame, a qual não se deu por não lhe haver sido concedida a liminar, já que, segundo informação da autoridade coatora, a referida etapa prolongou-se até a data de 12 de junho de 1998. Neste sentido, alegou que, por já estar *sub judice* a sua participação no referido concurso, com relação a ele insubsistente se mostra a realização da segunda etapa e a posterior homologação do seu resultado.

Razoável, a meu ver, se revela o inconformismo do apelante contra a sentença em apreço, porquanto, no momento em que ajuizou este *mandamus*, na data de 04 de junho de 1998, inconteste era o seu interesse processual no manejo do procedimento de tela em defesa do seu eventual direito em participar da segunda etapa do concurso, em razão de que esta só veio a terminar no dia 12 dos referidos mês e ano, conforme informado pelo apelado (fls. 95-TJ). Desta maneira, verifica-se que, na época da sua distribuição, este feito estava apto a resguardar o pleito do apelante, sendo que o fim do concurso no tramitar deste procedimento é questão outra que não interfere nas condições da ação.

A prova documental encartada no processado demonstra que o apelante foi impedido de participar da segunda etapa do concurso, bem como negado pelo apelado o pedido de reconsideração, a tanto, circunstâncias estas indicativas de que somente o uso do processo em epígrafe poderia auxiliar o impetrante, isto é, evidencia-se a sua necessidade de utilizar-se do mesmo. E somente com o pronunciamento judicial sobre a eventual existência do direito do apelante é que poderia contrapô-lo ao apelado, a evidenciar a utilidade do processo sob foco.

Portanto, vislumbro que o apelante se adequa àquela situação que, segundo ARRUDA ALVIM: "... nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)" (*Código de Processo Civil Comentado*, 1ª ed., v. I, p. 318). Isto é, patente o interesse processual do apelante neste mandado de segurança, o que habilita seja enfrentado o mérito da questão pela Juíza monocrática, em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Isto posto, dou provimento à apelação, à finalidade de cassar a sentença recorrida para que outra seja prolatada, adentrando-se o mérito da questão vertida na espécie processada.

Sem custas.

Participaram do julgamento os Desembargadores Isalino Lisbôa e Aloysio Nogueira.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

DESAPROPRIAÇÃO - PERITO OFICIAL - ASSISTENTE TÉCNICO - LAUDOS CONFLITANTES - JUROS COMPENSATÓRIOS - REDUÇÃO - MEDIDA PROVISÓRIA - INTELIGÊNCIA - BEM RENTÁVEL - PROVA - PRESCINDIBILIDADE - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO

- Somente o magistrado, ao qual é dirigida a prova coligida no processo, poderá definir o seu alcance e a sua validade, sendo razoável que, existindo divergências entre o laudo oficial, cujos elementos se mostram convincentes, e o do assistente técnico, o julgador acate o do perito por ele indicado, por ser de sua confiança pessoal, bem como por estar acima dos interesses controversos dos litigantes no feito, situação esta que não é vivenciada pelo assistente da parte, de quem não se exige imparcialidade na elaboração do seu trabalho.

- A percepção dos juros compensatórios pelo expropriado é direito que deflui diretamente do de propriedade e lhes são devidos pela simples perda do imóvel, a qual, *per se*, possui conteúdo econômico, prescindindo-se da prova de ser o bem rentável.

- A Medida Provisória nº 1.774-25, de 06/05/99, no seu art. 15-A, limita os juros compensatórios a 6% ao ano, e, tendo a mesma natureza de ordem pública e estando em vigor, os seus efeitos alcançam os processos em andamento, exigindo sua aplicação, mesmo de ofício, no sentido de reduzir os juros fixados em outro patamar.

- Em não prevalecendo o valor indenizatório indicado na inicial pelo expropriante, não se caracteriza a sucumbência recíproca, devendo o requerente responder integralmente pelos ônus sucumbenciais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 168.284-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUCAS SÁVIO GOMES

Ementa oficial: Desapropriação - Perícia - Assistente técnico - Laudos conflitantes - Juros compensatórios - Imóvel rentável - Prescindibilidade - Sucumbência recíproca - Não-caracterização. - Ao Magistrado dirige-se a prova coligida no processo a que possa erigir a sua convicção no deslinde do feito. Assim, cabe-lhe decidir sobre o alcance probatório do laudo pericial, do qual emerge conflito com aquele produzido por assistente técnico, resultando válida a sua decisão com base no trabalho do perito, por fornecer elementos que se lhe mostrem convincentes. - O direito do expropriado à percepção dos juros compensatórios prescinde de prova de ser o bem rentável, posto que a sua retirada do patrimônio da parte já tem conteúdo econômico. - Em não prevalecendo a indenização fixada na exordial da expropriante, não se caracteriza a sucumbência recíproca, devendo ela responder integralmente pela verba respectiva. Sentença reformada parcialmente em sede de reexame necessário. Recurso voluntário prejudicado.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 27 de abril de 2000. - *Lucas Sávio Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio Gomes - Trata-se de reexame necessário de sentença, como também de recurso voluntário aviado contra a mesma, que julgou procedente ação de desapropriação promovida pela COHAB - Companhia de Habitação de Minas Gerais contra expropriado desconhecido, representado por curador.

As razões recursais das partes e a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça foram explicitadas, sumariamente, no relatório de fls.

Conhece-se do processo em reexame necessário.

Conhece-se do recurso, por atender aos pressupostos de sua admissibilidade.

A recorrente sustenta que o perito não avaliou corretamente o imóvel expropriado, pois o considerou como área urbanizada, servido pela infra-estrutura da Av. Benedito Xavier, quando, na realidade, a gleba expropriada é terra nua, com a sua frente voltada para o Ribeirão do Onça e cercada por terrenos de particulares, logo não é alcançada pela referida avenida, consoante definido no laudo do assistente técnico. Por isso, entende que a gleba expropriada não pode ser considerada como área urbanizada e, conseqüentemente, não poderia ser avaliada pelos fatores de homogeneização pertinentes a estas, como o fez o perito, fato este que ocasionou a fixação de uma vultosa indenização, altamente danosa aos cofres públicos, o que, a seu ver, não pode ser admitido. Alega, mais, que o Juiz

singular deveria sopesar os aspectos técnicos vertidos nos laudos divergentes, o que não foi feito; assim, considera que não pode prevalecer a escolha pelo laudo oficial.

Após proceder ao exame do arcabouço probatório laborado no feito, consistente nos documentos apresentados com a inicial (fls. 08/14-TJ), do laudo do perito de fls. 34/53-TJ e do assistente técnico, às fls. 87/89-TJ, bem como os posteriores esclarecimentos dos mesmos efetivados às fls. 151/155-TJ, fls. 175/176-TJ, fls. 159/160-TJ e fl. 177-TJ, respectivamente; vislumbro que não se pode refugir do entendimento vertido na sentença hostilizada, porquanto se verifica dos elementos constantes no laudo oficial e das suas conclusões o rigor técnico necessário a embasar o convencimento do Magistrado *a quo*. A divergência havida no que tange à utilização, no método avaliativo do imóvel, de fator de homogeneização próprio de gleba urbanizada e não urbanizável, a meu sentir, restou esclarecida pelo perito em audiência (fls. 175/176-TJ), oportunidade em que demonstrou satisfatoriamente a facilidade de acesso do lote expropriado à infra-estrutura urbana existente na localidade, conferindo-lhe as características de imóvel urbanizado.

Ademais, ressai induvidosamente do processado que o bem expropriado é um lote urbano situado em localidade dotada de completa infra-estrutura e com fácil acesso a ela; assim, tenho por incoerente não tratar tal área como urbanizada. Neste sentido, é de ter-se por despiciendo o fato de inexistirem benfeitorias na gleba expropriada e não ser dotada de luz e água encanada.

Por outro lado, considero ser razoável que, existindo divergências entre os laudos do perito e do assistente técnico, o julgador monocrático acate o do perito por ele indicado, por ser de sua confiança pessoal, bem como por estar acima dos interesses controversos dos litigantes no feito, situação esta que não é vivenciada pelo assistente da parte, de quem não se exige imparcialidade na elaboração do seu trabalho. Portanto, como já explanado acima sobre a qualidade da perícia, considero que haverá de prevalecer a escolha do juiz singular constante na sentença fustigada, a tanto.

Ademais, é ressabido que a prova laborada no processo é dirigida ao magistrado, logo somente ele poderá definir o seu alcance e sua validade, o que reforça, a meu sentir, a escolha do Julgador *a quo* pela perícia em apreço. Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência pátria, consoante deflui do aresto que ora se transcreve:

"A perícia é elemento informador do Juiz. Mesmo possível a apresentação de laudos divergentes pelas partes, não deve o Juiz afastar-se das indicações do laudo oficial, suficientes para a formação do seu convencimento" (*RT*, 732/304-TA).

Outrossim, a recorrente aduz que são indevidos os juros compensatórios, porquanto não se provou no

feito que a área expropriada fosse utilizada economicamente.

Vez mais, a razão não se alinha aos argumentos da recorrente, pois a percepção dos juros compensatórios pelo expropriado é direito que deflui diretamente do de propriedade e lhes são devidos pela simples perda do bem, a qual, *per se*, possui conteúdo econômico. Por isso, o expropriado prescinde de provar que auferia rendas do seu imóvel. Tal entendimento parece-me mais consentâneo com os ditames do art. 5º, XXIV, da CF, além de encontrar ressonância neste Tribunal, conforme aresto que ora é transcrito:

"Os juros compensatórios são devidos desde a imissão provisória na posse, em nada interessando, para este fim, o fato de o imóvel expropriado estar, ou não, produzindo alguma renda" (*RT*, 748/364).

No que concerne aos juros compensatórios, necessário fixar que a ainda em vigor Medida Provisória nº 1.774-25, de 06/05/99, no seu art. 15-A, limita os aludidos juros no patamar de 6% a.a., portanto, ante a natureza de ordem pública da referenciada norma, os seus efeitos alcançam os processos em andamento, a exigir a sua aplicação, mesmo que de ofício, na espécie vertente, no sentido de serem reduzidos os juros em apreço.

Por fim, a recorrente pugna pela alteração do ônus sucumbencial, por entender ter havido sucumbência recíproca.

À minha ótica, não houve sucumbência recíproca no feito, já que a apelante sucumbiu integralmente na sua pretensão de indenizar o expropriado apenas nos valores indicados na inicial, razão pela qual responderá pela totalidade da verba fixada na sentença, a tanto. A redução dos juros compensatórios, além de ter ocorrido de ofício, representa sucumbência mínima do recorrido, não importando em alteração dessa verba, a teor do parágrafo único do art. 21 do CPC.

Isto posto, em sede de reexame necessário, reformo parcialmente a sentença para, tão-somente, reduzir os juros compensatórios em 6% a.a. Permanecem inalterados os dispositivos sentenciais restantes.

Prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pela recorrente.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA PARCIALMENTE.

-:::-

IMPOSTO - CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - MERCADORIA DADA EM BONIFICAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL

- Estabelecendo a Constituição Federal/88, art. 155, II, a tributação sobre circulação de mercadorias, subentendendo-se a ocorrência de operação mercantil, a mercadoria dada em bonificação não altera o preço da operação, eis que não orienta a base tributária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 168.290-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

Ementa oficial: Ação anulatória de autos de infração - Incidência de ICMS - Mercadorias dadas em bonificação - Inocorrência de operação mercantil. - Estabelecendo a CF, art. 155, II, a tributação sobre circulação de mercadorias, subentendendo-se a ocorrência de operação mercantil, a mercadoria dada em bonificação não altera o preço da operação, pelo que não orienta a base tributária.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 25 de maio de 2000. - *Corrêa de Marins* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Dra. Ilma Corrêa.

O Sr. Des. Corrêa de Marins (convocado) - Submete o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Fazenda da Comarca de Belo Horizonte a este colendo Tribunal, por força do duplo grau de jurisdição, a decisão que proferiu em ação ordinária anulatória de autos de infração aforada pela apelada, em que julgou procedente o pedido.

A ação foi proposta, tendo em vista constituição de crédito fiscal decorrente de operação de remessa de mercadorias a título de bonificação, sem o pagamento do imposto, devido segundo entendimento do Fisco estadual.

Entendeu o douto Magistrado oficiante que, segundo a regra do art. 155, II, da Constituição da República, o tributo é devido sobre "*operações relativas à circulação de mercadorias...*", ou seja, das operações que têm mercadorias por objeto, inferindo-se que a incidência é sobre atos jurídicos mercantis.

Não prevendo a regra constitucional a tributação de mercadorias, a base de cálculo deve ser uma medida de operação mercantil realizada, o que exclui o valor intrínseco dos produtos entregues a título de bonificação.

A meu sentir, a conclusão sentencial bem aplicou a regra da lei, eis que, se se incluírem na base de cálculo elementos estranhos à operação mercantil realizada, dentre eles o valor intrínseco dos bens entregues à guisa de bonificação, tal fato vulnera a regra constitucional por alterar o perfil do tributo, que incide sobre mercadorias vendidas, que, inclusive, geram créditos.

Eventuais vantagens obtidas pelo comprador, decorrentes de bonificações, não integram a base de cálculo do tributo, por não configurarem uma operação mercantil, que é o que orienta a incidência tributária.

Nesta conformidade, em reexame necessário, mantenho a sentença.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

ENSINO - IDADE - DEFASAGEM - IGUALDADE DE ACESSO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 206, I, E 208, I, DA CF/88 - ESTUDOS DE ENSINO MÉDIO - PROJETO BÁSICO DE ACELERAÇÃO - MATRÍCULA - RESTRIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- O art. 206, I, da CF/88, garante a igualdade de acesso ao ensino, sendo que este acesso, a teor do art. 208, I, da mesma Constituição, é direito garantido àqueles que não estudaram em idade própria.

- É inadmissível que a implantação de projetos que têm como objetivo básico a aceleração de estudos do ensino médio venha a proceder exatamente em sentido contrário, prejudicando a efetivação de matrícula de alunos que não se enquadrem dentro de suas determinações.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 169.467-8/00 - Comarca de Arinos - Relator: Des. JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Direito líquido e certo de matrícula em estabelecimento de ensino - Sentença mantida. - É garantido o ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I, CF/88).

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, 23 de maio de 2000. - *José Brandão de Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Brandão de Resende - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Manoel da Silva Filho e sua mulher, Layla Dayeene Regis Pereira Silva, contra a Delegada de Ensino da 17ª Superintendência Regional de Ensino de Januária - Sra. Maria José Lacerda Botelho Jorge -, que, através da Resolução nº 9.434/98, restringiu sua matrícula em estabelecimento de ensino médio (E.E. Antônio Esteves dos Anjos).

Alegam os impetrantes que tal resolução fere o art. 3º, IV; art. 5º, *caput*, II; e art. 7º, XXX, todos da CF/88.

Juntaram os documentos de fls. 06/11-TJ.

Foi deferida a liminar pleiteada (fls. 12-TJ), determinando a matrícula dos impetrantes no referido estabelecimento de ensino.

Nas informações que presta (fls.17/19-TJ), alega a Delegada que a Resolução nº 9.434/98 não é de sua autoria, mas, sim, da Secretaria de Estado da Educação. Faz considerações acerca das estatísticas nacionais de pessoas matriculadas nas escolas, explica que os chamados "programas especiais" de aceleração do processo de escolarização ("Acertando o passo" e "A caminho da cidadania") não visam discriminar ou impedir o ingresso de alunos às escolas, mas, sim, atrair os que apresentem defasagem de idade/ano de escolaridade. Alega que tais programas estão sendo implantados gradativamente e que, tendo em vista o grande número de alunos com atraso no processo de escolarização, a Secretaria precisou estabelecer critérios e condições para o seu desenvolvimento.

Juntou os documentos de fls. 21-TJ.

Os impetrantes juntaram os documentos de fls. 25/27-TJ.

O Ministério Público de primeira instância opinou pela concessão da ordem.

O MM. Juiz, em sua sentença, confirmou a liminar concedida, tornando-a definitiva, "assegurando aos impetrantes a freqüência regular nas séries matriculadas" (fls. 34/38-TJ).

A douta Procuradoria de Justiça, em seu parecer, manifestou-se pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso, no reexame necessário.

Consta dos autos que os apelados, Manuel da Silva Filho e sua esposa, Layla Dayeene Regis Pereira Silva, impetraram mandado de segurança contra a Delegada de Ensino da 17ª Superintendência Regional de Ensino de Januária, para que pudessem exercer o seu direito líquido e certo de se matricularem em instituição estadual de ensino de nível médio, da qual foram impedidos pela Resolução nº 9.434/98, proveniente da Secretaria de Estado da Educação.

Conforme muito bem analisado na r. sentença de primeiro grau, a igualdade de acesso ao ensino é garantida pelo art. 206, I, da CF/88, sendo que este acesso é direito garantido àqueles que não estudaram em idade própria (art. 208, I, CF/88).

Bem lembrado também o fato de que, se, à época da impetração (17/07/1998), os apelados não tinham direito de matrícula no Ensino Médio Regular, por ter a Resolução nº 9.434/98 vinculado tal matrícula à implantação gradativa do projeto "A caminho da cidadania", à época da sentença (31/05/1999), em função desta mesma resolução, já é garantido aquele seu direito, conforme disposto no art. 6º, II, *a*.

Lado outro, não se pode admitir que a implantação de projetos que têm como objetivo básico a aceleração de estudos do ensino médio venha a proceder exatamente em sentido contrário, prejudicando a efetivação de matrícula de alunos que não se enquadrem dentro de suas determinações.

Isto tudo posto e analisado, em reexame necessário, mantenho inalterada a r. sentença de primeiro grau.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - SERVIDOR FALECIDO - FIXAÇÃO - IPSM - ENTIDADE AUTÁRQUICA - ART. 40, § 5º, DA CF/88 - EFICÁCIA *SELF-EXECUTING*

- Se a *Lex Major*, em seu art. 40, §§ 3º e 7º, estabelece que a pensão por morte deve igualar-se à totalidade dos proventos do servidor falecido, vedado é fixá-la em nível inferior ao constitucionalmente assegurado. *Per altera facie*, segundo o entendimento do Sumo Pretório, o art. 40, § 5º, da vigente Lei Fundamental da República, tem eficácia *self-executing*, isto é, não depende de regulamentação, sendo, pois, auto-aplicável.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 170.600-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Pensão previdenciária - Servidor falecido - Sua fixação - IPSM - Entidade autárquica - Art. 40, § 5º, da CF/88 - Sua eficácia *self-executing*. - Se a *Lex Major*, em seu art. 40, §§ 3º e 7º, estabelece que a pensão por morte deve igualar-se à totalidade dos proventos do servidor falecido, vedado é fixá-la em nível inferior ao constitucionalmente assegurado. *Per altera facie*, segundo o entendimento do Sumo Pretório, o art. 40, § 5º, da vigente Lei Fundamental da República, tem eficácia *self-executing*, isto é, não depende de regulamentação, sendo, pois, auto-aplicável.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 04 de maio de 2000. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - A apelada ajuizou ação ordinária revisional de pensão contra o Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - IPSM -, entidade autárquica, pleiteando, inclusive, parcelas atrasadas e corrigidas, a partir da citação, com o objetivo de nivelar a pensão aos valores dos vencimentos auferidos pelo segurado e correspondentes servidores da ativa (fls. 02/07-TJ).

Foi requerida assistência judiciária, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Citada, a autarquia-ré argüiu a incompetência do Juízo da Comarca de Muzambinho, ao argumento de não ter agências e/ou sucursais no interior e sua sede e foro ser a Capital do Estado, conforme dispõe a Lei Complementar nº 38/95, em seu art. 65, c/c o art. 100 do CPC. Pede a remessa dos autos ao foro e Juízo competentes (fls. 29/30-TJ).

O Juiz acolheu a argüição do IPSM e declinou da competência para uma das Varas da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte (fl. 43-TJ).

Distribuídos os autos à 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, foi proferida sentença, com a seguinte conclusão: "... julgo procedente o pedido inicial, para determinar que o IPSM - Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - ajuste a pensão da autora Maria Miranda Costa aos mesmos valores dos proventos do segurado falecido, que deve corresponder aos níveis dos servidores da ativa, conforme se apurar em execução, e ao pagamento dos atrasados, observada a prescrição qüinqüenal, acrescidos de juros de mora de 0,5% (meio por cento) a partir da citação e correção monetária a partir do vencimento de cada parcela" (fls. 55/60-TJ, decisão da lavra do dinâmico Magistrado Dr. Antônio Sérvulo dos Santos).

Não houve recurso de qualquer das partes, estando a r. sentença sujeita a reexame necessário, pois sucumbente uma autarquia estadual.

Nesta instância, o Ministério Público de segundo grau, em r. parecer elaborado pelo ínclito Procurador de Justiça Dr. Jacson Campomizzi, recomenda a confirmação da sentença (fls. 68/71-TJ).

É, em síntese, o relatório.

Conheço da remessa oficial, eis que presentes os seus pressupostos.

Enfatize-se que o envio dos autos a esta egrégia Corte se deu em cumprimento ao disposto no art. 475, II, do *Civile Adjectio Codex*, c/c o art. 10 da Lei nº 9.469, de 10/07/97, que estende às autarquias e fundações públicas a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição.

Pugna a apelada pela revisão da pensão, devida em decorrência do falecimento de seu marido, objetivando igualá-la ao nível dos proventos por ele auferidos.

A equiparação do valor auferido a título de pensão por morte foi determinada pela *Lex Major*, em seu art. 40, §§ 4º e 5º, antes das alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 20. Depois de editada esta, passou ela a ser regulamentada pelos §§ 3º e 7º do art. 40, *in verbis*:

"Art. 40. (...)

§§ 1º e 2º. *Omissis*.

§ 3º. Os proventos da aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, *na forma da lei*, corresponderão à totalidade da remuneração (EC nº 20, de 15/12/98).

§§ 4º, 5º, 6º. *Omissis*.

§ 7º. Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º (EC nº 20, de 15/12/98)".

Constata-se, pois, que a nivelação do valor da pensão ao dos proventos que o servidor receberia, se estivesse em atividade, está assegurada constitucionalmente.

A Lei Magna prevê o benefício da pensão, ou seja, este é dela originário. Embora o seu art. 195 imponha que "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total", *inexigível* é sua observância, se aquele benefício foi instituído por ela, ou seja, pela própria Lei Magna.

À colação, coadunável mostra jurisprudencial:

"Ementa: Pensão - Valor correspondente à totalidade dos vencimentos do servidor falecido - Auto-aplicabilidade do art. 40, § 5°, da Constituição Federal. - Esta Corte, desde o julgamento dos Mandados de Injunção n°s. 211 e 263, firmou o entendimento de que o § 5° do art. 40 da Constituição Federal é auto-aplicável, sendo que a lei nele referida não pode ser outra senão aquela que fixa o limite de remuneração dos servidores em geral, na forma do art. 37, XI, da Carta Magna" (STF - RE n° 210.573-RS, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 28/11/97).

Em suma, por estabelecer a norma constitucional que a pensão corresponderá à totalidade dos proventos do servidor falecido, não se pode fixá-la em nível que esteja abaixo daquela totalidade.

À luz do exposto, hei por bem, em reexame necessário, confirmar a r. sentença objurgada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

UNIÃO ESTÁVEL - PATRIMÔNIO COMUM - INEXISTÊNCIA - ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - INOCORRÊNCIA - RESSARCIMENTO INDEVIDO - CONCUBINATO IMPURO - POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS

- O concubinato impuro não exclui, por si só, a possibilidade de um dos conviventes vir a ser indenizado pelo outro, em decorrência de serviços prestados.

- Se, durante a união estável, ambos os companheiros trabalharam em proveito da manutenção do lar e da própria subsistência, inexistindo constituição patrimonial conjunta, sequer enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra pelos serviços prestados, não há dever de ressarcimento, pois ausente o fundamento da indenização, que é a existência de prejuízo.

APELAÇÃO CÍVEL N° 171.313-0/00 - Comarca de Conceição das Alagoas - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Direito de família - União estável - Serviços prestados - Inexistência de patrimônio comum - Inexistência de enriquecimento sem causa - Inexistência de prejuízo - Indenização indevida. - Na união estável, quando ambos os companheiros trabalharam em proveito da manutenção do lar e da própria subsistência, inexistindo constituição patrimonial conjunta, sequer enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra pelos serviços prestados, não há dever de ressarcimento, porque inexistente o fundamento da indenização que é a existência de prejuízo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 27 de abril de 2000. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelação cível interposta por M.S.F. contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Conceição das Alagoas, que, em ação de indenização, julgou improcedente o pedido.

Argúi a apelante que, em razão da união estável mantida por mais de dez anos com S.S.B., ora apelado, faz jus à indenização pelos serviços prestados, nos termos do pedido expresso na peça preambular.

A questão controvertida cinge-se à exigibilidade ou não de indenização pelos serviços prestados pela companheira durante a união estável com o seu companheiro.

Cumpre-nos, *a priori*, estabelecer os conceitos de união estável, que pode ser exercida pelo homem casado, desde que separado de fato, e de concubinato impuro, quando, mesmo casado, o homem mantém relacionamento contínuo e duradouro com terceira.

Do contexto probatório dos autos, extrai-se que a requerente, ora apelante, efetivamente manteve com S.S.B. relacionamento em torno de dez anos, e, não obstante, o apelado jamais esteve separado de fato de sua esposa, caracterizando-se, pois, o concubinato impuro.

Debateram-se as partes quanto à configuração ou não do concubinato impuro. *Data venia*, entendemos que a questão de se constituir a relação em união estável ou concubinato impuro não é o ponto determinante da existência do dever de indenização por serviços prestados.

O concubinato impuro não exclui, por si só, a possibilidade de indenização de um dos conviventes ao outro. Assim, a análise do dever de indenização deve cingir-se inexoravelmente à existência de prejuízo sofrido por um deles em favor do enriquecimento sem causa do outro.

A fim de ilidir quaisquer argumentos quanto à exigibilidade de indenização pelos serviços prestados, pelo

simples fato de se cuidar de união estável, demonstrar-se-á que, mesmo que se tratasse de união estável, e não de concubinato impuro, *in casu*, o resultado seria o mesmo: a inexistência do dever de indenização.

A indenização pelos serviços prestados por um companheiro ao outro requer a ocorrência, entre outros fatores, de enriquecimento de apenas um deles em detrimento do esforço do outro, mediante serviços prestados, o que enseja a exigibilidade de ressarcimento.

Ocorre que a situação posta sob análise não preenche os requisitos exigidos à indenização, haja vista que não houve enriquecimento de uma das partes com o auxílio dos serviços prestados pela outra, e este é o fundamento do ressarcimento.

Cabe indenização, a fim de se lograr o devido ressarcimento pelos prejuízos causados, quando há o enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra.

Não havendo o favorecimento financeiro de um companheiro em relação ao outro, não há de se falar em indenização, visto que não há o que se ressarcir, na medida em que não há prejuízo.

Ora, se não houve constituição patrimonial pelo esforço de ambos os companheiros, infere-se que todos os serviços desenvolvidos pelo homem e pela mulher, seja dentro ou fora do âmbito doméstico, resultaram em proveito da manutenção da residência e da subsistência dos concubinos, ou seja, com a contribuição de ambos. Logo, não houve enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra pelos serviços prestados ou com o seu auxílio e conseqüente prejuízo. Inexistente o fundamento da indenização, improcedente o pedido da autora-apelante.

Esse o entendimento que se coaduna com a determinação constitucional contida no § 3° do artigo 226 da Carta Magna, segundo o qual *"é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar"*.

Ainda, consoante a prescrição da norma supracitada, a união estável é considerada entidade familiar, possuindo a companheira os mesmos direitos que a mulher casada, jamais direitos que esta não possui; e, não tendo a mulher casada direito à indenização por serviços prestados, a companheira também não o tem. Mas tudo isso, cumpre ressaltar, em razão da inexistência de prejuízo de um companheiro em relação ao outro, fundamento imprescindível à indenização.

Assim, se durante determinada união estável ambos os companheiros trabalharam em proveito da manutenção do lar e da própria subsistência, inexistindo constituição patrimonial conjunta, sequer enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra pelos serviços prestados, não há dever de ressarcimento, pois inexistente o fundamento da indenização, qual seja, a existência de prejuízo. Caso contrário, ou seja, se se atendesse à pretensão

da requerente, aí sim, estaríamos diante de iníquo enriquecimento sem causa.

Esta a doutrina que corrobora nossa fundamentação:

"Trata-se de indenização referente à prestação de serviços de natureza diversa, em geral domésticos, de uma parte à outra, com vistas a ressarcir a dedicação à atividade laborativa, que tenha conduzido uma das partes a um enriquecimento em detrimento da outra.

A indenização por serviços prestados pelos concubinos estriba-se no princípio geral da eqüidade e tem por fundamento impedir eventual enriquecimento sem causa de uma das partes em relação à outra com quem tenha vivido em concubinato.

(...)

O fulcro da indenização, efetivamente, é evitar o enriquecimento sem causa (...).

O que atribui aos concubinos o direito à indenização, em primeiro lugar, é a constância do auxílio prestado por qualquer das partes no curso da união concubinária, de sorte que, em algumas situações, pode haver concubinato do qual não decorra direito indenizatório algum, por ausência de efetiva colaboração como circunstância decisiva no enriquecimento de uma das partes em relação a outra" (CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA *in Efeitos Patrimoniais do Concubinato*, São Paulo, Editora Saraiva, 1997, p. 121 e 125).

"De nossa parte, fiel à crítica doutrinária antes reproduzida, contrária à liberalidade da jurisprudência pretoriana, e sempre no pressuposto de que a concubina não poderá ser aquinhoada com maiores direitos do que aqueles reconhecidos para a esposa legítima, optamos pelo entendimento jurisprudencial mais cauteloso, que preserva a integridade da família, ao denegar a pretensão indenizatória da concubina pela simples prestação de serviços domésticos, no pressuposto de que a retribuição já teria ocorrido contemporaneamente ao concubinato; quando não tiver existido, da parte da companheira, contribuição alguma para a constituição do patrimônio comum; quando não há prova do enriquecimento à custa do trabalho alheio (...)" (Yussef Said Cahali *apud* CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA *in Efeitos Patrimoniais do Concubinato*, São Paulo, Editora Saraiva, 1997, p. 127).

"A razão desse direito funda-se na inadmissibilidade de enriquecimento ilícito (...)" (Maria Helena Diniz *apud* CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA *in Efeitos Patrimoniais do Concubinato*, São Paulo, Editora Saraiva, 1997, p. 130).

Eis a jurisprudência que se coaduna com tal entendimento:

"(...) a concessão de uma indenização por serviços domésticos prestados, prática de longa data consagrada

pela jurisprudência, não se afeiçoa à nova realidade constitucional, que reconhece 'a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar' (art. 226, § 3°, da Constituição)" (STJ - Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - REsp n° 183.718-SP - *DJ*, 18/12/1998, p. 367).

Assim, se não houve enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra pelos serviços prestados, indevido o ressarcimento, visto que não há prejuízo a se reparar, restando improcedente o pleito de indenização.

Diante de tais considerações, nego provimento à apelação, a fim de confirmar sentença por esses e seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS - OPORTUNIDADE PARA OPOSIÇÃO - ART. 744 DO CPC - INTELIGÊNCIA - POSSE PRECÁRIA - RECONHECIMENTO ANTERIOR - EFEITOS - CONDIÇÕES DA AÇÃO - PRECLUSÃO - INOCORRÊNCIA

- Tratando-se de condições da ação, não há que se falar em preclusão, e, uma vez suscitada a questão, cabe ao juiz enfrentá-la, necessariamente, ainda que de ofício.

- A distinção entre sentença executiva e sentença que demanda instauração de processo de execução não tem o condão de estorvar o uso dos embargos de retenção, sendo lógico que a simples providência da emissão, quer nos interditos, quer na reivindicatória, já se acoberta na previsão dos embargos a que se refere o art. 744 do CPC.

- É princípio de processualística que os motivos sobre os quais se alicerça a sentença até fazem coisa julgada quando também dispõem. Sendo o pronunciamento da posse precária dos ocupantes em decisões anteriores fundamento, cuja abstração torna o julgamento outro, faz ele parte do dispositivo da sentença que deve ser considerada, visto que indiscutível pelos efeitos da coisa julgada.

- O simples detentor ou possuidor de posse precária não faz jus à retenção e/ou indenização por acréscimos ao imóvel que nessa condição ocupa.

APELAÇÃO CÍVEL N° 171.328-8/00 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Embargos de retenção por benfeitorias - Momento de oposição - Direito restrito ao possuidor, não atribuível a simples detentor ou possuidor a título precário. - O uso dos embargos de retenção não está condicionado à previsão expressa na sentença ditada em ação petitória, podendo ser aviventados só pela iminência da imissão no imóvel vindicado. - O simples detentor, ou possuidor de posse precária, não faz jus à indenização por acréscimos ao imóvel que nessa condição ocupa. - Sentença que se reforma em grau de revisão obrigatória.

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, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2000. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Em primeiro lugar, conquanto silente a r. decisão a respeito, a espécie se acha sob o crivo da revisão obrigatória, vencido o Estado de Minas Gerais.

Os apelados foram vencidos na ação reivindicatória que lhes moveu a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, historiada no Apenso 3/4. E, tão logo os autos retornaram ao douto Juízo de origem, intentaram os presentes embargos de retenção, visando à indenização pelas benfeitorias que afirmam ter realizado no imóvel vindicado, descritas no item 2° da petição inicial, a saber: "acréscimo de dois cômodos de alvenaria na casa de morada, com aproximadamente 12,00 m_ cada" e "um rancho de madeira coberto de telha brasilite", conforme fls. 03-TJ.

Foram julgados procedentes os embargos para deferir aos embargantes indenização nos termos do laudo de fls. 44/47-TJ. Reage o Estado de Minas Gerais, alegando nas suas razões: que os embargantes são carecedores da ação porque não agitaram a questão na sede petitória, e na sentença lá proferida não lhes foi reconhecido o direito de retenção; que, ademais, neste Tribunal tanto quanto no douto Colegiado de Alçada, aos autores nunca lhes foi reconhecida a qualidade de possuidores, mas, ao contrário, a de meros detentores - que, por isso, se afastam da previsão do art. 516 do Código Civil.

Pondera o douto Sentenciante que o Estado inovou à undécima hora, para, às vésperas da sentença, alegar carência de ação, matéria não suscitada na impugnação dos embargos. Todavia, é de preceito antigo que, em se tratando de condições da ação, não ocorre preclusão, e, assim, uma vez suscitada a questão, cabia ao MM. Juiz

enfrentá-la, necessariamente, inda que de ofício. Sua Excelência, com efeito, rejeitou a alegação com a lembrança do art. 744 do CPC, no que decidiu corretamente. De fato, a *ratio* da norma citada aponta objetivamente para uma oportunidade processual de embargar com viso na indenização de que cogita, sem se prender, restritamente, na sede específica da execução de sentença - assim entendida como fase que tende a cumprir, materialmente, a decisão constitutiva. Assim, a distinção que faz o Estado de Minas Gerais entre sentença executiva e sentença que demanda instauração de processo de execução não me parece capaz de estorvar o uso dos embargos de retenção, sendo lógico que a simples providência da imissão, quer nos interditos, quer na reivindicatória, já se acoberta na previsão dos embargos a que se refere o art. 744. Tanto mais que o respectivo § 3° até acena a hipótese de imediata imissão na posse da *res* sob caução ou depósito do *pretium*.

Aliás, na jurisprudência atual arrolam-se julgados que consideram prematura a realização de prova de benfeitorias na fase cognitiva, *v. g. in* Ag. n° 7.144-RS, relatado pelo ilustre Min. Barros Monteiro, *apud CPC Anotado*, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, nota ao art. 744. De todo modo, se o direito de retenção tem índole indenizatória, quero crer que a sua oposição como exceção de direito material caberá em qualquer oportunidade, enquanto não operada a prescrição, parecendo impróprio que esse exercício seja controlado à luz da preclusão, que é tema de direito adjetivo.

Todavia, quero crer que a r. decisão de origem não deve prosperar.

Já de início anoto que os embargos situaram, restritamente, "dois cômodos de alvenaria e um rancho de madeira" - como já dito no intróito. No entanto, surgem no laudo de fls. 44/47-TJ, e a esse laudo se reporta a sentença, acessões outras, e até plantações, só por isso instituindo avanço além do pedido.

Mas nem é esse o ponto capital da demanda, a meu ver. Há um pormenor, abordado, aliás, pelo apelante, do que se descurou o douto Julgador. Veja-se que a r. decisão, para acolher o pedido, considera somente: a) que o art. 744 do CPC permite o manejo dos embargos; b) que os autores fizeram acessões no imóvel; c) que ditas acessões têm um valor, apurado em prova pericial. É pouco, *data venia*, sobre ser um trinômio que, de modo simplista, enuncia um efeito sem explicitar a causa.

Ora, retorne-se à r. decisão monocrática proferida na ação reivindicatória (fls. 128/134-TJ do Apenso 03/04-TJ) e ao v. acórdão lavrado por este Tribunal às fls. 163/168-TJ dos mesmos autos. E mesmo ao v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Alçada no interdito recuperatório versado no Apenso 01/04-TJ. Esses julgados proclamam e enaltecem um fato de capital importância: os autores se adentraram e permaneceram no imóvel de que cuidam os pleitos especificamente por conta de uma relação *ex labore* - circunstância que traduz posse precária e

lhes retira a qualidade específica de possuidores, na acepção própria do termo segundo a principiologia do Direito das Coisas. E só a possuidor se confere o direito previsto nos arts. 516 e 517 do mesmo Código, jamais ao mero detentor *in alieno nomine*. Nesse passo é importante realçar um aspecto especialmente importante da espécie. Nas decisões colegiadas acima referidas, ficou definitivamente assentado que os réus não tiveram posse oponível, mas simples detenção. Esse enunciado, sem dúvida, surge na espécie presente recendendo a coisa julgada, se vista a disposição do art. 469 do CPC.

De fato, é princípio de processualística que os motivos sobre os quais se alicerça a sentença até fazem coisa julgada, quando também dispõem. E está muito claro que os acórdãos em apreço não se limitaram a dispor que os ocupantes do imóvel não faziam jus aos interditos, e que procedia a reivindicação solicitada pelo *dominus* - mas, mais que isso, que a posse dos ocupantes era precária.

Portanto, é elementar, ao que me parece.

O pronunciamento da posse precária dos ocupantes não é, naqueles julgados, somente causa de negar-lhes uso dos interditos; nem, tampouco, apenas motivo de acatar a vindicação. Aquele pronunciamento é também disposição, como parte indissociável do que neles vem como disposição apenas literal. Destarte, o que naqueles julgados está por razão, ou motivo, é parte mesmo da própria disposição, e dela parte natural, caracterizando a circunstância muito bem anotada pelo douto HUMBERTO THEODORO JÚNIOR *in Curso de Direito Processual*, v. I, p. 580, 513, 4ª ed., Forense:

"Convém advertir, contudo, que, se o fundamento é tão precípuo que, abstraindo-se dele, o julgamento será outro, faz ele praticamente parte do dispositivo da sentença".

Se o fato jurídico básico - no caso a posse precária - for a razão da sentença, estabelece-se a situação em que o motivo se erige em decisão, ou disposição, como se lê *in Julgados do TJRS*, v. 39, p. 206:

"Embora os princípios preponderantes neguem força de coisa julgada material aos motivos do *decisum*, estes estão, às vezes, dispondo, e são *decisum*. Se a conclusão de julgar a ação 50% procedente se baseia na culpa concorrente, esta é motivo e ao mesmo tempo conclusão, que poderá fazer coisa julgada".

Portanto, já houve pronunciamento anterior acerca da qualidade da posse do casal apelado, e nesse pronunciamento ficou assentada a precariedade dessa posse, algo nesta altura indiscutível. Sendo assim, as acessões por eles levantadas no imóvel vindicado não são indenizáveis.

Em suma, os autores não têm a ação de retenção, e com essa conclusão

reformo a r. sentença no duplo grau de jurisdição, prejudicado o recurso voluntário. Ficam invertidos os ônus da sucumbência, dos quais se dispensam os vencidos, amparados pela gratuidade já na decisão singular ditada na própria reivindicatória.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

BANCO - LEI MUNICIPAL IMPONDO LIMITE MÁXIMO DE TEMPO PARA ATENDIMENTO AOS CLIENTES - INTERESSE LOCAL NÃO CARACTERIZADO - FUNCIONAMENTO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA - COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR - PRINCÍPIO DA ISONOMIA DE TRATAMENTO - VIOLAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM

- É da União a competência para legislar sobre o funcionamento de instituição bancária, agindo com abuso de poder o município que edita lei impondo limite máximo de tempo ao atendimento aos clientes. Em que pese à previsão do art. 30, I, da Constituição Federal, não pode o interesse local, ainda que existente, suplantar o interesse do Estado, violando o princípio da isonomia de tratamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 171.405-4/00 - Comarca de Betim - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Instituição financeira - Lei municipal que impõe limite máximo de tempo de atendimento aos clientes - Interesse local não caracterizado - Competência federal para regular o funcionamento - Violação ao princípio da isonomia - Recurso provido para conceder a segurança. - É da União a competência para legislar sobre o funcionamento de instituição bancária, agindo com abuso de poder o município que edita lei impondo limite máximo de tempo ao atendimento aos clientes. Em que pese à previsão do art. 30, I, da Constituição Federal, não pode o interesse local, ainda que existente, suplantar o interesse do Estado, violando o princípio da isonomia de tratamento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e

das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2000. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra ato do Prefeito Municipal de Betim consistente na sanção e promulgação da Lei Municipal nº 3.127/98, que tem como objetivo normatizar o atendimento ao público no âmbito das agências bancárias situadas no município, prevendo o atendimento ao cliente no tempo de 15 minutos nos dias normais e de 30 minutos na véspera ou após feriados prolongados.

A r. sentença de fls. 64/71-TJ denegou a segurança.

Irresignado, apelou o impetrante, alegando que a Lei Municipal nº 3.127/98 viola o princípio da igualdade de tratamento e ofende normas estabelecidas pelo BACEN. Alega que o ato foi praticado com abuso de poder e que a competência para legislar sobre a matéria é da União, transcrevendo Súmulas do STJ e STF e sustentando que a lei impugnada conflita com a orientação jurisprudencial.

Em contra-razões, o apelado defende o acerto da r. decisão.

O ilustre representante do MP de primeiro grau opinou pelo improvimento do recurso, sendo no mesmo sentido o parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça.

O recurso foi regularmente processado.

Impõe-se, *data venia*, o acolhimento ao recurso.

O art. 30, inciso I, da Constituição Federal, atribui aos municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local, expressão esta bastante vaga, ampla e imprecisa, mas que com certeza diz respeito aos assuntos que afetam a vida da cidade e o bem-estar das pessoas que nela habitam.

Assim, entendo que o melhor critério para aferição do que seja assunto de interesse local e legitimar o município em matéria de competência é o da predominância do interesse local em relação ao das entidades estatais, União e Estado.

No entender da Prefeitura Municipal de Betim, a fixação de tempo de atendimento dos usuários nas agências bancárias visando reduzir a espera dos clientes nas filas objetiva dar maior conforto aos usuários dos referidos estabelecimentos.

Entretanto, sabendo-se que a competência para regular o funcionamento e fiscalização das instituições financeiras é federal, não pode o município suplementar legislação que é de competência privativa da União (art. 22 da CF), competência que deve ser

exercida pelo Congresso Nacional, como prevê a Carta Magna em seu art. 48, e que depende de edição de lei complementar (art. 192, *caput* e inciso IV).

Infere-se, pois, que a matéria que a Lei Municipal pretendeu disciplinar é privativa da União Federal, constituindo a sua edição indevida invasão de Poderes.

Nota-se que dentre as competências deferidas pela Constituição Federal aos municípios, na forma do art. 30, ali não está elencada a outorga para legislar sobre normas de funcionamento bancário.

O Município extrapolou a sua competência ao editar e promulgar a Lei Municipal nº 3.127/98.

Ainda que de forma supletiva, a imposição de limite máximo de tempo para atendimento aos clientes de instituição bancária atinge o direito líquido e certo do impetrante.

Diante do exposto, dou provimento à apelação para reformar a decisão recorrida.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA - CONVÊNIO - IMPOSSIBILIDADE

- A isenção tributária se concede apenas por lei, não valendo aquela reconhecida por convênio aprovado por resoluções da Assembléia e da Câmara Municipal, isentando o Município de Belo Horizonte do pagamento dos tributos municipais.

- V.v.: - Se o convênio foi firmado dentro da legalidade e da legitimidade, visando ao interesse público, uma prestação de serviço essencial que é direito do cidadão e dever do Estado, tendo o ato se revestido de todas as formalidades legais, inclusive recebendo a aprovação da Assembléia Legislativa e Câmara dos Vereadores através de resoluções, ainda que não sujeito ao critério de prévia autorização legislativa, critério da legalidade formal, deve ser considerado válido, em razão de sua natureza e da legitimidade de sua formalização. (*Des. José Francisco Bueno)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 171.718-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CAMPOS OLIVEIRA

Ementa oficial: Tributário - Isenção - Convênio - Impossibilidade. - A isenção tributária se concede apenas por lei, não valendo aquela reconhecida por convênio aprovado por resoluções da Câmara Municipal e da Assembléia, isentando o Município de Belo Horizonte do pagamento dos tributos municipais. Embargos procedentes. Arts. 97, VI, e 176 do CTN.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 04 de maio de 2000. - *Campos Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Campos Oliveira - Cuidam os autos de embargos opostos por Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA-MG, nos autos da execução que lhe move a Fazenda Pública de Belo Horizonte, perante o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca da Capital, dizendo que, por convênio, o Município de Belo Horizonte concedeu ao Estado de Minas Gerais a execução e exploração dos serviços municipais de abastecimento de água e esgotos sanitários em todo o seu território, com exclusividade, pelo prazo de 27 anos; que o citado convênio foi aprovado por resoluções da Câmara Municipal e da Assembléia e garantiu-lhe a isenção de tributos municipais, daí por que é nulo o lançamento que redundou na constituição do crédito tributário objeto da execução.

A final, os embargos foram julgados procedentes, submetida a decisão ao duplo grau de jurisdição.

Inconformado, o embargado apelou, tempestivamente, buscando a reforma da sentença e a improcedência dos embargos, ao entendimento de que a isenção só poderia ter validade se dada através de lei.

Sem preparo, na forma da lei.

O apelo foi contrariado, sustentando-se o acerto da decisão hostilizada, não se dando oportunidade de o Ministério Público opinar.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela desnecessidade de sua atuação, em parecer da lavra do Dr. Alberto Vilas Boas.

É o relatório.

Conheço da remessa oficial e do apelo, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando que, como aduz a própria embargante, o convênio que lhe concedeu isenção tributária foi aprovado ou referendado por resoluções da Assembléia Legislativa e da Câmara Municipal, mas ditas resoluções não têm a força que lhe quer dar a embargante, pois não são lei, como exige o CTN.

Veja-se o que dispõe o art. 97, VI:

"Somente a lei pode estabelecer:

(...) as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades".

E o art. 176:

"A isenção, quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração".

Como se vê, o diploma legal fala em lei, e resolução não é lei.

Em artigo publicado no *Curso de Direito Tributário* sob coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, EDGAR NEVES DA SILVA ressalta:

"Respeitando o princípio da reserva legal, legalidade, qualquer isenção que tenha sido objeto de cláusula contratual, necessariamente, deve ser submetida à aprovação do Poder Legislativo. Pode ocorrer, destarte, que os legisladores não venham a acolhê-la, ensejando, assim, todos os efeitos jurídicos pertinentes ao inadimplemento contratual por parte do Poder Público, excluindo-se o ocorrido da pura relação jurídico-tributária" (Ed. Cejup, 5ª ed., p. 259), trazendo ainda definições de vários autores, dentre elas a de Souto Maior Borges, que qualifica a isenção como não-incidência legal, que diz que "Condição básica é a existência da lei isencional" (ob. cit., p. 255).

Por isso, o em. Des. Monteiro de Barros votou quando do julgamento da Apelação Cível nº 151.674-9/00, da Comarca de Belo Horizonte, pela prevalência da exigência legal e o fez nos seguintes termos:

"Trata-se de embargos à execução opostos pela COPASA-MG - Companhia de Saneamento de Minas Gerais, na execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, julgados procedentes para reconhecer a isenção dos tributos municipais em favor da embargante, ora apelada, declarando nula a certidão da dívida ativa que instituiu o processo executivo.

Os autos vieram a este juízo de segundo grau por força do duplo grau de jurisdição, bem assim pelo recurso voluntário.

Vê-se nos autos que firmado um convênio entre o Estado de Minas Gerais, o Município de Belo Horizonte e a então COMAG, atualmente COPASA, onde restou estabelecido, na cláusula 11, que à concessionária de serviços públicos seria concedida isenção de tributos municipais. Referido convênio foi ratificado pelo legislativo municipal, por meio da Resolução nº 265.

É da doutrina e jurisprudência que, para a concessão de isenção tributária, mister se faz a existência de lei formal, cuja ausência não pode ser suprida, como na espécie, por resolução da Câmara Municipal.

A isenção tributária decorre sempre de lei, uma vez que está incluída na área denominada reserva legal, sendo a lei, em sentido estrito, o único instrumento hábil para sua instituição, conforme dispõe o artigo 97, VI, do CTN.

Como asseverei, quando do julgamento da Apelação Cível nº 90.929/1, "o princípio da reserva legal estatui que a regulamentação de determinadas matérias seja veiculada exclusivamente através de lei em sentido formal e material, em que sejam observados os princípios informadores do processo legislativo. Resolução que aprova convênio não atende a tal exigência, já que, na espécie, referida norma se prestou exclusivamente para homologar convênio administrativo, não se submete à sanção do Chefe do Poder Executivo, não surtindo efeitos de lei em sentido formal" (fls. 186/187).

Vê-se, ainda, que S. Exa. ficou vencido, mas o seu entendimento coincide com o meu.

Assim, reformo a decisão em reexame para julgar os embargos improcedentes, prejudicado o recurso voluntário, invertidos os ônus da sucumbência.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Sr. Presidente. Tenho ponto de vista firmado sobre o assunto, mas gostaria de reexaminar os autos. Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAVAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 27/04/00, a pedido do Vogal, após o Relator e o Revisor, em reexame necessário, reformarem a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Com a palavra o Des. José Francisco Bueno.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

É certo que a isenção é uma exceção ao princípio da generalidade tributária e depende de lei que especifique as condições e requisitos para sua concessão.

Entretanto, no presente caso, a isenção está prevista no convênio firmado entre o Estado e o Município, através do qual o Município transferiu para o Estado, por via da COPASA-MG, a prestação dos serviços públicos de água e esgoto, com aprovação do Executivo, ou seja, o referido convênio foi ratificado por meio de resoluções

aprovadas pela Assembléia Legislativa do Estado e pela Câmara Municipal.

Entendo, na linha da jurisprudência dominante neste Tribunal, que o pacto firmado no referido convênio tem força de lei.

A matéria não é nova nesta Casa, já havendo diversos precedentes dando validade à discutida isenção.

O convênio firmado entre o Estado e o Município, cujo vencimento se daria no ano de 2000, estabelecia condições para realização do programa de saneamento municipal, prevendo ainda alguns incentivos fiscais a fim de facilitar as atividades da concessionária do serviço, e tais medidas tiveram a aprovação através de resoluções legislativas, que têm força de lei.

O convênio foi firmado dentro da legalidade e da legitimidade, visando ao interesse público, uma prestação de serviço essencial que é direito do cidadão e dever do Estado. O ato se revestiu de todas as formalidades legais e recebeu a aprovação da Assembléia Legislativa e da Câmara de Vereadores através de resoluções. Embora não sujeito ao critério da prévia autorização legislativa, critério da legalidade formal, deve ser considerado válido em razão de sua natureza e da legitimidade de sua formalização.

Na verdade, o instrumento firmado entre as partes não é precisamente uma concessão *stricto sensu*, mas um contrato, uma simples delegação entre Município e Estado objetivando uma melhor prestação de serviço essencial.

Assim, considerando que os lançamentos se deram dentro da vigência da isenção pactuada entre os contratantes, e evidenciado o interesse público desta, agiu acertadamente o ilustre Julgador declarando a nulidade.

Quanto à verba honorária, deve ser mantida, já que o Juiz sentenciante a fixou com razoabilidade.

Diante do exposto, em reexame necessário, mantenho a r. decisão recorrida, prejudicado o recurso voluntário, com vênia dos eminentes Desembargadores Relator e Revisor.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O VOGAL.

-:::-

SENTENÇA - FALTA DE ASSINATURA DO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE PROCESSUAL DE BAIXA DOS AUTOS PARA REGULARIZAÇÃO - CASO DE INEXISTÊNCIA DE ATO PROCESSUAL

- A assinatura do magistrado autentica o ato processual, portanto a sentença não assinada é inexistente, com o realce de que não pode ser convalidada com a baixa dos autos para posterior assinatura. Sequer a publicação regular da sentença não assinada lhe imprime o comando de ato processual, pouco importando que as partes que dela recorreram não tivessem notado a ausência da assinatura do sentenciante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 172.118-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Sentença - Falta de assinatura do juiz - Impossibilidade processual de baixa dos autos para regularização - Caso de inexistência de ato processual. - 1. A assinatura do magistrado autentica o ato processual, portanto a sentença não assinada é inexistente, com o realce de que não pode ser convalidada com a baixa dos autos para posterior assinatura. - 2. Sequer a publicação regular da sentença não assinada lhe imprime o comando de ato processual, pouco importando que as partes que dela recorreram não notaram a ausência da assinatura do sentenciante. - 3. De ofício, declara-se a inexistência da sentença.

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 DECLARAR A INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA, DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 04 de maio de 2000. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de remessa obrigatória e de recurso voluntário manifestado pelo IPSEMG - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente a ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, promovida por Marieta Leal Silva.

Segundo os termos do r. decisório, determinou-se que o IPSEMG, ora segundo apelante, pague à autora Marieta Leal Silva a pensão devida por morte de seu falecido marido, ou seja, na totalidade dos vencimentos que receberia o segurado, que deve corresponder aos mesmos níveis dos servidores da ativa, com as vantagens pessoais, com o realce de que as diferenças apuradas em execução deverão ser corrigidas a partir da data em que deveriam ter sido pagas, acrescidas de juros moratórios de 0,5% ao mês, condenando-se ainda o vencido ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o montante do débito em atraso, a teor do que dispõe o art. 20, § 4º, do CPC.

Em sede de razões recursais

(fls. 125/132-TJ), o IPSEMG-réu procura, em sede de preliminar, que se decrete a nulidade do processo diante do indeferimento do pedido de citação do Estado de Minas Gerais para figurar no pólo passivo da demanda, trazendo à colação arestos de outros tribunais e, no que pertine ao mérito, busca a reforma da r. sentença, por considerar que a Emenda Constitucional nº 20 introduziu inúmeras alterações no regime previdenciário brasileiro, entre as quais se destaca a nova redação do art. 40 da Carta Federal, segundo a qual "Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo".

A final, pede-se a improcedência do pleito contido na inicial, "para que o benefício de pensão devido à impetrante seja pago em observância ao princípio da contributividade e em observância aos critérios de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial", com a inversão dos ônus do sucumbimento.

A seu turno, em contra-razões (fls. 143/149-TJ), a recorrida pugna pela manutenção da r. sentença.

O representante do Ministério Público, instado a se manifestar, é pela rejeição da preliminar e, quanto ao mérito, opina pela procedência do pedido constante da inicial, observado o prazo prescricional (fls. 109/114- TJ), sendo, de igual modo, intimado da sentença (fl. 140-TJ).

Processamento regular.

Subiram os autos.

Nesta instância, a d. Procuradoria-Geral de Justiça também oficiou nos autos, recomendando a manutenção da r. sentença, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário (fls. 158/162-TJ).

É o breve relatório.

Passo a decidir.

À fundamentação de meu voto.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o nobre Magistrado, Dr. Antônio Sérvulo dos Santos, deixou de assinar a sentença (fls. 116/122-TJ), conquanto tivesse recebido o recurso voluntário contra a mesma intentado, embora sujeita ao duplo grau de jurisdição, determinando que se o processasse, com remessa posterior a este egrégio Tribunal de Justiça (fl. 151-TJ).

THEOTONIO NEGRÃO, em *Código de Processo Civil*, 30ª edição, nota 5 ao art. 458, escreve:

"Art. 458:5. Sentença sem assinatura, mais do que nula, é inexistente (TFR-Quarta Turma, AC nº 46.417-SP, Rel. Min. Bueno de Souza, j. 12/11/80, v.u., *DJU*, 18/12/80, p. 10.858). Sem a assinatura do juiz, não há sentença (*RT*, 508/64, 750/280)".

Na real verdade, a assinatura autentica qualquer escrito.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, em *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ª edição, registra que "sentença não assinada é decisão inexistente".

COUTURE também pontifica: "*La firma de la sentencia, como la de la letra de cambio, constituyem un elemento sin el cual el documento no tiene existencia*" *(apud Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. 1942, de Aniceto Lopes Editor, p. 190, cf. *RT*, 750, abril de 1998, ano 87, p. 280).

Cite-se o seguinte acórdão:

"Sentença. Ausência de assinatura do magistrado. Impossibilidade de regularização, com eventual baixa dos autos. Hipótese de inexistência do ato processual.

Ementa da Redação: É a assinatura que torna autêntico o ato processual, portanto a sentença não assinada pelo Magistrado é decisão mais do que nula, é inexistente, não podendo ser convalidada nem mesmo com a eventual baixa dos autos para posterior assinatura (Apel. nº 680.584/7, Décima Câmara Extraordinária A, j. 09/04/1997, Rel. Juiz Frank Hungria)" - 1º TACívSP.

No precitado acórdão consta a invocação de trecho do voto do eminente Juiz Geraldo Roberto, Relator da Apel. nº 243.055, segundo a qual "*ato inexistente não se convalida. Nem mesmo a publicação regular da sentença não assinada lhe imprime força de ato processual. Tampouco o silêncio das partes, que arrazoaram e contra-arrazoaram o recurso de tal sentença, sem notar ou anotar a falta de assinatura, como aconteceu neste caso, permite a ratificação posterior com aposição, como se fez. Seria absurdo ratificar o que inexiste*" (idem, p. 280/281).

Sendo assim, com o realce de que há precedentes no sentido de minha declaração de voto, tenho que não há como, processualmente, regularizar a falta da aludida assinatura do nobre colega Magistrado, com a eventual baixa dos autos, já que, como já assinalado, é manifesta a inexistência da sentença, pelo motivo e fundamento retromencionado.

Nestes termos e de ofício, declaro a inexistência da r. sentença de primeiro grau, impondo-se que outra seja proferida, abrindo-se nova oportunidade recursal.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - DECLARARAM A INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA, DE OFÍCIO.

-:::-

SERVIDOR AUTÁRQUICO - DIREITO AO REAJUSTE PREVISTO NO DECRETO ESTADUAL Nº 36.829/95 - POSTERIOR EDIÇÃO DE LEI DELEGADA - FIXAÇÃO DE NOVOS VALORES DE VENCIMENTOS - NÃO-INCIDÊNCIA DA REVISÃO ANTERIOR - AUMENTO DE REMUNERAÇÃO - MATÉRIA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - AUTARQUIA - RESPONSABILIDADE PESSOAL E DIRETA

- Havendo o Decreto nº 36.829/95 concedido revisão geral de vencimentos, em percentual, aos servidores estaduais, a sua não-extensão aos servidores de autarquia estadual alcançados pelo referido diploma legal importa violação ao art. 37, X, da Constituição Federal.

- Com a superveniente edição da Lei Delegada nº 39/98, que expressamente concedeu novo reajuste aos servidores da Administração indireta, fixando, em valores, os vencimentos dos diversos cargos, à revelia daqueles por eles anteriormente percebidos, incabível se mostra, a partir da vigência dos novos valores, a incorporação do percentual fixado no Decreto nº 36.829/95.

- A iniciativa de projeto de lei que vise a aumento de remuneração de servidores públicos da Administração direta e autárquica é privativa do Chefe do Poder Executivo, sendo vedado ao Judiciário arvorar-se em legislador para o fim de determinar aumento de vencimentos.

- A autarquia, como pessoa jurídica de direito público, responde pelos próprios atos, e apenas no caso de exaustão de seus recursos é que irromperá a responsabilidade do Estado, subsidiária, portanto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 172.642-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

Ementa oficial: Servidor público - Autarquia - Revisão geral - Decreto - Não-concessão - Extensão - Cabimento - Posterior edição de lei delegada - Reajuste específico - Não-incidência da revisão anterior. - Havendo o Decreto nº 36.829/95 concedido revisão geral de vencimentos em percentual aos servidores estaduais, a sua não-extensão aos servidores de autarquia estadual alcançados pelo decreto importa violação ao art. 37, X, da CF. - Sobrevindo a edição da Lei Delegada nº 39/98, que expressamente concedeu novo reajuste a servidores da Administração indireta, fixando em pecúnia os novos valores de vencimento, e, à revelia da não-extensão da revisão geral, incabível a incorporação do percentual fixado no Decreto nº 36.829/95 a partir da vigência dos novos valores fixados na lei delegada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de maio de 2000. - *Páris Peixoto Pena* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Altino Rodrigues Neto e mais oito servidores estaduais contra o Instituto Mineiro de Agropecuária e o Estado de Minas Gerais, onde pleiteiam a extensão a seus vencimentos do reajuste de 10% concedido a todos os servidores estaduais pelo Decreto nº 36.829, de 27/04/95, a partir de primeiro de maio daquele ano.

Alegam que o art. 1º do referido decreto expressamente estendeu tal reajuste aos servidores dos cargos de provimento efetivo e das funções públicas dos Quadros Especiais arrolados pelo Decreto nº 36.033, de 14/09/94, entre os quais se encontra, no Anexo III-H, a autarquia onde são lotados.

Aduzem ainda que, diversamente do que determinou o texto normativo, não foram beneficiados com a incidência do reajuste, ao contrário de todos os demais servidores estaduais, em flagrante violação ao disposto no art. 37, X, da CF, e art. 24 da CEMG.

Pedem a condenação dos réus ao pagamento das diferenças decorrentes da revisão desde primeiro de maio de 1995, bem como a incorporação do reajuste aos atuais vencimentos.

Formulado pedido de antecipação de tutela para o fim de se determinar a sua incorporação *initio litis*, foi o mesmo indeferido pelo MM. Juiz ante a decisão proferida pelo STF na ADCon nº 4/6-DF, dela agravando os autores.

Em sua sentença, a douta Juíza *a quo* acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pelo Estado, mas julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a proceder ao reajuste nos vencimentos dos autores, na forma prevista no referido decreto, desde maio de 1995.

Inconformado, recorre o Instituto reiterando que os autores tiveram seus vencimentos reajustados pela Lei Delegada nº 39, de 03/04/98, em valores que ultrapassam o reajuste concedido pelo decreto. Aduz que, caso venha a incidir sobre a remuneração atual, ter-se-ia na verdade um vencimento superior àquele que seria devido em função do reajuste, razão pela qual requer a sua compensação.

Insurgindo-se contra a exclusão do Estado da lide, alega ainda que o IMA constitui autarquia *sui generis*,

sendo os custos de sua folha de pagamento suportados pelo Estado, pugnando ao final pela reforma da sentença.

O apelo é tempestivo e isento de preparo.

Foram os autos remetidos a este Tribunal também por força do disposto no art. 475, II, do CPC, aplicável às autarquias nos termos do art. 10 da Lei nº 9.469/97.

Aprecio a sentença no reexame necessário.

Irresignada com a sentença de primeiro grau, que julgou procedente o pedido, apela a autarquia buscando a reforma parcial do julgado, e, a meu sentir, com razão.

Com efeito, parece-me que as alegações apresentadas com a defesa e reiteradas em sede recursal, ante sua rejeição pela sentença, não foram objeto de acurado exame pelo Magistrado de primeiro grau.

Anotou este:

"A alegação do segundo suplicado de que as remunerações dos autores foram alteradas, ultrapassando o reajuste pleiteado, e tal reajuste, requerido para incidir diretamente sobre a tabela atual, abrangeria um vencimento superior àquele da época do decreto de 1995 não merece acolhida. Isto porque está claro que o pedido dos autos diz respeito aos valores dos vencimentos percebidos em 1º de maio de 1995, *não nos vencimentos atuais*" (fls. 175 - grifei).

Diversamente do referido entendimento, exsurge da inicial, de modo inequívoco, que pretendem sim os autores a incorporação do percentual de 10% concedido pelo Decreto nº 36.829/95 nos vencimentos atuais. Isto foi objeto de requerimento expresso não só para fins de antecipação de tutela (fls. 12, item A, *in fine*), como também no pedido final (fls.13, item A).

A matéria, apesar de aparentemente singela, esconde algumas sutilezas. Assim, para o seu melhor exame, irei desdobrá-la em dois tópicos.

O primeiro refere-se à extensão do reajuste concedido pelo citado Decreto Estadual nº 36.829/95 aos servidores apelados. A meu sentir, revela-se justo seu inconformismo, já que se encontravam, por força do disposto no *caput* do art. 1º do referido decreto (fls. 55/80), entre os seus beneficiários.

Tal pretensão ampara-se no art. 37, X, da CF, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, que dispõe:

"XI - A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, *assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices*" (grifei).

Em que pese à alteração da redação do referido inciso pela Emenda nº 19, o dispositivo supra, na redação

anterior, assegurava em linhas gerais o mesmo direito, razão pela qual se me afigura contra a lei e a própria Constituição a não-incidência do percentual ditado pelo decreto estadual aos servidores apelados.

Nesse sentido, procede o pedido de pagamento das parcelas em atraso, decorrentes da não-incidência do reajuste sobre os vencimentos, a partir de 1º de maio de 1995, data essa estipulada no art. 1º, *caput*, do referido decreto (fls. 127), como termo inicial para vigência do aumento. Observo, ademais, que apenas o Estado impugnou essa pretensão, tendo a autarquia tacitamente concordado com ela.

Coisa diversa, porém, e aqui se entra no segundo tópico a ser abordado, diz respeito à incorporação do reajuste na remuneração atual. Ou melhor, se é cabível a incorporação do percentual de 10% nos vencimentos atuais, tendo os servidores já sido beneficiados com novo aumento, regularmente conferido pelo Poder Executivo mediante edição de lei delegada.

E a resposta, aqui, é negativa. Com efeito, o Governador do Estado, usando de delegação a ele conferida pela Assembléia Legislativa, promulgou em 03/04/98 lei delegada por meio da qual concedeu aos servidores da Administração indireta novo aumento de vencimentos.

Alega o apelante, e este é o mérito do recurso, que foram os seus servidores, inclusive os apelados, beneficiados com o novo reajuste e que, caso o reajuste concedido pelo decreto de 1995 venha a incidir sobre a remuneração atual, teriam eles uma remuneração superior àquela que seria devida em função do primeiro reajuste.

Tenho que merece ser reformada a douta sentença nessa parte. Note-se - observe-se especialmente - que, diversamente do expediente adotado pelo Decreto nº 36.829/95, onde se buscou como critério de reajuste a fixação do percentual de 10%, na Lei Delegada nº 39/98 (fls. 135/137), neste caso foi a fixação, em valores, do vencimento dos diversos cargos (fls. 138).

Observo, assim, e esse parece-me ser o ponto essencial para o correto desate da matéria, que o novo aumento foi concedido à revelia do valor anteriormente percebido pelos servidores, ou seja, independentemente de terem os seus vencimentos sido reajustados consoante o disposto pelo decreto de 1995 ou não. Simplesmente se fixaram em pecúnia os novos valores, e ponto.

Caso o novo aumento houvesse sido concedido mediante a fixação também de percentual, aí sim resultaria flagrante o prejuízo que adviria aos apelados se não se reconhecesse a sua extensão aos vencimentos atuais, eis que incidiria sobre valores defasados.

Não é o caso dos autos, porém. Tome-se, à guisa de exemplo, o servidor Antônio de Pádua Freire. Verifica-se, dos contracheques acostados nos autos, que, em maio/95, seu vencimento

básico era de R$1.019,07 (fls. 50). Nos termos do Decreto nº 36.829/95, sobre esse valor deveria ter incidido o percentual de 10% de reajuste, o que não ocorreu, consoante se verifica no contracheque do mês seguinte (fls. 50).

Já em setembro/98, nos termos da Lei Delegada nº 39/98, seu vencimento básico passou para R$1.541,00 (fls. 49), nos exatos termos do Anexo VIII à referida lei (fls. 138 - grau F, faixa de vencimento 13), não havendo qualquer referência na referida lei e seu anexo ao vencimento anterior do servidor.

Encontram-se, por isso, os servidores apelados com seus vencimentos regularmente fixados pelo diploma legal competente, sendo inviável acolher seu pedido de integração nos vencimentos atuais, eis que não há, pelas razões expostas, perdas salariais.

Em verdade, o termo inicial fixado no art. 1º, § 4º, inc. II, da lei delegada (fls. 135), para vigência da tabela que fixou os aumentos, isto é, dia 01/08/98, será também o termo *ad quem* do período sobre o qual serão apuradas as diferenças decorrentes da não-incidência do reajuste conferido pelo decreto de 1995.

Esta é, a meu sentir, a única solução passível de conciliação com o disposto no mesmo art. 37, inciso X, da CF, com a nova redação, citado pelos próprios servidores:

"XI - A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 *somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa* em cada caso, (...)" (grifei).

Ressalte-se que a iniciativa de projeto de lei que vise a aumento de remuneração de servidores públicos da Administração direta e autárquica é privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, *a*, e art. 84, ambos da CF; e art. 66, III, *b*, e art. 90, V, da CEMG), sendo vedado ao Judiciário arvorar-se em legislador para o fim de determinar aumento de vencimentos.

Consoante ensina ALEXANDRE DE MORAIS, citando acórdãos do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 1.196/1-RO e ADIN nº 864/1-RS:

"As referidas matérias cuja discussão legislativa dependem de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º) são de observância obrigatória pelos Estados-membros que, ao disciplinar o processo legislativo no âmbito das respectivas Constituições estaduais, não poderão afastar-se da disciplina constitucional federal.

Assim, por exemplo, *a iniciativa reservada de leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes*, incidindo em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico-administrativa do Poder Executivo local" (*in Direito Constitucional*, 6ª ed., Atlas, 1999, p. 492 - grifei).

No tocante à alegação do apelante de constituir-se em autarquia *sui generis*, por ser o Estado quem arca com sua folha, nada há nos autos que demonstre tal assertiva. A despeito do art. 337 do CPC, verifico que a Lei Estadual nº 10.594/92, que criou a autarquia, apenas dispôs o seguinte:

"Art. 15. O Instituto Mineiro de Agropecuária - IMA - não responderá judicial ou extrajudicialmente por débito anterior decorrente de vínculo empregatício dos servidores que absorver, cabendo ao Estado a responsabilidade por ele".

Não sendo esse o caso, já que se trata de débito posterior à referida lei, decorrente de ato seu, e cujos credores são funcionários integrantes de seu quadro de pessoal, correta a exclusão do Estado da lide, por ilegitimidade passiva. Ademais, em se tratando de autarquia, pessoa jurídica de direito público, possui ela responsabilidade pessoal e direta:

"Por ser sujeito de direitos, a autarquia, como se disse, responde pelos próprios atos. Apenas no caso de exaustão de seus recursos é que irromperá a responsabilidade do Estado; responsabilidade subsidiária, portanto" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *in Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., Malheiros, 1999, p. 107).

Com estas considerações, reformo parcialmente a sentença no reexame necessário e, esgotada a reapreciação da matéria, julgo prejudicado o apelo voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - BEM PÚBLICO - ÁREA VERDE DECORRENTE DE LOTEAMENTO - INADMISSIBILIDADE - SENTENÇA - REQUISITOS LEGAIS - OBSERVÂNCIA

- Contendo a sentença todos os requisitos estatuídos no art. 458 do CPC, não há que se falar em defeito jurídico que a contamine de nulidade.

- Não comprovando a parte que a área objeto do pedido de usucapião não é bem público, mas particular, e, ao contrário, ressaltando da prova que referida área passou a integrar o domínio público, em face da aprovação de um loteamento onde o proprietário deve destinar parte da área bruta à municipalidade para constituição de área verde, sendo que a aprovação do loteamento com a determinação em planta destas áreas demonstra a transferência para a municipalidade, descabe a pretensão, porquanto, a teor do art. 183, § 3º, da Constituição Federal, os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 172.715-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Usucapião - Bem público - Inadmissibilidade - Carência de ação. - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Inteligência do art. 183, § 3º, da Constituição da República.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 04 de maio de 2000. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Luiz Alfredo Meyer Pires.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Peço adiamento, após sustentação oral, para melhor exame da matéria.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Luiz Alfredo Meyer Pires.

O Sr. Presidente (Des. Hugo Bengtsson) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 27/04/00, a meu pedido, após sustentação oral.

Meu voto é o seguinte:

Impressionou-me a defesa oral produzida. Revi os autos.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Trata-se de ação de usucapião extraordinário ajuizada por Milton Rocha Mundin e Francisca Teixeira de Carvalho Mundim contra o Espólio de José Maria da Costa.

Citado, o Município-apelado, em sua peça contestatória, argüiu impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a área que os autores pretendem usucapir é de domínio público, pertencendo à Municipalidade.

Preliminarmente, alegam os apelantes que a sentença é nula, já que não preenche os requisitos legais, tendo relatado que o réu foi citado por edital, quando o deveria ter sido pessoalmente.

Ocorre que o espólio-réu foi citado tanto pessoalmente, como através de edital, conforme se depreende de fls. 46/46-v.-TJ e 72/74-TJ.

Contém, outrossim, a r. sentença, ainda, todos os requisitos formais estatuídos no art. 458 do CPC, pelo que não há que se falar em possível defeito jurídico que a contamine de nulidade.

Rejeito, pois, suscitada *preliminar*.

Mérito.

Pelas provas documental e pericial produzidas, dúvida não resta de que o imóvel objeto da ação é bem público, de propriedade do Município-apelado, nos termos do Decreto nº 2.995, de 05/01/77 (fls. 102-TJ).

A nosso sentir, não procedem as críticas lançadas pelo culto assistente técnico dos autores relativamente ao laudo pericial oficial.

É que, em casos de divergência, impõe-se o acatamento do laudo oficial, afigurando-se este mais adequado e consentâneo com a realidade.

Na espécie, sem dúvida, em 1967, Mercantil e Territorial Nacional S/A promoveu o loteamento denominado Bairro Nova América (fls. 99/101-v.).

Posteriormente, em 27 de fevereiro de 1976, pelo Processo Administrativo nº 16.613, refazendo referido loteamento, inclusive com alteração de sua denominação, passando a Bairro Mantiqueira, aprovou-se, junto ao Município de Belo Horizonte, nova planta (Dec. nº 2.995/77).

E é a séria perícia levada a efeito que esclarece, ao exame dos elementos fáticos e documentais existentes:

"O Decreto Municipal nº 2.995, de 05/01/77, aprovou o Bairro Mantiqueira, antigo Bairro Nova América, sendo a planta correspondente ao CP 238-1.M.

Na referida planta aprovada, o Quarteirão nº 3 seria composto dos Lotes nºs 1 e 2, ficando o restante destinado a área verde.

O autor adquiriu os Lotes nºs 1 e 2, contíguos à área verde aprovada...

A área reivindicada foi perfeitamente identificada, conforme demonstrado nos vários croquis juntados aos autos, não incluindo área de terceiros, sendo correspondente exclusivamente à área aprovada como 'área verde', da Quadra 3 do Bairro Mantiqueira" (fls. 212/213).

E complementa, além do mais:

"A área objeto da presente ação, conforme o Decreto nº 2.995 e planta

CP 238-1.M, aprovada, especifica a área objeto da lide como 'área verde'.

Para aprovação de um loteamento o proprietário deve destinar parte da área bruta à Municipalidade; a aprovação do loteamento, com a determinação em planta destas áreas, demonstra a transferência da propriedade" (fls. 215).

Não demonstraram, nem comprovaram os autores que a área questionada pertencesse ao Espólio de José Maria da Costa.

Pelo contrário, ressai dos autos que, destinada à denominada área verde, em planta regularmente aprovada, referido terreno passou a integrar o domínio público.

Ora, é da Constituição da República: "Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião" (art. 183, § 3º).

A matéria já se encontra pacificada na jurisprudência através da Súmula nº 340 do STF: "*Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião*".

A culta Sentenciante bem analisou a questão, dando correto desate à lide instaurada, devendo ser confirmada a sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com estas razões de decidir, nego provimento à apelação, ao se acolher, em substância, o lúcido parecer do Procurador de Justiça, Dr. Nelson Rosenvald.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - COMISSÃO PROCESSANTE - COMPOSIÇÃO - SERVIDORES COMISSIONADOS - ADMISSIBILIDADE - ATO ADMINISTRATIVO - CONTROLE JURISDICIONAL - APELAÇÃO - APRESENTAÇÃO DE RAZÕES - AUSÊNCIA DE PETIÇÃO - CONHECIMENTO DO RECURSO

- O fato de o apelante se haver limitado a apresentar razões recursais não leva, por si só, ao não-conhecimento do apelo, se o arrazoado contém pedido certo e possibilita a defesa do recorrido bem como a análise e o julgamento pelo Tribunal *ad quem*, atendendo-se ao princípio processual da instrumentalidade das formas.

- A atuação do Poder Judiciário, no controle dos atos administrativos, cinge-se aos aspectos da legalidade e da moralidade, sendo vedado adentrar no âmbito do mérito administrativo.

- A instauração do processo administrativo disciplinar, com a conseqüente aplicação da penalidade cabível, se for o caso, decorre do poder hierárquico e disciplinar da Administração Pública, sendo obrigatória, sob pena de incidência em crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do Código Penal.

- A composição da comissão processante por servidores comissionados apenas macula o processo administrativo quando a lei municipal exigir a integração da comissão por funcionários estáveis ou se tiver havido prejuízo para a defesa do acusado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 173.041-5/00 - Comarca de Machado - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Direito Administrativo - Demissão de servidor estável - Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário - Limites - Processo administrativo disciplinar - Comissão processante - Composição - Servidores comissionados - Admissibilidade - Estatuto dos servidores públicos municipais. - Ausência de prejuízo. - A atuação do Poder Judiciário, no controle dos atos administrativos, cinge-se aos aspectos da legalidade e moralidade, sendo vedado adentrar no âmbito do mérito administrativo. Não sendo vedada pelo estatuto dos servidores públicos municipais a composição por servidores comissionados de comissão processante em processo administrativo disciplinar, mormente inexistindo prejuízo para a defesa do acusado, assegurados o contraditório e a ampla defesa, não deve ser declarada a sua nulidade. Apelo conhecido, porém 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.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2000. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Emílio Alfrânio Pereira em face da r. sentença de fls. 265/275-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Machado, que, nos autos da ação anulatória de demissão com reintegração ao cargo movida pelo apelante contra o Município de Carvalhópolis, em que este opôs reconvenção, julgou improcedentes o pedido inicial e a pretensão reconvencional.

Recorreu o autor por via do arrazoado acostado às fls. 277/284-TJ, alegando, para isso, que a acusação de apropriação indevida que lhe é imputada, motivo da sua demissão, não procede, porque as quantias a ele pagas por sitiantes do Município de Carvalhópolis para o custeio de instalação de energia elétrica, verba que deveria ser repassada para a CEMIG, foram restituídas aos mesmos, após a frustração do projeto de expansão da rede elétrica na zona rural.

Noutro passo, aduz que sua atuação como intermediário no projeto de expansão da rede elétrica na zona rural não ocorrera como representante da Prefeitura de Carvalhópolis, mas como mero cidadão, atividade desvinculada da sua condição de servidor público, motivo pelo qual não poderia sofrer sanção administrativa.

Em arremate, argúi que o processo administrativo é nulo, haja vista que a Comissão Processante fora composta por servidores comissionados.

Contra-razões às fls. 286/293-TJ, por via das quais, preliminarmente, pugna pelo não-conhecimento do presente apelo, ao fundamento de que o apelante não interpôs recurso de apelação, cingindo-se a apresentar razões recursais.

Meritoriamente, o apelado rebate os argumentos e teses esgrimadas pelo apelante, gizando pelo acerto da decisão hostilizada, assim, pela sua manutenção nos termos em que proferida.

O Ministério Público de primeiro grau manifestou-se às fls. 295/300-TJ pelo conhecimento do recurso, porém pelo seu improvimento.

Certificação do preparo recursal à fl. 303-TJ.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 308/312-TJ, opinando pelo provimento do recurso em apreço.

Relatei.

Passo a decidir.

Inicialmente, no que concerne à preliminar suscitada pelo apelado, atinente ao não-conhecimento deste apelo, pela inexistência de recurso de apelação, ao enfoque de que o apelante se cingiu a apresentar razões recursais, dessumo pelo seu inacolhimento.

Resulta claro da peça recursal apresentada pelo apelante, constante de fls. 277/284-TJ, o pedido de reforma do *decisum* monocrático. Embora não tenha sido expresso, infere-se que a pretensão recursal se encontra presente.

Com propósito, o arrazoado contém pedido certo, possibilita a defesa do recorrido e a análise e julgamento pelo Tribunal *ad quem*, atendendo-se, destarte, ao princípio processual da instrumentalidade das formas.

Portanto, *rejeita-se a preliminar enfocada.*

Presentes os pressupostos de admissibilidade do presente recurso, dele conheço.

Adentrando-se o mérito bojado nos autos, visto que inexistente qualquer preliminar a ser enfrentada, tenho que a razão não se põe em prol das assertivas defendidas pelo apelante, motivo de se improver o seu apelo, justificando esse improvimento com os motivos que adiante alinhavo.

Primeiramente, aduz o apelante que a acusação de apropriação indevida que lhe é imputada, motivo da sua demissão, não procede, porque as quantias a ele pagas por sitiantes do Município de Carvalhópolis para o custeio de instalação de energia elétrica, verba que deveria ser repassada para a CEMIG, foram restituídas aos mesmos, após a frustração do projeto de expansão da rede elétrica na zona rural.

Com o escopo de se apurarem as irregularidades atribuídas ao apelante, a Administração Pública de Carvalhópolis instaurou processo administrativo, através da Portaria nº 19/97, de 26/03/97, acostada aos autos às fls. 23/24-TJ, cuja comissão concluiu pela veracidade das imputações feitas ao servidor, consoante relatório de fls. 114/117-TJ.

Faz-se mister, *a priori*, delimitar o âmbito de atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos, gênero em que se enquadra o ato de demissão.

A lição doutrinária é oportuna, valendo transcrever excertos de insignes e incontestes administrativistas, *ipsis litteris*:

"O *Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37).*

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob denominação de 'mérito' (oportunidade e conveniência)" (PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI. *Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1996, p. 493).

Ensina o mestre MIGUEL SEABRA FAGUNDES:

"Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle quanto à extensão.

A análise da legalidade tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e à manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma" (ob. cit., p. 145-156).

Restringe-se, pois, a atuação do Poder Judiciário, no controle dos atos administrativos, aos aspectos da legalidade e moralidade, sendo vedado adentrar no âmbito do mérito administrativo, da sua conveniência e oportunidade.

A instauração do processo administrativo disciplinar e conseqüente aplicação da penalidade administrativa cabível, se for o caso, decorre do poder hierárquico e disciplinar da Administração Pública, sendo obrigatória, sob pena de incidência em crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do Código Penal.

"*Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos (...).*

O poder disciplinar é discricionário, o que deve ser entendido em seus devidos termos. A Administração não tem a liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento da falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível" (PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI. Ob. cit., p. 76).

Assim, encontra-se o processo administrativo realizado, do qual culminou o ato de demissão, sob o aspecto legal, imaculado, porque formal e regularmente constituído, observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Em realidade, o que se denota dos autos é que o apelante não logrou demonstrar o fato constitutivo do seu direito, cujo ônus lhe incumbe, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Efetivamente, a prova do recebimento pelo apelante das quantias destinadas ao projeto de expansão da rede de eletrificação rural, que deveriam ser repassadas à CEMIG, está presente nos recibos acostados aos autos à fl. 27 (pagamento pelo sitiante João Olímpio da Silva) e fl. 30-TJ (pagamento feito pela sitiante Nair de Carvalho Domingues), dinheiro este apenas restituído ao Sr. João Olímpio da Silva após a instauração do processo administrativo, como o mesmo revela no depoimento constante de fls. 241-TJ. Não restou demonstrada, pois, a restituição à Sra. Nair de Carvalho Domingues, e, mesmo que houvesse restituído, *ad argumentandum tantum*, a infração não estaria ilidida, em razão da já existência do processo administrativo contra o apelante.

Doutro lado, sustenta, ainda, o apelante que sua atuação como intermediário no projeto de expansão da rede elétrica na zona rural não ocorrera como representante da Prefeitura de Carvalhópolis, mas como mero cidadão, atividade desvinculada da sua condição de servidor público, motivo pelo qual não poderia sofrer sanção administrativa.

Extrai-se da prova testemunhal coligida nos autos que o projeto de expansão da rede de eletrificação rural fora desenvolvido pela Prefeitura Municipal, EMATER e CEMIG, consoante

se extrai do depoimento da testemunha João Olímpio da Silva (fls. 241/242-TJ), em que esclarece que todas as informações e negociações ocorreram na Prefeitura. Já a testemunha Ricardo Alencar de Morais, técnico da EMATER, em depoimento acostado aos autos à fl. 243-TJ, informa que a organização do grupo para implantação de projeto de eletrificação rural fora procedida juntamente com a Prefeitura.

Ademais, conforme o documento de fl. 36-TJ, a CEMIG prestou informações à Comissão Processante, aduzindo que "*não autoriza terceiros para recebimento de recursos em seu nome. Nesse caso específico, as prefeituras costumam indicar um representante como intermediário junto ao grupo de interessados visando coletar os recursos para repasse à CEMIG, de forma integral*".

Assim, dúvidas não há quanto à atuação do apelante como representante da Prefeitura, na condição de servidor público municipal, sujeito à conduta e legislação próprias.

Em arremate, argúi o apelante que o processo administrativo é nulo, haja vista que a Comissão Processante fora composta por servidores comissionados. Com efeito, os membros da comissão, segundo se constata dos documentos de fls. 111/113-TJ, eram servidores comissionados.

O art. 242 do Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais dispõe que (fl. 142-TJ), *in verbis*:

"*Art. 242. O processo administrativo será dirigido e orientado por uma comissão designada pelo Prefeito e composta por três funcionários, sendo possível, ou, na impossibilidade, de três pessoas idôneas, com capacidade para desempenho daquelas atribuições*".

Não exige, pois, a lei municipal que a comissão processante seja composta por servidores estáveis. Embora a Lei Federal nº 8.112/90, art. 149, preveja que a comissão deve ser composta por servidores estáveis, se o Município possui lei municipal dispondo sobre a matéria, obviamente, inaplicável é a lei federal. Ainda que a composição da comissão por servidores estáveis garanta hipoteticamente maior isenção e imparcialidade na apuração dos fatos, a inobservância de referida garantia apenas deve macular o processo administrativo com a eiva da nulidade se houver prejuízo para a defesa do acusado.

In casu, prejuízo algum adveio para o apelante, que gozou da ampla defesa com contraditório, que lhe garante a Constituição Federal, não apontando sequer um fato em que os membros da comissão agiram sem a necessária isenção e imparcialidade, prejudicado-o no seu exercício de defesa.

E, não havendo prejuízo, não se deve cogitar em nulidade, mormente se o ato atingiu os efeitos colimados, atendendo-se, destarte, ao princípio *pas de nullité sans grief*.

Tem a jurisprudência entendido que a composição da comissão proces-

sante por servidores comissionados apenas macula o processo administrativo quando a lei municipal exige a integração da comissão por servidores estáveis.

Essa a jurisprudência do nosso egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que se coaduna com a concepção esposada *ut supra*, vejamos:

"O Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Governador Valadares diz que a comissão nomeada para o processo administrativo será composta de funcionários sem exigir a estabilidade. Não sendo ele silente acerca da matéria, não se há de aplicar à espécie regras federais. Por outro lado, ainda que se devesse formar a comissão com funcionários estáveis, a irregularidade não conduziria à nulidade, à míngua de demonstração de prejuízo.

Sob tal enfoque o TJSP já chegou até mesmo a entender qué 'a comissão de inquérito administrativo pode ser composta de funcionários sem estabilidade' ("Processo Administrativo Disciplinar", *Revista de Direito Público*, 92/204). Tal entendimento ficou estabelecido em caso no qual não se comprovou que instabilidade de integrantes da comissão processante tivesse afetado a defesa do servidor processado" (Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível nº 24.454/1 - Relator Desembargador Orlando Carvalho - j. 02 de agosto de 1994).

Até mesmo a Corte Superior do nosso Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a matéria, no julgamento do Mandado de Segurança nº 56.251/2, em 14 de fevereiro de 1996, cujo Relator fora o eminente Desembargador Bady Curi, *ipsis verbis*:

"(...) o fato de servidores não estáveis integrarem a comissão disciplinar não enseja a pretendida nulidade absoluta, se não houve qualquer prejuízo ao impetrante.

Sabe-se que a qualquer servidor pode ser aplicada a pena administrativa da demissão, desde que comprovada uma infração disciplinar ou um crime funcional em um processo administrativo ou judicial.

Se da não-observância da composição da comissão processante não resultou prejuízo para as partes, deve ser afastada a alegação de nulidade. Plenamente aplicável à espécie o princípio *pas de nullité sans grief*".

No caso dos autos, houve processo administrativo regular, em que se assegurou ao apelante ampla defesa e contraditório, não retirando a independência e a imparcialidade da Comissão Processante sua integração por servidores não estáveis.

Portanto, sob o prisma da legalidade e moralidade, encontra-se o processo administrativo imaculado, pelo que outra solução não há senão a improcedência do pedido, assim como houve em proceder o douto Juiz *a quo* na prolação da r. sentença hostilizada.

Com tais considerações, nega-se provimento ao presente recurso de apelação, confirmada *in totum* a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

GUARDA DE MENOR - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DELE - TRANSFERÊNCIA DO RESPECTIVO ENCARGO - JUSTIFICATIVA HÁBIL A TANTO

- Nas ações judiciais atinentes à guarda de menor, deve-se ater ao princípio que estabelece o prevalecimento de seu interesse (dele, menor) sobre qualquer outro. Se o menor, sem hesitar, afirma adaptar-se melhor ao pai, tem-se por justificada *salienter tantum* a transferência do encargo de guarda antes atribuído à mãe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 173.144-7/00 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Guarda de menor - Prevalência do interesse dele - Transferência do respectivo encargo - Justificativa hábil a tanto. - Nas ações judiciais atinentes à guarda de menor, deve-se ater ao princípio que estabelece o prevalecimento de seu interesse (dele, menor) sobre qualquer outro. Se o menor, sem hesitar, afirma adaptar-se melhor ao pai, tem-se por justificada *salienter tantum* a transferência do encargo de guarda antes atribuído à mãe.

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, 25 de maio de 2000. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Insurge-se a apelante (fls. 103/108-TJ) contra a r. sentença verberada (fls. 96/99) e que transferiu a guarda de H.M.P. para o apelado, ficando este, conseqüentemente, dispensado do pagamento da pensão alimentícia, "... devendo depositar somente o equivalente a dois salários mínimos em conta de poupança, conforme ajustado inicial-

mente, e, à requerida, fixo visitas livremente..." (fls. 99-TJ).

Em suas razões recursais, a apelante M.C.M. alega que, se o menor vem enfrentando algumas dificuldades, é mais do que natural, pois se trata de um adolescente, com 17 anos, que apresenta reações e características próprias da idade.

Alega, mais, que, em momento algum, ficou provado que a apelante se descurou do mesmo; muito pelo contrário, é muito cuidadosa, e seu filho é muito "parariçado". Almeja a reforma da sentença, para que lhe seja devolvida a guarda do menor, com o conseqüente restabelecimento da pensão (fls. 103/108-TJ).

Em contra-razões, o apelado pugna pela manutenção da decisão recorrida (fls. 113/115-TJ).

A Promotoria de Justiça opina pelo desprovimento do recurso (fls. 117/118-TJ).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer elaborado pelo renomado Procurador de Justiça Dr. Luiz Varela, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 127/130-TJ).

É, em síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de ação ordinária de modificação de cláusula ajuizada contra a apelante, objetivando transferir o encargo de guarda do menor H.M.P. Alega o autor (pai e apelado) que o menor, com 16 anos de idade, tem encontrado dificuldades em permanecer com a mãe, o que nele está gerando sérios conflitos emocionais.

Revela a prova, através de estudo psicológico e social, este em harmonia com os depoimentos testemunhais, que o menor "...mostra-se apreensivo e resistente diante da possibilidade de voltar a viver com a mãe..." (fls. 77-TJ). O menor, inclusive, manifestou o desejo de ficar na companhia do pai, tanto que, ao ser ouvido, em juízo, declarou, às expressas:

"... que está na companhia de seu pai desde maio do ano passado; que ficou sob a guarda exclusiva da mãe por... anos mais ou menos; que durante a permanência com a mãe a relação ficou desgastada, porque ela passou a exigir demais do declarante; que sua mãe costuma afirmar que se arrependeu em permitir sua transferência provisória para o pai; que pretende permanecer sob a guarda do pai porque com ele tem mais facilidade de se entender..." (fls. 89-TJ).

A jurisprudência, segundo se depreende inclusive dos arestos a seguir colacionados, sempre colocou em primeiro lugar o interesse do menor como prevalecente sobre qualquer outro, em principal quando seu destino estiver em linha maior de atenção (*RT*, 423/115; *id.*, 420/139). No âmbito doutrinário, tem-se que "arma-se o interesse do menor de

forma robusta, admitindo-se o exame da guarda em outras situações quando o bem do menor assim exigir" (*in Da Guarda, da Tutela e da Adoção*, do jurista MARCO AURÉLIO VIANA, p. 34).

À colação, oportunos arestos:

"Nas decisões sobre posse e guarda de menor, o julgador deve, quanto possível, consultar os interesses deste, que deverão prevalecer sempre" (TJDF - MS nº 65.753 - Segunda Câmara Cível - Rel. Des. Valentio Mendes Cardoso - *DJ* de 13/10/93, p. 43.332).

"O sistema legal que tutela as relações familiares deve induzir o juiz à prevalência do interesse dos filhos sobre a pretensão do pai ou da mãe" (TJDF - Apel. nº 248.849/1 - Rel. Des. Pingret de Carvalho - *DJ*, 06/10/93, p. 41.977).

Ressalte-se que o laudo psicológico de fls. 75/77-TJ é conclusivo e recomenda se atribua a guarda do menor ao pai, devendo sua vontade ser respeitada, frisando, *in verbis*:

"O jovem demonstra discernimento em suas alegações quanto ao desejo de permanecer na companhia do pai; como não se constatou nenhum inconveniente quanto a isso, acredita-se imprescindível respeitar sua vontade (SMJ)" (fls. 77-TJ).

Ressalte-se, ainda, que os laços afetivos entre a mãe e o filho não serão prejudicados, à evidência, pois a própria sentença lhe faculta visitar o menor, sempre que lhe aprouver, ou seja, poderá fazê-lo *livremente*.

Em suma, tem-se, pelo acervo probatório que instrui os autos, que o relacionamento entre o menor H. e sua mãe está desgastado e o clima entre eles um pouco tenso. Do ponto de vista psicológico, não seria proveitoso nem oportuno forçar a permanência do menor com ela, mormente se ele, de viva voz, manifestou o desejo de ficar com o pai.

Se assim é, a solução razoável e consentânea à espécie *sub examinem* impõe a transferência da guarda ao pai (aqui, apelado).

À luz do exposto, nega-se provimento à apelação, mantendo, em sua plenitude, o ato sentencial objurgado.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - ATO ILÍCITO - MORTE DE DETENTO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - DANOS MATERIAL E MORAL - CUMULATIVIDADE - DATA DO PENSIONAMENTO - VERBA HONORÁRIA

- É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da responsabilidade da Administração pela morte de detento recolhido em estabelecimento prisional, ainda que em cela da Delegacia de Polícia, que veio a sofrer agressão à integridade física que lhe causou o óbito, praticada por companheiro de presídio, porque a hipótese configura culpa *in vigilando*, caracterizando a responsabilidade objetiva do Estado.

- A teor do Enunciado nº 37 da Súmula do STJ, são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato, tendo também o Supremo Tribunal Federal consagrado a cumulatividade da reparação do dano moral com a do material.

- Impõe-se o pensionamento durante a provável sobrevida da vítima em decorrência da norma insculpida no art. 1.537, II, do Código Civil, a qual é devida desde a data do evento até quando a mesma viesse a completar sessenta e cinco anos.

- Nas ações de indenização por ato ilícito, na forma estatuída no art. 20, § 5º, do Código de Processo Civil, o valor da condenação, a título de honorários advocatícios, será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 173.835-0/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Ação de indenização por ato ilícito - Morte de detento por colega de prisão - Responsabilidade objetiva do Estado - Cumulatividade dos danos material e moral - Data do pensionamento - Verba honorária. - 1. É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da responsabilidade da Administração pela morte de detento recolhido em estabelecimento prisional, ainda que em cela da Delegacia de Polícia, que veio a sofrer agressão à integridade física que lhe causou o óbito, praticada por companheiro de presídio, porque a hipótese configura culpa *in vigilando*, caracterizando a responsabilidade objetiva do Estado. 2. A teor do Enunciado nº 37 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato, tendo também o Supremo Tribunal Federal consagrado a cumulatividade da reparação do dano moral com a do material.

3. Impõe-se o pensionamento durante a provável sobrevida da vítima em decorrência da norma insculpida no art. 1.537, II, do Código Civil, a qual é devida desde a data do evento até quando a mesma viesse a completar sessenta e cinco anos. 4. Nas ações de indenização por ato ilícito, na forma estatuída no art. 20, § 5º, do Código de Processo Civil, o valor da condenação, a título de honorários advocatícios, será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas. Na hipótese, correta a sentença que arbitrou os honorários dos procuradores das autoras no percentual de 15% da soma da quantia fixada, a título de danos morais (150 salários mínimos), mais as prestações vencidas e 12 (doze) das vincendas, do dano material (pensionamento). 5. Confirmar a sentença, no reexame necessário, 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, 11 de maio de 2000. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuida-se de reexame necessário e de recurso de apelação manifestado pelo Estado de Minas Gerais em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Teófilo Otoni, que julgou procedente, em parte, a ação de indenização por ato ilícito, pelo rito sumário, que Valda Alves Macedo, por si e representando suas filhas menores, Marcela Alves Macedo, Daniela Alves Macedo e Daiane Alves Macedo, aforou contra o Estado de Minas Gerais, vindo a condenar este último, em favor das autoras, ao pagamento correspondente a 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos, a título de danos morais, bem como a uma pensão mensal no valor de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, a título de pensão alimentícia, até quando a vítima, João Coelho Macedo, viesse a completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, além de condenar o vencido ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) da soma da quantia fixada a título de danos morais e mais as prestações vencidas e doze parcelas das vincendas referentes ao dano material.

Conquanto se trate de sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, o Estado-réu também da mesma recorre (fls. 136/141-TJ), procurando sua reforma, argüindo, em preliminar, a ilegitimidade passiva *ad causam* da Administração, eis que evidenciada a inexistência de vinculação da atividade de seus agentes com o óbito, nem mesmo por omissão; e, no que pertine ao mérito, sustenta ser incabível a indenização a título de dano moral e matèrial, a teor de pronunciamentos jurisprudenciais,

visto que, inclusive, o falecido não era assalariado, nem se demonstrou que auferia rendimentos de atividade laboral, com o realce de que o mesmo se entregava ao vício da bebida alcoólica e vivia maritalmente com a autora Valda Alves Macedo. Aduz que a verba honorária foi arbitrada erroneamente, divorciada que foi do que preceitua o parágrafo 4º do art. 20 do CPC, sendo exacerbada no que diz respeito ao *quantum*, mesmo porque não se pode adotar o critério de 15% sobre o valor dos danos morais e ainda sobre as prestações vencidas e doze das vincendas, destacando-se ainda que o pedido contido na inicial se viu apenas acolhido parcialmente, "razão pela qual não pode o apelante ser condenado na verba honorária".

Postula-se, a final, seja julgado improcedente o pleito contido na exordial, desde que superada a preliminar suscitada.

A seu turno, em contra-razões (fls. 144/145-TJ), as recorridas pugnam pela manutenção da sentença.

Dispensado de preparo.

Processamento regular.

Subiram os autos.

Nesta instância, a d. Procuradoria-Geral de Justiça oficiou nos autos, pela confirmação da sentença, no reexame necessário (fls. 153/156-TJ).

É a suma do necessário.

Decido.

Conheço do recurso, aos pressupostos e condições de sua admissibilidade.

À fundamentação de meu voto.

Passa-se, por primeiro, ao exame da preliminar de ilegitimidade passiva do Estado, para responder aos termos da ação, consoante se sustenta em sede de razões recursais.

Consigne-se, *ab initio*, que o d. Juiz singular bem enfrentou a matéria prefacial, repelindo a argüição da ilegitimidade passiva do Estado, por restar suficientemente configurado o nexo causal entre a morte da vítima e o serviço público, eis que se viu violado o dever de custódia e, por conseqüência, está caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado.

Em abono de sua conclusão, nessa quadra, o d. Sentenciante trouxe à colação a preciosa lição de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, como se vê à fl. 18-TJ, que se adequa por inteiro à espécie vertente.

Segundo deflui dos autos, João Coelho Macedo, que vivia há longos anos maritalmente com Valda Alves Macedo e com quem tinha três filhas, no dia 23 de fevereiro de 1997, foi conduzido à Delegacia de Polícia de Teófilo Otoni, sendo recolhido a uma das celas onde se encontravam vários outros presos. No interior da mesma foi agredido a chutes e pontapés por outros detentos, vindo a cair ao chão, sendo atendido pelo detetive de plantão e

conduzido ao Pronto Socorro Municipal, onde se viu atendido pelo médico de plantão, que o examinou e o liberou.

De regresso à DEPOL e entregue ao detetive de plantão, após ter assinado o termo de compromisso, viu-se o mesmo liberado pela Polícia. Dali a pouco foi encontrado morto na calçada da Avenida Alfredo Sá, tendo sido constatado por laudo médico que a causa de seu falecimento foi motivada por lesões internas pelos espancamentos de que foi vítima.

Aplica-se à espécie o que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo objetiva a responsabilidade do Estado, visto que o aludido permissivo constitucional dispõe que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Nesse sentido é pacífica e remansosa a construção pretoriana e bem assim os ensinamentos doutrinários.

Isto posto, caracterizado o nexo causal entre a ação e o resultado, figura o Estado de Minas Gerais no pólo passivo da demanda, já que o mesmo, ao efetuar a prisão da vítima, deixou-a à mercê de seus companheiros de prisão, sem as cautelas de vigilância.

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

Meritoriamente, à vista da prova contida nos autos, já esboçada quando do exame da preliminar, sem razão o segundo apelante.

Segundo se infere do relatório contido no inquérito (fls. 35/37-TJ), a vítima, momentos antes de sua morte, viu-se agredida a socos e pontapés por um companheiro de cela, no que é corroborado pelo detetive Geraldo Gomes de Oliveira (fl. 87-TJ), sendo que o auto de corpo delito descreve as lesões internas pela mesma sofridas. No mesmo sentido é o depoimento do médico Adolpho Ribeiro Lorentz, que depôs nos autos (fl. 81-TJ), narrando que "traumatismo dessa natureza é causado por agressões físicas ao abdome", acrescentando que o choque hipovolêmico corresponde à falta de sangue no sistema circulatório.

Diante desse cenário, não resta nenhuma dúvida de que a vítima veio a falecer em conseqüência de agressões que lhe foram provocadas no interior da Delegacia de Polícia de Teófilo Otoni.

Como bem destaca o d. Promotor de Justiça, "Demonstrado o nexo causal entre a omissão acima apontada e o dano, surge daí a responsabilidade de natureza objetiva, e, conseqüentemente, a obrigação de indenizar, como nos ensina, com a maestria que lhe é peculiar, o i. jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, citado por RUI STOCO" (fl. 112-TJ).

Correta, ainda, a invocação pelo i. RMP, de jurisprudência oriunda deste egrégio Tribunal de Justiça:

"*Fica caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado, não havendo que se cogitar de culpa, se o detento foi morto por colega de prisão, em virtude de omissão do serviço carcerário quanto à vigilância adequada e quanto à prevenção, sendo devida a indenização pleiteada pelos familiares da vítima*". (TJMG - Apel. nº 5.536/8 - Segunda Câmara - j. 21/09/93, Rel. Des. Bernardino Godinho - *RT*, 713/193.)

Lado outro, o d. Juiz singular apreciou com esmero o contexto probatório, e a outra conclusão não poderia aportar senão decretar a procedência do pleito inaugural.

Insurge-se o segundo apelante contra a cumulatividade das indenizações por danos material e moral.

Razão mais uma vez não lhe assiste.

O Enunciado da Súmula nº 37 do col. Superior Tribunal de Justiça dirime a questão: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

Tal matéria, de início controvertida, já se encontra pacificada em nossos Tribunais, com o realce de que o próprio Supremo Tribunal Federal já consagrou a cumulatividade do dano moral com o dano material.

Na real verdade, os danos materiais e morais não se confundem, havendo precedentes inclusive nos Tribunais Superiores, como já assinalado.

Na espécie, a vítima, segundo se extrai dos autos, era quem, exclusivamente, sustentava a mulher e as filhas, ora recorridas, com o realce de que a mesma veio a falecer com a idade de trinta e seis anos.

Destarte, ao fixar-se a pensão mensal no valor de dois terços do salário mínimo, a título de danos materiais, até quando a vítima viesse a completar sessenta e cinco anos, afigura-se-me correta e de conformidade com os pronunciamentos jurisprudenciais dominantes, motivo pelo qual não vejo como alterar a sentença nesse ponto.

Igualmente, o estabelecimento dos danos morais, em favor das autoras, no importe de cento e cinqüenta salários mínimos, tenho como adequado, prudente e judicioso. Aliás, no mesmo patamar, na hipótese do evento morte, em casos como o da espécie, é a corrente que predomina em nossos Tribunais.

No que diz respeito à verba honorária, verifica-se que o MM. Juiz a arbitrou em 15% da soma da quantia fixada, a título de danos morais, mais as prestações vencidas e 12 das vincendas, do dano material.

Tenho como razoável o *quantum* relativo à verba honorária a ser pago pelo Estado-vencido às autoras, a uma, por não reconhecer que houve sucumbência parcial das mesmas, já que o d. Sentenciante julgou procedente o pleito contido na exordial; a duas, porque o feito reúne certa complexidade,

que exigiu dos ilustres patronos das apelantes acurado esforço na defesa de suas constituintes, mesmo porque o percentual fixado não atingiu o máximo previsto na lei processual, que seria de 20% (CPC, art. 20, § 3º).

Sendo assim, tenho como escorreita a r. decisão recorrida.

Nesta conformidade, confirmo a sentença, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, de lei.

É como voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SONEGAÇÃO - BENS DO ESPÓLIO - POSSE - OCULTAÇÃO - RECUSA DA ENTREGA - NECESSIDADE DE PROVA

- O que caracteriza a sonegação é a prova de que tenha havido posse, ocultação e recusa de entrega de bens do espólio, com o único propósito de prejudicar os herdeiros; caso contrário, não pode ser aplicada a pena prevista no Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 173.969-7/00 - Comarca de Guarani - Relator: Des. ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Ementa oficial: Sonegação de bens do espólio - Prova da posse, da ocultação e da recusa da entrega - Necessidade. - O que caracteriza a sonegação é a prova de que tenha havido ocultação e recusa de entrega de bens do espólio, com o único propósito de prejudicar os herdeiros; caso contrário, não pode ser aplicada a pena prevista no Código Civil.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 28 de março de 2000. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelos apelados, o Dr. Antônio Eustáquio Teixeira de Miranda.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - É de se conhecer do recurso.

Versam os autos sobre ação de sonegados, julgada improcedente, e, não se conformando, os autores recorreram, alegando que a prova dos autos é evidente quanto à existência de sonegação do gado bovino e suíno; que houve tão-somente a partilha de bens imóveis; que era o apelado quem cuidava do gado de seu pai; que o documento de fls. 107 informa que havia 37 cabeças de gado bovino cadastradas em nome do falecido; que referido documento foi solicitado pelo próprio Julgador; que o acórdão de fls. 147/150 reconheceu existir início de prova por escrito da sonegação alegada.

A presente demanda visa condenar o inventariante por sonegação de bens pertencentes ao espólio de seus genitores.

O que caracteriza a sonegação é a prova de que tenha havido ocultação e recusa de entrega de bens do espólio, com o único propósito de prejudicar os herdeiros; caso contrário, não pode ser aplicada a pena por sonegação, prevista no Código Civil Brasileiro.

Na espécie, apesar de o julgado de fls. 147/150 ter reconhecido a existência de um início de prova por escrito da sonegação alegada, não implica procedência do pedido, havendo de ser examinadas as demais provas, tanto que referido acórdão determinou a instrução do processo, cuja necessidade, inclusive, já havia sido manifestada pelo Juiz singular, no despacho saneador de fls. 103/104.

Dúvida não há de que o falecido Raymundo Xavier Vieira, pai das partes envolvidas neste feito, foi um homem de abastados recursos, o que é reconhecido pelos autores e réu, e confirmado pelo conjunto probatório dos autos.

Entretanto, quando de seu falecimento, já não possuía gado na proporção indicada na inicial, tanto que, ao apresentar relação de bens no inventário de sua esposa, aproximadamente quatro meses antes do seu falecimento, arrolou nada mais que trinta cabeças, como se verifica à fl. 18 dos autos do inventário em apenso.

Com o seu falecimento, veio o réu, em substituição, assumir o cargo de inventariante, cujo compromisso foi lavrado em 03/10/86 (fls. 78 daqueles autos), cinco meses após a apresentação da relação de bens acima referida, época em que não mais encontrou o gado então relacionado pelo seu finado pai.

A prova oral colhida demonstrou, de forma unânime, que o Sr. Raymundo tinha muito gado quando D. Eurídice, sua esposa, ainda era viva, acabando com tudo após o falecimento desta, e, quando ele morreu, ficou com muito pouco, não se sabendo, contudo, se o que restou a ele pertencia, ou a seu filho Armando, que tomava conta da Fazenda.

O documento de fls. 67 - declaração de bens, exercício 1985, ano-base 1984 - nos dá notícia da inexistência de

gado na propriedade do *de cujus*, o que vem corroborar a prova oral produzida no sentido de que o Sr. Raymundo foi-se desfazendo do gado que possuía, podendo ter adquirido outras reses, após essa data, e possuí-las na abertura do inventário de sua esposa, mas tê-las vendido após isto e antes de falecer.

As trintas cabeças arroladas no inventário provavelmente possam ter sido vendidas por ele próprio, para cobrir despesas com sua saúde, que, se sabe, era precária, como noticiam os autos e as próprias partes.

Para o sucesso da ação, cumpria aos autores provar a existência dos bens ditos sonegados, a posse do inventariante sobre os mesmos e a recusa em entregá-los, o que não ocorreu *in casu*, porquanto o documento de fls. 107, por si só, não é prova caracterizadora da sonegação, eis que informa apenas sobre o gado bovino que se encontrava cadastrado em nome do Sr. Raymundo, o que não demonstra a realidade, pois, muitas vezes, como observado pela Julgadora, o gado morre ou é vendido sem que o seu proprietário providencie a baixa junto ao órgão competente.

Vê-se, pois, que nenhuma razão assiste aos apelantes, uma vez não terem provado suas alegações iniciais de que o réu estava na posse do gado e omitiu a sua existência, apontado, aliás, de forma genérica, com o único propósito de prejudicar os herdeiros.

Pelo exposto, é de se negar provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes.

O Sr Des. Garcia Leão - De acordo.

O Sr. Des. José Brandão de Resende - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

CIRURGIA - SUS - NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO - AUTORIDADE MUNICIPAL - CO-GESTOR DO SUS - LEGITIMIDADE PARA FIGURAR COMO AUTORIDADE COATORA - ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM AFASTADA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM

- A autoridade municipal de saúde, encarregada de gerir o SUS, no âmbito do município, competindo-lhe autorizar internações hospitalares e fiscalizar as contas dos procedimentos, legitima-se para responder, em mandado de segurança, por ato próprio tendente a negar autorização para o procedimento cirúrgico indicado ou glosar a conta respectiva, imputando-a ao usuário.

- O princípio constitucional do direito à vida e à saúde e o do dever do Estado de oferecer sua prestação não devem ser considerados em planos inferiores aos dos casuísmos normativos, nem à burocracia estatal, revelando-se direito líquido e certo da impetrante, amparável na via do *writ*, a realização da cirurgia indicada, em situação de emergência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 174.165-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Cirurgia cardíaca - SUS - Negativa de autorização - Argüição de incompetência da Justiça comum afastada - Legitimidade da autoridade municipal, na qualidade de co-gestora do sistema, para figurar como autoridade coatora. - A autoridade municipal de saúde, encarregada de gerir o SUS, no âmbito do município, competindo-lhe autorizar internações hospitalares e fiscalizar as contas dos procedimentos, legitima-se para responder, em mandado de segurança, por ato próprio tendente a negar autorização para o procedimento cirúrgico indicado ou glosar a conta respectiva, imputando-a ao usuário. - O princípio constitucional do direito à vida e à saúde e o do dever do Estado oferecer sua prestação não devem ser considerados em planos inferiores aos dos casuísmos normativos, nem à burocracia estatal, revelando-se direito líquido e certo da impetrante, amparável na via do *writ*, a realização da cirurgia indicada, em situação de urgência. Confirmada a sentença, em reexame necessário, prejudicada a manifestação recursal voluntária.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de maio de 2000. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Conheço da remessa e do recurso voluntário.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela recorrida contra ato do Sr. Secretário Municipal de Saúde e Gestor do Sistema Único de Saúde, que deixou de lhe autorizar cirurgia cardíaca para implantação da prótese *stent*.

Concedida e cumprida a liminar, presta informações a honrada autoridade apontada coatora, que, em resumo, diz que o *stent* se enquadra em procedimento protético ainda não incorporado ao Sistema, que adota a revascularização cirúrgica para esse tratamento.

Diante disso e da eqüidade,

universalidade e integralidade que orientam a política do SUS, não pode o gestor autorizar a prática pretendida pela impetrante, pena de prejuízo aos demais necessitados e de inobservância da Portaria MS nº 113, que proíbe pagamento complementar quando for emitida a AIH.

A sentença concede a segurança e confirma a liminar.

Há remessa oficial.

Ao interpor a manifestação recursal voluntária, a digna autoridade apontada como coatora, inovando nas razões expendidas por ocasião das informações, agita as preliminares de incompetência da Justiça estadual, dada a presença de interesse da União, através do Ministério da Saúde, que é o órgão criador do SUS, de onde emanam os recursos e as normas respectivas; pela mesma razão, diz da sua ilegitimidade para figurar como parte passiva da impetração; além disso, pugna pela extinção do processo, sem apreciação de mérito, porquanto, se o interesse da impetrante era a autorização de internação para angioplastia simples, esta não lhe foi negada, porque se trata de procedimento indenizável pelo Sistema, sendo que a negativa seria para a implantação de prótese denominada *stent*, a cujo custeio se dispõe a própria impetrante; não haveria, assim, negativa a desafiar o *writ* e nem direito líquido e certo amparável nessa via.

No mérito, pede a reforma da decisão, repetindo os argumentos da informação.

Em contra-razões, a apelada rebate as preliminares e sustenta o acerto da sentença, pugnando por sua confirmação.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela confirmação da sentença, em reexame necessário, prejudicado o apelo voluntário.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se:

Com certeza, pela expedição da AIH, a apelada já se submeteu ao implante que desejamos tenha sido de proveito para sua saúde.

Entretanto, *data venia*, entendo que se deva apreciar a apelação e o reexame da matéria.

Preliminares.

Competência da Justiça comum e legitimidade da Autoridade Municipal de Saúde.

Conforme reconhece o próprio recorrente voluntário, o Sistema Único de Saúde se acha alicerçado no princípio da co-gestão, pela participação simultânea dos entes estatais dos três níveis, cabendo ao município, no seu âmbito de atuação, expedir regulamentos, fiscalizar a aplicação de recursos, autorizar as internações e glosar as contas dos procedimentos médicos e hospitalares.

Em sede de mandado de segurança, não é o interesse do órgão estatal que determina a legitimidade da

autoridade coatora, mas a prática do ato tendente à lesão do direito individual.

Neste sentido, leciona HELY LOPES MEIRELLES:

"Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal" (*Mandado de Segurança e Ação Popular*, Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 8).

Assim, a delegação conferida ao impetrado na qualidade de gestor do SUS, no âmbito do município, fá-lo legitimado para responder pelo ato de negativa da autorização de internação da impetrante para o procedimento pretendido, assim como para glosar ou negar o pagamento do custo da hospitalização, mesmo no caso de a interessada se dispor a efetuar o pagamento da diferença entre o procedimento autorizado (angioplastia simples) e o indicado (implantação de *stent*).

De conseguinte, não se cogita de deslocamento da competência para a Justiça Federal.

No que respeita à ausência do direito líquido e certo, amparável pelo mandado de segurança conducente à extinção do processo, ainda aqui falece razão ao impetrado.

Constitui fato público e notório que a Secretaria Municipal de Saúde, arrimada nas disposições da Portaria nº 113 do Ministério da Saúde, sistematicamente, vem negando autorização para o procedimento cirúrgico indicado para a impetrante, ou seja, a angioplastia com implante da prótese *stent*.

Lado outro, o SUS se recusa ao pagamento de contas relativas a procedimentos realizados em desacordo com a autorização de internação expedida.

Disso resulta o justo receio da requerente para, de posse da autorização de internação para angioplastia simples, submeter-se ao implante de *stent* e, posteriormente, ver glosada a conta apresentada pelo hospital, imputando a ela a indenização total das despesas, ao argumento de não se ter autorizado tal procedimento.

Por isso, coerente a pretensão de internar-se pelo SUS e pagar ela própria o implante da prótese, porque a regulamentação do Sistema não admite que o paciente arque com a diferença, donde a presença do direito líquido e certo.

Rejeito, portanto, as prefaciais.

No mérito, embora compreensíveis as razões da negativa do Exmo. Sr. Secretário e Gestor do SUS, a norma constitucional que garante a todos o direito à saúde - e compete ao Estado este dever - há de se erigir em princípio superior à burocracia estatal, porque a vida humana - conquanto algumas políticas teimem em desconsiderá-la - se sobrepõe a todo e qualquer outro direito.

Daí emerge a aparência do bom direito.

Do risco de vida surge o perigo da demora.

Dispensa-se a alegação de outros dados para se definir o direito líquido e certo que milita em favor da apelada.

Presentes todas as condições e todos os requisitos para a ação mandamental, que mereceu apreciação compatível com a urgência, não desafia reforma.

Do exposto, em reexame necessário, confirmo a decisão, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - CONTRATO CELEBRADO ENTRE O PODER PÚBLICO E PARTICULAR - DESCUMPRIMENTO PELO ENTE PÚBLICO - PREJUÍZO PARA O CONTRATADO - PROCEDÊNCIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO - LEGISLATIVO MUNICIPAL - PERSONALIDADE JURÍDICA - AUSÊNCIA - LEGITIMIDADE PROCESSUAL - INEXISTÊNCIA - MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO - PREJUDICIAL - NÃO-CONFIGURAÇÃO

- A questão da desnecessidade de intervenção do órgão ministerial, não configurando qualquer prejudicialidade, torna-se, em conseqüência, desinfluente como preliminar argüida.

- Inobstante possuir o Legislativo municipal autonomia administrativa e financeira, falece-lhe, outrossim, personalidade jurídica própria e, por via de conseqüência, legitimidade processual para responder judicialmente por dívidas.

- Legítima se afigura a pretensão indenizatória fundada em contrato celebrado entre o Poder Público e particular, revelando abusiva qualquer alteração que, ensejando descumprimento do pactuado, implique prejuízo para a parte contratada.

- Sucumbindo-se o Poder Público em ação indenizatória, a verba honorária deve ser fixada, consoante o que dispõe o artigo 20, § 4º, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 174.322-8/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Indenização - Edital - Execução de obras - Câmara Municipal - Ilegitimidade passiva - Contrato firmado entre particular e Município - Reajuste - Desequilíbrio entre as partes - Inadmissiblidade. - Em que pese a ter a Câmara Municipal autonomia administrativa e financeira na gestão de seus próprios negócios, não possui personalidade jurídica, cabendo ao Município responder judicialmente por seus atos. - Legítima é a pretensão de indenização fundada nos termos do contrato firmado entre as partes, mostrando-se abusiva qualquer alteração que implique prejuízo para a contratada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E, NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR, EM PARTE, A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2000. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida a espécie de ação de indenização movida pela apelada contra o Município de Poços de Caldas, visando ao recebimento de valores relativos à prestação de serviços - construção de um mezanino no setor administrativo da Câmara Municipal -, cuja sentença julgou procedente o pedido, condenando a Municipalidade ao pagamento do valor de R$ 83.710,09, corrigido a partir de fevereiro de 1997, mais custas e honorários arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Há remessa necessária e recurso voluntário pelo Município de Poços de Caldas sustentando, inicialmente, a ilegitimidade passiva, ao argumento de que o contrato em questão foi firmado pela Câmara Municipal, não tendo o Município interferido de qualquer forma. No mérito, sustenta que os valores pagos à requerente estão corretos e de conformidade com o contrato, insistindo na validade da cláusula que alterou os termos contratuais. Alega que, dando continuidade à obra, mesmo após a alteração contratual, a requerente teria concordado com seus termos, inexistindo qualquer diferença a pagar.

O recurso foi regularmente contra-arrazoado, defendendo-se o acerto da r. decisão.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça argúi preliminarmente a desnecessidade de intervenção do Ministério Público no feito, dado cuidar de meros interesses patrimoniais do Município, e, no mérito, opinou pela manutenção da r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Em síntese, este é o relatório.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, dada a presença dos pressupostos de admissibilidade.

A questão da desnecessidade de intervenção do Ministério Público, em verdade, não configura prejudicialidade alguma, razão pela qual é desinfluente a preliminar suscitada pela d. Procuradoria-Geral de Justiça.

Preliminar de ilegitimidade.

Com efeito, em que pese a ter a Câmara Municipal autonomia administrativa e financeira na gestão de seus próprios recursos orçamentários, não se pode concluir que o Legislativo municipal tenha personalidade jurídica própria e, muito menos, legitimidade processual para responder judicialmente por dívidas.

Leciona HELY LOPES MEIRELLES: "Certo é que a Câmara não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária. Pessoa jurídica é o Município, mas nem por isso se há de negar capacidade processual ativa e passiva à edilidade, para ingressar em juízo quando tenha prerrogativas ou direitos próprios a defender". (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 1994, p. 446/447.)

Não discrepa a jurisprudência:

"Administrativo. Processual civil. Câmara Municipal. Legitimidade passiva *ad causam* do Município. - Em sede de ação ordinária, compete ao Município responder judicialmente pelos atos da Câmara Municipal. Recurso conhecido e provido". (STJ, Quinta Turma, REsp nº 42.358-PR - Rel. Min. Flaquer Scartezzini, no *DJU* de 04/05/98, p. 194.)

No mesmo sentido confira-se REsp nº 37.245-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, em *DJU* de 11/05/98, p. 138.

Assim, de conformidade com a melhor doutrina e com a orientação dominante, não procede a preliminar, que fica rejeitada.

No mérito, melhor sorte não socorre a apelante.

O contrato em questão apresenta-se de conformidade com o edital, cuja finalidade foi a licitação pública para a execução de obra no setor administrativo da Câmara Municipal, e a alteração contratual durante a execução da obra, modificando a forma de reajuste do preço inicialmente contratado, afeta o equilíbrio entre as partes, devendo por isso ser afastada.

Assim, a recusa do Município em reajustar o preço da obra na forma contratada mostra-se abusiva, causando prejuízo de ordem financeira à apelada.

A pretensão de indenização é legítima e merece acolhimento, devendo o valor ser aquele apontado pelo ilustre perito, uma vez que razoável e resultante de um trabalho criterioso.

No tocante à verba honorária, considerando a parte vencida, reduzo-a

para 5% sobre o valor da causa, de conformidade com o art. 20, § 4º, do CPC.

Pelo exposto, em reexame obrigatório, reformo parcialmente a r. decisão de primeiro grau, apenas no que se refere à verba honorária, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, EM PARTE, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

FALÊNCIA - DEPÓSITO ELISIVO - CUSTAS PROCESSUAIS - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - PAGAMENTO - COMPLEMENTAÇÃO - DESCABIMENTO - SENTENÇA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - JUROS MORATÓRIOS - CORREÇÃO MONETÁRIA - DESPESAS DE PROTESTO - NÃO-INCLUSÃO NO DEPÓSITO - ELISÃO DA FALÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - POSSIBILIDADE - COBRANÇA DAS PARCELAS - VIA EXECUTIVA

- Se a sentença extinguiu o processo falimentar, tendo em vista o pagamento integral do débito, não há que se falar em nulidade da mesma, ao argumento de não se ter julgado expressamente elidida a falência.

- Não há falar-se em complementação do depósito elisivo da falência com o pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, se tais parcelas foram computadas no depósito efetuado, tendo sido recebidas pelo credor, sem que houvesse qualquer impugnação de sua parte acerca dos valores arbitrados, significando ter concordado com os mesmos.

- É possível a extinção do processo falimentar com o depósito do principal, computando-se as despesas processuais e os honorários de advogado, podendo ser elidida a falência, ainda que não incluídos os juros moratórios, correção monetária e despesas de protesto no depósito, se o mesmo não for impugnado pelo credor, ao qual, todavia, fica assegurado o direito de cobrar tais parcelas, que são devidas, através da via executiva e nos próprios autos da falência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 175.550-3/00 - Comarca de Ouro Fino - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Falência - Elisão - Depósito - Computação de juros - Correção monetária e despesas de protesto. - É possível a extinção do processo falencial, com o depósito do principal, despesas processuais e honorários de advogado, devendo os juros moratórios, a correção monetária e as despesas do protesto ser cobrados em execução, se extinto o processo com a elisão da falência. Recurso provido parcialmente.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de maio de 2000. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.

Alega a ilustrada Procuradoria de Justiça, em seu parecer, a preliminar de nulidade da sentença, por não haver julgado expressamente elidida a falência e não se haver manifestado acerca de correção monetária, juros, despesas de protesto, custas e honorários de advogado.

Não lhe assiste razão.

A uma, porque, tendo a sentença recorrida de fls. 251-TJ julgado extinto o processo, tendo em vista o pagamento integral do débito, isso importou, inegavelmente, na elisão da falência, por força do depósito feito pela apelada.

A duas, porque, não tendo sido computados os juros moratórios, a correção monetária e as despesas dos protestos, mesmo com a extinção do processo falimentar, é possível a cobrança de tais parcelas, pela via de execução.

Rejeito, assim, a preliminar.

Quanto ao mérito, alega a apelante, em suas razões, que a apelada, sob pena de decretação de sua falência, deve ser compelida a completar o depósito com os juros moratórios, a partir dos vencimentos das duplicatas, com a correção monetária, despesas de protestos, custas e honorários de advogado à base de 20%, tudo de forma atualizada.

Assiste-lhe parcial razão.

Não lhe assiste razão quando pretende a complementação do depósito elisivo da falência com o pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, que já foram devidamente computados no depósito de R$ 16.177, 44 (fls. 232 e 234-TJ), sem qualquer impugnação por parte da apelante, o que significa dizer que concordou com os honorários arbitrados e recebidos por ela.

Assiste-lhe, porém, razão no que tange ao pagamento dos juros moratórios, correção monetária e despesas de protestos, não para a decretação da falência da apelada, se não forem

pagos, eis que a falência já está extinta, com o depósito realizado.

Todavia, assiste direito à apelante de receber os juros, a correção monetária e as despesas de protestos pela via executiva, e não mais pela via falimentar.

A uma, porque a Súmula nº 29, do colendo STJ, não deixa mais dúvida no sentido de que, "no pagamento em juízo para elidir a falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado", não se podendo exigir mais honorários de advogado, porque, como dito acima, já foram eles arbitrados e recebidos pela apelante.

A duas, porque tenho por aplicáveis à espécie decisões do colendo Superior Tribunal de Justiça, que me parecem altamente razoáveis, lógicas e justas, para o caso dos autos, assim:

"Falência requerida com base no não-pagamento de duplicatas. Depósito elisivo desacompanhado de qualquer defesa. Recolhimento apenas do principal da dívida, sem inclusão de juros, correção monetária, despesas processuais e verba honorária. Insuficiência flagrante. Exigência de tais parcelas remetidas para a via executiva. Recurso conhecido pela divergência e provido. - I - Não há como se reconhecer elisivo da falência o depósito parcial - apenas do valor nominal do crédito reclamado, sem correção monetária, juros, despesas processuais e honorários advocatícios - realizado por comerciante que sequer se dispõe a justificar o não-resgate da obrigação mercantil no tempo e forma devidos. - II - A exigência de que em casos tais o recolhimento seja integral decorre da própria essência e finalidade do depósito elisivo, que tem por escopo, em última análise, descaracterizar o estado de insolvência que enseja a decretação da quebra. - III - Não se justifica que, constatada a insuficiência do depósito para fazer face à integralidade da dívida da requerida, se decida, ainda assim, elidida a falência, remetendo-se a cobrança das parcelas não acobertadas pelo referido depósito à normal via executiva". (STJ - REsp nº 43.658/3-SP, *in DJU* de 18/4/94; THEOTONIO NEGRÃO - *CPC e Legislação Processual em Vigor*, 31ª edição, nota 11: 18a, ao Dec.-lei nº 7.661, de 21/6/45.)

E acrescenta THEOTONIO NEGRÃO:

"Mais liberal, entendendo que, feito o depósito unicamente do principal, converte-se o pedido de quebra em verdadeira ação de cobrança, prosseguindo-se nos próprios autos da execução pelas demais verbas". (*RT*, 643/86; 709/71; *RJTJESP*, 88/109; 120/338), sem possibilidade, porém, de decretação da quebra" (*RJTJESP*, 91/338.)

Mais ainda:

"Depósito elisivo. Transformação do pedido em ação de cobrança. Possibilidade, repelidas as alegações de inépcia da inicial e de pedido juridicamente possível". (STJ: REsp nº 25.714-SP, *in DJU* de 2/8/93; THEOTONIO NEGRÃO, ob. cit., art. 11: 18b, do Dec.-lei nº 7.661/45.)

Ante tais decisões e ficando comprovado nos autos que não foram computados no depósito a verba relativa a juros de mora, correção monetária e despesas de protesto, é mais do que justo que a apelada seja compelida ao pagamento das referidas verbas, mas pela via executiva e nos próprios autos da falência, ficando afastada, porém, qualquer possibilidade de decretação de quebra da apelada.

Não há dúvida de que, se a apelante impugnasse o depósito, alegando que não foram computadas as verbas de juros moratórios, correção monetária e despesas de protestos, poderia o juiz mandar computá-las no depósito e, se não depositadas, poderia o juiz decretar a falência da apelada.

Acontece, porém, que a apelante preferiu receber o valor depositado, que era realmente expressivo, para vindicar, posteriormente, como o faz agora, a inclusão dos juros, correção e despesas de protestos, sob pena de decretação da falência, o que não me parece justo, pois poderia evitar, em tempo oportuno, tal atropelo.

Com esses fundamentos, provejo parcialmente o recurso, para que a apelada seja compelida a pagar os juros moratórios, correção monetária e despesas de protestos, mas pela via executiva, nos próprios autos da falência.

Custas, meio a meio.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO, EM PARTE.

-:::-

REGISTRO CIVIL - RETIFICAÇÃO - ALTERAÇÃO DO NOME DA MÃE NO REGISTRO CIVIL DO FILHO - RETORNO AO NOME DE SOLTEIRA POR FORÇA DE DIVÓRCIO - IMPOSSIBILIDADE

- Não merece reforma a sentença que indefere alteração do nome da mãe, no registro civil do filho, para figurar neste seu nome de solteira, como conseqüência de divórcio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 176.904-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Retificação de registro civil - Alteração do nome da mãe no registro civil do filho - Retorno ao nome de solteira, por força de divórcio. - Não merece reforma a sentença que indefere alteração do nome da mãe, no registro civil do filho, para figurar neste seu nome de solteira,

como conseqüência de divórcio. Sentença mantida.

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, 11 de maio de 2000. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dra. Heloísa Terenzi.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.

O apelante, em suas razões, insiste na possibilidade de alteração do nome de sua mãe, em seu registro civil, para ali constar o nome de solteira, como conseqüência da ação de divórcio.

Não lhe assiste razão.

É certo que, na separação judicial e posterior ação de divórcio entre Vitor Galery e Silvana Neuenschwander Galery, pais do apelante, a sua mãe passou a ter o nome de solteira - Silvana Terenzi Neuenschwander - e, com isso, pretende o apelante que haja alteração no seu registro civil, para ali constar o nome da mãe como sendo Silvana Terenzi Neuenschwander.

A pretensão, porém, não me parece deferível.

A uma, porque, como bem lembrado pela ilustrada Procuradoria de Justiça do Estado, é inteiramente aplicável à espécie o acórdão do TJDF - Primeira Turma - de 21/09/98 - *in JUIS*, CD-ROM nº 19:

"O divórcio entre os pais não justifica o acolhimento do pedido de retificação de registro para que conste o nome de solteira de sua mãe em lugar do nome de casada porque a modificação posterior tem efeitos *ex nunc* e a Lei de Registros Públicos impõe seja observado o nome da ocasião do parto (art. 54, 7º, da Lei nº 6.015/73). Sentença reformada. Recurso provido".

A duas, porque, efetivamente, dispõe o art. 54, 7º, da Lei nº 6.015, de 31/12/73, que os nomes e prenomes dos pais do registrando devem ser os mesmos da ocasião do parto e, por época do parto do apelante, constava no seu registro civil o nome da mãe com o nome de família do pai, Silvana Neuenschwander Galery, que, assim, deve ser mantido.

A três, porque há ligeiro equívoco na sentença, quando se refere ao art. 56 da Lei nº 6.015/73, pois o que ali se estabelece é que o interessado, no caso o filho ora apelante, atingida a maioridade, poderá alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família; valendo observar que, no presente caso, não se trata de alterar o nome do apelante, mas, sim, o nome de sua mãe em seu registro civil, o que é coisa diferente.

Dentro desse quadro fático e jurídico, se a sentença em divórcio tem efeitos *ex nunc*, ou seja, dali para frente, é óbvio que tal sentença não poderá retroagir, para alterar o nome de sua mãe que constou por época de seu parto, em decorrência do casamento com o pai do apelante.

Com esses fundamentos, mantenho a sentença e nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Campos Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDATO - FALECIMENTO DO OUTORGANTE ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO - EXTINÇÃO - SUBSTABELECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE PARTE - IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL - PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO - AUSÊNCIA

- De um mandato extinto não pode surgir substabelecimento.

- Falecendo o autor antes de proposta a ação, é de se reconhecer a extinção do mandato judicial, nos termos do art. 1.316 do Código Civil.

- A inexistência de parte autora no feito e a irregularidade na representação processual ocasionam a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 178.103-8/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Extinção de instrumento de mandato - Falecimento do outorgante antes de proposta a ação - Irregularidade de representação processual - Extinção do feito nos termos do art. 267 do CPC. - Tendo o autor falecido antes de proposta a ação, é de se reconhecer a extinção do mandato judicial, nos termos do art. 1.316 do Código Civil. A inexistência de parte autora no feito e a irregularidade na representação processual ocasionam a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de maio de 2000. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Conheço do recurso.

Interpõe recurso de apelação, atacando a sentença de fls. 35, que julgou extinto o processo nos termos do art. 267, IV, do CPC, o espólio de Avany Maia de Freitas Silva, representado por sua inventariante.

Diz que o recurso é tempestivo, juntando cópias das Portarias nºs 079/99 e 082/99, noticiando suspensão de expediente forense nos dias 17, 20, 21 e 22 de setembro, em virtude de adesão do Juiz da Comarca ao movimento de independência e autonomia do Judiciário.

Pugna pela nulidade da sentença e defende a capacidade postulatória, em síntese.

As contra-razões vieram às fls. 48/50. Em preliminar, o recorrido argúi intempestividade do recurso e pugna, no mérito, pela manutenção da sentença monocrática.

As portarias de que dá notícia o agravante o socorrem. Ao presente feito aplica-se a Resolução nº 289/95. Assim, o recurso é tempestivo.

Não havia expediente forense. Seu prazo fluirá após o primeiro dia útil após o término do prazo fixado naquelas portarias.

O advogado foi intimado da sentença em 17/09/99 (certidão de fls. 36-v.).

O art. 2º da Resolução nº 289/95 dispõe que as intimações publicadas no *Diário Oficial* consideram-se feitas 2 (dois) dias úteis após a data de sua edição.

Sendo o dia 17/09/99 sexta-feira, a teor da citada Resolução, o marco inicial para contagem do lapso temporal dar-se-á em 22/09/99. Nesse dia não havia expediente forense, portanto, tempestivo o recurso.

A argumentação de suspensão de expediente forense, assim, aproveita ao recorrente.

O recurso é tempestivo.

Dele conheço.

Argúi preliminar de nulidade da sentença, porque o *decisum* não atende ao disposto no art. 458 do CPC.

Rejeito. Ao julgar extinto o feito, o Juiz fundamenta no parágrafo anterior da sentença a sua convicção.

Diz que a simples irregularidade apresentada nos autos, unicamente, quanto à representação, puramente processual, era perfeitamente sanável, como de fato o foi à fl. 33, quando o espólio da autora, pessoa formal representada por sua filha Olira Maria da Silva, substituiu a autora em virtude de seu falecimento. A questão confunde-se com o mérito e será enfrentada a seguir.

Seu deslinde é simples, de igual modo.

Os poderes foram outorgados ao subscritor da inicial em 26 de junho de 1996. Ora, a utilização de instrumento de mandato outorgado há vários anos não atende aos requisitos do § 1º do artigo 1.289 do Código Civil, porquanto carece de informações atualizadas.

A peça de ingresso está datada de 30 de setembro de 1998, porém somente foi levada à distribuição em 05 de março de 1999 (fls. 07 e 13).

Informada, a ilustrada Juíza determinou ao subscritor da inicial que se manifestasse sobre os fatos alegados em quarenta e oito horas (fls. 27).

Diz o ilustre Promotor que, "numa verdadeira inovação, vinte e um dias após a intimação, o subscritor da inicial substabeleceu os poderes da falecida a outros profissionais". Ora, é de toda evidência, não podendo sofrer contestação razoável, que de um mandato extinto não pode surgir substabelecimento, que é conseqüência, decorrência, efeito daquele.

No dia seguinte, por intermédio de petição encaminhada em "fac-símile", o subscritor comparece nos autos tentando justificar o injustificável, porém, com juntada de procuração em nome do espólio.

Inteira razão assiste ao nobre representante do Ministério Público: de um mandato extinto não pode surgir substabelecimento. Colaciona-se:

"1. Tendo o autor falecido antes de proposta a ação, é de se reconhecer a extinção do mandato judicial, nos termos do art. 1.316 do Código Civil. 2. Inexistência de parte autora no feito e irregularidade na representação processual, ocasionando a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. 3. Remessa oficial, tida como interposta, provida. Processo extinto, a teor do art. 267, IV, do CPC". (TRF 3ª - AC nº 98.03.020158/1-SP - Quinta Turma - Relª. Desª. Fed. Ramza Tartuce - *DJU*, 23/03/1999 - p. 418.)

Pelo exposto, rejeitando as preliminares, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - DECRETAÇÃO - RECUSA DOS CREDORES AO ENCARGO DE SÍNDICO - AUSÊNCIA DE BENS A GARANTIR O CUSTEIO DO PROCESSO FALIMENTAR - ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA - ART. 75 DO DL Nº 7.661/45

- Nos termos do art. 75 da Lei de Falências, encerra-se o processo de falência decretada se nenhum dos credores aceitar o encargo de síndico e não forem encontrados bens a serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, inclusive os encargos do síndico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 179.726-5/00 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Falência decretada - Recusa dos credores ao encargo de síndico - Ausência de bens a garantir o custeio do processo falimentar - Encerramento da falência - Art. 75 do DL nº 7.661/45. - Nos termos do art. 75 da Lei de Falência, encerra-se o processo de falência decretada se nenhum dos credores aceitar o encargo de síndico e não forem encontrados bens a serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, dentre elas os encargos do síndico.

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, 16 de maio de 2000. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. José Adriano Marrey Neto.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de inconformismo de Holdercim Brasil S.A., firma requerente da falência de Use Concreto Construção Empreendimentos Ltda., contra a r. sentença (fls. 491/495-TJ) que, embasada no art. 75 da Lei de Quebra, encerrou o processo de falência, por nenhum dos credores aceitar o cargo de síndico, mas tentar a cobrança pela via rápida do requerimento de falência para, depois da quebra, declinar do "honroso cargo de síndico", sob os mais variados protestos ou, em certos casos, sem justificativa nenhuma. Nem ter sido encontrado qualquer bem da falida capaz de suportar as despesas do processo, justificando a nomeação de um síndico dativo.

A requerente-apelante acena para possível existência de crime falimentar, "de ação pública", pela venda de bens componentes do ativo no termo legal da falência, depurável e recuperável por via de ação revocatória proponenda por síndico dativo.

1. A despeito de o recurso apelatório ter sido oferecido ao protocolo integrado do Fórum Lafayette, em Belo Horizonte, no último dia do prazo recursal, e ofertado por advogado sem legitimidade *ad processum*, porque com mandato impertinente (fls. 522), conheço do recurso, pela juntada de novo instrumento de mandato (fls. 537-TJ), agora legítimo, no prazo assinado pelo MM. Juiz do feito.

2. Conhecendo do apelo, improvejo-o, dadas as criteriosas e magistrais ponderações do ilustrado Juiz atuante no Fórum da simpática Comuna de Itajubá, Dr. José Sérgio Palmieri, merecedor de encômios, as quais realço como protótipo, *ipsis litteris*:

"Não é razoável que os juízes nomeiem advogados para o exercício do cargo, pois acabam estes aceitando o ônus e toda a responsabilidade dele emergente sem nada receber, na maioria dos casos, apenas por gentileza de atender ao Juízo. Nesta comarca, contudo, os nomeados recusaram o encargo, contando com o apoiamento de sua instituição, a OAB, que não faz nomeações para a espécie.

Ilógica a facilidade de os interessados diretos, que se mostram indiferentes ao prosseguimento da ação especial, depois de frustrada a expectativa de recebimento imediato de seus créditos, deixarem todas as obrigações aos juízes, curadores e síndicos dativos, estes cada vez mais sacrificados.

Ora, se a falência é a execução por meio da qual se busca pagar aos credores pela liquidação do patrimônio do devedor insolvente, fica difícil entender por que os juízes, curadores fiscais e síndicos dativos devam sustentar interesses dos credores desinteressados, prosseguindo em todos os atos até o dia em que, vendidos os eventuais bens da falida, sejam eles convocados para entregar-lhes a parte apurada no rateio.

A melhor solução, sobretudo nas falências em que não há arrecadação de bens e nas quais os credores se mostrem desinteressados, como no caso dos autos, é a aplicação do disposto no art. 75 da Lei das Falências, com o encerramento puro e simples do processo falimentar, atalhado o caminho que conduziria ao mesmo resultado e evitando-se, assim, o suceder de atos inúteis" (fls. 494-TJ).

Assim também se posicionou o douto Procurador de Justiça, Dr. João Câncio de Mello Júnior, em seu percuciente parecer, *verbis*:

"Quanto ao recurso, busca a modificação da sentença, porém, evidencia apenas a irresignação com a apreciação dos elementos objetivos e fáticos nos autos, interpretados em desfavor do recorrente, assim inexistindo outros elementos jurídicos que autorizem a modificar a relação jurídica estabilizada pela decisão objurgada.

Ademais, como perscrutado pelo Ministério Público em primeiro grau de jurisdição, sem a figura do

síndico, não há o relatório previsto na lei falimentar, para posterior inquérito judicial, que por sua vez investigará a ocorrência, ou não, de eventuais delitos tipificados na LF.

Finalmente, cumpre lembrar que o processo de falência, como processo que visa excutir bens do devedor para satisfazer direito do(s) credor(es), sempre e sempre se justifica no interesse do credor titulado. Ora, se o próprio credor se desinteressa pela satisfação do seu crédito, não será o juízo, *ex officio*, quem deverá praticar atos no interesse patrimonial e particular do credor. Logo, acertada juridicamente a solução contida na sentença" (fls. 547).

A r. sentença objurgada palmilhou sabiamente os termos incisivos e cogentes do art. 75 da Lei de Falência, Decreto-lei nº 7.661/45, merecendo prosperar.

Assim, nego provimento à apelação.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

O Sr. Des. Garcia Leão - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - INTERVENÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS NA LIDE - FORO PRIVATIVO - *PERPETUATIO JURISDICTIONIS* - INOCORRÊNCIA

- Intervindo o Estado de Minas Gerais em processo que tenha curso perante vara cível da Capital, desloca-se o feito para uma das varas da Fazenda Pública e Autarquias, já que aquele possui foro privativo, não se alterando a competência de foro já definida, nos termos do art. 65 da Lei Complementar nº 38/95, não havendo que se falar, na espécie, em *perpetuatio jurisdictionis*, que não prevalece ante a incompetência absoluta.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 137.177-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Estado - Foro privativo - *Perpetuatio jurisdictionis* - Inocorrência. - Intervindo o Estado de Minas Gerais em processo que tenha curso perante vara cível da Capital, desloca-se o feito para a Vara da Fazenda Pública e Autarquias, já que possui ele vara privativa, não se alterando a competência de foro já definida, nos termos do art. 65 da Lei Complementar nº 38/95. - Não há que se falar, na espécie, em *perpetuatio jurisdictionis*, porque não há alteração de foro.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR POR COMPETENTE O MM. JUIZ SUSCITANTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 1999. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Trata-se de conflito negativo de competência levantado pelo em. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual em razão da declinação ocorrida pelo em. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível, ambos desta Comarca de Belo Horizonte.

Alude o suscitante que corria no Juízo suscitado ação de execução de título extrajudicial, aforada pelo BEMGE - Banco do Estado de Minas Gerais - contra particulares, mas ocorreu a "cessão de crédito" por ato *inter vivos* ao Estado de Minas Gerais, donde a declinação.

Opõe-se o suscitante com o princípio da perpetuação da jurisdição do art. 87 do CPC, eis que a hipótese não preenche as exceções de alteração em razão da matéria ou de hierarquia, bem que o Estado não tem foro privilegiado, e sim privativo.

Opina a douta Procuradoria de Justiça pela competência do Juízo da 6ª Vara Cível.

A primeira dicotomia em matéria de competência é a diferenciação entre competência relativa e absoluta. Nesta última, caso em espécie, insere-se diversas considerações: em razão da matéria, em razão da natureza da lide, funcional etc.

Cabe-nos, aqui, a consideração da atividade funcional em razão de integrar a lide o Estado de Minas Gerais.

É certo que norma expressa remete às Varas de Fazenda, privativamente, a competência para conhecimento e julgamento dos feitos de interesse da Administração, direta e indireta do Estado. Disso não há dúvida, por força do art. 65 da Lei Orgânica Judiciária do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar nº 38, de 13 de fevereiro de 1995).

Tem ele foro privativo, mas não privilegiado, o que, na espécie, pouco importa, já que conflito oriundo da mesma comarca. O foro continua o mesmo.

No âmbito da competência funcional, insere-se a espécie.

Com a cessão do crédito pelo BEMGE S/A ao Estado de Minas Gerais, alterou-se o credor e o pólo ativo da ação. Aplicar-se-á o texto do art. 87 do CPC, que determina a competência no momento em que a ação é proposta? Seria a adoção da regra da perpetuação da jurisdição instaurada?

Contudo, tal regra traz exceções, uma das causas exatamente a constatada na alteração da competência, pela *hierarquia*. Trata-se do Estado no lugar do BEMGE S/A, entidade de direito privado, aquele com *foro privativo* instituído *ratione personae*, pelo que se define a competência pela qualificação da parte, e não da matéria.

Adentrando o Estado de Minas Gerais na lide como cessionário de débito, ocorre, automaticamente, a transferência de competência, onde existe o foro privativo do Estado.

A competência absoluta pode ocorrer ou ser apontada em qualquer fase do processo.

Exemplifiquemos. Se o débito fosse transferido para a União, não ocorreria imediatamente a competência da Justiça Federal?

O princípio da perpetuação da jurisdição não prevalece ante a incompetência absoluta. Esta não se prorroga. A prevalência só ocorre na hipótese da incompetência relativa.

Ao exposto e na conformidade de outras decisões desta Câmara (CNC nº 136.971/9), resolvo o conflito, reconhecendo a competência do Juízo suscitante (o da Vara da Fazenda Pública e Autarquias), mesmo que assim ocorram atropelos às poucas varas, momentaneamente.

Participaram do julgamento os Desembargadores Aloysio Nogueira e José Antonino Baía Borges.

Súmula - DERAM POR COMPETENTE O MM. JUIZ SUSCITANTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

COMPETÊNCIA - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA AJUSTADA EM SEPARAÇÃO JUDICIAL - JUIZ DA CAUSA PRINCIPAL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 108 DO CPC

- Competente para processar e julgar ação de modificação de cláusula ajustada em separação judicial finda é o juiz da causa principal, tendo em vista o disposto no artigo 108 do Código de Processo Civil, bem como em observância ao princípio da economia processual e por razões de ordem prática.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 163.898-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Competência - Conflito negativo - Ação de modificação de cláusula ajustada em separação judicial - Competência do juízo da ação principal - Inteligência do art. 108 do Código de Processo Civil. - Se a ação é oriunda ou acessória de outra,

ainda que transitada em julgado, a competência é do juiz da causa fonte ou da causa principal, conforme dispõe o artigo 108 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2000. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte contra o Juiz de Direito da 6ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação ordinária de modificação de cláusula relativa à pensão alimentícia ajuizada por S.R.A. em face de P.C.P.

Entende o Juiz-suscitante que a competência para processar e julgar a referida ação ordinária de modificação de cláusula é do Juiz da 6ª Vara de Família, onde tramitou a ação de separação litigiosa, quando o réu se obrigou a pagar uma pensão à filha menor, pois aquele juízo ficou prevento.

Manifestou-se o Juiz-suscitado, aduzindo que o Código de Processo Civil não prevê a conexão de causa finda com outra recém-proposta como fonte de alteração das regras de competência.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido de ser competente o Juiz-suscitante.

O cerne da questão promana de entendimentos divergentes acerca da competência para processar e julgar ação de modificação de cláusula ajustada em separação judicial já com o trânsito em julgado.

Diz o artigo 108 do Código de Processo Civil:

"A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal".

Na verdade, as ações acessórias tanto se relacionam com processos já findos como também se relacionam com atos processuais referentes ao processo.

Ora, se a ação é oriunda ou acessória de outra, ainda que já julgada, a competência é do juiz da causa fonte ou da causa principal, conforme dispõe o referido artigo 108.

No caso vertente, a cláusula que se pretende modificar integrou o acordo estabelecido na ação de separação judicial do casal, onde o varão se obrigou a pagar os alimentos à sua filha.

Quem conheceu a anterior ação de separação judicial, onde ficou estabelecida a obrigação de prestar alimentos,

deve também julgar a modificação desta cláusula ajustada entre as partes.

Ademais, também por critérios de economia processual e praticidade, a ação deve ser julgada no mesmo juízo.

Por sua vez, comentando o artigo 108, observa o Professor CELSO AGRÍCOLA BARBI:

"Apesar de não estar expressamente disposta no artigo, a competência do juiz da ação principal existe, qualquer que seja o momento da propositura da ação acessória. Não importa que ela seja ajuizada antes, durante, ou depois da ação principal, nem o fato de esta já estar terminada" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 6ª edição, 1991, p. 289).

Também não é outro o entendimento do Professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"Havendo conexão por acessoriedade, a competência do juiz da ação principal permanece, seja a lide acessória ajuizada antes, no curso ou até mesmo depois de encerrada a demanda principal" (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, 5ª edição, v. I, p. 198, nº 174).

Ocorre que o atual artigo 108 do Código de Processo Civil é mais conciso, referindo-se apenas à ação acessória, enquanto o artigo 138 do Código de 1939 era mais explícito, falando em ações acessórias ou oriundas de outras. Mas as causas oriundas de outra são acessórias dela, de maneira que a fórmula do Código de 1973 equivale à do de 1939.

Assim, apesar de não estar expressamente disposto no artigo, a competência do juiz da ação principal existe, qualquer que seja o momento da propositura da ação acessória. Não importa que ela seja ajuizada antes, durante ou depois da ação principal, nem o fato de esta já ter terminado. Se for ajuizada na pendência da ação principal, ou depois de terminada esta, o juízo já está definido: é aquele onde correu ou corre a ação principal.

Pelo exposto, acolho o conflito para declarar a competência do Juiz-suscitado.

O Sr. Des. José Brandão de Resende - De acordo.

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - De acordo.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUIZ-SUSCITADO.

-:::-

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OBSCURIDADE - FALTA DE DISPOSITIVO DA DECISÃO - INOCORRÊNCIA - CONCUBINATO - CONCUBINO CASADO, MAS SEPARADO DE FATO - NÃO-CONCOMITÂNCIA COM O CASAMENTO - UNIÃO ESTÁVEL - RECONHECIMENTO

- O dispositivo da sentença não é a referência do artigo da lei em que se funda, mas o seu comando, o acolhimento ou rejeição parcial ou total do pedido.

- Tendo ocorrido, com a separação de fato, um lapso de tempo suficiente, de muito ultrapassante ao necessário para autorizar o pleito da separação judicial ou do divórcio, não há por que não se conferirem à relação da embargada e do *de cujus* os fins legais contemplados no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, uma vez que a conversão em casamento não teria sido um ato impossível de ocorrer, se não fosse a morte deste; encontrando tal caso amparo não apenas na doutrina e jurisprudência, mas também no art. 5º da LICC, refletindo o verdadeiro objetivo do § 3º do art. 226 da CF.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 161.362-9/01 NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 161.362-9/00 - Comarca de Três Corações - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

Ementa oficial:

ACÓRDÃO DOS EMBARGOS

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR OS EMBARGOS.

Belo Horizonte, 14 de março de 2000. - *Páris Peixoto Pena* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - I.C.L. interpõe embargos de declaração do acórdão de fls. 206/212, alegando que o mesmo é obscuro, porque não mencionou em que dispositivo se fundamentou para manter a decisão de primeiro grau. Diz a embargante que o dispositivo citado no acórdão, qual seja, o art. 226, § 3º, da CF, não garante o reconhecimento ao concubinato de pessoas que ainda permanecem casadas. Em resumo, é isso.

O acórdão recorrido abraçou a tese de que é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, ou, em outras palavras, de que a separação de fato de pessoas casadas não impede o reconhecimento de união estável *more uxorio*. Pois bem: ao criar as leis, não poderia o legislador prever todas as hipóteses que viriam a ocorrer na vida real. Esta, nas suas polimorfas e infinitas manifestações, cria a todo instante situações que o legislador não lograra encerrar ou captar em meras fórmulas legislativas ou disposições legais. Assim, é certo que inúmeras situações fatalmente surgirão, não previstas de modo específico pelo legislador, e que reclamam sua adequação à vida por parte do juiz mais que pelo jurista. Fora disso, não se pode deixar de lado a necessidade de se fazer uma adaptação do direito à realidade social, mormente em âmbito de Direito de Família. É certo que não

há na lei um dispositivo claro acerca da questão discutida neste processo, mas, exatamente para regular tal situação, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram uma teoria para adaptar o direito à realidade, a qual, conforme demonstrado em meu voto, me filio. Afinal, o direito não se confunde com a lei e nem a esta se reduz. A doutrina e a jurisprudência são tidas como fontes indiretas ou mediatas, que encaminham os espíritos, mais cedo ou mais tarde, à elaboração da norma. Conforme disse em meu voto, o que não se pode aceitar é o concubinato adulterino, ou seja, aquele mantido concomitantemente com o casamento (refiro-me ao casamento real, não ao formal). *In casu*, tal não ocorria, pois que a embargada e o falecido viviam sob o mesmo teto e de forma ininterrupta por mais de quinze anos, sendo fruto desta união o nascimento de duas filhas. Assim, tendo ocorrido, com a separação de fato, um lapso de tempo suficiente, aliás, de muito ultrapassante ao necessário para autorizar o pleito da separação judicial ou do divórcio, não vejo por que não se conferirem à relação da embargada e do *de cujus* os fins legais contemplados no § 3° do art. 226 da CF, uma vez que a conversão em casamento não teria sido um ato impossível de ocorrer, se não fosse a morte deste. Tal caso, conforme citado em meu voto, encontra amparo, não apenas na doutrina e jurisprudência, mas também no art. 5° da LICC, e reflete, *d. v.*, o verdadeiro objetivo do § 3° do art. 226 da Constituição Federal. Por fim, cumpre salientar que o dispositivo da sentença não é a referência do artigo da lei em que se funda, mas o seu comando, o acolhimento ou rejeição parcial ou total do pedido.

Com estas considerações, rejeito os embargos.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS.

(Obs. Segue a apelação.)

Ementa oficial: Concubinato - Concubino casado, mas separado de fato - Não-concomitância com o casamento - Reconhecimento cabível da união estável. - A separação de fato de pessoas casadas civilmente não impede o reconhecimento de união estável, *more uxorio*, para os fins legais contemplados no parágrafo 3° do art. 226 da CF, desde que dela tenham resultado filhos ou que a separação de fato tenha ocorrido há mais de dois anos, tornando a união "honesta" e possibilitando a dissolução do casamento civil pelo divórcio. O que a lei e a constituição não contemplam é o concubinato adulterino, concomitante ao casamento mantido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 161.362-9/00 - Comarca de Três Corações - Relator: Des. PÁRIS PEIXOTO PENA

ACÓRDÃO DA APELAÇÃO

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, 1° de fevereiro de 2000. - *Páris Peixoto Pena* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Páris Peixoto Pena - Trata-se de ação declaratória de sociedade de fato proposta por E.P. em face de I.C.L., objetivando o reconhecimento do seu direito de receber, do Ministério do Exército, pensão por morte de seu companheiro P.P.L.

Através da sentença de fls. 152/157, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, reconhecendo a união estável da requerente com o *de cujus* e, em conseqüência, o seu direito de receber 50% do percentual pago à requerida a título de pensão militar.

Apela esta alegando que a decisão proferida beneficiou uma pessoa que vivia em contínuo crime de bigamia, acoitando em sua residência homem casado, que em momento algum se preocupou em regularizar tal situação.

Diz que, além da apelada não ter provado que dependia financeiramente do *de cujus*, as suas duas filhas já são contempladas com o percentual de 20% do total dos vencimentos daquele, sendo que a pensão que recebe mal dá para o seu sustento, uma vez que reside no Rio de Janeiro, paga aluguel e gasta muito com compra de medicamentos.

Pede a reforma total da decisão no que diz respeito ao direito da apelada a receber 50% do percentual atualmente pago a ela ou, ao menos, que seja reduzido tal percentual para 20%.

O recurso foi contra-arrazoado, tendo a apelante efetuado o preparo, apesar de lhe ter sido reconhecido o direito à assistência judiciária (fls. 157).

Parecer ministerial e Procuradoria opinaram pelo seu improvimento.

Dele conheço.

Vejo que ficou amplamente comprovado que a apelada e seu companheiro P.P.L., este último casado civilmente, conviveram *more uxorio*, em união estável, por mais de quinze anos, resultando-lhes o nascimento de duas filhas.

Além dos depoimentos colhidos, que confirmam tal relação, bem como a sua duração, consta dos autos "justificação de dependência econômica" requerida em Juízo pelo casal e devidamente homologada (fls. 10/11). Também, à fl. 13, juntou a apelada a escritura pública de reconhecimento de paternidade, em que o *de cujus*, além de confessar o "reconhecimento da sua paternidade ilegítima sobre as duas menores supracitadas", disse que:

"*... há mais de quinze anos vive em regime de verdadeiro concubinato, sob o mesmo teto e de forma ininterrupta com E.P., convivência esta que prolonga harmoniosamente durante todos estes anos como se casados fossem...*" (*sic*) (fls. 13).

Fora disso, a própria apelante reconhece a existência da relação de

seu falecido marido com a apelada, tendo afirmado à fl. 64:

"Em momento algum foi contestado que a requerente vivia em concubinato com o falecido; o que se contesta é a legalidade do pedido formulado pela requerente em receber pensão alimentícia, uma vez que o ex-concubino era casado legalmente com I.C.L. até o dia do falecimento do mesmo".

Além da longa união existente entre a apelada e o Sr. P.P.L., que viveram como se casados fossem, sob o mesmo teto, tendo sido fruto desta união o nascimento de duas filhas, vê-se que desde então o casamento com a apelante se limitou a vínculo formal.

FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELO tece os seguintes comentários em sua obra *União Estável - Concubinato - Repercussões Jurídico-Patrimoniais*, p. 28/29 e 35:

"A presença de qualquer obstáculo legal à realização do matrimônio entre os componentes da relação afasta-a da qualidade de concubinato puro, exceto quando, não obstante um dos parceiros seja casado com outra pessoa, haja separação de fato que atinja duração temporal considerável no momento do início do novo relacionamento. Existe, também, a possibilidade de que a união venha a perdurar tanto que o Poder Judiciário reconheça a estabilidade da mesma, embora iniciada após pequeno espaço de separação de fato entre o membro casado e o cônjuge. Isto porque, nas situações expostas acima, a força construtiva da conjugação do casal supera o empecilho oposto pelo casamento anterior, e o objetivo do legislador seja plenamente atingido, qual seja, o de propiciar a solidificação dos laços familiares.

Logicamente, a presença de impedimento legal frustraria o esforço do ordenamento jurídico, fazendo fenecer a utilidade social da relação, sob esta ótica. Todavia, a longa separação de fato é um dos motivos que autoriza o pleito de separação judicial, ou divórcio, e nisso reside a admissibilidade de reconhecimento da relação como união estável quando um dos companheiros, casado com outra pessoa no papel, desfez no mundo fático o liame anterior, optando por construir nova família".

Também este é o entendimento de JOÃO ROBERTO PARIZATTO, em sua obra *Os Direitos e os Deveres dos Concubinos*, p. 74:

"A união de fato entre pessoas separadas de fato, que, aliás, é um fato comum nos tempos atuais, parece-nos perfeitamente admissível na situação atual do direito. A uma, porque a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, eliminou as expressões "incestuosa e adulterina"; e, a duas, porque a união de pessoas separadas de fato já vinha sendo reconhecida há bastante tempo, tanto em sede doutrinária quanto em sede jurisprudencial.

FRANCISCO JOSÉ CAHALI, *in União Estável e Alimentos entre Companheiros*, Ed. Saraiva, 1996, p. 80/81, escreveu que: "não se pode negar o acerto da orientação doutrinária e jurisprudencial admitindo a caracterização de união estável mesmo se um ou ambos forem casados, desde que separados de fato. Efetivamente, a separação de fato põe termo ao regime de bens e aos deveres do casamento, dentre eles coabitação e fidelidade. Em assim sendo, tornam-se os cônjuges separados desimpedidos para construírem nova família através da união estável".

A jurisprudência tem assim assentado:

"Concubinato. Concomitância com o casamento. - A lei não contempla o concubinato adulterino, isto é, aquele mantido concomitantemente com o casamento. A tal relação não se aplica o art. 5º da LICC, que determina que, 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'. O dispositivo só deve ser aplicado quando a situação de fato assim o reclamar, isto é, desde que existente uma separação de fato entre os cônjuges a tornar o concubinato honesto, como o reconhece a nova Constituição". (3ª CCTJ-SP, Apel. nº 116.225/1, m. v. em 17/10/1989, Rel. Des. Mattos Faria, *in RT*, 649/52.)

Adotando tal posicionamento, irrepreensível, a meu modesto entender, a r. sentença quanto ao reconhecimento do direito da apelada de receber metade do valor pago à apelante a título de pensão militar.

Nego, pois, provimento ao recurso.

Custas, pela apelante, sob isenção, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - DESPESAS ESCOLARES - DEDUÇÃO - CONSENTIMENTO TÁCITO DOS CREDORES - DÉBITO - INOCORRÊNCIA - REVISIONAL - ACORDO - REDUÇÃO DO *QUANTUM* ALIMENTÍCIO - REFERÊNCIA A DÉBITOS PRETÉRITOS - AUSÊNCIA - PRESUNÇÃO DE CONCORDÂNCIA DOS CREDORES - EXECUÇÃO - LIQUIDEZ DA CONDENAÇÃO - DESAPARECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE

- Não há falar em débito alimentar se o devedor de alimentos, com o consentimento tácito dos credores, procede a descontos na pensão alimentícia acordada - para cobrir despesas escolares efetuadas com os mesmos, não vislumbrando qualquer prejuízo aos alimentados, na medida em que suas necessidades estão sendo supridas satisfatoriamente.

- Reduzido o *quantum* alimentício por via de acordo celebrado em posterior revisional, sem qualquer referência a débito pretérito, dita circunstância faz presumir, quanto a tal matéria, incontestável concordância dos credores.

- No momento em que os credores aceitaram a forma de pagamento diversa da pactuada, inviabiliza-se a execução alimentícia pretérita, pois a liquidez da condenação aos alimentos desaparece, sendo certo que o processo executório exige título líquido e certo.

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 146.851-1/01 (na Apelação Cível) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Alimentos - Execução - Improcedência. - Ajustado o valor dos alimentos, o devedor pagava a menor, porque descontava as despesas de educação, transporte e saúde, com tácito consentimento dos credores, não há falar em débito. Ademais, na fiança posterior, diminuiu-se o *quantum*, sem qualquer referência a débito pretérito, circunstância em que também leva a presumir-se concordância dos credores.

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 REJEITAR OS EMBARGOS.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2000. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço dos embargos.

Via execução, os embargantes buscaram receber, a título de alimentos vencidos e não pagos, a quantia de R$ 6.146,07, conforme planilha de fls. 15-TJ.

Em defesa, o embargado resistiu ao pedido, sustentando nada dever, porque depositou os alimentos em conta bancária, além de suportar despesas de educação, lazer e outros dos menores.

Desacolhida a pretensão, sobreveio apelo e a Turma Julgadora, por maioria, negou provimento.

O em. Des. Abreu Leite, Relator, teve a seguinte visão de causa:

"Vê-se dos autos que o apelado realmente efetuou pagamento a menor do que deveria, ou seja, depositava valores sempre na ordem de R$ 600,00 em vez de oito salários mínimos.

Seria o caso de procedência do pedido, não fosse a aquiescência dos recorrentes, que receberam tais depósitos por quase dois anos sem reclamação, o que é óbvio, pois o recorrido além destes alimentos também pagava mensalmente as despesas de escola, de condução, de lazer, além de algumas contas de telefone e passagem aérea" (fls. 137-TJ).

E, mais adiante:

"Como salientou o nobre Sentenciante, não se pode penalizar aquele que sempre cumpriu com seu dever alimentar, desde que a documentação contida nos autos está a demonstrar que o recorrido sempre pagou rigorosamente seu débito, inclusive arcando com despesas não previstas" (fls. 138-TJ).

O em. Des. Fernandes Filho, Revisor, compreendeu de modo diverso:

"... estando provado que o ora apelado, executado nesta ação, efetivamente não depositou os oito salários mínimos mensais, tenho a mim que, a despeito de todo interesse, o pagamento do transporte escolar que sua ex-esposa não pagava, pagando o colégio que ela não pagava e, para evitar que os filhos experimentassem o constrangimento de serem vistos como filhos de maus pagadores, ele se antecipou e pagou. A despeito disso, não tenho a menor dúvida de que ele é devedor dos alimentos, na medida em que, fixados em oito salários mínimos, ele só pagou quatro" (fl. 144-TJ).

Observa, no final, que, ao se aceitar a tese do ora embargado, estar-se-ia instituindo "perigoso precedente ao permitir que o devedor de alimentos, com justificativa ou não, os substitua por outra prestação, ocupando função de juiz, sobre instituir a insegurança entre as partes".

Mais ainda: que o acordo celebrado posteriormente à fixação amigável "não alcança os alimentos pretéritos, não pagos", porque nenhuma referência se fez às parcelas vencidas e executadas.

Nenhuma dúvida de que o embargado cumpriu a obrigação alimentar assumida.

Embora na separação se tenha acordado em oito salários mínimos, o embargado sempre depositou quantia diminuída das despesas de educação, lazer etc.

Não o fez em alteração do pactuado, como pareceu ao r. voto vencido, mas com plena concordância da embargante, porque assim se procedeu, sem qualquer reclamação, por dois anos seguidos.

Não se imagine que o embargado tenha sido liberal, porque as despesas foram diminuídas da verba ajustada e porque a embargante jamais pagou a educação, lazer etc.

Ademais, no acordo celebrado na revisional, posterior, portanto, ajustou-se que a verba seria de 6 (seis) salários mínimos, correndo à conta do embargado as despesas escolares, aqui compreendidas mensalidades, transporte, merenda e material escolar.

O acordo revela, sem rebuços, que aquilo que se fazia antes dele se tornou sacramentado, mostrando que os alimentados sempre aquiesceram ao modo de pensionar.

O exame do processo mostra

que o embargado nada deve e, por isso mesmo, nada tem que pagar.

Obrigar o embargado ao pagamento da quantia desejada traduz em enriquecimento dos embargantes, sem causa e sem motivo.

Bem colocou a d. Procuradoria de Justiça que "não se vislumbra qualquer prejuízo aos alimentados, na medida em que, conforme consta dos autos, estavam sendo suas necessidades satisfatoriamente supridas; mais que isto, vinham sendo beneficiados com um valor além daquele inicialmente acordado" (fls. 182-TJ).

Rejeito os embargos.

Sem custas, porque assistidos os embargantes.

O Sr. Des. Rubens Xavier Ferreira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Rejeito os embargos, ratificando os termos do voto que proferi por ocasião do julgamento da apelação.

O Sr. Des. Abreu Leite - Enriquecido o meu voto pelo que acaba de ser proferido por V. Exa., rejeito os embargos, lembrando que a execução exige título líquido e certo, e a liquidez da condenação aos alimentos desapareceu no momento em que os credores aceitaram a forma de pagamento pela qual foi feita.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO DE PERMANÊNCIA DE MENORES DE 18 ANOS EM BAILES POPULARES DE CLUBE SOCIOESPORTIVO - CASSAÇÃO - NEGLIGÊNCIA DO CLUBE NO CONTROLE DOS EXCESSOS PRATICADOS POR MENORES E NO CONSUMO DE DROGAS EM SEU RECINTO - ALEGAÇÃO INDEMONSTRADA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E ABUSO DE PODER - CONSEQÜENTE MANUTENÇÃO DO ATO CASSATÓRIO

- Não viola direito líquido e certo o ato de autoridade judiciária que, no exclusivo escopo do resguardo da ordem e proteção de menores - posto à mostra *salienter tantum* -, cassa alvará de autorização de permanência de menores de dezoito anos em bailes populares de clube socioesportivo que, além de negligenciar no controle dos excessos praticados por menores em seu recinto, não consegue nele impedir o consumo de substâncias entorpecentes.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 174.353-3/00 - Comarca de São João Del-Rei - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Mandado de Segurança - Alvará de autorização de permanência de menores de 18 anos em bailes populares de clube socioesportivo - Sua cassação - Negligência do clube no controle dos excessos praticados por menores e no consumo de drogas em seu recinto - Alegação indemonstrada de violação de direito líquido e certo e abuso de poder - Conseqüente manutenção do ato cassatório. - Não viola direito líquido e certo o ato de autoridade judiciária que, no exclusivo escopo do resguardo da ordem e proteção de menores - posto à mostra *salienter tantum* -, cassa alvará de autorização de permanência de menores de dezoito anos em bailes populares de clube socioesportivo que, além de negligenciar no controle dos excessos praticados por menores em seu recinto, não consegue nele impedir o consumo de substâncias entorpecentes.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2000. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - 1 - Alega o requerente que exerce, há mais de um sexênio, atividades esportivas, "... promovendo bailes, 'discotecas', horas dançantes, jogos de futebol, bem como esportes de quadra e aquáticos para os associados e freqüentadores" (fls. 03). Alega, mais, que, por iniciativa do Comando da Companhia Especial de Polícia de São João Del-Rei, fora solicitado ao Ministério Público a suspensão do funcionamento de seus bailes populares por supostas anormalidades. Alega, também, que a r. decisão ora atacada revogara "... qualquer alvará autorizativo da permanência de menores nos bailes promovidos, independentemente dos horários dos mesmos..." (fls. 04). Alega, ainda, ter pedido reconsideração da decisão objurgada, mas o douto Juiz determinara, pura e simplesmente, fosse-lhe devolvida a respectiva petição, embora tivesse "... direito líquido e certo ao devido processo legal" (fls. 03). Alega, finalmente, ser flagrante a ilegalidade e o abuso de poder da autoridade coatora" (fls. 03, *in fine,* e 04).

O ato impugnado é o de fls. 24.

Almeja a concessão do *writ*, para ser suspensa a execução do r. decisório recorrido. Pedira liminar, esta indeferida (fls. 57).

Requisitados informes, prestaram-os o eficiente Magistrado, Dr. Jayme Silvestre Corrêa Camargo (fls. 53/54).

O Ministério Público de segundo grau, em r. parecer elaborado pelo ilustre Procurador de Justiça Dr. Márcio de Pinho Tavares, recomenda inacolhida à cogitação do impetrante (fls. 60/61).

É, no essencial, o relatório.

2 - Segundo os autos, a Promotoria de Justiça da Comarca, à vista de representação e denúncias de populares, promovera expediente administrativo destinado à apuração de anormalidades ocorridas no funcionamento noturno do clube ora requerente. Nessas representações e denúncias, alegara-se que o funcionamento noturno do clube apresentava "... um alto índice de violência, tornando-se ele ponto de encontro de *gangs* urbanas armadas" (fls. 24). As medidas policiais havidas, a respeito, culminaram por demonstrar "... que os adolescentes são expostos não só a perigo de vida, como à exploração irresponsável, diante da absoluta falta de critérios na venda de bebidas alcoólicas, sem se falar no grave problema da distribuição de drogas" (fls. 24).

O clube fora cientificado acerca da anômala situação, mas esta, mesmo assim, continuara inalterada, ou seja, nenhuma efetiva e proveitosa providência adotara ele com o propósito de superá-la.

Em face da indiferença e omissão do clube, só restara à Promotoria requerer fosse vedada a participação de menores de 18 anos em seus bailes, para que a situação não se agravasse ainda mais. Sensível às ponderações da Promotoria, a autoridade judiciária tida à conta de coatora não só revogara "... qualquer alvará expedido nesse sentido" (fls. 24-TJ), como também determinara fosse, doravante e com freqüência, efetuada "... rigorosa fiscalização na entrada do clube, exigindo-se a apresentação de carteira de identidade ou outro documento público para o ingresso" (fls. 24).

Ressalte-se que, segundo assinalara o ínclito Juiz Jayme Camargo, "... quando a agremiação impetrante sentir-se apta a controlar os excessos que ocorrem em suas dependências, apontados na peça inaugural (a exordial do expediente administrativo, frise-se), nada obsta venha a pleitear a concessão de *novo alvará judicial*" (fls. 54).

Sobreleva acrescer que, durante o procedimento administrativo instaurado, o Conselho Tutelar dos Direitos da Criança e do Adolescente apurara, no que tange às atividades noturnas do clube ora impetrante, que há muitas "... brigas, adolescentes embriagados e drogados, adolescentes e crianças abaixo de 16 anos desacompanhados de um responsável, portando arma de fogo e armas brancas, ambiente impróprio, música altíssima, luzes fortes que provocam irritabilidade e mudança de comportamento dos jovens. Falta de uma saída de emergência..." (fls. 15-TJ). E frisara mais o Conselho Tutelar, em seu relatório: "... após *exaustivas tentativas* para que fossem mudadas e melhoradas as condições dos bailes, este Conselho concluiu que não existem possibilidades dos adolescentes freqüentarem os bailes promovidos *por esse Clube*, preservando-lhes a integridade física e moral. Informamos, também, que esses fatos ocorrem com freqüência, em todos os finais de semana" (fls. 15-TJ). E concluíra o Conselho,

sugerindo ao Juízo que as portarias autorizativas dos bailes e permanência de menores em seu recinto... "sejam revistas e tendo horário fixo para o término, com policiamento, evitando-se, também, o vandalismo e amenizando os problemas citados" (fls. 15-TJ).

Vê-se, pois, que o Clube *estava bem ciente* do instaurado expediente, tanto que, junto a ele "exaustivas tentativas" (fls. 15) foram feitas pelos integrantes do Conselho Tutelar do Menor, restando, porém, infrutíferas, em face do seu indiferentismo e inação (dele, clube).

À luz do exposto, denega-se a segurança impetrada, à míngua da presença do invocado direito líquido e certo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Lugar onde há bebidas, tumultos, drogas, pessoas armadas, não serve para menores, de dia ou de noite.

Apesar de ter sido determinada a correção das anormalidades, elas continuaram.

Não houve abuso de poder ou ilegalidade no ato do Juiz que revogou o alvará de concessão da entrada de menores e determinou a identificação dos freqüentadores, na portaria, para evitar aquela entrada. Trata-se de exercício legítimo do poder conferido ao juiz pelo art. 149, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Denego a segurança.

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

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA.

-:::-

3.2. JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

TÓXICO - TRÁFICO - SENTENÇA - DESCLASSIFICAÇÃO - VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - INVIABILIDADE - PENA - FIXAÇÃO - AUSÊNCIA - NULIDADE DA DECISÃO

- Operada a desclassificação do delito de tráfico para o delito previsto no artigo 16 da Lei Antitóxicos, na fase decisória final do processo, a oportunidade de vista ao Ministério Público para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo é inviável, encontrando-se preclusa, pois a ação penal já terminou.

- A sentença condenatória que deixa de fixar a pena é nula.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 135.228-5/00 - Comarca de Patos de Minas - Relator: Des. PAULO TINÔCO

Ementa oficial: Processo penal - Sentença que desclassifica a imputação de tráfico para o crime previsto no artigo 16 da Lei Antitóxicos e, sem fixar pena, determina a abertura de vista ao MP para oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo - Nulidade, ante a inviabilidade de uma sentença condenatória sem fixação de pena - Inviabilidade de suspensão do processo em fase de prolação de sentença - Acolhimento da preliminar argüida pela d. Procuradoria para decretar a nulidade da sentença.

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, PARCIALMENTE, A SENTENÇA APELADA.

Belo Horizonte, 16 de março de 2000. - *Paulo Tinôco* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Marcos Antônio Rosário e Alessandra Maria Silva, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, por terem sido surpreendidos por policiais militares, no dia 21/05/98, por volta das 23h30min, na posse de cerca de 440 (quatrocentos e quarenta) gramas de maconha.

Pela sentença de fls. 96/99, o MM. Juiz *a quo* absolveu a denunciada Alessandra Maria e desclassificou o crime imputado ao réu Marcos Antônio para o previsto no artigo 16 da Lei Antitóxicos. Não fixou pena. Determinou a abertura de vista ao Ministério Público para que oferecesse proposta de suspensão do processo, o que foi feito às fls. 108/109.

Mesmo feita a desclassificação, Marcos Antônio Rosário apelou, requerendo sua absolvição, alegando insuficiência de provas.

O recurso foi contra-arrazoado e a Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 130/134, da lavra do Dr. Eduardo Brum, opinou, preliminarmente, pela decretação da nulidade da sentença, que reconheceu a prática de crime pelo recorrente, mas não lhe aplicou pena, além de ter afrontado o artigo 384 do CPP, ao proceder à desclassificação, e de ter cogitado de suspensão do processo na fase de julgamento. Todavia, tendo em vista que, no mérito, pugna pela absolvição do acusado, sugeriu a não-apreciação da preliminar de nulidade suscitada, eis que a anulação da sentença seria mais prejudicial ao apelante.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, registro que, apesar

de haver entendimento em sentido contrário, filio-me à corrente doutrinária e jurisprudencial que entende que, nos casos em que a desclassificação é operada na sentença, a suspensão condicional do processo é inviável.

Isto porque, operada a desclassificação do delito na fase decisória final do processo, a oportunidade de oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo encontra-se preclusa. Neste sentido é a lição de DOORGAL GUSTAVO B. DE ANDRADA, em sua obra *A Suspensão Condicional do Processo Penal*, Editora Del Rey, 1996, para quem *"decorrido todo o processo, se na fase da decisão o Juiz reconhecer tipo penal menor, diverso da denúncia, teremos a desclassificação na sentença (emendatio libelli, art. 383 do Código de Processo Penal).*

Aí, mesmo que o delito permita, estará preclusa a oportunidade de proposta de suspensão, pois a ação penal já terminou, estando na fase final.

Não se pode suspender o que não mais existe e está se encerrando.

Na sentença, o réu não é mais chamado a uma transação, pois ficaria uma decisão condenatória ou absolutória descumprida. Isso a lei não autorizou.

Entendemos que, condenado, resta-lhe o *sursis* para relevar o cumprimento de pena, se privativa de liberdade até dois anos (art. 77, CP).

(...)

Na fase da sentença, a suspensão não alcançará os objetivos de evitar o constrangimento do interrogatório, das audiências, a oitiva de testemunhas, o desgaste psicológico da demora, etc., tudo já ocorrido. É o momento final e não existe um processo iniciando-se. A suspensão que a lei autorizou é do processo e não da sentença" (p. 72/74).

Assim sendo, ao proceder à desclassificação, deveria o MM. Juiz ter desde logo fixado a pena do condenado, em vez de cogitar de suspensão condicional do processo, que, a esta altura, não tem o menor sentido.

Por tais motivos, acolho o parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça e anulo parcialmente a r. sentença de fls. 96/99, apenas na parte em que determinou a abertura de vista ao Ministério Público para propor a suspensão do processo, devendo ser fixada a pena do condenado e, após, ser aberta vista às partes para, querendo, apelar de tal parte do *decisum*.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - ANULARAM, PARCIALMENTE, A SENTENÇA APELADA.

-:::-

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1º DA LEI Nº 8.137/90 - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - IMPOSSIBILIDADE - SÓCIO DE EMPRESA COMERCIAL - CONDUTA A ELE ATRIBUÍDA - IMPRESCINDIBILIDADE DA CARACTERIZAÇÃO DO DOLO

- Para a caracterização do delito contra a ordem tributária, exige-se o elemento subjetivo do injusto, não restando dúvida de que o mesmo está expresso no *caput* do art. 1º da Lei nº 8.137/90, que abrange todas as condutas previstas nos incisos que ele congrega, pois o sistema pátrio, com a reforma do Código Penal de 1984 e a promulgação da Constituição de 1988, expurgou de vez a responsabilidade criminal objetiva.

- O princípio da responsabilidade subjetiva determina que só deve responder pela prática de infração quem tenha agido com dolo ou culpa em sentido estrito, não bastando que alguém seja sócio ou diretor de uma empresa para responder criminalmente pelos atos praticados no exercício das atividades da mesma.

APELAÇÃO CRIMINAL. Nº 140.668-5/00 - Comarca de Coronel Fabriciano - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Crime contra a ordem tributária - Sonegação fiscal - Condenação - Responsabilidade objetiva - Impossibilidade - Conduta atribuída aos denunciados, sócios-proprietários de empresa comercial - Ausência de prova - Imprescindibilidade da caracterização do dolo - Absolvição. - Embora não haja menção expressa no dispositivo do art. 1º da Lei nº 8.137/90, não resta dúvida de que o elemento subjetivo do injusto está expresso no *caput* do artigo, que abrange todas as condutas previstas nos incisos que o mesmo congrega, pois o sistema pátrio, com a reforma do Código Penal de 1984 e a implantação da nova ordem constitucional, com a promulgação da Constituição de 1988, expurgaram de vez a responsabilidade criminal objetiva.

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 PARA ABSOLVER OS APELANTES.

Belo Horizonte, 02 de março de 2000. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. Luiz Ricardo Gomes Aranha.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Inicialmente, acuso o recebimento de memorial enviado pelo Dr. Luiz Ricardo Gomes Aranha, que mereceu a devida atenção. Ao meu aviso, as questões colocadas na tribuna encontram resposta no voto, que é o seguinte:

Na Comarca de Coronel Fabriciano, Jadir da Silva Neto, Nadir da Silva Neto e Aladir da Silva Neto Dornelas, já qualificados, denunciados incursos no art. 1º, I, II, III e IV, da Lei nº 8.137/90, foram condenados, individualmente, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 3/30 do salário mínimo, sendo-lhes concedido o benefício do *sursis*, porque, em agosto de 1996, agentes da Administração Fazendária estadual local, em trabalho de rotina realizado na empresa de propriedade dos denunciados, verificaram que a mesma possuía documentação paralela de controle de caixa, com o fito exclusivo de recolhimento a menor do ICMS, e que as notas fiscais de saídas de mercadorias eram emitidas com valores inferiores aos efetivamente praticados.

Irresignados com o decreto condenatório, os réus interpuseram recurso de apelação. Nas razões de fls., alegam nulidade do processo, por ausência de exame de corpo de delito, inépcia da denúncia, por não individualizar as condutas dos acusados e, no mérito, ausência de responsabilidade penal, visto que os apelantes não exerciam a gerência do referido estabelecimento, e, ainda, ausência de dolo.

Contra-razões às fls.

Os autos retornaram à origem para diligência, conforme requerido pelo nobre Procurador de Justiça, para fins de aplicação de substituição da pena, na forma do novo art. 44 do Código Penal.

Os réus, devidamente intimados, manifestaram-se contrariamente à substituição, e a medida foi indeferida pela ilustre Juíza, ao fundamento de que o *sursis* se afigura mais benéfico na espécie.

Vieram os autos, novamente, a este Tribunal, e, enviados à Procuradoria de Justiça, foi acostado o parecer de fls., que opina pelo provimento do apelo para absolvição dos réus.

No essencial, é o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos condicionantes de sua admissibilidade.

Deixo de examinar as preliminares uma vez que o exame de mérito é mais favorável aos apelantes.

Dispõe a Lei nº 8.137/90, em seu art. 1º e incisos:

"Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

(...)".

A bem da verdade, o mencionado dispositivo legal corresponde ao art. 1° da derrogada Lei n° 4.729/65, daí por que grande parte das considerações doutrinárias e jurisprudenciais relativas a esta se aplica àquela. Neste sentido, a lição de RUI STOCO ("Sonegação Fiscal e os Crimes contra a Ordem Tributária", *RT*, 675/335).

Com efeito. Os incisos do dispositivo legal em comento prevêem diversas modalidades para a consumação do delito e, embora de forma mais concisa que a constante na lei revogada, buscam o mesmo objeto. Nesse sentido, de há muito já se consolidou o entendimento acerca da interpretação da norma retrotranscrita, de que para a caracterização do delito contra a ordem tributária se exige o elemento subjetivo do injusto, a intenção de obter a supressão ou redução de tributo, contribuição social ou qualquer acessório.

Na espécie, tenho que a conduta prevista no tipo penal não foi caracterizada na denúncia, na sentença e nem no bojo do processo, e os apelantes foram condenados pelo só fato da supressão/redução de tributo, sendo certo que sequer se comprovou que as práticas irregulares (as condutas dos incisos em que foram incursos) foram realizadas pessoalmente por eles ou por ordem que tenham dado, quando a ação reprovável é suprimir ou reduzir tributo mediante uma das condutas mencionadas na lei.

Segundo MANOEL PEDRO PIMENTEL, comentando a antiga Lei de Sonegação Fiscal, "o elemento subjetivo comum é o dolo específico, consignado na exigência de uma particular intenção, que constitui um elemento subjetivo do injusto, existente em cada um dos tipos. Essas especiais intenções, que convertem as figuras enumeradas em tipos anormais, estão indicadas da seguinte maneira: I - "com a intenção de eximir-se"; II - "com a intenção de exonerar-se"; III - "com o propósito de"; IV - "com o objetivo de", e V - "para si ou para o contribuinte" (*Direito Penal Econômico*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 212).

Na nova lei essas expressões que identificam o elemento subjetivo do injusto e que convertem os preceitos em tipos anormais não foram reproduzidas.

Não há dissenso, porém, de que a redação da atual lei que define os crimes contra a ordem tributária é muito superior à anterior lei que definia os crimes de sonegação fiscal.

E o art. 1° da Lei n° 8.137/90 dispõe que constitui crime contra a ordem tributária *suprimir ou reduzir tributo* ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas que enumera.

Não resta dúvida de que o elemento subjetivo do injusto está expresso no *caput* do artigo, que abrange todas as condutas previstas nos incisos que ele congrega. Nesse sentido, inclusive, o posicionamento da douta Procuradoria de Justiça, *verbis*:

"*De início, deve-se ressaltar que a Constituição Federal de 1988, ao consagrar implicitamente o princípio da culpabilidade, bem como a reforma do Código Penal de 1984, aboliram do nosso direito penal a responsabilidade objetiva, ou seja, só se pune criminalmente se houver a presença de dois elementos, subjetivo e normativo, do tipo penal, de acordo com a teoria finalista da ação: o dolo e a culpa*".

Exige-se, portanto, para a tipificação dos delitos, que as condutas sejam praticadas com o fim ou com a intenção de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição, ou para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo (esta última hipótese apenas com relação ao crime previsto no inciso I do art. 2°), sem o que a figura típica não se aperfeiçoará.

Se a comprovada intenção do agente for diversa daquela exigida no *caput* do art. 1° ou no inciso II do art. 2°, deixará de existir crime, sendo que, no inciso IV do art. 1°, tem-se uma hipótese de dolo eventual, ao dispor sobre documento que o agente saiba "ou deva saber" falso ou inexato.

"Na mencionada lei a figura penal em questão é definida como *a prática de ato tendente a diminuir o pagamento de tributos devidos com a intenção expressa desse propósito*. A lei institui, pois, o crime fiscal doloso. É necessário que o agente tenha agido com intenção dolosa, com má-fé, não basta provar que o cidadão infringiu a lei fiscal, para se lhe imputar a prática do crime de sonegação. É preciso que se verifique o elemento subjetivo, a intenção, a má-fé que moveu o agente ao burlar o Fisco" (TACRIM-SP - *HC* - Rel. Nélson Schiesari - *JUTACRIM*, 71/113).

Destarte, não se está diante de crime de mera conduta, como entendeu o Ministério Público de primeiro grau e a MM^a^ Juíza, pois a lei pretende, pelo contrário, punir aqueles que, dolosamente, cometem crime contra a ordem tributária, com o objetivo de se enriquecerem. Se assim não fosse, despicienda seria a redação do *caput* do artigo, quando em Direito é princípio comezinho que a lei não contém palavras inúteis.

Observo, pela relevância ante a caracterização do dolo, que os apelantes lograram comprovar que não exerciam e ainda hoje não exercem a gerência de seus negócios (interrogatórios de fls. 171/175 e depoimentos das testemunhas de defesa - fls. 187, 212, 223, 243 e 244), e, ainda, que a irregularidade fiscal foi detectada em uma

única filial, localizada em cidade diversa daquela em que residem os recorrentes. Lado outro, a acusação, arrolou, como testemunhas, os agentes fiscais que lavraram o auto de infração, e estes não apresentaram qualquer prova de que os denunciados eram os gerentes da empresa autuada e que, portanto, teriam determinado o comportamento infracional, como afirma a denúncia.

Colhe-se da jurisprudência:

"Pessoa jurídica. Sócio. Responsabilidade penal. Denúncia. Requisitos. - A responsabilidade penal é pessoal. Imprescindível a responsabilidade subjetiva. Repelida a responsabilidade objetiva. Tais princípios são válidos também quando a conduta é praticada por sócios de pessoa jurídica. Não respondem criminalmente, porém, pelo só fato de serem integrantes da entidade. Indispensável o sócio participar do evento delituoso, caso contrário, ter-se-á a odiosa responsabilidade por fato de terceiro. Ser sócio não é crime. A denúncia deve imputar a conduta de cada sócio de modo que o comportamento seja identificado, ensejando possibilidade de exercício do direito pleno de defesa" (STJ - R*HC* nº 2.882/3, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 13/09/93, p. 18.580).

"Não cometem o crime previsto no art. 1º, V, c/c o parágrafo único, da Lei nº 8.137/90, diretores ou sócios de empresas que deixavam a cargo de seu contador a atividade tributária e fiscal, não tendo, aqueles, pessoalmente, recebido qualquer notificação ou ordem expressa para a exibição dos documentos mencionados no inc. V do referido diploma legal. Ademais, o princípio da responsabilidade subjetiva determina que só deve responder pela prática de infração quem tenha agido com dolo ou culpa em sentido estrito, não bastando que alguém seja sócio ou diretor de uma empresa para responder criminalmente pelos atos praticados no exercício das atividades desta empresa" (TJSP - *RT*, 739/589).

Do exposto, dou provimento ao recurso para absolver os apelantes das imputações que lhes foram feitas.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. José Arthur - Examinei os autos e o meu ponto de vista é exatamente idêntico ao do Relator.

Também absolvo os apelantes, dando provimento aos recursos.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Também dou provimento.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARA ABSOLVER OS APELANTES.

-:::-

JÚRI - ADIAMENTO - PEDIDO INDEFERIDO - PROTESTO - AUSÊNCIA - PRECLUSÃO - REINCIDÊNCIA - QUESITO - NÃO-INCLUSÃO - FIXAÇÃO DA PENA - INCLUSÃO - MERA IRREGULARIDADE - SEGUNDA INSTÂNCIA - DECOTAÇÃO - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INEXISTÊNCIA - PENA-BASE - DOLO NATURAL - OFENSA - INOCORRÊNCIA - CRIME HEDIONDO - ART. 10 DA LEI Nº 9.034/95 - INAPLICABILIDADE

- A ausência de protesto para que constasse da ata indeferimento do pedido formulado pela defesa visando fosse adiado o julgamento torna preclusa a matéria, que, se fosse alegada em tempo oportuno, poderia ser examinada como preliminar da apelação, conforme dispõe o art. 571, VIII, do CPP, combinado com o inciso V do mesmo artigo e código.

- A inclusão da reincidência no raciocínio da fixação da pena, sem que fosse requerida pela acusação e nem incluída no quesito, embora possa consistir em *error in procedendo*, não contraria a decisão dos jurados ou lei expressa, já que constitui mera irregularidade técnica que, entretanto, não compromete a validade da sentença, pois pode a segunda instância decotar da condenação a figura da reincidência.

- Se a culpabilidade do réu, *lato sensu*, integra o rol das circunstâncias judiciais expostas no art. 59 do Código Penal, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 7.209/84, deve, pois, o juiz introduzi-la no exame determinante da pena-base, não havendo, portanto, que se falar em exacerbação da pena ou em ofensa ao conceito do dolo natural como elemento subjetivo integrante do tipo criminoso, conforme doutrina finalista.

- Consoante pacífica jurisprudência, inclusive do STF, aos crimes hediondos diversos da tortura é inaplicável o art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97.

- Na hipótese de crime hediondo é impossível conceder-se a progressão de regime prisional, com fulcro no art. 10 da Lei nº 9.034/95 (Lei das Organizações Criminosas), pois, a par de tal dispositivo não ter derrogado a Lei nº 8.072/90, neste particular, não se pode conferir ao texto explícito elasticidade que o mesmo não tem e nem autoriza melhor hermenêutica. Outrossim, é inadmissível generalizar os efeitos de uma lei de caráter especial como a de nº 9.034/95, que dispõe apenas sobre crimes de quadrilha ou bando.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 150.982-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Dá-se parcial provimento, reduzindo-se a pena.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 16 de novembro de 1999. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Denunciado, processado, pronunciado e submetido a julgamento pelo II Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, foi Luiz Gonzaga Peixoto condenado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, porque matou a tiros de revólver José Antônio Amâncio, sendo apenado com dezenove (19) anos e seis (06) meses de reclusão, em regime fechado (sentença de fls. 177/179-TJ); eis que teve rejeitadas suas teses de legítima defesa subjetiva, de homicídio culposo e de homicídio privilegiado.

Inconformado, apelou Luiz Gonzaga, com apoio no art. 593, inciso III, letras *a*, *b*, *c* e *d*, do Código de Processo Penal, protestando por apresentar razões em segunda instância; entretanto, apesar de intimado, não as apresentou - *vide* fls. 186, 187, 192 e 193-TJ.

Contra-razões, às fls. 196/199-TJ.

Emitindo parecer às fls. 201/209-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou no sentido de que a *reincidência* não foi incluída no questionário submetido aos Senhores Jurados e, por isso, não poderia influir na fixação da pena. Enfatizou a Procuradoria que o chamado *dolo natural*, oposto ao antigo conceito de *dolo normativo*, perante a doutrina finalista, após a reforma de 1984, não se presta, pela intensidade, à exacerbação da pena-base, esclarecendo que, na inovação do conceito, integra ele o elemento subjetivo do tipo.

Por fim, sustentou ser possível a progressão de regime no cumprimento da pena, à vista da Lei de Organização Criminosa, Lei nº 9.034/95, que entende haver alterado a Lei nº 8.072/90, referente aos crimes hediondos, e concluiu opinando pelo parcial provimento do recurso, reduzindo-se a pena e reconhecendo o direito do apelante à progressão de regime.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade, pois a ausência de razões recursais não impede tal conhecimento.

Como o apelante não ofereceu

razões, o exame de seu recurso se fará com certa generalização de enfoques.

O exame dos autos não mostrou a ocorrência de qualquer nulidade, não havendo falar em art. 593, inciso III, letra *a*, do Código de Processo Penal.

Observo que os preparativos do julgamento do apelante foram regulares, o mesmo acontecendo com a realização do mesmo, inclusive no que respeita à formulação dos quesitos.

É verdade que a defesa do apelante requereu o adiamento do julgamento para que se trouxesse para os autos laudo de exame ou atestado médico do apelante, tendo tal requerimento sido indeferido.

Desse indeferimento não houve protesto para que constasse da ata, o que tornou preclusa a matéria, que, como se sabe, poderia ser examinada como preliminar em apelação, conforme dispõe o art. 571, inciso VIII, c/c o inciso V, do Código de Processo Penal.

Observo que numa espécie de saneamento, à fl. 151-TJ, o MM. Juiz declarou o processo pronto e preparado para julgamento, livre de nulidades e de diligências e disso não se recorreu.

É de se ver que há nos autos procedimentos médicos (fls. 137 e 151-TJ), notando-se que à fl. 141-TJ consta que o interno negou passado psiquiátrico ou comicial, e, como se isso não bastasse, é certo que não houve alegação de insanidade mental, e nem consta dos autos ter transparecido isso do comportamento do apelante.

Assim, o indeferimento do pedido de adiamento do julgamento não contrariou a prova dos autos; ao contrário, sintonizou-se com ela.

Tenho para mim que as teses de legítima defesa, de homicídio privilegiado e de homicídio culposo são insustentáveis e incabíveis.

O que se sabe é que a vítima conversava descontraidamente com Manoel Antônio, dono do bar em cujo interior se deram os fatos.

O que se sabe é que no bar também se encontrava Alexandre dos Anjos, filho de Manoel Antônio, seu auxiliar nos serviços, e o assunto era a passagem do Natal.

Após longa conversa com Manoel Antônio, dirigiu-se a vítima ao telefone público existente próximo da porta do bar e se preparava para usá-lo quando o apelante chegou, sorrateira e repentinamente, já de arma em punho, e disparou contra a cabeça e pelas costas da vítima, que não teve chance alguma de reagir. E o apelante continuou atirando. Nesse sentido há os depoimentos de fls. 17/18, 15/16, 72 e 73-TJ.

Chama a atenção a prova de fls. 39/44-TJ, prova técnica que demonstra que houve cinco (5) tiros, sendo quatro (4) deles com trajetória de trás para a frente.

A primeira versão do apelante,

constante de fls. 35/36-v.-TJ, é a que coaduna com a realidade, ou seja, com a prova testemunhal e com a perícia médica acima referida. Observa-se que nessa oportunidade, ou seja, em suas primeiras declarações, o apelante disse que disparou e que o motivo de sua ação era uma desavença com a vítima, de quatro (4) anos antes, nada mais. Essa desavença foi comentada por Maria de Fátima Isaac, à fl. 19-TJ, a qual era amásia da vítima, que disse que o que aconteceu quatro (4) anos antes foi que o apelante matou alguns de seus frangos e os jogou à sua porta, com ameaças, e, abordando-a depois, lhe disse desaforos, e foi repelido pela vítima, que lhe deu uns tapas.

Essa foi, como se vê, a causa remota do fato, da desforra.

Ora, se assim é, parece pueril alegar que se decidiu contra a prova.

Por outro lado, a r. sentença não contrariou a decisão dos Senhores Jurados ou lei expressa, embora haja ocorrência de *error in procedendo* ao se incluir reincidência no raciocínio da fixação da pena, pois a acusação não requereu sua inclusão, não havia quesito a seu respeito e os Senhores Jurados, logicamente, sobre isso não se manifestaram.

Incluindo a reincidência, como o fez, o MM. Juiz-Presidente praticou mera irregularidade técnica, o que, entretanto, não compromete a validade de sentença, pois à segunda instância é dado decotar da condenação seu efeito.

Os seis (6) meses atribuídos à atenuante da confissão, confissão da autoria, servem de parâmetro para que se proceda à corrigenda devida. No caso presente, a atenuante se apresenta com alcance menor e até desnecessário; afinal, cuida-se de confissão de autoria de crime testemunhado.

A reincidência, por sua vez, porque mostra o retrato criminógeno do agente, certamente, mereceu carga maior de influência no espírito do Sentenciante.

Assim, a pena-base deveria situar-se em dezenove (19) anos e três (3) meses de reclusão, pena que, atenuada de seis (6) meses, se concretizará em dezoito (18) anos e nove (9) meses de reclusão.

A culpabilidade do apelante, *lato sensu*, integra o rol das circunstâncias judiciais expostas no art. 59 do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 7.209/84, na reforma da parte geral do Código Penal. Devia, pois, o MM. Juiz de Direito introduzi-la no exame determinante da pena-base. Não houve, portanto, ofensa alguma ao conceito do dolo natural como elemento subjetivo integrante do tipo criminoso, conforme a doutrina finalista.

Mostram os autos que o apelante conta com um passado criminoso revelado por ele, por testemunhas e por certidões várias, existentes nos autos. Afinal, cumpria ele pena na Penitenciária Agrícola de Neves e se encontrava foragido à época do fato. Era o apelante dado à prática de crimes contra o patrimônio e os praticava à mão armada; registra a prática anterior de homicídio e era envolvido com tóxicos. No bairro, o apelante era visto como perigoso marginal, tanto que a arma usada para produzir a morte da vítima era furtada. Verifica-se, pois, que o apelante é possuidor de péssimos antecedentes, fazendo crer que é possuidor de personalidade voltada para o crime, com mínima capacidade ou possibilidade de se regenerar.

Adequada é a pena arbitrada em primeiro grau com a correção que fiz. Em casos como o dos autos, a apenação pequena se mostra insuficiente para reparar o mal praticado, para satisfazer à sociedade ofendida, para uma expectativa de recuperação e para um novo e eventual convívio social em que haja trabalho honesto e respeito ao semelhante.

Quanto à aplicação ou não do art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, aos crimes hediondos diversos da tortura, reiteradamente temos decidido por sua inaplicabilidade - *vide* v. acórdão no Agravo nº 158.668/8, da Comarca de Ribeirão das Neves, por exemplo.

Aliás, depois do julgamento pelo STF do *HC* nº 73.371-SP, a 10 de março de 1998, essa questão se pacificou.

O douto Procurador de Justiça oficiante entende que a progressividade deve ser resguardada com fundamento na Lei das Organizações Criminosas, ou seja, na Lei nº 9.034/95, cujo art. 10, a seu ver, teria alterado a Lei nº 8.072/90, derrogando-a neste particular.

Data venia, não vejo como acolher tal entendimento, pois o que dispõe o art. 10 citado é tão-só que "Os condenados por crime decorrente de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado". Inexiste no mencionado dispositivo legal a alegada derrogação, e o que se está a pretender é conferir ao texto explícito uma elasticidade que o mesmo não tem e nem autoriza a melhor hermenêutica. Não se pode generalizar os efeitos de uma lei de caráter especial como a Lei nº 9.034/95, que dispõe apenas sobre crimes de quadrilha ou bando, que não é o caso de que ora se cuida. Volto a repetir e a insistir, nesta oportunidade, na lição de CARLOS MAXIMILIANO em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3ª edição, p. 274, que se inspirou em DOMAT, autor de *Teoria da Interpretação das Leis*, volume III, p. 435, item XVI, *in verbis*:

"As disposições excepcionais são estabelecidas, por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso, não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente".

De igual modo leciona FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA em seu aplaudido *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, Recife, edição de 1984, Saraiva, SP, p. 108 e 109:

"Quando, pelo contrário, se depreende que o legislador usou das palavras em um sentido preciso, correspon-

dendo elas exatamente ao seu pensamento, a interpretação é taxativa. Assim, quando uma lei confere direitos a uma certa classe de indivíduos, é taxativa a interpretação, entendendo-se que esses direitos só competem à classe de indivíduos a quem o legislador os tiver nomeadamente concedido. Do mesmo modo, quando a lei regula as relações de objetos de uma certa ordem, não se pode ampliá-la a objetos de outra ordem".

É que, *in claris, cessat interpretatio.*

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, retirando da sentença a figura da reincidência e, em conseqüência, baixando a pena imposta ao apelante para dezoito (18) anos e nove (9) meses de reclusão, mantida quanto ao mais a r. sentença, conforme explicitado acima.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

INCOMPETÊNCIA - ESTELIONATO - FURTO - FALSIDADE DOCUMENTAL

- Nula é a sentença que reconhece a competência do Juízo para o julgamento de dois crimes conexos, considerando-se incompetente para o julgamento do terceiro crime, ao fundamento de ter este se consumado em outra comarca.

- A incompetência em razão do lugar, sendo relativa, é prorrogada na ausência da argüição pela parte interessada. Somente a incompetência absoluta é que pode ser suscitada em qualquer tempo e instância. Assim, não pode o juiz declará-la de ofício, por ocasião da sentença, se, na espécie, acusação e defesa não levantaram a questão, estando de acordo com a competência do juiz sentenciante.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 152.814-0/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Estelionato - Furto - Falsidade documental - Incompetência. - Nula é a sentença que reconhece a competência do Juízo para o julgamento de dois crimes conexos, considerando-se incompetente para o julgamento do terceiro crime, ao fundamento de ter este se consumado em outra comarca.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a

Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 09 de novembro de 1999. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Walter Francisco da Silva, Ariovaldo Medeiros de Souza e Renato Simão da Silva foram denunciados na Comarca de Pouso Alegre pela prática dos crimes descritos nos artigos 155, § 4°, incisos I e IV, 171 e 298, c/c os artigos 69 e 29, todos do Código Penal, porque, no dia 13 de dezembro de 1994, os dois primeiros subtraíram de dentro de um veículo, após quebrarem o vidro do mesmo, uma bolsa contendo um talão de cheques, diversos documentos e dinheiro da vítima Cláudio Paulino.

Consta também da denúncia que os acusados, associando-se com Renato, preencheram dois cheques, tendo adquirido, com um deles, uma motocicleta.

Finda a instrução, foram os réus absolvidos nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a v. sentença condenatória, dela recorreu o Ministério Público, visando à sua reforma para que, mantendo-se a absolvição de Ariovaldo Medeiros de Souza, sejam Walter Francisco da Silva e Renato Simão da Silva condenados pelos delitos que lhes foram imputados, ao argumento, em síntese, de que há nos autos prova tranqüila quanto aos crimes imputados aos apelados na inicial.

Diz, por outro lado, que, em razão de ter sido o crime mais grave cometido em Ouro Fino, não resta dúvida de que o Juízo daquela comarca é o competente para o julgamento de todos os delitos, em face do princípio da conexão.

Houve apresentação de contra-razões, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

Conheço do apelo, porque presentes os seus pressupostos legais.

Cumpre inicialmente verificar a questão relativa à competência do MM. Juiz da Vara Criminal da Comarca de Pouso Alegre para o julgamento do feito, pois, se incompetente, como diz, para o julgamento do crime de estelionato imputado aos réus, que teria sido praticado em outra comarca, seria, em face da conexão existente, também incompetente para o julgamento dos outros dois crimes atribuídos aos acusados. Não poderia, em conseqüência, julgar, como julgou, qualquer dos réus por qualquer dos crimes, como acabou fazendo. Com todo o respeito, há, nessa hipótese, nítida e irreparável contradição, a fulminar de nulidade a v. sentença recorrida.

Se competente, a v. sentença

seria *citra petita*, por não-julgamento do mérito da acusação em relação ao crime de estelionato, visto que ficou apenas na análise da preliminar de incompetência e, por esse motivo, é também nula.

À análise dos autos, não tenho dúvida em afirmar que o digno Juiz de Pouso Alegre era competente para o julgamento dos réus por todos os três crimes a estes imputados.

Isto a duas razões principais. A uma, porque os crimes de furto e de falsidade documental atribuídos aos acusados se consumaram naquela comarca, havendo entre esses crimes e o delito de estelionato nítida conexão. Isto não só porque aqueles foram praticados para possibilitar a obtenção de vantagem indevida, constituindo o cheque ilicitamente preenchido a própria fraude caracterizadora do estelionato, como porque a prova da subtração do talonário de cheque e o preenchimento indevido de um dos cheques subtraídos influem, sem sombra de dúvida, na prova do estelionato. Em face da maior gravidade do crime de falso, prevalece a competência do lugar em que este crime se consumou, ou seja, Pouso Alegre.

A duas, porque a incompetência em razão do lugar, sendo relativa, é prorrogada na ausência da argüição pela parte interessada. Somente a incompetência absoluta é que pode ser suscitada em qualquer tempo e instância. Desse modo, não poderia o MM. Juiz declará-la de ofício, por ocasião da sentença, se, na espécie, acusação e defesa não levantaram a questão, estando de acordo com a competência do Juiz sentenciante.

Sendo assim, nenhuma dúvida, *data venia*, pode existir de que a competência para o julgamento do feito era e é do MM. Juiz da Vara Criminal de Pouso Alegre.

Irrelevante que, no julgamento do feito, tenha sido reconhecida a inexistência dos crimes de furto, por falta de tipicidade, ou do crime de falso, por falta de prova em torno de sua materialidade, pois só se chegou a tanto em face da realização de julgamento de mérito.

Observo que a nulidade é plena, de toda a sentença, e não apenas da parte relativa ao crime de estelionato, visto que ela encerra contradição absoluta, ao decidir, ao mesmo tempo, pela competência e incompetência do Juízo e, ao decidir pela incompetência relativamente ao estelionato, absolver o réu. Mesmo porque, se é verdade que a decisão sobre o crime de furto e de falso não influiria, pelos fundamentos aduzidos na v. sentença, no julgamento relativamente ao crime de estelionato, não é menos verdadeira a afirmação de que outros fundamentos, em tese, poderiam influir.

Desse modo, o reconhecimento da nulidade de toda a v. sentença recorrida se impõe.

Cumpre ainda observar que, embora despiciendo se torne o fato de não ter o apelante pleiteado especificamente a declaração de nulidade da v. sentença, se a nulidade é absoluta, como,

de fato, é, os argumentos aduzidos pelo recorrente, ainda que pedida no recurso a condenação dos réus pelos crimes a eles atribuídos, levam à nulidade do ato, e não ao julgamento de mérito.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

RESISTÊNCIA - CONFIGURAÇÃO - "VOZ DE PRISÃO" - DESNECESSIDADE - DECLARAÇÕES DO RÉU - FALTA DE APOIO NAS PROVAS DOS AUTOS - PENA - APLICAÇÃO CORRETA - FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE - *QUANTUM* NECESSÁRIO - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Contém os elementos constitutivos do tipo previsto no art. 329 do CP a conduta do agente que, opondo-se, mediante ameaça, à ordem legal recebida de policiais, recusa-se a entregar arma de fogo encontrada em seu poder e a aponta em direção a um deles, caracterizando-se o crime de resistência.

- Para a configuração do crime de resistência é irrelevante o momento em que tenha sido dada a "voz de prisão", se antes ou se depois de superada a resistência do agente, pois ela não é necessária para que fique caracterizado o delito, sendo suficiente, por si só, a desobediência, mediante ameaça, à ordem legal.

- As declarações prestadas pelo réu de que teria "apanhado" dos policiais e sofrido ameaças por um deles não merecem guarida, se estiverem divorciadas das provas carreadas aos autos.

- Se a pena fixada na sentença foi corretamente aplicada e suficientemente fundamentada, sendo o seu *quantum* necessário e bastante para a reprovação e prevenção do fato delituoso imputado ao réu, não procede o pedido de redução

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 162.180-4/00 - Comarca de Divino - Relator: Des. PAULO TINÔCO

Ementa oficial: Penal - Resistência - Desnecessidade da voz de prisão em flagrante - Réu que se recusa a entregar a arma e a aponta para um dos policiais: oposição efetiva à ordem legal, mediante grave ameaça - Declarações do réu no sentido de que teria apanhado dos policiais e de que, inclusive, teria sido ameaçado por um deles - Falta de apoio nas provas carreadas aos

autos - Configuração do crime previsto no artigo 329 do Código Penal - Redução da pena que foi fixada na sentença: impossibilidade - Pena corretamente aplicada e devidamente fundamentada - Diretrizes do artigo 59 do Código Penal - Não-provimento do apelo.

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 à apelação.

Belo Horizonte, 30 de março de 2000. - *Paulo Tinôco* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Elimar Brum de Melo foi denunciado pela prática dos crimes previstos no artigo 10 da Lei nº 9.437/97 e no artigo 329 do Código Penal, na forma do artigo 69, do referido diploma legal, por ter, no dia 10 de maio de 1998, por volta das 3h40min, na Rua São João do Norte, em Divino, retirado do interior de seu veículo um revólver Taurus, calibre 38, nº 1835163, para defender seu sobrinho, Valto Canuto Gomes, supostamente envolvido numa briga, tendo então sido surpreendido por policiais militares que lhe deram voz de prisão em flagrante delito, a qual não foi aceita, tornando-se necessário o emprego de força.

Após regular instrução do feito, o MM. Juiz *a quo*, pela sentença de fls. 97/102, condenou o réu a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e ao pagamento de 50 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, pela prática do crime previsto no artigo 10 da Lei nº 9.437/97, e a 6 (seis) meses de detenção pela prática do crime previsto no artigo 329 do Código Penal, num total de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, a serem cumpridos em regime aberto, e no pagamento de 50 dias-multa. E, por fim, substituiu as penas privativas de liberdade aplicadas por duas penas restritivas de direito, "a saber: 1) prestação pecuniária, no valor equivalente a 10 (dez) salários mínimos em favor da APAE - Associação dos Pais e Amigos do Excepcional de Divino -, a ser pago no prazo de 30 dias, contados do trânsito em julgado desta decisão; 2) prestação de serviço à comunidade, pelo período de um ano e oito meses (art. 55 do CP), junto ao Hospital Divinense, mediante execução de tarefas de acordo com as aptidões do réu, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar sua jornada normal de trabalho, observando ainda o disposto no § 4º do art. 46 do Código Penal".

Inconformado, o réu apelou, alegando, em síntese, às fls. 105/107, que inexistem nos autos provas de que ele resistiu à voz de prisão que lhe foi dada pelos policiais militares e que a pena fixada na sentença foi exacerbada. Pede, ao final, a absolvição em relação ao crime de resistência ou a diminuição da reprimenda aplicada.

O apelo foi contra-arrazoado às fls. 128/131.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo, conforme parecer de fls. 137/139, do ilustre Procurador de Justiça Dr. Alceu José Torres Marques.

É o relatório.

Decido.

Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Não assiste razão ao apelante, a meu ver.

Com efeito, consta dos autos que, por ocasião da *VIII Festa da Paz*, o apelante foi surpreendido, por policiais militares, portando um revólver calibre 38, marca Taurus, nº 1835163, com três cartuchos intactos e três deflagrados, que apanhara do seu automóvel para defender o sobrinho, supostamente envolvido numa briga. E, instado a largar a arma pelos policiais militares, não o fez, oferecendo resistência à ordem legal que lhe foi dada.

É o que se pode notar dos depoimentos prestados por Ronaldo Ferreira da Silva, policial militar, no inquérito policial e em Juízo, *in verbis*:

"Que, após a discussão o autor foi até seu veículo e se armou de um revólver; que, o declarante viu quando o autor estava com a arma na mão, sendo que quando o declarante juntamente com o Sd. Lúcio, tentaram abordá-lo o mesmo apontou a arma para a direção do declarante e seu companheiro; que diante do fato tiveram de usar força física para dominar o autor e retirar a arma de sua mão" (fls. 05).

"Que depois de separada a briga o réu foi até seu veículo e apanhou um revólver calibre 38, sendo que os policiais ficaram observando, e quando viram que o réu parecia estar indo em direção à pessoa que se desentendeu com seu sobrinho, o depoente e outros policiais abordaram o réu, que inclusive apontou a arma para o depoente e os outros policiais, soldados Lúcio e Bento, tentando intimidá-los, quando então tomaram a arma do depoente e lhe deram voz de prisão, tendo o mesmo resistido à prisão, sendo necessário usar força física para executar a prisão" (fls. 20/20-v.).

No mesmo sentido foram os depoimentos prestados, na fase inquisitória e em Juízo, pelos militares Mauro Lúcio Pinto e Márcio Bento Ferreira, respectivamente, às fls. 05/06, fls. 39/39-v., fls. 81/82 e às fls. 08/08-v., fls. 83/84.

A conduta do apelante contém, sem dúvida, os elementos constitutivos do tipo previsto no artigo 329 do Código Penal.

É que, tendo-lhe sido pedida a arma de fogo, que fora apanhar no seu automóvel, o apelante não só se recusou a entregá-la, como chegou a apontá-la para um dos policiais militares, que não tiveram outra alternativa senão

imobilizá-lo. É o que, aliás, diz o MM. Juiz *a quo*, na sua bem fundamentada decisão de fls. 97/102, "do exame dos autos verifica-se que a ação dos policiais estava eivada da mais absoluta legalidade, e o réu, em ato de valentia, ao invés de entregar a arma aos policiais, opôs-se à ordem legal recebida, mantendo a arma apontada em direção aos policiais. *Data venia*, não é de se exigir de policiais militares, no pleno exercício de sua função de prestar segurança pública e coibir a conduta criminosa, se mantivessem inertes diante do injustificado comportamento do réu, passivos diante daquela atitude".

No tocante à divergência entre os depoimentos dos policiais militares sobre o momento em que houve a voz de prisão em flagrante delito, se antes ou depois de haver sido superada a resistência do réu, ela é irrelevante para a configuração do crime de resistência. É que não é necessária a existência de "voz de prisão" para a configuração do crime de resistência, sendo suficiente, por si só, a desobediência, mediante violência, à ordem legal.

Neste sentido é o acórdão, citado por JÚLIO FABBRINI MIRABETE, em seu *Código Penal Interpretado*, São Paulo, Editora Atlas, 1999, p. 1.763, *in verbis*:

"Para a caracterização do crime de resistência, manifestamente não se faz mister haja o agente previamente recebido qualquer formal 'voz de prisão'" (*RT*, 675/359).

Lado outro, quanto às declarações prestadas pelo réu, segundo as quais ele teria "apanhado" com um porrete de madeira e que, inclusive, teria sido ameaçado pelo policial militar Ronaldo, elas se encontram divorciadas de todo o conjunto probatório dos autos, razão pela qual não merecem guarida.

Finalmente, quanto ao pedido de redução da pena fixada na sentença, ele não procede. É que ambas as penas estão corretamente aplicadas e suficientemente fundamentadas, sendo o *quantum* de cada uma delas necessário e suficiente para a reprovação e prevenção dos fatos delituosos que foram imputados ao réu.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

PECULATO - CONFIGURAÇÃO - FUNCIONÁRIOS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS PARA EFEITOS PENAIS - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - ATENUANTE - NÃO-RECONHECIMENTO - PENA - SUBSTITUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

- Se na sentença está dito tudo o que era indispensável dizer, tendo o juiz exposto com clareza o seu raciocínio, de modo a possibilitar às partes saber o que hostilizar em eventual recurso, não há falar-se em anulação da sentença por falta de fundamentação.

- Para a configuração do crime de peculato, o fato de os réus não terem a detenção direta do numerário desviado, que se encontrava depositado em uma instituição financeira, não é relevante. O que importa é que eles tinham o poder de dispor do mesmo, podendo desviá-lo para suas contas, quando lhes aprouvesse.

- Com o advento da Lei nº 6.799/80, consideram-se funcionários públicos, enquanto sujeitos ativos de crimes, não só as pessoas pertencentes à Administração Direta, mas, também, os funcionários de entidades paraestatais, de que são espécies as empresas públicas, as fundações instituídas pelo Poder Público e as sociedades de economia mista.

- Não se reconhece a atenuante de confissão espontânea, se a pena-base foi fixada em seu mínimo legal.

- Se os réus preenchem todos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, são primários, de bons antecedentes e têm a seu favor todas as circunstâncias do art. 59 do CP, improcede a reclamação a respeito da substituição da pena corporal pela restritiva de direito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 162.490-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Sentença - Nulidade - Inocorrência - Decisão onde está exposto com clareza o raciocínio do Juiz, de modo a possibilitar às partes saber o que hostilizar em eventual recurso - Peculato - Caracterização - Acusados funcionários da COPASA que, aproveitando-se de suas funções, desviaram dinheiro daquela sociedade de economia mista para suas contas bancárias pessoais. - Não importa e se destitui de relevância o fato de não terem os réus, considerados funcionários públicos, a detenção direta do numerário desviado, que se encontrava depositado em instituição financeira. Importa que tenham o poder de dele dispor. - Com o advento da Lei nº 6.799/80, consideram-se funcionários públicos,

enquanto sujeitos ativos de crimes, não só as pessoas pertencentes à Administração Direta, mas, também, os funcionários de entidades paraestatais, de que são espécies as empresas públicas, as fundações instituídas pelo Poder Público e as sociedades de economia mista, como é o caso da COPASA. Pena - Substituição da detentiva por restritiva de direitos - Revogação - Impossibilidade - Réus que preenchem os requisitos do art. 44 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 REJEITAR PRELIMINAR. NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2000. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo terceiro apelante, o Dr. Leonardo Coelho do Amaral.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Dei atenção à sustentação oral produzida da tribuna pelo Dr. Leonardo Coelho do Amaral em favor do apelante Joubert dos Santos. Tenho voto escrito, que, acredito, responde às questões por Sua Excelência suscitadas da tribuna.

Meu *voto* é o seguinte:

Joubert dos Santos e Afonso Gabriel da Silva Ribeiro foram condenados como incursos no art. 312, c/c art. 71, ambos do Código Penal, recebendo cada um deles a pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, mais pagamento de 16 dias-multa, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e mais 40 dias-multa, sob a acusação de haverem, na qualidade de funcionários da Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA -, responsáveis pela folha de pagamento, desviado dinheiro daquela sociedade de economia mista para as suas contas bancárias particulares, fazendo-o no período compreendido entre dezembro de 1993 e janeiro de 1995.

Inconformados, recorreram o Ministério Público e os réus.

O Dr. Promotor de Justiça pretende, tão-somente, ver cassada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, sob o fundamento de que os acusados não preenchem os requisitos legais para obtenção do benefício.

O apelante Joubert dos Santos, por sua vez, requer, em preliminar, a anulação da sentença, sob o fundamento de não estar ela fundamentada, sendo omissa a respeito de duas teses sustentadas por seu advogado. No mérito, pleiteia a absolvição, alegando que, sendo empregado da COPASA, não pode ser equiparado a funcionário público e, mais, enfatizando que ele e o outro acusado não tinham a posse dos valores desviados, que estavam depositados em poder de instituições financeiras. Subsidiariamente, pede a diminuição da pena que recebeu, por sua participação haver sido de menor importância, e, também, pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Já o acusado Afonso Gabriel da Silva Ribeiro pede apenas a diminuição da pena que recebeu, pela exclusão da continuidade delitiva.

Recursos contrariados.

Nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório resumido e no que interessa.

Conheço dos recursos, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Não procede a preliminar argüida pela defesa do apelante Joubert dos Santos.

A sentença não padece do vício da falta de fundamentação. Nela está dito tudo o que era indispensável dizer, tendo o MM. Juiz exposto com clareza o seu raciocínio, de modo a possibilitar às partes saber o que hostilizar em eventual recurso. Na decisão atacada, S. Exa. demonstrou de forma satisfatória, embora de maneira concisa, os motivos e as razões que o levaram ao entendimento de que o crime cometido pelos acusados era o de peculato, nela deixando claro, também, embora de maneira implícita, que a responsabilidade dos apelantes, no cometimento do delito, foi idêntica.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Examino o mérito.

Pelo que se observa dos autos, os apelantes, funcionários da COPASA, do setor de pagamento de pessoal, aproveitando-se das suas funções, desviaram uma boa soma em dinheiro daquela sociedade de economia mista, lançando-a em suas contas correntes.

Tudo foi por eles confessado, não havendo qualquer dúvida quanto à autoria, estando a materialidade do crime igualmente comprovada pelos documentos de fls. 22/212-TJ, não sendo uma e outra objeto de irresignação.

O apelante Joubert, no entanto, alega que não se configurou o crime de peculato, tendo em vista não terem eles a posse do dinheiro desviado e, também, pelo fato de não poder nenhum dos dois ser equiparado, para fins penais, a funcionários públicos.

Equivoca-se, *data venia*.

O conceito de posse, a que se refere a lei, tem sentido amplo, abrangendo a simples detenção, bem como a

posse indireta, ou seja, a disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições ou mandatos.

Conforme preleciona MIRABETE, forte na lição de Heleno Fragoso:

"a posse aqui deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo não só o poder material de disposição sobre a coisa, como também a chamada disponibilidade jurídica, isto é, a possibilidade de livre disposição que ao agente faculta (legalmente) o cargo que desempenha" (*Manual de Direito Penal*, v. 3, 6ª ed., Atlas, p. 291).

Vê-se, portanto, que o fato de os apelantes não terem a detenção direta do numerário desviado, que se encontrava depositado em uma instituição financeira, não é relevante. O que importa é que eles tinham o poder de dispor do mesmo e tanto isso é verdade que o desviaram para suas contas.

Por outro lado, dúvida inexiste de que os réus devem ser considerados funcionários públicos para efeitos penais.

Com o advento da Lei nº 6.799/80, consideram-se funcionários públicos, como sujeitos ativos de crimes, não só as pessoas pertencentes à Administração Direta, mas, também, os funcionários de entidades paraestatais, de que são espécies as empresas públicas, as fundações instituídas pelo Poder Público e as sociedades de economia mista, como é o caso da COPASA.

Da jurisprudência deste Tribunal, colhe-se o seguinte julgado:

"Demonstrado de forma induvidosa nos autos que o acusado, no uso de suas funções na COPASA, desviou dinheiro público e de terceiro, depositando indevidamente em sua conta corrente valores em espécie, aos quais tinha acesso, responde pela figura penal prevista no art. 312, CP, em sua forma continuada" ("*Jurisprudência Mineira*", 145/371).

A condenação dos apelantes, portanto, era mesmo de rigor.

A pena também foi corretamente aplicada.

Joubert, ao contrário do que alega, não teve participação menor, ou menos importante do que Afonso.

Segundo este último, a responsabilidade pelo evento foi de ambos. São suas as palavras:

"... que os desvios de dinheiro e depósitos nas contas pessoais bancárias dos acusados eram feitos com manobras e participação de ambos, ou seja, do interrogando e do acusado Joubert" (fls. 369).

Ainda de acordo com o que esclareceu Afonso nas suas alegações preliminares (fls. 344/346-TJ), Joubert chegou a lhe implorar que desviasse dinheiro para a conta dele.

Não vejo, *data venia*, como de menor importância a conduta de quem, como Joubert, encoraja o parceiro à prática delituosa, chegando a suplicar-lhe o desvio, e ainda recebe significativa vantagem, em razão do delito.

Esclareça-se que Afonso, ao atribuir a Joubert responsabilidade idêntica à sua, não o fez para se eximir de culpa, nem para prejudicar o comparsa.

No que diz respeito à atenuante da confissão espontânea, não tinha mesmo como ser reconhecida, por ter sido a pena-base fixada em seu mínimo legal.

Quanto à continuidade delitiva, correto se mostrou o seu reconhecimento, pois o próprio Afonso reconhece, em suas declarações judiciais, que os desvios foram efetuados durante todo o ano de 1994.

Finalmente, não procede a reclamação do Ministério Público a respeito da substituição da pena corporal pela restritiva de direito.

Os réus preenchem todos os requisitos do art. 44 do Código Penal. São primários, de bons antecedentes e têm a seu favor todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tanto que a pena-base de ambos foi estabelecida no mínimo legal.

Trata-se de pessoas comuns, que cometeram o delito num momento de fraqueza e premidos pela difícil situação financeira vivida por ambos, à época.

Pelo exposto, nego provimento aos três recursos.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Acompanho o voto do Relator, negando provimento aos três recursos.

Tomo a liberdade de sugerir a publicação do voto do Relator.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente. Peço adiamento, tendo em vista a tese lançada da tribuna.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS O RELATOR E O REVISOR. PEDIU VISTA O DES. VOGAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo segundo apelante, o Dr. Leonardo Coelho do Amaral.

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 11/04/2000, a pedido do Des. Vogal. Rejeitaram preliminar. No mérito, negaram provimento aos recursos o Relator e o Revisor.

Com a palavra o Des. Mercêdo Moreira.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Após o exame dos autos, coloco-me de acordo com o voto do douto Relator.

Realmente, os acusados tinham a disponibilidade jurídica das importâncias desviadas, tanto que puderam desviar para suas contas no banco as importâncias destinadas a outros

funcionários ou ex-funcionários, mediante ordens dadas ao sacado.

O fato de terem agido, também, com fraude para encobrir a descoberta do desvio indevido não tem o condão de transformar o crime de peculato em estelionato.

Nestas condições, ponho-me de inteiro acordo com o voto do douto Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA DA DEFESA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA - IRRELEVÂNCIA - DECISÃO CONSENTÂNEA COM A PROVA - PENA-BASE

- Não se vislumbra prejuízo à defesa se dos autos ressai haver sido a defesa técnica cientificada em tempo hábil da expedição das precatórias para a oitiva das testemunhas que arrolara, o que afasta a alegação de cerceamento, sobretudo porque as testemunhas ouvidas não eram de vista, e sim testemunhas de informação.

- Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, constitui tática muitas vezes adequada de defesa e também de acusação deixarem os advogados os argumentos de que dispõem para apresentação em plenário. Assim, não há que se falar em deficiência de defesa, pois, como se sabe, o grau de comprometimento da garantia constitucional deve ser avaliado em cada caso, tendo em vista os elementos de que dispunha o defensor e as perspectivas do julgador.

- Se o acusado agiu insidiosamente, de forma inesperada, empregando meio extremamente violento, infligindo à vítima martirizante padecimento físico, acha-se em plena consonância com a prova dos autos o reconhecimento, pelo Júri, das qualificadoras de motivo torpe, meio cruel e emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, capituladas na denúncia e na pronúncia.

- A embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade do apelante, bem como não permite a redução da pena, nos termos do art. 28, inc. II, e seus parágrafos, do Código Penal.

- Tratando-se de homicídio triplamente qualificado, não merece reparo a pena-base fixada em quinze anos de reclusão e a sua diminuição em seis meses, por força da confissão espontânea, reconhecida pelo Conselho.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 163.771-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

Ementa oficial: Processual penal - Matéria afeta à competência do Tribunal do Júri - Homicídio - Juízo de formação da culpa - Cerceamento de defesa inexistente - Intimação do defensor da expedição de precatórias para oitiva das testemunhas de defesa - Suficiência - Testemunhas de referência - Ausência de prejuízo - Alegações finais sucintas - Argumentação reservada para o plenário - Estratégia - Deficiência de defesa não caracterizada - Homicídio triplamente qualificado - Embriaguez voluntária - Irrelevância - Condenação - Decisão consentânea com a prova - Pena bem dosada - 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 REJEITAR AS PRELIMINARES ARGÜIDAS E NO MÉRITO NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2000. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Marco Antônio Siqueira.

O Sr. Des. Guido de Andrade - Sr. Presidente. As questões suscitadas pelo Dr. Marco Antônio Siqueira, da Tribuna, estão sendo apreciadas no meu voto, que é escrito e está redigido nos seguintes termos.

Condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte à pena de quatorze anos e seis meses de reclusão, como incurso no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal, interpôs o acusado Ronan Fernandes Vieira o presente recurso apelatório.

Argúi preliminar de cerceamento e deficiência de defesa no curso da instrução, especificamente no que tange à oitiva das testemunhas que arrolou. Alega, quanto ao mérito, que se achava embriagado por ocasião da prática delituosa, o que não teria sido considerado quando de seu julgamento pelo Tribunal do Júri, que decidiu contrariamente à prova dos autos, inclusive ao acolher as qualificadoras. Por fim, considera excessiva a reprimenda, pretendendo sua redução.

Devidamente contra-arrazoado o apelo, subiram os autos, opinando, nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça pelo seu desprovimento.

O recurso é próprio e tempestivo, razão por que dele conheço.

Não merece acolhida a preliminar argüida pelo apelante.

Verifica-se dos autos haver sido a defesa técnica cientificada em tempo

hábil da expedição das precatórias para a oitiva das três testemunhas que arrolara, o que afasta a alegação de cerceamento. Demais, ao que se vê dos depoimentos das duas testemunhas de defesa inquiridas - na presença de defensor *ad hoc* -, ambas afirmaram que tomaram conhecimento do fato imputado ao acusado pelos jornais, limitando-se a dar referências sobre a conduta social do réu. Quanto à terceira, o defensor constituído desistiu expressamente de seu depoimento, certamente porque, assim como as duas outras, nada poderia esclarecer sobre o fato atribuído ao apelante.

Não se vislumbra, portanto, qualquer prejuízo à sua defesa.

E não há que se falar, por outro lado, em deficiência de defesa.

Como se sabe, o grau de comprometimento da garantia constitucional deve ser avaliado em cada caso, tendo em vista os elementos de que dispunha o defensor e as perspectivas de convencimento do julgador. E, em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, constitui tática muitas vezes adequada da defesa e também da acusação, como assinalam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "deixarem os argumentos que dispõem para apresentação em plenário, ocasião em que poderão surtir melhor efeito, por não serem previamente conhecidos pela parte adversária" (*in As Nulidades no Processo Penal* - São Paulo: RT, 6ª ed., p. 203).

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente. O Des. Relator, em seu voto, bem colocou a questão.

A nulidade, em relação às testemunhas, não existiu. Impõe-se salientar que houve a intimação quando da expedição de carta precatória, e elas não eram testemunhas de vista, e sim testemunhas de informação.

Com relação à técnica de defesa, não se tratava de questão afeta ao Tribunal do Júri, e, certamente, o defensor não quis esgotar a sua defesa naquela oportunidade para que não fosse prejudicado o seu cliente quando do julgamento no Tribunal do Júri.

O Des. Relator traz, em socorro à sua argumentação a palavra de Ada Pellegrini Grinover e outros a respeito das nulidades no processo penal.

Assim, *data venia*, rejeito ambas as preliminares.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Acompanho o eminente Relator, permitindo-me acrescentar que o réu foi defendido em plenário de julgamento por dois defensores, e, conforme ata, usaram do prazo legal, apresentando teses compatíveis e desclassificatórias, motivo pelo qual não há que se falar em cerceamento de defesa ou defesa ineficiente. Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Guido de Andrade -

Quanto ao mérito, como bem acentuado no judicioso parecer, praticou o réu um crime triplamente qualificado (motivo torpe, meio cruel e emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima). Segundo ele próprio relatou, ainda no inquérito, na presença de testemunhas - dentre elas sua irmã e o namorado desta -, após haver-se embriagado em um churrasco, veio a encontrar na rua, por volta da 4h, a ofendida, S. A. O., a quem não conhecia, convidando-a para um relacionamento sexual. Aceita a proposta, ali mesmo, em plena via pública, atrás de uma banca de revistas, iniciou a vítima a prática de sexo oral. Em dado momento, enojado - segundo suas próprias palavras -, passou o réu, inopinadamente, a agredir violentamente S., desferindo-lhe seguidos golpes no rosto e na cabeça com uma pedra e com pedaços de telha. A vítima, desfigurada (fls. 93), faleceu no local, em razão de traumatismo crânio-encefálico produzido pelos golpes desferidos pelo apelante.

Como se nota, o móvel do crime repugna ao senso ético-social comum, tendo o acusado, além de agir insidiosamente, de forma inesperada, empregado meio extremamente violento, infligindo à vítima martirizante padecimento físico, pelo que se acha em plena consonância com a prova dos autos o reconhecimento pelo Júri das três qualificadoras capituladas na denúncia e na pronúncia.

Quanto à alegada embriaguez (é bom que se diga, não decorrente de caso fortuito ou força maior, mas voluntária), não excluiria, *in casu*, a imputabilidade do apelante, como não permitiria, da mesma forma, a redução de pena, nos termos do art. 28, inciso II e seus parágrafos, do Código Penal.

A pena-base, fixada pelo MM. Juiz-Presidente em quinze anos de reclusão, não se mostrou excessiva, eis que se trata de um homicídio triplamente qualificado, conforme já assinalado. Referida pena viu-se, finalmente, diminuída de seis meses, por força da atenuante da confissão espontânea, reconhecida pelo Conselho, o que também não está a merecer reparo.

Isto considerado, nego provimento ao apelo

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Do exame que fiz dos autos, a despeito de entender que o apelante apresentou, através de seu culto advogado, memorial muito bem elaborado, estou entendendo que a sentença deve ser confirmada.

Com efeito, ela se funda na decisão do Conselho de Sentença, que reconheceu a prática de homicídio triplamente qualificado - motivo torpe, meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima -, uma vez que a decisão não se mostra contrária à prova dos autos, que é robusta, conta acentuada culpabilidade, pois que, no dia dos fatos, o réu, após manter relações sexuais com a vítima, movido por motivo torpe, eis

que a vítima lhe pedira pagamento pelas referidas relações, desferiu-lhe golpes através de uma pedra, usando de meio cruel, e provocou-lhe as lesões que foram causa eficiente de sua morte, sem que lhe fosse, outrossim, permitida a defesa, ante a utilização do meio que a impossibilitou.

Por outro lado, como bem acentuado pelo digno Relator em seu voto, não foi exasperada a pena; o crime é que foi muito grave, e, por isso, a pena foi correspondente à culpabilidade e à natureza do crime.

Data venia, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - REJEITADAS AS PRELIMINARES ARGÜIDAS, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

DESACATO - COMISSÁRIO DE MENORES - APREENSÃO IRREGULAR DE MENOR - REAÇÃO DO PAI - ÂNIMO EXALTADO - AUSÊNCIA DE DOLO - DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO - CRIANÇA OU ADOLESCENTE - PRIVAÇÃO ILEGAL DA LIBERDADE - INFRINGÊNCIA DO ART. 5º, LXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DO ART. 106 DA LEI Nº 8.069/90 - CRIME PREVISTO NO ART. 230 DO ECA

- A atitude do pai, que reage à apreensão irregular e arbitrária de seu filho menor por comissário de menores, protestando contra o ato ilegal e abusivo deste, com ânimo exaltado, mas dentro dos limites do tolerável e sem a vontade de ofender, humilhar, menosprezar ou desprestigiar aquele funcionário público, não pode ser caracterizada como crime de desacato.

- Privar criança ou adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita de autoridade, é conduta que viola o art. 5º, LXI, da CF, bem como o art. 106 da Lei nº 8.069/90, e está prevista como crime no art. 230 deste mesmo diploma legal, sendo punível com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 164.210-7/00 - Comarca de Barbacena - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

Ementa oficial: Desacato - Pai que reage à apreensão irregular de seu filho menor - Protesto contra ato abusivo de comissário de menores - Ânimo exaltado - Infração não caracterizada - Absolvição mantida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma,

a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 06 de abril de 2000. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Guido de Andrade - Antônio Carneiro da Silva viu-se denunciado na Comarca de Barbacena, como incurso nas sanções do art. 331 do Código Penal, sob a acusação de haver, em data de 23 de janeiro de 1996, desacatado o Comissário de Menores Marildio de Lima, quando este efetuava a prisão do proprietário de um bar que vendia bebidas alcoólicas a menores, dentre os quais se encontrava o filho do acusado.

Ao cabo de regular instrução, veio o réu a ser absolvido da imputação, por entender o Magistrado não haver o mesmo agido com o propósito de menosprezar ou desprestigiar a vítima.

Irresignado, aviou o órgão do Ministério Público a presente apelação, pleiteando a reforma da decisão para que seja o apelado condenado nos exatos termos da denúncia, argumentando que o crime restou suficientemente comprovado nos autos.

Devidamente contra-arrazoado o apelo, às fls. 121/131, subiram os autos, opinando, nesta instância, a ilustrada Procuradoria de Justiça pelo seu desprovimento.

Presentes que se acham os pressupostos exigidos à sua admissibilidade, conheço do recurso.

Sem razão, *data venia*, o apelante em sua pretensão condenatória.

Conforme consta da denúncia, ao efetuar a prisão do proprietário de um bar, em razão de estar o mesmo vendendo bebida alcoólica para menores de dezoito anos em seu estabelecimento, o Comissário Marildio de Lima decidiu conduzir à Delegacia, também, um dos menores que ali se encontrava, filho do acusado. Este, inconformado com tal atitude e diante de relutância do referido agente da autoridade em liberá-lo, exaltou-se, dizendo-lhe: "você tem que pegar é maconheiro da rua, tem que pegar ladrão na rua. Quem está alcoolizado é você. Quem tem que ser preso é você" (*sic*, fls. 7).

Ora, dadas as circunstâncias em que ocorreu o episódio, diante da apreensão ilegal de seu filho, que não estava praticando qualquer ato infracional - procedimento que viola flagrantemente a garantia constitucional insculpida no art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, e também a norma do art. 106 da Lei nº 8.069/90, amoldando-se, por outro lado, à figura típica prevista no art. 230 deste mesmo diploma legal, que prevê como crime, passível de detenção de seis meses a dois anos, a conduta de quem priva criança ou adolescente de sua liberdade,

procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade -, a reação exaltada do réu, além de ter-se contido nos limites do tolerável, era natural e até legítima, sendo mesmo de se afirmar inexigível de sua parte conduta diversa.

Aliás, como bem salientou o MM. Juiz sentenciante, a própria vítima, em suas declarações, isentou o apelado de responsabilidade, reconhecendo que não agiu ele com o propósito de ofender ou humilhar.

Não há dúvida de que a atitude do acusado constituiu mero desabafo, uma retorsão à conduta arbitrária do Comissário de Menores, que não pode ser classificada como desacato.

Nego, pois, provimento ao recurso, confirmando a decisão de primeiro grau, que absolveu o réu.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

PECULATO - CONTINUIDADE DELITIVA - CONDENAÇÃO - SENTENÇA ANULADA POR RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA - APELO MINISTERIAL EM FACE DA SEGUNDA DECISÃO OBJETIVANDO AUMENTO DE PENA - IMPOSSIBILIDADE - PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA

- Se, em face da primeira decisão, o Ministério Público se conformou com o *quantum* de pena resultante da continuidade delitiva, não pode agora, depois de ter sido aquela sentença anulada por recurso exclusivo da defesa, pretender qualquer majoração de reprimenda. A tanto se opõe a proibição da *reformatio in pejus* indireta.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 165.098-5/00 - Comarca de Conselheiro Pena - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Peculato em continuidade delitiva - Condenação - Sentença anulada por recurso exclusivo da defesa - Apelo ministerial em face da segunda decisão objetivando aumento de pena - Impossibilidade - Proibição da *reformatio in pejus* indireta. - Se, em face da primeira decisão, o Ministério Público se conformou com o *quantum* de pena resultante da continuidade delitiva, não pode agora, depois de ter sido aquela sentença anulada por recurso exclusivo da defesa, pretender qualquer majoração de reprimenda. A tanto se opõe a proibição da *reformatio in pejus* indireta.

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, 29 de fevereiro de 2000. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Marcos Lucas de Andrade e Jurandi Cardoso, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 312, *caput*, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, por ter o primeiro, na qualidade de escrivão do Cartório de Notas do Distrito de Penha do Norte, Comarca de Conselheiro Pena, lavrado escrituras sem recolher o ITBI, apesar de ter recebido os valores correspondentes; e o segundo por ter, na qualidade de Chefe da Repartição Fazendária da Prefeitura Municipal, fornecido certidões negativas de débito para com a Fazenda respectiva, sem que o imposto tivesse sido recolhido.

A sentença de fls. 269/272-TJ condenou-os, nos termos da exordial acusatória, a dois anos e quatro meses de reclusão e ao pagamento de doze dias-multa, à razão unitária no mínimo legal.

Irresignados, os condenados apelaram, juntando suas razões às fls. 300/302 e 307/309-TJ.

Houve contra-razões e a douta Procuradoria de Justiça opinou pela nulidade da sentença - por falta de apreciação da preliminar de inépcia da denúncia, argüida em alegações finais pela defesa -, e no mérito pelo desprovimento do recurso.

Por meio do acórdão proferido na Apelação Criminal nº 75.666/8, esta Terceira Câmara Criminal, à unanimidade, decretou a nulidade da sentença hostilizada.

Baixados os autos, adveio nova sentença condenando mais uma vez os réus como incursos no art. 312, *caput*, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, sendo aplicada a cada um a pena *de dois anos e quatro meses de reclusão e quatrocentos e oitenta dias-multa.*

Inconformado, o Ministério Público apelou.

Em razões, impugna tão-somente o *quantum* de pena fixado, por entender incorreto o aumento resultante da continuidade delitiva. Alega que, em virtude de o peculato ter sido praticado por 48 vezes, conforme reconheceu expressamente a sentença, a majoração da pena em virtude do art. 71 do CP deveria ocorrer no grau máximo, ou seja, dois terços.

Há contra-razões de ambos os réus, em prol da mantença da decisão recorrida.

Em parecer, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não há como dar guarida ao inconformismo ministerial.

É que, tendo sido anulada a primeira sentença em virtude de recurso exclusivo da defesa e tendo aquela decisão estabelecido a pena corporal em dois anos e quatro meses de reclusão - computado aí, inclusive, o aumento decorrente da continuidade delitiva -, não pode a nova sentença majorar tal reprimenda, em face da proibição da *reformatio in pejus* indireta.

Este o ensinamento doutrinário:

"*Também é vedada a denominada* reformatio in pejus *indireta. Anulada uma decisão em face de recurso exclusivo da defesa, não é possível, em novo julgamento, agravar sua situação. Como o Ministério Público se conformara com a primeira decisão, não apelando dela, não pode o juiz, após a anulação daquela, proferir uma decisão mais severa contra o réu*" (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *in Código de Processo Penal Interpretado*, Atlas, 6ª edição, p. 792).

Não procede o entendimento ministerial de que, tendo a primeira decisão sido anulada por vício insanável, não pode ser considerada para fins de aferição da *reformatio in pejus*. Isto porque, não obstante maculada por nulidade absoluta, aquela peça processual não perdeu a natureza de sentença, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, se fosse o *decisum* proferido por quem não é juiz de direito, hipótese em que não seria ato jurisdicional, ou seja, tratar-se-ia de uma não-sentença.

Portanto, ainda que contivesse em si vício intrínseco, por se ter constituído em decisão *citra petita*, o ato jurisdicional que primeiro encerrou o processo era sentença e, como tal, deve ser considerado.

Assim, tendo o Promotor de Justiça se conformado, na primeira decisão, com o *quantum* de pena resultante da continuidade delitiva, não pode agora, depois de ter sido aquela sentença anulada por recurso exclusivo da defesa, pretender qualquer majoração da reprimenda; ainda que esteja absolutamente correto na tese esposada a respeito de como deva operar-se o aumento, nos casos do art. 71 do CP.

Em face disso, nego provimento à apelação ministerial.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - RAZÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO - EXTEMPORANEIDADE - JURADO - INDICAÇÃO COMO TESTEMUNHA - PROVA NOVA - PRAZO - CONTAGEM - NULIDADES - NÃO-ACOLHIMENTO

- Sendo tempestivo o recurso, a apresentação das razões fora do prazo é considerada mera irregularidade; diante disso não há como desconsiderá-las, ainda mais em se tratando de recurso ministerial, que, uma vez interposto, não se pode falar em desistência do mesmo.

- A simples indicação do jurado como testemunha não é o bastante para impedi-lo, legalmente, de julgar, notadamente se não houve impugnação oportuna e se a participação do dito impedido se mostrou desinfluente no resultado da votação.

- A apresentação de prova nova em plenário, desde que encartada nos autos com antecedência de três dias, para ciência da parte contrária, nos termos do que determina o art. 475 do CPP, não enseja nulidade do julgamento.

- Na contagem do tríduo previsto no art. 475 do CPP, não se aplica a regra do § 1º do art. 798 do CPP, incluindo-se, portanto, o dia do começo. Este será aquele em que despachada ou protocolada a petição instruída com as peças cuja leitura se pretenda em plenário do Tribunal do Júri.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 165.101-7/00 - Comarca de Resplendor - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Júri - Nulidades - Não-acolhimento. - Simples indicação do jurado como testemunha não é o bastante para impedi-lo, legalmente, de julgar. Preliminar que também não deve ser acatada, pela falta de protesto oportuno. - A apresentação de prova nova em plenário, desde que encartada aos autos com a antecedência de três dias, para ciência da parte contrária, nos termos do que determina o art. 475 do CPP, não enseja nulidade do julgamento. - Recurso ministerial conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de abril de 2000. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Ewerton Freitas Santiago, qualificado

nos autos, foi, no dia 27/05/99, submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri da Comarca de Resplendor, como incurso nas iras do art. 121, *caput*, do Código Penal, isto porque, no dia 06/10/96, por volta das 14 horas, na Rua Antônio Fontes Tavares, nas proximidades do Centro da precitada Comarca, utilizando-se de arma de fogo, efetuou disparos contra a vítima Jorge Alves de Oliveira, causando-lhe a morte.

Em face do acolhimento pelo Conselho de Sentença da tese de legítima defesa putativa, acabou o acusado sendo absolvido da imputação que lhe foi feita.

Inconformado, a tempo e modo apelou o representante do Ministério Público, com fulcro no art. 593, inc. III, alínea *a*, do Código de Processo Penal. Segundo ele, nulo se apresenta o presente julgamento, em primeiro lugar pela admissão do jurado Carlos Clécio Mota, como componente do Conselho de Sentença, mesmo tendo sido ele anteriormente arrolado como testemunha por parte da defesa. De acordo com o seu entendimento, o referido jurado possuía conhecimento de causa, já que figurava no rol das testemunhas, pelo que estava impedido de compor o Conselho de Sentença, mas, como participou do mesmo, tal viciou e contaminou a imparcialidade do Júri.

Ainda em sede prefacial, alegou também ser nulo o julgamento pela juntada serôdia de documentação admitida, em flagrante desrespeito ao texto do art. 475 do CPP. Afirma que, mesmo tendo conhecimento de que o julgamento se realizaria no dia 27/05/99, no dia 24/05/99, a defesa requereu a juntada dos documentos de fls. 104/119-TJ, o que foi admitido pelo MM. Juiz *a quo*, apesar do seu protesto oportuno. Alega ainda que, em plenário, novamente requereu o desentranhamento de tais peças, decidindo, na oportunidade, o MM. Juiz de Direito Presidente do Tribunal do Júri, pela manutenção das mesmas, invocando o princípio da igualdade das partes e busca da verdade real.

Em contra-razões recursais, pede o apelado, em preliminar, que não sejam consideradas as razões de apelação, porque apresentadas a destempo, e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Em parecer de fls. 151/153-TJ, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do apelo, para que, anulado o julgamento, outro se efetive.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

O pedido do apelado no sentido de que se desconsiderem as razões recursais, porque apresentadas extemporaneamente, não pode ser acolhido, eis que, conforme reiteradamente temos decidido, sendo tempestivo o recurso, a apresentação das razões fora do

prazo é considerada mera irregularidade; diante disso, não há como desconsiderá-las, ainda mais em se tratando de recurso ministerial, que, uma vez interposto, não se pode falar em desistência do mesmo.

Sobre o assunto, inclusive, a orientação dos nossos pretórios é no sentido de que:

"*Desde que tempestiva a petição do apelo, não importa a juntada tardia das razões, uma vez que o Ministério Público não pode desistir do recurso*" (*in RT*, 545/348).

Desacolhida a preliminar suscitada em contra-razões recursais, passo ao exame do recurso ministerial.

Alega ele, inicialmente, a nulidade do presente julgamento, pelo fato de fazer parte do Conselho de Sentença o jurado Carlos Clécio Mota, que figurou no rol de testemunhas da defesa.

Tenho, no entanto, que razão não lhe assiste.

É que, conforme se observa dos autos, a referida testemunha não depôs no processo. Vê-se, inclusive, que a defesa do acusado, ora apelado, assim que tomou conhecimento que a mesma figurava na lista de jurados, tratou de pedir a sua substituição, não havendo, pois, que se falar na pretendida nulidade.

E a propósito, os nossos pretórios, há muito vêm orientando no sentido de que:

"*A simples indicação do jurado como testemunha não é o bastante para impedi-lo, legalmente, de julgar*". (Neste sentido *RF*, 142/414.)

Ainda que assim não fosse, observa-se, da ata da sessão de julgamento, que não houve qualquer protesto em plenário, por parte do órgão ministerial, em face da escolha do Sr. Carlos Clécio Mota, para compor o Conselho de Sentença, no julgamento em tela; por tal razão, ainda que nulidade houvesse, não haveria de ser acolhida, por falta de impugnação oportuna.

Inclusive, a lição de MIRABETE é no sentido de que:

"Ao jurado suspeito ou impedido cabe, em primeiro lugar, declarar-se como tal, independentemente de argüição de qualquer das partes (art. 458), pois se aplica a ele, como juiz, o que é disposto nos arts. 97 e 254 do Código. *Se não o fizer, quando sorteado, a parte pode argüir a suspeição ou impedimento, e o incidente se procederá nos termos do artigo 106. A argüição deve ocorrer logo que o jurado é sorteado para integrar o conselho, sob pena de preclusão, nos termos do art. 572, I*" (*in Código de Processo Penal Interpretado*, p. 533, 2ª edição, Editora Atlas, 1994). (Os grifos são nossos.)

Ademais, considerando o placar de votação dos quesitos (7 a 0, 7 a 0, 6 a 1 e 6 a 1), em nada alteraria o resultado do julgamento, se fosse outro

jurado, e não o Carlos Clécio, que integrasse o Conselho de Sentença.

Sobre o assunto, assim já decidiu o STF:

"*Não se decreta a nulidade do julgamento se a participação do jurado impedido se mostra desinfluente no resultado da votação. Invocação dos arts. 563 e 566 do CPP*" (*RT*, 554/463).

Em face do exposto, rejeito a primeira nulidade invocada pelo apelante.

De igual modo, não há como acolher a segunda preliminar argüida pelo combativo órgão recorrente.

É que, conforme se verifica dos autos, a defesa do acusado requereu a juntada dos documentos, em 24/05/99, sendo neste mesmo dia intimado disso o representante do Ministério Público. E, como o julgamento do réu pelo Tribunal do Júri se realizou no dia 27/05/99, dúvida não há de que a acusação foi comunicada com a antecedência de 03 dias da referida juntada, nos termos do art. 475 do CPP, não havendo, pois, como acolher a nulidade pretendida pelo combativo Promotor de Justiça, ora recorrente.

Sobre a contagem do prazo para juntada de documento, de que fala o artigo acima, JÚLIO FABBRINI MIRABETE cita decisão do Tribunal de Justiça no sentido de que:

"*Na contagem do tríduo previsto no art. 475, desde que a efetivação da ciência dos documentos à parte contrária dependa de procedência cartorária, o dia do começo será aquele em que despachada ou protocolada a petição instruída com as peças cuja leitura se pretenda em plenário do Tribunal do Júri*". Ali também se decidiu que: "*Na contagem do tríduo previsto no art. 475 do CPP, não se aplica a regra do § 1º do art. 798 do CPP, incluindo-se, portanto, o dia do começo*" (*in RT*, 702/328). (*Código de Processo Penal Interpretado*, p. 545, 2ª edição, 1995, Editora Atlas.)

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ARMA DE FOGO - PORTE ILEGAL - ART. 10, § 3º, INC. IV, DA LEI Nº 9.437/97 - REINCIDÊNCIA - ART. 61 DO CÓDIGO PENAL - CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE, ELEMENTAR DO TIPO - FIXAÇÃO DA REPRIMENDA - OCORRÊNCIA DO *BIS IN IDEM* - PROVA TESTEMUNHAL - SUSPEIÇÃO - DEPOIMENTO DE POLICIAIS - INOCORRÊNCIA

- Não podem ser inquinadas de suspeição, na aferição do acervo probatório, as palavras dos policiais que não restaram isoladas nos autos, mas, ao contrário, vieram informadas por outros elementos de prova. Ademais, conforme lição doutrinária, a natureza clandestina de certos crimes, ou a forma pela qual é possível a repressão de outros delitos, sem testemunhas, fazem dos policiais suas testemunhas naturais e únicas, cujos depoimentos não podem ser arredados, sob pena de prejudicar a repressão.

- Quando uma das circunstâncias agravantes funciona como elementar ou como circunstância qualificadora do tipo, como ocorre na hipótese do art. 10, § 3º, inc. IV, da Lei nº 9.437/97, que trata do porte ilegal de arma, não se aplica a agravação do art. 61 do CP, não podendo valer-se o julgador dessa circunstância para majorar a reprimenda, sob pena de se consagrar o *bis in idem*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 166.659-3/00 - Comarca de São Lourenço - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Pena - Porte ilegal de arma qualificado pela reincidência (art. 10, § 3º, inc. IV, da Lei nº 9.437/97) - Dupla valoração na fixação da reprimenda - Ocorrência do *bis in idem*. - Quando uma das circunstâncias agravantes funciona como elementar ou como circunstância qualificadora do tipo, não se aplica a agravação do art. 61 do CP, não podendo valer-se o julgador dessa circunstância para majorar a reprimenda, sob pena de se consagrar o *bis in idem*.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 25 de abril de 2000. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - A r. sentença de fls. 75/78-TJ condenou Rezllen César Ribeiro à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, por infração do art. 10, § 3º, inc. IV, da Lei nº 9.437/97, isto porque, segundo consta da denúncia, no dia 1º de junho de 1999, por volta das

14h10min, na Via Ramon, Comarca de São Lourenço, policiais civis o abordaram quando este se encontrava em atitude suspeita, ocasião em que, ao efetuarem busca pessoal, lograram encontrar na cintura do mesmo um revólver, da marca Taurus, calibre 32, municiado com dois cartuchos intactos.

Inconformado com a condenação, interpôs o sentenciado o presente recurso de apelação. Nas razões de fls. 82/88-TJ, pleiteia o recorrente sua absolvição, argumentando, em síntese, ausência de prova para a condenação, tendo a r. sentença se baseado unicamente nos depoimentos dos policiais que efetuaram sua prisão. Alternativamente, requer a decotação da agravante da reincidência reconhecida, eis que a mesma foi duplamente valorada, quando da fixação da pena.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos, e, nesta instância revisora, opina a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento parcial do apelo, para decotar a agravação da pena.

É o relatório no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A materialidade do delito restou comprovada através do laudo de eficiência da arma de fogo constante à fl.12-TJ, onde se constatou que a mesma se encontrava em bom estado de funcionamento, podendo, desta forma, ofender a integridade física de alguém.

A autoria também não consente dúvidas.

Apesar de o apelante negar veementemente os fatos, a prova testemunhal demonstra o contrário: que, realmente, estava ele na posse da arma de fogo apreendida.

Os policiais que participaram da diligência que culminou com a prisão do recorrente, detetives Eustáquio José Lopes Bustamante e Antônio José Martins Dias, às fls. 04/05 e 46/47-TJ dos autos, em relatos firmes e coerentes, confirmam a apreensão da referida arma; e, ao contrário do que alega a douta defesa, a condenação não se baseou única e exclusivamente nesses relatos; ao contrário, vieram corroborados pelos depoimentos da testemunha Paulo Silas de Souza, que se encontrava em companhia do acusado, no momento da abordagem policial.

"Que o depoente, na hora dos fatos, estava em companhia do acusado, quando foram abordados pela polícia civil; que o depoente não sabia que o denunciado estava portando o referido revólver" (fls. 60-TJ).

Portanto, as palavras dos policiais, conforme visto, não restaram isoladas nos autos; ao contrário, vieram informadas por outros elementos de prova, não podendo ser inquinadas de suspeição na aferição do acervo probatório.

A propósito, preleciona FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO que:

"O testemunho há se ser apreciado tendo-se em vista não a qualidade da

pessoa que o presta, mas ao que *de visu* foi constatado, *id est*, à percepção do delito pelos sentidos daqueles que se encontravam presentes no local e ocasião em que ele foi perpetrado. E, não raramente sucede, a natureza clandestina de certos crimes, ou a forma pelo qual foi possível a repressão de outros delitos (sem mais testemunhas), fazem dos policiais suas testemunhas naturais e únicas e, nesse caso, não podem ser arredados seus depoimentos, sob pena de sobejar comprometida a repressão" (*in Direito de Defesa*, 2ª ed., p. 70/71).

Desse modo, tenho como correta a condenação.

Deve-se, contudo, proceder ao decote da circunstância agravante da reincidência, prevista no art. 61 do Código Penal, reconhecida na sentença, visto que o § 3°, inc. IV, do art. 10 da Lei n° 9.437/97, pelo qual o recorrente se viu denunciado e condenado, funciona como qualificadora do tipo penal, não se podendo valer o julgador dessa circunstância também para majorar a reprimenda, como ocorreu *in casu*, sob pena de se consagrar o *bis in idem*.

Assinala DAMASIO EVANGELISTA DE JESUS que:

"pode ocorrer que algumas das circunstâncias enumeradas como agravantes venham também mencionadas na Parte Especial como elementares ou qualificadoras do crime. As elementares correspondem aos elementos específicos do crime, previstas na Parte Especial do Código. Quando uma das circunstâncias agravantes funciona como elementar ou como circunstância qualificadora, não se aplica a agravação do art. 61. De outra forma, haveria um *bis in idem*. Se a circunstância constitui elemento essencial do tipo, não há motivo para a agravação da pena. Se a circunstância genérica (ou qualificativa) do art. 61 funciona como circunstância qualificadora do tipo penal, se houvesse a incidência de agravação da pena, o sujeito teria a pena aumentada duas vezes em face do mesmo fato e motivo (*Direito Penal*, ed. 1988, v. 1, p. 486).

Sendo assim, deverá a pena ser recuada para o mínimo de 02 (dois) anos de reclusão, não merecendo, no mais, sofrer qualquer alteração a decisão monocrática.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso, apenas para, nos termos acima consignados, reduzir para o *quantum* de 02 (dois) anos de reclusão a pena imposta ao apelante.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

FALSIDADE IDEOLÓGICA - CARACTERIZAÇÃO - CRIME FORMAL - FUNCIONÁRIO PÚBLICO - MAJORANTE - PENA PECUNIÁRIA - FUNÇÃO PREVENTIVA, EDUCATIVA E AFLITIVA - FIXAÇÃO ADEQUADA

- Havendo atestação não verdadeira, em ato formalmente verdadeiro, de fato, cuja verdade o documento deveria provar, configurado resta o delito tipificado no art. 299 do Código Penal, com a majorante do parágrafo único, por se tratar o réu de funcionário público, no exercício de suas funções.

- Sendo o delito previsto no art. 299 do Código Penal crime formal, não é exigida a ocorrência de dano para a sua caracterização, sendo suficiente que a conduta se apresente capaz de produzir prejuízo a terceiro.

- A pena - sobretudo a de natureza pecuniária - não pode ser estabelecida em patamares tímidos; ao contrário, tem que ser aplicada em limites suficientes para que o infrator se sinta realmente punido. Assim, se a decisão se acha em estrita consonância com a capacidade econômica do acusado, atingindo os efeitos preventivo e educativo, como também o caráter aflitivo (retributivo) da sanção, deve ser mantida.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 167.423-3/00 - Comarca de Divino - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Falsidade ideológica - Delito caracterizado. - Havendo, no presente caso, atestação não verdadeira, em ato formalmente verdadeiro, de fato cuja verdade o documento deveria provar, configurado restou o delito tipificado no art. 299 do Código Penal, com a majorante do parágrafo único, por tratar-se a ré de funcionária pública, no exercício de suas funções. - Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 25 de abril de 2000. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - O representante do Ministério Público, em exercício na Comarca de Divino, ofertou denúncia contra Isaura Judith Tuler Bayer e Débora Freitas de Souza, ambas já qualificadas nos autos, imputando à primeira a prática do delito tipificado no art. 50, I, da Lei nº 6.766/79; e à segunda, os delitos tipificados no art. 50, I, c/c o art. 51 da referida lei, bem como no art. 299, parágrafo único, do Código Penal.

Segundo consta na exordial do processo, "Infere-se das inclusas peças de informação, extraídas dos autos da Ação Anulatória de Registro imobiliário, tombada sob o nº 1.000/94, que, em data de 13 de abril de 1993, a primeira denunciada, Isaura, ingressou junto ao Cartório de Registro Geral de Imóveis desta Comarca com pedido de registro de um loteamento urbano denominado 'Loteamento Panorama', no qual a mesma figurava como loteadora do imóvel".

Destacou que, "embora aprovado pela municipalidade, por despacho datado de 11 de setembro de 1992, o referido loteamento achava-se imprestável para o registro imobiliário, posto que da data da aprovação do Poder Público à da apresentação para o registro já havia transcorrido o prazo fatal e preclusivo de 180 (cento e oitenta) dias, previsto no art. 18 da Lei 6.766/79". E que, "Mesmo ciente da caducidade da aprovação do projeto, eis que mais de 7 (sete) meses haviam se passado, a primeira denunciada apresentou-o para registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca, e aquela serventia, por intermédio de sua titular - a segunda incriminada -, não tardou a adotar as providências necessárias à efetivação do indevido registro".

Narra ainda que, "mancomunada com os propósitos ilegítimos da primeira denunciada, a senhora Débora Freitas de Souza, no exercício de seu cargo, na mesma data do requerimento de registro (13/04/93), determinou que fosse expedido edital, com prazo de 15 (quinze) dias, tal como determina o art. 19 da Lei nº 6.766/79. Ocorre que naquela mesma data, dia 13/04/93, a dita serventuária exarou certidão, ideologicamente falsa, no sentido de que o prazo de 15 (quinze) dias do édito havia transcorrido, sem qualquer impugnação (doc. anexo).

Consta, ademais, que, no mesmo dia 13/04/93, em absoluta subversão ao procedimento legal previsto para o registro de loteamentos urbanos, a segunda denunciada procedeu à abertura da matrícula de nº 2.949, seguida do registro do prefalado loteamento, conforme certidão acostada a esta denúncia".

Tendo sido a acusada Isaura Judith Tuler Bayer acometida de complicações neurológicas, decorrentes de derrame cerebral, conforme certidão acostada aos autos, o processo foi desmembrado com relação a ela, prosseguindo apenas para a acusada Débora Freitas de Souza.

Através da decisão de fls. 305/311-TJ, o MM. Juiz de primeiro grau julgou em parte procedente a denúncia, para condenar a ré Débora Freitas de Souza como incursa nas sanções do art. 299, parágrafo único, do Código Penal, a uma pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 80 dias-multa. A sanção corporal foi substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do CP.

Inconformada, a tempo e modo apelou a sentenciada. Em suas razões recursais acostadas às fls. 318/321-TJ, busca a absolvição, ao argumento de que não agiu com dolo, tendo, segundo ela, havido falha involuntária da mesma, já tendo sido, inclusive, punida administrativamente por isso. Alega que, pelas certidões de fls. 163/165, todas datadas de 13 de abril de 1993, pode-se deduzir que houve um engano por parte de uma das suas funcionárias, que escreveu as mesmas datas em todas as certidões, provavelmente porque estava copiando modelos de um livro onde todas as certidões eram datadas do mesmo dia. E a acusada, inadvertidamente, sem dolo ou má-fé, assinou as certidões sem o exame mais cuidadoso. Afirma ser evidente que, se tivesse agido com dolo ou má-fé, teria procurado ajustar as datas dentro dos prazos legais, pois os documentos estavam em poder do cartório, do qual a mesma é titular. Diz, ademais, que não se vislumbra, no presente caso, que ela desejasse alterar fato juridicamente relevante e muito menos que tenha disso auferido qualquer vantagem. Por tudo isso, pede a absolvição, pois já foi advertida no processo administrativo pela sua negligência, não merecendo sofrer uma condenação tão rigorosa, substituída a final por duas penas restritivas de direitos, uma das quais para pagar, além da multa aplicada, uma quantia demais exagerada de 50 salários mínimos como prestação pecuniária, valor que também contesta.

Contra-arrazoado o recurso, pelo seu desprovimento opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A absolvição é pretensão de todo inacolhível no presente caso.

Ora, restou provado nos autos, à saciedade, que a acusada, ora apelante, na qualidade de titular do Cartório de Registro de Imóveis do Município e Comarca de Divino, no dia 13/04/93, recebeu da co-ré Isaura Tuler Bayer pedido de registro do loteamento denominado "Panorama", tendo, naquela mesma data, exarado a certidão de fls. 37-TJ, afirmando haver transcorrido o prazo editalício de 15 dias do pedido de registro, sem qualquer impugnação, ou seja, no mesmo dia em que, junto com os demais preparativos, mandou publicar o edital de 15 dias, previsto no art. 19 da Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano; com a fé do seu ofício, expediu certidão dando conta do decurso do prazo editalício, quando este sequer havia iniciado.

Agindo assim a acusada, dúvida não há de que cometeu o ilícito capitulado no art. 299, com a majorante do parágrafo único, por se tratar de funcionária pública, nos termos do art. 327 do mesmo diploma legal, já que cometeu o crime no exercício de suas funções.

É que, a toda evidência, a certidão por ela exarada fez com que fosse alterada verdade sobre fato juridicamente relevante, relacionado ao procedimento legal para o registro imobiliário de

loteamento urbano, já que a afirmação retirava a possibilidade de impugnação ao requerimento de registro do imóvel.

Logo, a condenação, no presente caso, era mesmo de rigor.

A propósito, conforme há muito vêm decidindo nossos pretórios:

"Dá-se a falsidade ideológica (ou intelectual) quando há uma atestação não verdadeira, ou uma omissão, em ato formalmente verdadeiro, de fato ou de declarações de vontade, cuja verdade o documento deveria provar. Verifica-se, portanto, no ato autêntico, quando a alteração da verdade diz respeito a sua substância ou a suas circunstâncias. Concerne a falsidade ideológica ao conteúdo, e não à forma. Quando esta própria é alterada, forjada ou criada, a falsidade a identificar-se será a material" (TJSP - *RT*, 513/367).

A alegação no sentido de que a apelante não agiu com dolo não pode ser crida, pois é impossível que, na qualidade de titular do Cartório de Registro de Imóveis da Cidade, já com vasta experiência no ramo, conforme dos autos consta, pudesse ter agido com tamanha displicência, ou seja, de maneira tão incauta e descuidada, no dizer do Promotor de Justiça, em contra-razões.

Na verdade, conforme bem observado pelo douto Procurador oficiante, "o erro foi absurdo e, inequivocamente, constatável, versando sobre fato que retirava a possibilidade de impugnação ao pedido de registro, *o que entrava em perfeita consonância com a vontade da requerente do registro de obter, ilicitamente, o referido registro, restando total evidência de existência de intuito criminoso por parte das denunciadas*".

Segundo ele, "seria uma tremenda coincidência ante a existência de culpa da funcionária, não devendo esta prosperar, vez que, pelos demais elementos probatórios carreados para os autos, restou demonstrada a conduta praticada pela apelante de fato penalmente relevante, no qual o elemento subjetivo do tipo penal, o dolo, restou presente".

Ademais, prossegue, "tem-se ocorrência de ação anulatória de registro imobiliário, sob o número 1.000/94, conforme sentença de fls. 185/190-TJ, a qual julgou procedente o pedido para declarar a nulidade do registro imobiliário do Loteamento Panorama, pleiteado pela outra denunciada, Isaura Tuler Bayer.

No caso em tela, vislumbra-se intenção da apelante em *inserir declaração falsa ou diversa em documento público, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*, vez que impossibilitou qualquer impugnação ao registro, requerido de modo indevido, buscando o seu deferimento.

Nesses termos, a acusada, ora apelante, tinha pleno conhecimento da falsidade, tendo perfeita intenção de lesionar a fé pública".

Quanto ao fato de não ter auferido vantagem com a sua conduta, tal não desconfigura a infração em tela.

Tratando-se o delito previsto no art. 299 do Código Penal de crime formal, não se exige a ocorrência de dano para sua caracterização, sendo suficiente que a conduta se apresente capaz de produzir prejuízo a terceiro.

Inclusive já decidiu o STF, no RECrim nº 93.292, do qual foi Relator o eminente Ministro Moreira Alves, no sentido de que:

"*Para que se configure esse crime não é mister a ocorrência de um dano efetivo, basta que se verifique a potencialidade do evento danoso*".

Em face do exposto, é de ser confirmada a decisão pioneira, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, inclusive no tocante às penas, criteriosamente aplicadas pelo Julgador de primeiro grau, também objeto de reclamo por parte da apelante.

É que, conforme brilhantemente colocou o representante do Ministério Público, "na dogmática do Direito Penal, a sanção não só tem efeitos preventivo e educativo, como também possui caráter aflitivo (retributivo). Esta, a pena - sobretudo a de natureza pecuniária -, não pode ser estabelecida em patamares tímidos; ao contrário, tem que ser aplicada em limites suficientes para que o infrator se sinta realmente punido.

In casu, por nenhum exagero se deixou resvalar o ilustre Juiz monocrático, porquanto as penas restritivas de direito, sobretudo a de prestação pecuniária, foram impostas em estrita consonância com a capacidade econômica da acusada, titular de um tradicional e rendoso cartório de Registro de Imóveis, que, certamente, lhe garante fartos recursos para a sua mantença".

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA - ARTIGO 180, §§ 1º E 2º, DO CÓDIGO PENAL - INTELIGÊNCIA - ELEMENTO NORMATIVO - FALSIDADE IDEOLÓGICA - CONCURSO DE AGENTES - CARACTERIZAÇÃO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - RETRATAÇÃO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE NULIDADE - PATRONO - FALTA DE INTIMAÇÃO - INOCORRÊNCIA - FALTA DE PROVA DA ORIGEM CRIMINOSA DO OBJETO MATERIAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA

- É válido e eficaz o ato homologatório de retratação do acordo de suspensão condicional do processo, visto que ao réu deve ser assegurado o direito de ampla defesa para a busca da absolvição no julgamento final, sem a necessidade de atender às restrições inerentes ao ato transacional.

- Não procede o pedido de nulidade do processo por falta de intimação do patrono do agente, se a intimação, ao contrário do afirmado, de fato ocorreu, principalmente quando não ocorreu prejuízo, porque havia sido o patrono intimado em audiência realizada, tendo sido nomeado o defensor substituto diante da inércia do constituído em apresentar as razões recursais.

- A suscitação de nulidade do processo por falta de prova da origem criminosa do objeto material não pode prosperar diante do boletim de ocorrência da Polícia Militar que noticia o crime de roubo e notas fiscais da *res furtiva*, que demonstram a origem e a lesão, além de declarações da vítima que teve a carga roubada.

- Caracteriza a tipicidade indireta da falsidade ideológica por intermédio da norma de extensão do concurso de pessoas, o agente que, conscientemente, de comum acordo com o autor, contribui materialmente para o falso.

- Na receptação qualificada (art. 180, §§ 1º e 2º, do Código Penal), o elemento normativo "deve saber" ser produto de crime integra a culpabilidade como a potencial consciência da ilicitude a ser valorada na fixação da pena, não o dolo eventual que pertence à ação.

- A recusa na oferta da suspensão condicional do processo (*sursis* processual) não gera presunção de inocência, haja vista que a sua aceitação prescinde de culpa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 167.634-5/00 - Comarca de Machado - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Receptação qualificada - Elemento normativo - Falsidade ideológica - Concurso de agentes - Caracterização - Suspensão condicional do processo. - I - Na receptação qualificada (art. 180, §§ 1º e 2º, do CP), o elemento normativo "'deve saber' ser produto de crime" integra a culpabilidade como a potencial consciência da ilicitude a ser valorada na fixação da pena, não o dolo eventual que pertence à ação. - II - Caracteriza a tipicidade indireta da falsidade ideológica por intermédio da norma de extensão do concurso de pessoas, o agente que, conscientemente, de comum acordo com o autor, contribui materialmente para o falso. - III - A recusa na oferta da suspensão condicional do processo (*sursis* processual) não gera presunção de inocência, haja vista que a sua aceitação prescinde de culpa.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de abril de 2000. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo primeiro apelante, o Dr. Ariosvaldo Campos Pires.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sebastião Pereira Martins e José Alberto Leite, inconformados com r. sentença que julgou procedente a pretensão punitiva do Estado formulada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais por intermédio do seu órgão oficiante na Comarca de Machado, para condená-los respectivamente nas sanções dos artigos 299 e 69 do CP, e dos arts. 180, §§ 1° e 2°, e 299, na forma do 69, todos do Código Penal, *interpõem recurso de apelação*, sustentando o primeiro apelante, em síntese, que existe absoluta falta de provas de que tenha participado do fato, sendo que as sacas de café de origem criminosa não foram adquiridas pelo apelante, pois foram vendidas ao denunciado José Alberto Leite, conhecido como "Betinho", tendo o apelante apenas emprestado o seu cartão de produtor rural ao seu colega produtor de café José Alberto Leite, mas não vendido qualquer saca de café, já que quem vendeu foi o seu colega que se beneficiou do empréstimo do cartão de produtor (fls. 452/458-TJ). O segundo apelante sustentou, resumidamente e preliminarmente, a inconstitucionalidade do § 1° do artigo 180 do Código Penal; atipicidade relativa da imputação constante da condenação; nulidade do processo por falta de intimação do patrono do acusado; nulidade do processo por falta de prova da origem criminosa do bem receptado; ausência da prova de exercício de atividade comercial - atipicidade; conflito aparente de normas - princípio da consunção - fato posterior não punível; para no mérito defender a tese de que as sacas de café apreendidas são oriundas da colheita da safra de 1996 e que foram apenas estocadas, sendo de propriedade do apelante, inexistindo prova suficiente para condenação do acusado (fls. 473/482-TJ).

Contra-razões ministeriais (fls. 486/502-TJ) pela manutenção do decreto condenatório com relação ao réu Sebastião Pereira Martins e provimento parcial do recurso de José Alberto, para que a sua condenação se dê pelo art. 180, *caput*, do Código Penal, mas mantida no mais nos seus termos. A d. Procuradoria de Justiça oficiou pelo improvimento de ambos os recursos de apelação (fls. 508/518-TJ).

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Consta dos autos que, aos em 26 dias do mês de junho de 1997, no Município de Alfenas (MG), foi praticado um crime de roubo a mão armada, havendo sido subtraído um carregamento de 250 sacas de café beneficiado de um caminhão que era utilizado para o transporte da *res furtiva*. Posteriormente, apurou-se que a carga roubada foi adquirida por José Alberto Leite com o fim de revendê-la e auferir proveito ilícito, havendo armazenado o produto do crime num sítio de propriedade do seu tio Vitor Batista Coelho, localizado no Bairro das Paineiras, Município de Machado, e posteriormente vendido.

Depois de haver comercializado parte do produto do crime, com a ajuda dos co-réus Marcelo e Antônio, que se beneficiaram com a suspensão condicional do processo, apurou-se que o réu José Alberto Leite, com intuito de vender 120 das sacas de café de origem ilícita, associou-se ao o réu Sebastião Pereira Martins para o fim de forjarem um documento apto a viabilizar a comercialização da mercadoria roubada, havendo este fornecido o seu cartão de inscrição de produtor rural, assinando um formulário de requerimento de nota fiscal de produtor, o que possibilitou a obtenção da Nota Fiscal de Produtor n° 933953BBJ, junto ao escritório da Auditoria Fiscal local.

Com a referida nota fiscal, o corretor Robson intermediou a venda das 120 sacas para a empresa MC Coffee do Brasil Ltda., havendo o réu José Alberto Leite se incumbido de providenciar a entrega do café à empresa adquirente, vindo a tempo e modo a ser apreendido o café roubado e restituído à lesada Transportadora Transfato Ltda.

Da primeira apelação.

Suscita, como preliminar em memorial, a nulidade da homologação da retratação da aceitação da suspensão condicional do processo, bem como os atos processuais que a sucederam, inclusive a sentença.

Equivoca-se o acusado, pois, apesar de na primeira audiência haver sido ofertada a suspensão condicional do processo (fls. 396/397-TJ), efetivamente não ocorreu a aceitação como o próprio réu reconhece posteriormente em petição formulada ao Juízo singular (fl. 399-TJ), através de seu culto e destemido defensor, o ilustrado, digno mestre e Prof. Benfica.

Com efeito, se diz o acusado surpreendido com as condições apresentadas sem a presença de "*seu advogado, que se encontrava enfermo*" - o que se constata pela falta de assinatura na citada audiência -, alegando que o próprio defensor considerou que a proposta não é admissível em direito, finalizando dizendo que "*já que seu advogado ainda não assinou o termo, só aceita a suspensão condicional do processo com a exclusão da condição acima referida ...*" (fl. 399-TJ).

Aberta nova audiência, "*o réu Sebastião Pereira Martins informou que neste momento não aceitava a suspensão do processo, se resguardando*

no direito de aceitá-la antes da sentença" (fl. 404-TJ).

A retratação da transação é possível, conforme preleciona o Magistrado DOORGAL GUSTAVO BORGES DE ANDRADA em sua obra *A Suspensão Condicional do Processo Penal* (Ed. Del Rey, 2ª ed., 1996, p. 93), ao dispor que, "*querendo a reabertura do processo, não se pode impor tal benefício, que, por outro lado, acarreta restrição aos seus direitos e garantias individuais através das condições acordadas*", assinalando ao final que o "*direito à busca da absolvição com julgamento final não pode ser tolhido, se assim preferir o réu*".

Assim, rejeito a preliminar.

No mérito, ao réu Sebastião Pereira Martins foram imputadas as condutas-tipo do art. 299 c/c art. 29, ambos do Código Penal, por haver emprestado o seu cartão de produtor rural ao réu José Alberto Leite e assinado um formulário de requerimento de nota fiscal de produtor, permitindo que houvesse posteriormente um preenchimento inverídico da origem do café e a tentativa de legalização da *res furtiva*.

A prova material do delito está consubstanciada na nota fiscal de produtor, no empréstimo do cartão de produtor rural (fls. 30/31-TJ) e no requerimento de nota fiscal assinado pelo réu Sebastião (fl. 138-TJ); no entanto, em se tratando de tipicidade indireta, necessário observar-se atentamente se a conduta do agente autoriza a aplicação do tipo de extensão do art. 29 do Código Penal para a sua condenação no crime previsto na parte especial.

O fato-crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP) foi imputado ao réu Sebastião, por enquadramento no artigo 29 do Código Penal (concurso de pessoas), que dispõe: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Com efeito, é sabido que, para a caracterização do referido concurso, faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) pluralidade de condutas e pessoas; b) conduta eficaz para o resultado - nexo causal; c) vínculo subjetivo ou psicológico entre os agentes, ou seja, consciência de contribuir para um fato comum; d) identidade de delito, assim como se classifica em co-autoria e participação, sendo que esta é subdivida em instigação e cumplicidade (moral ou material), motivo pelo qual se faz necessária uma análise acurada do conjunto probatório que autorizou a sua condenação, haja vista a tese de defesa fundada na inocência do réu Sebastião.

O réu, em suas declarações extrajudiciais, confessou que emprestou "o cartão de produtor rural para José Alberto Leite, vulgo 'Betinho Leite', o qual é seu amigo, e, em razão de o mesmo estar com o seu cartão irregular, pediu ao declarante que emprestasse o seu e, assim que regularizasse, devolveria o empréstimo...; que Betinho não declinou ao declarante qual origem do café e nem mesmo o declarante interessou em perguntar, voltando a afirmar que somente emprestou o respectivo cartão" (fls. 118/119-TJ).

Em seu interrogatório em Juízo, assinalou que "confirma que não vendeu o café para a empresa MC Coffee do Brasil; que quem vendeu o café foi Betinho; que conhece Beto há muito tempo e emprestou o cartão de produtor para Beto; que não sabia que o café que Beto vendeu era furtado; que o café que José Alberto vendeu não era de sua propriedade; que não recebeu nada por isso e José Alberto ia deixar que o interrogando tirasse uma nota no nome dele com o mesmo tanto de sacas de café; que confirma que o café vendido por José Alberto para MC Coffee do Brasil não era seu"(fls.252/253-TJ).

O réu José Alberto Leite durante o seu interrogatório ratifica a confissão do acusado Sebastião, ao afirmar que "conhece Sebastião Pereira Martins; que vendeu um café no escritório do Robson para uma firma de Varginha; que esta venda foi feita mediante emissão de nota fiscal do produtor Sebastião Pereira Martins; que nada deu para Sebastião para emissão da nota; que pediu a Sebastião que emitisse a nota no nome dele" (fls. 250/251-TJ).

Por outro lado, a testemunha Maurício Serafini (fls. 327/328-TJ) deu um depoimento judicial de alta relevância ao responder às indagações feitas pelo MP e pela defesa, respondendo ao primeiro que "o café estava guiado em nome de Sebastião Pereira Martins; que mora perto da casa de Sebastião e viu que a nota aonde foi guiada o café foi emprestada por Sebastião; que Sebastião não vendeu o café; que quem vendeu o café foi Betinho; que esclarece que presenciou a conversa entre Sebastião e Betinho; que mora próximo à casa de Sebastião"; e ao segundo que "Sebastião mandou que Betinho fosse ao escritório do Dr. Miguel para ver se podia tirar a nota, e se pudesse o cartão já estava lá; que sabe que foi autorizada a emissão da guia de Sebastião, quando Betinho foi pedir o cartão para Sebastião; que a conversa entre Betinho e Sebastião foi na parte da manhã, na porta da casa de Sebastião, salvo engano em uma segunda-feira".

Na mesma linha a testemunha Robson de Lima, que foi o intermediário na venda, afirma extrajudicialmente que "confessa que Betinho Leite providenciou toda a documentação junto à Secretaria da Fazenda para vender o produto; que a nota fiscal saiu em nome do produtor rural Sebastião Pereira Martins, conhecido como 'Tião Martins', e até então o declarante acreditava que o café pertencia a tal pessoa" (fls. 27/28-TJ), o que foi confirmado judicialmente (fl. 329-TJ).

Ressalte-se que o fato de não estar provado materialmente que o réu Sebastião não auferiu vantagem com o empréstimo do cartão e assinatura do requerimento de nota fiscal em nada altera o tipo penal da falsidade ideológica, pois este, aliado ao tipo de extensão do concurso de pessoas (art. 29 do CP), exige apenas que o agente concorra de

qualquer modo para o delito ao *omitir, inserir ou fazer inserir* em documento público ou particular, "declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante" (art. 299 do CP), o que se evidencia com a colaboração material consciente realizada pelo agente para a prática do delito. É que a origem ilícita estava clara por não ser José Alberto produtor.

Nem lhe aproveita o fato de haver recusado a suspensão condicional do processo (*sursis* processual) ofertada, pois esta prescinde de culpa para a sua ocorrência, não sendo indicador de inocência presumida como quer a d. defesa.

Destarte, a pluralidade de condutas e pessoas se evidencia com o empréstimo do cartão de produtor rural e assinatura do formulário de requerimento de nota fiscal por parte do réu Sebastião Pereira Martins e o seu posterior preenchimento com conteúdo inverídico por parte do réu José Alberto Leite, conhecido como "Betinho", com o fim de legalizar a carga de café roubada. A conduta empreendida é eficaz para o resultado, ficando demonstrada a relação de causa e efeito. Há identidade de delito, assim como prova do vínculo subjetivo ou psicológico entre os agentes, que atuaram conscientes para o falso ideológico constante da nota fiscal, ou seja, houve colaboração mútua para a falsidade do conteúdo do documento público, sendo irrelevante a alegação de desconhecimento do réu acerca da carga roubada, quando o tipo exige apenas que o agente concorra para o falso, o que efetivamente restou demonstrado no caso *in concreto* de forma a autorizar uma tipicidade indireta.

Assim, provada a ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável, com acerto o Juízo monocrático condenou o réu Sebastião Pereira Martins nas sanções do art. 299 c/c art. 29 do Código Penal, diante da ausência de qualquer causa de justificação ou dirimente militando a seu favor.

Impõe-se, assim, desprover o recurso do réu Sebastião Pereira Martins.

Da segunda apelação.

O réu José Alberto Leite foi condenado nas sanções do art. 180, §§ 1° e 2°, e art. 299, na forma do art. 69, todos do Código Penal, por adquirir, ocultar, ter em depósito, expor à venda, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial clandestina, coisa que deve saber ser produto de crime e haver falsificado o conteúdo de nota fiscal, fazendo constar dados de interesse próprio que vinculam terceiro; vale dizer, fazendo constar em documento público emitido em nome de outrem produto ilícito pertencente à vítima do delito de roubo. Inconformado, apela parcialmente do decreto condenatório, impugnando a imputação do art. 180, §§ 1° e 2°, do Código Penal.

Argúi preliminarmente a nulidade do processo por falta de intimação do patrono constituído do acusado, sustentando que vinha sendo regularmente

intimado por carta, não havendo a mudança na forma de intimação sido comunicada, o que torna nulo o processo.

Não procede a nulidade argüida, haja vista que o patrono do agente que antecedeu à Defensoria Pública foi regularmente intimado, o advogado tomou ciência e não houve prejuízo, porque havia sido intimado em audiência realizada em 06/08/98 (fls. 319/320-TJ), havendo sido nomeado o defensor substituto diante da inércia do constituído em apresentar as razões recursais, deixando extrapolar o prazo legal, aliás, fato este que já foi objeto de manifestação judicial singular (fls. 471/472-TJ). Assim, indemonstrado o prejuízo, *rejeito a preliminar*.

Suscita a nulidade do processo por falta de prova da origem criminosa do objeto material, o que não pode prosperar diante do BOPMMG que noticia o crime de roubo e notas fiscais da *res furtiva* que demonstram a origem e a lesada, além de declarações do motorista do caminhão que teve a carga roubada (fls. 11/14 e 59/72-TJ), motivo pelo qual *rejeito a preliminar*.

No que tange à alegada inconstitucionalidade do § 1° do artigo 180 do Código Penal, atipicidade relativa da imputação constante da condenação, e em decorrência de ausência de prova e exercício de atividade comercial, bem como o conflito aparente de normas argüido, são matérias que se confundem com o mérito, no qual serão adequadamente enfrentadas.

No mérito, a defesa, ao sustentar a inconstitucionalidade do § 1° do artigo 180 do CP, com suporte em abalizada doutrina, confunde o elemento intelectivo do dolo com a potencial consciência da ilicitude existente na culpabilidade. Com a Reforma Penal de 1984, a conduta do agente passou a ser o objeto de valoração, enquanto a culpabilidade passou a valorizar o objeto, ou seja, o dolo que na escola causalista era elemento da culpabilidade e tinha como integrante na sua estrutura a consciência da ilicitude (dolo normativo); com a escola finalista imigrou para a ação, desvinculando-se da culpabilidade, para ter em sua estrutura somente a consciência (elemento intelectivo) atual da conduta descrita no tipo e a vontade (elemento volitivo) de praticar essa conduta, ficando a culpabilidade com a potencial consciência da ilicitude; vale dizer, com um dos elementos normativos a ser valorado.

O eminente Prof. CEZAR ROBERTO BITENCOURT (*in Novas Penas Alternativas*, Ed. Saraiva, 1999, p. 62), ao falar sobre o sentido e função das elementares "sabe"e "deve saber", na definição do crime de receptação, leciona:

"A Lei n° 9.426/96, ao disciplinar o crime de *receptação*, utilizou as expressões "'*sabe' ser produto de crime*", no *caput* do art. 180 do CP, e "'*deve saber' ser produto de crime*", no § 1° do mesmo dispositivo. A *velha doutrina*, ao analisar as expressões "sabe"e "deve saber", via em ambas a identificação do *elemento subjetivo* da conduta punível: o *dolo direto* era identificado pela elementar "sabe"e o

dolo eventual, pela elementar "deve saber" (alguns autores identificavam, neste caso, a culpa). Aliás, foi provavelmente com esse sentido que se voltou a utilizar essas expressões, já superadas, na Lei nº 9.426/96". (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições*, cit., 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995; NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. V, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 405; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito Penal*, cit., v. 2, p. 148, todos analisando o art. 130 do Código Penal.)

Mais à frente esclarece o insigne doutrinador acima:

"A sistemática hoje é outra: a elementar "'sabe' que é produto de crime"significa *ter consciência da origem ilícita* do que está comprando, isto é, ter consciência da ilicitude da conduta, e a elementar "deve saber", por sua vez, significa a *possibilidade de ter essa consciência da ilicitude*. Logo, considerando que esse *elemento normativo* - consciência da ilicitude - integra a culpabilidade, encontrando-se, portanto, fora do dolo, podemos concluir que as *elementares* referidas - *sabe e deve saber* - são indicativas de *graduação da culpabilidade*, e não do dolo, como entendia a velha doutrina" (*idem*, ob. cit., p. 63).

E conclui fazendo distinção entre a consciência (elemento intelectivo) do dolo e a consciência da ilicitude existente na culpabilidade, ao assinalar:

"Concluindo, a *previsão*, isto é, o *conhecimento* deve abranger todos os elementos objetivos e normativos da descrição típica. E esse *conhecimento* deve ser *atual*, real, concreto, e não *meramente presumido*. Agora, a *consciência do ilícito*, esta sim, pode ser *potencial*, mas será objeto de análise somente no exame da *culpabilidade*, que também é predicado do crime" (*ibidem*, p. 65).

Destarte, o elemento normativo do tipo expressado pelos verbos "sabe" ou "deve saber" proporcionam uma graduação da censurabilidade da conduta do agente na fixação da pena, justificando-se a maior apenação da receptação qualificada diante do intuito do legislador de inibir a proliferação do tráfico ou comércio de mercadorias roubadas e/ou furtadas que alimenta a receptação dolosa, embora possa parecer injustificável a excessiva exasperação. De qualquer modo, não se vislumbra a alegada inconstitucionalidade sustentada, devendo-se apreciar a alegada conduta de gravidade subjetiva maior ou menor, como defende a combativa defesa do réu, na fixação da pena, e não na tipicidade.

No mesmo sentido, encontra-se a alegada "atipicidade relativa da imputação constante da condenação", pois a sua potencialidade ou não-consciência da ilicitude do fato é matéria a ser examinada na seara da culpabilidade, como dito acima.

A materialidade está devidamente comprovada na origem criminosa da mercadoria adquirida pelo réu (fls. 11/14 e 65/72-TJ), nas declarações

do motorista do caminhão assaltado (fls. 59/60-TJ), e na posterior apreensão da *res furtiva* (fls. 48/52 e 296/302-TJ) em poder das empresas Comercial e Industrial Branco Peres de Café Ltda. e MC Coffee do Brasil Ltda., que haviam adquirido o produto ilícito (fls. 29/30, 78/80, 193/194, 196/197 e 204/207-TJ), restando avaliar o conjunto probatório com relação à imputação contestada.

O réu na fase extrajudicial em grande parte sustentou que se reservava no direito de responder somente em Juízo (fls. 121/122-TJ), mas, ao ser indagado acerca da origem do café apreendido, respondeu que "afirma ter sido proprietário de um sítio no município de Poço Fundo, tendo-o vendido para a pessoa de Laércio Campos e Jusmar, filho de Laércio, moradores em Campestre (MG), tendo firmado contrato de compromisso de compra e venda, contendo cláusula onde o declarante teria o direito de colher 310 sacas de café beneficiado, ficando a cargo do declarante tal colheita, o qual contratou mão-de-obra na Cidade de Poço Fundo e transportou as 310 sacas para o Sítio da Limeira, onde providenciou a secagem e a limpeza do café, presenciadas pela pessoa de Júnior, administrador da fazenda, e posteriormente estocou no Sítio dos Gonçalves, de propriedade do Simão, corretor de café em Poço Fundo, confessando porém que para tais operações não emitiu nota fiscal para venda; que afirma que este café, em torno de 250 sacas foi levado para o Sítio Paineiras, de propriedade do Sr. Vítor" (fls. 121/122-TJ).

Em Juízo, ao ser interrogado, afirmou que as sacas de café foram vendidas "para Antônio Ferri e Marcelo Gonçalves; que vendeu para Antônio 130 sacas de café e 120 para a empresa de Varginha; que tais sacas de café eram produtos colhidos na sua propriedade; que a sua propriedade situa-se em Poço Fundo; que vendeu a propriedade; que tal café não era furtado; que não recebeu esse café como produto de furto" (fls. 250/251-TJ).

A testemunha Josmar Fernandes de Oliveira, que adquiriu o sítio do réu, afirmou que na compra ficou acertado que a colheita da safra de café de 1996 ficava por conta de José Alberto Leite, vulgo "Betinho", havendo ficado encarregado "Zé do Mé", que era empregado do apelante, assinalando, com relação ao ano de 1997, que "afirma que Betinho procedeu à colheita da safra de 1996, que com certeza o declarante sabe afirmar que este ano, Betinho Leite não colheu nenhum grão da lavoura respectiva, e nem mesmo esteve presente no referido sítio este ano" (fls. 163/165-TJ), o que se coaduna com os parágrafos primeiro e segundo da cláusula terceira do compromisso de compra e venda do imóvel rural, que se refere à safra 96/97 (fls. 166/169-TJ).

Ratificou o depoimento policial na fase judicial, acrescentando ao responder as perguntas da defesa que "Betinho, através de encarregado, colheu o café até setembro ou outubro de 1996" (fl. 366-TJ).

A testemunha Simão Cirineu de

Lima, que teve armazenado o café em seu "Sítio Gonçalves", citado pelo apelante, afirma na fase policial que ficaram estocadas cerca de 250 sacas de café, mas que "deram entrada na propriedade rural do depoente no mês de janeiro de 1997 e foram retiradas no mês de maio do corrente ano...; que: as sacas de café pertenciam a José Alberto Leite, cuja origem foi derivada da venda de sua propriedade rural, no lugar denominado 'Sítio Alto da Serra', neste município, recebendo como pagamento as mencionadas sacas armazenadas" (fls. 187/188-TJ).

A testemunha José de Oliveira, vulgo "Zé do Mé", encarregado da colheita da safra de café 96/97 do sítio que foi do apelante, afirmou extrajudicialmente que "a colheita do café desenvolvida no ano de 1996 se deu no período de junho, julho e agosto daquele ano de 1996...; que: no finzinho do mês de agosto de 1996, Betinho esteve no sítio em companhia do caminhoneiro conhecido por 'compadre', retirou a última partida de café e foi embora, retirando trezentos sacos de café em coco, com destino a Machado (MG), não mais retornando ao local".

Com efeito, se o apelante vendeu a sua propriedade rural que produzia café, recebendo como parte do pagamento a safra de 96/97, que teve retirada a sua última partida de café ao final de agosto de 1996, e foram armazenadas no Sítio Gonçalves em janeiro de 1997 e retiradas em maio do mesmo ano, não há justificativa para a alegação de que as 250 sacas de café beneficiado apreendidas eram de sua propriedade diante da falta de prova da sua origem e das contradições que se apresentam, isto levando em consideração que o crime de roubo ocorreu em 29/06/97 (fls. 65/66-TJ), ou seja, ao final do mês seguinte à retirada do café de sua propriedade do Sítio Gonçalves, e inexistirem provas de que seja produto de colheita da safra de 1997, que, aliás, não haveria onde ser colhida pelo apelante.

Maria Izabel Coelho de Moraes (fls. 330/331-TJ), após ratificar o depoimento extrajudicial, afirmou, na qualidade de filha de Vitor Batista Coelho, que "*o caminhão era um Mercedes cor vermelha ou alaranjado; que disseram que o caminhão transportava 250 sacas de café;* que o motorista estava nervoso, dizendo-se cansado; que tinha vindo de muito longe ...; *que não viu o número da placa do caminhão, mas pode informar que ele era de Jardinópolis-SP*; que Betinho já tinha comparecido no sítio e saiu; que posteriormente chegou outro carro; que tal carro poderia ser um Kadett, cinza ou marrom; que no veículo tinha mais de duas pessoas; que os ocupantes do veículo informaram que estavam escoltando o caminhão; que não viu se o motorista do caminhão entregou algum documento para Betinho; que não viu se os ocupantes do veículo entregaram algum documento para Betinho; que Betinho tinha pedido autorização para guardar o café a seu pai...; que Betinho disse que o café era recebimento do tio dele, Laércio Leite".

No mesmo sentido se encontra

o depoimento judicial da testemunha Vitor Batista Coelho (fls. 332/333-TJ), assinalando, após ratificar o seu depoimento na fase policial, que "*no princípio de junho ou final de maio de 1997*, na casa da avó do primeiro denunciado, o mesmo lhe disse que tinha quarenta mil reais para receber de Laércio Leite, que é tio dele; *que vinte a vinte e cinco dias após, José Alberto Leite esteve na sua casa para pedir para guardar um café*; que o café, segundo Betinho, tinha recebido do Laércio e já vinha vindo; que o depoente informou que tinha um cômodo mas não prestava, mas mesmo assim Betinho guardou o café no seu sítio...; *que o café chegou em um caminhão vermelho que era conduzido por um motorista desconhecido; que chegou em um domingo; que o café chegou por volta das cinco horas da tarde*; que o motorista estava com muita pressa; que o motorista abriu as tampas do caminhão e jogou o café 'por tudo quanto é banda', por dois lados do caminhão; que o motorista não explicou porquê estava com pressa; *que Betinho chegou atrás do caminhão cerca de dois a três minutos...*; que posteriormente Betinho vendeu cerca de 130 sacas para o Sr. Antônio; que posteriormente vendeu mais 120 sacas através de Rubinho, para Varginha...; que o café quando chegou com o motorista no caminhão vermelho não veio com a nota fiscal; que é produtor de café e toda vez que sai na pista asfáltica um carregamento de café tem que ter nota fiscal", respondendo ao ser indagado pela defesa que "*não se recorda da placa do caminhão que levou o café para seu sítio, mas esclarece que era um caminhão com placa de Jardinópolis (SP)*".

Contradizendo os fatos noticiados pelo apelante à testemunha acima, encontra-se o depoimento da testemunha Laércio Leite da Silva, que, após confirmar o depoimento extrajudicial, negou que devesse "a Betinho quarenta mil reais ...; que não sabe de quem Betinho conseguiu as 250 sacas de café, no ano de 1997, que ele alega ter recebido dele, depoente" (fls. 321/322-TJ).

Ora, coincidentemente o veículo roubado com as 250 sacas de café é também um caminhão Mercedes Benz, cor vermelha com placa de Jardinópolis (SP) (fls. 65/66-TJ), recuperado em Paraguaçu (MG), próximo ao local da descarga (fl. 69-TJ), ou seja, igual ao que deixou a carga no sítio da testemunha Vítor Batista Coelho, e que era conduzido por motorista nervoso e apressado, e, ainda, a mesma quantidade de sacas de café que foram roubadas no dia 29/06/1997 (domingo) por volta das 16h30m, foram recebidas no sítio da testemunha acima num domingo por volta das 17h, passados mais ou menos 25 dias do pedido que José Alberto Leite lhe havia feito, demonstrando-se pelo conjunto probatório que o apelante premeditadamente já havia acertado a aquisição da *res furtiva* com *animus lucrandi* de *expor à venda* futura, como restou provado materialmente, sendo despicienda a tentativa da defesa de dar descrédito ao depoimento da testemunha Vítor Batista Coelho com atestados médicos de sua internação em sanatórios há mais de 20

anos, quando o seu testemunho se harmoniza com o conjunto probatório (fls. 483/484-TJ).

O tipo penal da receptação qualificada exige que o delito seja praticado no exercício de atividade comercial, sendo que esta é definida (§ 2° do art. 180 do CP) como "qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência", o que restou comprovado, não só pelo exercício regular que fazia quando à frente do seu sítio que produzia café, negociando as safras, como sustenta, bem como a venda posteriormente efetuada a Antônio Ferri Pereira e Marcelo Gonçalves Dias de parte das sacas roubadas, e outra parte à empresa MC Coffee do Brasil Ltda., intermediadas estas por Robson de Lima, como o próprio apelante confessa (fls. 250/251) em sintonia com o depoimento do próprio intermediador (fl. 329-TJ), motivo pelo qual não pode vingar a tese da defesa da falta de prova de exercício de atividade comercial pelo apelante.

Destarte, a tipicidade evidencia-se na correta adequação da conduta do apelante aos núcleos do tipo *adquirir, ocultar, ter em depósito, expor à venda* em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, coisa que devia saber ser produto de crime, agindo o agente com dolo direto (elemento subjetivo genérico), ou seja, com consciência e vontade de praticar o fato descrito na norma, com o fim especial de obter proveito próprio ou vantagem para si (elemento subjetivo especial), restando consumado com a prática das condutas descritas no tipo penal. A antijuridicidade apresenta-se no desvalor da ação empregada para a ofensa ao bem jurídico protegido, e no desvalor do resultado representado pela lesão ao patrimônio (objeto jurídico tutelado). A culpabilidade evidencia-se na sua imputabilidade, ou seja, na sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, na potencial consciência da ilicitude que detinha ao tempo dos fatos e na exigibilidade de conduta diversa, não militando a seu favor qualquer causa de justificação ou dirimente.

Assim, com acerto o culto Juiz monocrático expediu o decreto condenatório, apesar dos esforços da combativa defesa.

Também o recurso do réu José Alberto Leite não pode ser provido.

Do exposto, nego provimento às duas apelações.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Conforme norma estampada no art. 89, § 1°, da Lei n° 9.099/95, a proposta de suspensão condicional do processo só se aperfeiçoa com a presença do advogado. O ato é tecnicamente assistido, dada a repercussão deste próprio ato. Uma coisa é o advogado requerer a suspensão do processo; outra é concordar com as suas condições, até então desconhecidas dele. Assim sendo, se o advogado não se faz presente na audiência, não há que se falar em suspensão condicional do processo, por exigência legal (repito: art. 89, § 1°, da lei supramencionada).

Quanto ao mérito, a dolosidade das condutas está patenteada nos autos, como excessivamente demonstrado pelo em. Relator. Assim, acompanho-o, e nego provimento a ambos os recursos.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES. NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

-:::-

ABUSO DE AUTORIDADE - ART. 4°, *B*, DA LEI N° 4.898/65 - PRESO SOB CUSTÓDIA POLICIAL - EXPOSIÇÃO EM PRAÇA PÚBLICA - VEXAME - CONSTRANGIMENTO NÃO AUTORIZADO EM LEI - DELITO CONFIGURADO - INTELIGÊNCIA DO ART. 38 DO CP

- Caracteriza delito de abuso de autoridade, previsto no art. 4°, *b*, da Lei n° 4.898/65, a exposição de preso em praça pública, submetendo-o a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei.

- Consoante disposição contida no art. 38 do CP, conserva o preso todos os direitos não alcançados pela perda de sua liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. É direito fundamental do homem o de não ser humilhado, quando detido, ainda que definitivamente condenado.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 167.729-3/00 - Comarca de Capinópolis - Relator: Des. JOSÉ ARTHUR

Ementa oficial: Abuso de autoridade - Lei n° 4.898/65 - Exposição pública de preso sob custódia policial a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei - Delito configurado. - Caracteriza delito de abuso de autoridade a exposição em praça pública de presos sob custódia policial a vexame ou constrangimento não autorizado em lei.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 30 de março de 2000. - *José Arthur* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Arthur - Rubens Eustáquio de Souza foi denunciado na Comarca de Capinópolis, acusado de incurso nas iras do art. 4°, *b*, da Lei n°

4.898/65, por duas vezes, c/c os arts. 12 e 71, *caput*, do Código Penal, pelos seguintes fatos assim descritos:

No dia 30/7/98, pela manhã, José Zito Campos Apolinário, José Carlos Barros da Silva, Maurício Figueiredo Batista, Edmilson Remígio de Souza e outro meliante, após assaltarem um taxista na Cidade de Ituiutaba, dirigiram-se até a Cidade de Capinópolis, onde assaltaram a agência do Banco do Brasil.

Tomando conhecimento dos fatos criminosos, a Polícia Militar, sob o comando do denunciado, que é Comandante da 9ª Cia. Independente da PMMG de Ituiutaba, iniciou uma grande operação policial em toda a região para capturá-los.

No dia do assalto, por volta das 23 horas, dois dos assaltantes foram presos e, no dia seguinte, mais dois outros, levados, como os anteriores, à cadeia pública de Ipiaçu, onde os Delegados de Polícia de Ipiaçu e de Capinópolis, desde a manhã, aguardavam a entrega dos mesmos para lavratura do auto de prisão em flagrante delito. No entanto, prossegue a exordial, o denunciado, que comandava pessoalmente a operação policial, sob o falso argumento de que o delegado de Capinópolis ali não se encontrava, determinou que os assaltantes fossem levados até a aludida cidade.

Assim, e após retirados da cadeia pública de Ipiaçu, os quatro assaltantes foram levados por policiais militares não identificados, sob o comando do acusado, à praça central daquela cidade, e, lá algemados com as mãos à nuca, foram expostos à população local, cerca de dez minutos, juntamente com as armas e o dinheiro apreendidos.

Após, os quatro assaltantes foram colocados novamente dentro das viaturas da ROTAM da Polícia Militar e levados à Cidade de Capinópolis para se lavrar o flagrante, quando, ali chegando, constataram que o Delegado de Polícia estava em Ipiaçu. E, sob o novo e falso argumento de que seriam levados de helicóptero para a noticiada cidade, os assaltantes foram novamente expostos à população, com as armas e o dinheiro apreendidos.

Após regular procedimento sumarial, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente a ação penal para absolver Rubens Eustáquio de Souza, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, fls. 320/327.

Irresignado com a r. decisão, o ilustre representante do Ministério Público interpôs o presente recurso, fls. 329, e aduziu suas razões às fls. 333/347. Em síntese, requer a reforma da sentença, dizendo que a prova carreada aos autos autoriza a condenação do ora apelado.

Em contra-razões, a combativa defesa argumenta em sentido contrário e pugna pelo acerto e manutenção do *decisum*, fls. 351/354.

Nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Procurador José Fernando Marreiros Sarabando, que opina pelo provimento do recurso, fls. 359/370.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inquirido em Juízo, fls. 150/152, o apelado afirmou haver comandado pessoalmente a operação policial que culminou com a prisão das vítimas nos presentes autos. Disse que os quatro assaltantes foram recolhidos à cadeia pública de Ipiaçu e levados, no dia seguinte, à Cidade de Capinópolis, onde seria lavrado o auto de prisão em flagrante. Ali, ele soube que o Delegado de Polícia de Capinópolis se teria deslocado até o Município de Ipiaçu para tomar as devidas providências legais, sendo certo então que os presos foram transportados de volta àquela cidade. Por derradeiro, acrescentou que em nenhum momento ordenou ou determinou que os presos ficassem expostos em praça pública para qualquer procedimento. Declarou que foram exibidas as armas e os valores apreendidos, buscando justificar publicamente a operação realizada, inclusive com o uso de um helicóptero.

Procedida a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, nenhuma delas afirmou ter ouvido ou presenciado o acusado dar qualquer ordem no sentido de expor as vítimas em praça pública, fls. 153/160.

Conforme se vê dos autos, as vítimas foram levadas a Capinópolis em razão de o Delegado de Polícia desta cidade não se encontrar em Ipiaçu. Ocorre que, segundo termo de declarações prestadas pelo Dr. Nilson Inácio Pereira, ex-Delegado de Capinópolis, fls. 232/233, quando os assaltantes foram retirados das celas por policiais militares, ele se encontrava na Delegacia de Polícia de Ipiaçu "aguardando a apresentação dos assaltantes para lavratura do auto de prisão em flagrante".

As vítimas, ouvidas às fls. 75/82, afirmaram que foram expostas em uma praça pública de Ipiaçu e também na praça central de Capinópolis da forma que estão nas fotografias de fls. 11/12. Acrescentaram que no curso da exposição foram ofendidas e ameaçadas de linchamento; que ficaram constrangidas e com medo, dado o grande número de pessoas nos locais.

Joubert Alves de Oliveira, fotógrafo do Jornal *Correio da Região*, inquirido em Juízo, fls. 160, entre outros esclarecimentos, informou que "assim que os presos chegaram tirou as fotografias e foi embora", sendo induvidoso que tais fotografias são as constantes de fls. 11/12.

O apelado confessou que as armas e o dinheiro apreendidos foram expostos na praça e que isso é "um procedimento comum da equipe do helicóptero que visa justificar publicamente a operação realizada em razão do alto custo em situações desta natureza".

O Ten. Rodrigo Piassi do Nascimento, ouvido no procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público, fls. 58/59, declarou que as fotos constantes dos jornais foram tiradas no momento em que os assaltantes foram

retirados das viaturas para serem colocados na aeronave, justamente no momento em que o comandante da operação policial concedia entrevista à imprensa.

Dispõe o art. 4° da Lei nº 4.898/65:

"Art. 4°. Constitui também abuso de autoridade:

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei".

A preocupação do legislador tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Acrescente-se que o art. 38 do Código Penal é claro no sentido de que "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral".

É direito fundamental do homem o de não ser humilhado, quando detido, ainda que definitivamente condenado.

In casu, a prisão é legítima, porém o apelado agravou-a com medidas ilegais, abusando de seu poder.

É certo que o apelado possa não ter agido com dolo direto. Não quisesse a realização do tipo, aceitou, no entanto, como possível e assumiu o risco do resultado (art. 18, *in fine*, CP).

Isto posto, dou provimento ao recurso e tenho o apelado Rubens Eustáquio de Souza como incurso nas iras do art. 4°, letra *b*, da Lei nº 4.898/65.

Considerando as circunstâncias judiciais explicitadas no art. 59 do Código Penal, verifico ser acentuado o grau de reprovação da conduta do réu. Tem antecedentes. Conduta social e personalidade normais, sendo injustificáveis os motivos e conseqüências de certa intensidade causados pela infração penal às vítimas.

Por tais fundamentos, com suporte no art. 6°, § 3°, letra *b*, da Lei nº 4.898/65, fixo-lhe a pena-base em 20 (vinte) dias de detenção, que aumento de 10 (dez) dias, em face da reincidência (fls. 115), e, à míngua de outras circunstâncias e causas especiais de diminuição e de aumento, resta concretizada em 30 (trinta) dias de detenção, a ser cumprida inicialmente em regime fechado - art. 33, § 2°, letra *c*, do Código Penal.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - De acordo.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

RITO PROCESSUAL - INOBSERVÂNCIA - DEFESA PREJUDICADA - NULIDADE DO FEITO

- É nulo o processo que seguiu o rito sumário, quando deveria ter seguido o rito ordinário, causando evidentes prejuízos para a defesa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 168.145-1/00 - Comarca de Sabinópolis - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Apelação criminal - Preliminar de nulidade - Acolhimento - Substituição do rito ordinário pelo sumário. - É nulo o processo que seguiu o rito sumário, quando deveria ter seguido o rito ordinário, causando evidentes prejuízos para a defesa.

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 o processo.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2000. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Conheço do recurso.

André Luiz da Silva foi denunciado pelo Ministério Público de Minas Gerais como incurso nas penas do art. 329, § 1°, c/c o art. 61, I, todos do Código Penal.

Consta da denúncia que, no dia 07 de junho de 1997, o denunciado estava com uma faca na cintura e, ao ser abordado por policiais militares, em busca pessoal, sacou da arma (que tinha aproximadamente 30 cm de lâmina) e ameaçou os policiais, fugindo em seguida.

Na sentença de fls. 60/6-TJ, julgou-se procedente a denúncia, condenando-se o sentenciado a uma reprimenda de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, sem *sursis*, porque reincidente.

Inconformado, apela o réu alegando, em preliminar, nulidade processual por inobservância de rito e incompetência do Juízo.

Assiste-lhe razão.

De fato, pela análise dos autos, nota-se que o processo em exame não seguiu o rito ordinário, como deveria, tendo sido processado pelo rito sumário, em evidente prejuízo para a defesa.

Assim, vê-se que não foi dada ao réu a oportunidade de apresentar defesa prévia, após seu interrogatório, o que somente foi feito após a inquirição das testemunhas.

Note-se que o defensor do acusado foi nomeado no momento do

interrogatório, feito na mesma audiência em que foram ouvidas três testemunhas.

Somente após a oitiva das testemunhas foi dada vista ao defensor para apresentação de defesa, o que foi feito, de forma sucinta, à fl. 33-TJ dos autos.

Em seguida, foi ouvida a última testemunha, por carta precatória e, sem as providências do art. 499 do CPP, abriu-se prazo para oferecimento de memoriais.

Nesse ponto, vale transcrever a jurisprudência do egrégio STF, trazida à colação pelo Promotor de Justiça (fls. 79):

"Nulidade pela substituição do rito ordinário pelo rito sumário - STF: 'A adoção do procedimento especial de rito sumário em vez do procedimento comum do juiz singular, cabível no caso, ainda que com o consenso das partes, importa restrição inaceitável ao direito de defesa, assegurado em lei, e causa nulidade absoluta do processo'" (*RT*, 579/443-3).

Pelo exposto, acolho a preliminar de nulidade processual levantada pelo réu, dando provimento ao recurso para anular o processo, desde o recebimento da denúncia.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR PARA ANULAR O PROCESSO.

-:::-

PROSTITUIÇÃO - CASA - NÃO-CONFIGURAÇÃO DO CRIME - ESTABELECIMENTO EM ZONA DE MERETRÍCIO - DENÚNCIA - INÉPCIA - INOCORRÊNCIA

- Não é inepta a denúncia que descreve o fato delituoso e suas circunstâncias, de modo a possibilitar o exercício da defesa aos acusados.

- A circunstância de a inicial não descrever a conduta individualizada de cada um dos acusados não a torna imprestável, sabendo-se que o "crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa.

- O funcionamento de casa de prostituição em local apropriado, ou seja, na zona de baixo meretrício, com a tolerância das autoridades, afasta a configuração do crime, pela ocorrência de erro de fato, pois não é possível, nestes casos, exigir de pessoas sem qualquer instrução que concluam estar cometendo um ato contra a lei.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 168.383-8/00 - Comarca de Pará de Minas - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Denúncia - Inépcia - Inocorrência. - Não é inepta a denúncia que descreve o fato delituoso e suas circunstâncias, de modo a possibilitar o exercício da defesa aos acusados. A circunstância da inicial não descrever a conduta individualizada de cada um dos acusados não a torna imprestável, sabendo-se que o "crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa. Casa de prostituição - Não-caracterização - Estabelecimento que funcionava na zona do meretrício. - O funcionamento de casa de prostituição em local apropriado, ou seja, na zona de baixo meretrício, com a tolerância das autoridades, afasta a configuração do crime, pela ocorrência de erro de fato, pois não é possível, nestes casos, exigir de pessoas sem qualquer instrução que concluam estar cometendo um ato contra a lei.

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 PARA ABSOLVER OS APELANTES.

Belo Horizonte, 21 de março de 2000. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - A respeitável sentença de fls. 63/67-TJ condenou Mauro Nunes Jardim, Corina Pereira dos Santos Jardim e Maria Lúcia Pereira dos Santos Jardim como incursos no art. 229 do Código Penal, impondo a cada um deles a pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, com *sursis*, mais pagamento de 10 dias multa, sob a acusação de que vinham mantendo na Rua Tiradentes, nº 183, Centro, em Pará de Minas, uma casa de prostituição.

Inconformados, recorreram os réus, pretendendo a absolvição, alegando, em resumo, haverem incidido em erro de proibição, já que mantinham a casa de prostituição, na zona do baixo meretrício, com o conhecimento das autoridades locais.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça, em preliminar, pela anulação do processo, por inépcia da denúncia, que não contém a data do fato e não descreve a conduta de cada um dos acusados e, também, pela circunstância de o feito não haver sido suspenso em relação à ré Maria Lúcia dos Santos Jardim, nos termos do art. 366 do CPP. No mérito, opina pelo provimento.

É o relatório resumido e no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Não procede a primeira preliminar argüida pela douta Procuradoria de Justiça.

Embora a denúncia não possa ser considerada modelar, não é ela inepta, pois atende aos requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo o fato delituoso e suas circunstâncias, de modo a possibilitar aos acusados (que, diga-se de passagem, e entre parênteses, dela não reclamaram) o exercício da defesa.

Quanto à data dos fatos, percebe-se, da inicial acusatória, que ocorreram nos 05 anos anteriores ao de sua apresentação, não havendo, assim, nenhuma dificuldade para se estabelecer o dia *a quo* referente à contagem do prazo prescricional.

Já a circunstância de não descrever a exordial a conduta individualizada de cada um dos acusados também não a torna imprestável, sabendo-se que "o crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa" (*RSTJ*, 25/367-8).

No caso, está claro que a denúncia possibilitou aos acusados saber de que se defender, tanto que, em momento algum, reclamaram de qualquer embaraço ao exercício do *jus defensionis*.

Rejeito a primeira preliminar.

A segunda, no entanto, procede.

De fato, o processo e o curso do prazo prescricional deveriam ter sido suspensos em relação à ré Maria Lúcia dos Santos, que respondeu ao processo como revel, o que não se admite, nos termos do art. 366 do CPP.

Vou-me abster de decretar a nulidade, tendo em vista ser a referida acusada amplamente favorável a solução de mérito, que passo a examinar.

O MM. Juiz *a quo* não acertou ao condenar os réus, *data venia*.

Pelo que está demonstrado nos autos, o estabelecimento dirigido pelos acusados, pessoas de nenhuma instrução, uma delas, inclusive, analfabeta, funcionava em local apropriado, ou seja, na zona do meretrício, e era plenamente tolerado pelas autoridades, o que afasta a configuração do crime de casa de prostituição, pela ocorrência de erro de fato, pois não é possível, nestes casos, exigir de pessoas sem qualquer instrução, conforme já foi frisado, que concluam estar cometendo um ato contra a lei.

Sobre o tema, já se decidiu:

"A jurisprudência dos tribunais é torrencial no sentido de que a exploração de casa de prostituição em zona de meretrício não configura o delito previsto no art. 229 do CP" (*RT*, 557/386).

"O funcionamento da casa de prostituição às claras, em zona de meretrício e com pleno conhecimento das autoridades locais, que nenhuma restrição lhe opõem, desconfigura o delito do art. 229 do CP" (523/344).

Além do mais, com a licenciosidade dos costumes, com a proliferação de estabelecimentos que, travestidos de casas de banho, massagem, *relax*, móteis, etc., na realidade exploram a prostituição, fazendo-o com a complacência e o beneplácito das autoridades e a publicidade escancarada da mídia, não é possível, nos dias que correm, penalizar o tipo em discussão. Seria tratar diferentemente hipóteses idênticas. Afinal, não se compreenderia a tolerância como funcionam tais estabelecimentos, que, na verdade, não são outra coisa senão lugares destinados a encontros sexuais. Nada mais do que isso.

Por este motivo, formou-se expressiva corrente jurisprudencial, com a qual estou de pleno acordo, e tendente a descriminar e despenalizar o crime de casa tida como de prostituição, e semelhante a deste processo.

Com estes fundamentos, dou provimento ao recurso, para absolver os réus Corina Pereira dos Santos Jardim, Mauro Nunes Jardim e Maria Lúcia dos Santos Jardim, fazendo-o com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARA ABSOLVER OS APELANTES.

-:::-

JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PRELIMINARES DE NULIDADE - AGRAVANTE NÃO CONTIDA NO LIBELO - ART. 484, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - APLICAÇÃO - PEÇAS NÃO SUBMETIDAS AO CONTRADITÓRIO - PRAZO SUFICIENTE PARA EXAME - AUSÊNCIA DE OBJETOS APREENDIDOS - OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO - ARGÜIÇÃO - ARTIGO 571, INC. V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PRECLUSÃO - INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS - CERTIDÃO - ASSINATURA NÃO CONTESTADA - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - NÃO-COMPROVAÇÃO - MANUTENÇÃO DO VEREDICTO POPULAR - PENA - MÍNIMO LEGAL - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES - FIXAÇÃO

- Inocorre nulidade de julgamento, em face da quesitação sobre agravante não contida no libelo, se aquela resultou dos debates, consoante previsão do art. 484, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Penal.

- A utilização de peças não submetidas ao contraditório, se foram juntadas ao processo por tempo mais que suficiente para a defesa apreciá-las e rebatê-las, não enseja nulidade do julgamento.

- A ausência, em plenário, de objetos apreendidos, na qual a defesa alega a ocorrência de prejuízo, não pode ser acolhida, se não argüida a eventual nulidade no momento processual oportuno, isto é, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes, conforme dispõe o inciso V do art. 571 do Código de Processo Penal, restando preclusa a matéria.

- Se a defesa, em momento algum, contestou a rubrica do Oficial de Justiça lançada na certidão que atesta a incomunicabilidade dos jurados, não há falar-se em nulidade do julgamento, por esta falta.

- Só se licencia a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos, quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório.

- A pena deve tender para o mínimo legal, quando o réu for primário e de bons antecedentes.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 168.910-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Júri - Homicídio qualificado - Preliminares de nulidade rejeitadas - Decisão contrária à prova dos autos não comprovada - Manutenção do veredicto popular - Recurso improvido.

RELATÓRIO

Antônio Francisco Nasser, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, III e IV, c/c o 61, II, *f*, ambos do CP, porque, na noite de 8/1/87, na Avenida João Pinheiro, 323, ap. 1.002, na área central de Belo Horizonte, agrediu a vítima Eletra Maria da Costa Carvalho com violentas marteladas, cujos ferimentos lhe causaram a morte.

Pronunciado e libelado, o acusado foi submetido a julgamento perante o 1º Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, sendo condenado a cumprir a pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado.

Inconformado, recorreu, pugnando, em preliminar, pela irregularidade na quesitação, utilização de prova inválida, ausência em plenário de objetos apreendidos e não-documentação da incomunicabilidade dos jurados, e, no mérito, seja cassada a decisão dos jurados por manifestamente contrária à prova dos autos ao acolher as qualificadoras, e, alternativamente, a redução da pena-base e a decotação de seis meses da agravante relativa às relações domésticas.

A Procuradoria de Justiça, através do parecer do ilustrado Procurador Carlos Henrique Fleming Ceccon, opina pela rejeição das preliminares e provimento parcial do recurso, tão-só para reduzir a pena-base.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão.

Belo Horizonte, 29 de março de 2000. - *Edelberto Santiago.*

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de maio de 2000. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. José Guimarães Ferreira de Melo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - (Lê o relatório nos autos.)

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

A defesa suscitou quatro preliminares.

A primeira diz respeito à quesitação sobre agravante não contida no libelo. Consta da ata do julgamento (fls. 655) que, não obstante o protesto do defensor, o Juiz-Presidente deferiu - em conformidade com o art. 484, parágrafo único, inc. II, do CPP - o pedido ministerial de inclusão da agravante (praticar o crime prevalecendo-se das relações domésticas e de coabitação com a vítima).

Com efeito, diz este parágrafo único do art. 484 do Código de Processo Penal:

"Parágrafo único. Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código Penal, observado o seguinte:

(...)

II - se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o juiz, a requerimento do acusador, formulará o quesito a ela relativo".

Rejeito, pois, a preliminar.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Acompanho o Relator, salientando que, efetivamente, a agravante resultou dos debates e, portanto, poderia o MM. Juiz, a requerimento do órgão acusador, incluir no questionário a referida circunstância agravante.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Com o Relator.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - A segunda refere-se à utilização de prova não submetida ao crivo do contraditório, qual seja, a leitura em plenário de peças do processo de anulação de casamento movida por Violeta Marques contra o réu. Ora, tais peças (fls. 288/353) foram juntadas ao processo em abril de 1992, ou seja, há mais de sete anos, tempo mais do que suficiente para a defesa apreciar e rebater tais provas.

Rejeito, também, esta preliminar.

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

O Sr. Des. Zulman Galdino - Com o Relator.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - A terceira preliminar, relativa à ausência em plenário de objetos apreendidos, na qual a defesa alega a ocorrência de prejuízo, não pode ser acolhida, porquanto não argüida a eventual nulidade no momento processual oportuno, isto é, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes, conforme dispõe o inciso V do art. 571 do CPP. Como não consta na ata de julgamento qualquer registro nesse sentido, preclusa a matéria.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Também acompanho o Relator, salientando que, evidentemente, a matéria está preclusa.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Com o Relator.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - A quarta preliminar postula a nulidade do julgamento, pois a ata silenciou-se sobre a incomunicabilidade dos jurados. Ora, a certidão de fls. 656, firmada pelo Oficial de Justiça, atesta a incomunicabilidade indispensável dos jurados.

Alega o ilustre defensor do apelante, da tribuna, que esta certidão a que me refiro não passa de uma minuta, que não chegou a ser assinada pelo Oficial de Justiça. *Data venia*, não procede a alegação feita. Tenho aqui, em mãos, a certidão:

"Certificam os jurados do Conselho de Sentença, desde que sorteados, não se comunicaram entre si, nem com outrem, nem manifestaram qualquer opinião sobre o feito em julgamento.

Dou fé.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 1999.

Oficial de Justiça".

Consta dessa certidão a rubrica do Oficial de Justiça, rubrica esta que não foi, em momento algum, contestada, em sua autenticidade, pela defesa.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Acompanho o eminente Des. Relator.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago -

No mérito, a meu sentir, merece subsistir a r. decisão do Conselho de Sentença do 1º Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte.

A defesa, nas razões recursais, buscou refutar a ocorrência das qualificadoras, sem, entretanto, lograr êxito, pois as provas dos autos são fartas, especialmente os documentos de fls. 40/59, em apontar a crueldade do réu no violento homicídio. Constatou-se, ainda, que o telefone estava com o fio desligado, como também o do interfone, sendo que o próprio réu confessou ter trancado a porta e retirado as chaves, guardando-as no bolso do blusão. Tais atitudes demonstram o propósito do réu de impedir qualquer fuga da vítima, além de inequívoca premeditação.

As manchas de sangue pelos cômodos do apartamento mostram a feroz perseguição. As diversas feridas na cabeça e nas mãos ratificam a agressão insana, e os hematomas no braço permitem concluir que a vítima tentou-se defender das mortais marteladas.

Os jurados, na votação do 3º quesito, negaram, por seis votos, que o réu se tenha defendido de agressão a sua pessoa. Também no 18º quesito os jurados reconheceram que o "crime foi cometido por motivo fútil, qual seja, apenas porque o réu não queria que a vítima se ausentasse de casa".

Todas as decisões dos jurados, tanto a relativa ao afastamento da legítima defesa, como o reconhecimento das qualificadoras do motivo fútil, de meio cruel e da que impossibilitou a defesa da vítima, guardam coerência e estão firmemente amparadas nas provas dos autos.

Ademais, está mais do que pacificado e sedimentado na doutrina e na jurisprudência, inclusive sumulado por esta Primeira Câmara Criminal, o entendimento de que só se licencia a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos, quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, o que, como demonstrado acima, não é o caso do presente processo.

Quanto à pena aplicada, apesar da primariedade e dos bons antecedentes do apelante e da fundamentação por demais sucinta do Sentenciante na análise das circunstâncias do art. 59 do CP, para fixação da pena-base, entendo adequado o *quantum* estabelecido. A propósito, esta Câmara tem o entendimento, proclamado através da Súmula nº 44, de que, *"se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve tender para o mínimo legal"*. Ora, considerando o espectro da pena (12 a 30 anos) cominada para o homicídio qualificado, a fixação da pena-base em 14 (quatorze) anos está em sintonia com tal entendimento, pois bastante próxima do mínimo.

Mercê de tais considerações, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

Se unânime a decisão, expeça-se o competente mandado de prisão em desfavor do réu Antônio Francisco Nasser.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Também acompanho o eminente Des. Relator quanto ao mérito, salientando que o Júri fez opção por versão contida na prova dos autos e a pena está bem fixada, porque próxima do mínimo legal, conforme jurisprudência citada pelo eminente Des. Relator desta Primeira Câmara Criminal.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Sr. Presidente. Estou de acordo e, na oportunidade, agradeço o memorial enviado pelo Dr. José Guimarães de Melo, do qual fiz atenta leitura.

Acompanho as razões do voto do eminente Relator, com as quais me ponho inteiramente de acordo.

O Dr. José Guimarães Ferreira de Melo - Sr. Presidente, pela ordem.

Antes de V. Exa. anunciar o resultado, gostaria de invocar em favor do apelante o que preceitua o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

O paciente está em liberdade por força da decisão da Segunda Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, e, considerando que se trata de um réu de oitenta anos de idade e enfermo, pediria a reconsideração da parte do voto do eminente Desembargador, no sentido de se permitir que transite em julgado a sentença condenatória.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Sr. Presidente. Sempre entendi que o princípio da presunção da inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, visa evitar, tão-somente, que antes do trânsito em julgado da decisão tenha o réu o seu nome lançado no rol dos culpados.

Quanto à prisão, se a decisão é unânime, o mandado deve ser expedido de imediato, vez que os recursos extraordinário e/ou ordinário não têm efeito suspensivo.

Por conseguinte, indefiro o pedido do ilustre defensor.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO, COM RECOMENDAÇÃO.

-:::-

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - MENOR - CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 147 DO CÓDIGO PENAL - AMEAÇA - FALTA DE REPRESENTAÇÃO - RECURSO ADESIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NÃO-CONHECIMENTO

- O ECA, com uma sistemática própria, não faz distinção entre infrações definidas como de ação pública e de ação privada, pois o menor, por ser inimputável, não comete crime, mas sim ato infracional, e o Ministério Público, conforme determinam os artigos 180 e 182 do referido estatuto, tem legitimidade para fazer a representação, sendo irrelevante a iniciativa do ofendido. Daí por que descabe a nulidade do processo sob o fundamento de inexistência de representação exigida no parágrafo único do art. 147 do CP.

- Não se acolhe a alegação da defesa de não-configuração da conduta de ameaça, tipificada no art. 147 do CP e caracterizadora do ato infracional do menor, se existem nos autos declarações da vítima neste sentido. Ademais, o cerco feito pelo adolescente infrator, acompanhado de sua turma, em volta da vítima, ainda que não houvesse palavras ameaçadoras, configura por si só a conduta tipificada no referido dispositivo.

- Tratando-se de ato infracional que o ECA definiu, em seu art. 103, como sendo a conduta descrita como crime ou contravenção, as normas processuais a serem seguidas, para fins de recurso, devem ser as do Código de Processo Penal, que não prevê o recurso adesivo. Assim sendo, não se pode conhecer do recurso adesivo, nesta circunstância, interposto pelo Ministério Público, visando combater a decisão monocrática, que julgou procedente representação, reconhecendo ato infracional praticado pelo apelante, aplicando-lhe pena de advertência, com a qual não concorda.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 170.735-5/00 - Comarca de Monte Sião - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: ECA - Conduta tipificada no art. 147 do CP - Ameaça - Medida socioeducativa de advertência - Preliminar por falta de representação rejeitada - Improcedência do pedido inicial - Não-acolhida - Recurso adesivo interposto pelo RMP não conhecido - Ato infracional comprovado - Sentença confirmada - 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, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR, NÃO CONHECER DO RECURSO ADESIVO MINISTERIAL E NEGAR PROVIMENTO AO APELO DA DEFESA.

Belo Horizonte, 06 de junho de 2000. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante José Roberto, o Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de apelação interposta contra a r. decisão da MMa. Juíza de Direito da Comarca de Monte Sião, que julgou

procedente a representação do RMP e aplicou ao ora recorrente a medida socioeducativa de advertência, com base no art. 112, I, da Lei nº 8.069/90, imputado que foi da prática de ato infracional consistente em ameaça.

Inconformado, o adolescente infrator recorreu, pugnando, em preliminar, pela nulidade do processo, em razão de não ter havido representação; no mérito, pela improcedência do pedido inicial, sob a alegação de que não existiu o dolo.

Contra-arrazoado o recurso, manifestou-se o Promotor de Justiça pelo não-provimento, interpondo, em seguida, com fulcro no art. 198, *caput*, da Lei nº 8.069/90, recurso adesivo, no qual se bate pela mudança da medida socioeducativa para a de prestação de serviços à comunidade.

Em observância ao disposto no art. 198, VII, da referida lei, foi mantida, no juízo de retratação, a r. sentença recorrida.

A Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre Procurador Hélcio Valentim, opina pelo não-provimento da apelação do menor e provimento do recurso adesivo.

É o relatório, em síntese.

Preliminarmente, conheço do recurso do adolescente, próprio, tempestivo e regularmente processado.

A defesa suscita a preliminar de nulidade, sob o fundamento de inexistir a representação exigida no parágrafo único do art. 147 do CP. Ora, o ECA, com uma sistemática própria, não faz distinção entre infrações definidas como de ação pública e de ação privada, pois o menor, por ser inimputável, não comete crime, mas sim ato infracional. E o Ministério Público, conforme determinam os arts. 180 e 182 do referido estatuto, tem legitimidade ativa para fazer a representação, sendo irrelevante a iniciativa do ofendido.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - A alegação da defesa de que não se configurou a conduta da ameaça não pode ser acolhida. É comum, principalmente em cidades pequenas, bandos de adolescentes - motivados pelo entusiasmo coletivo e pela típica rebeldia juvenil - cometerem atos de vandalismo contra o patrimônio público, agressões contra outras pessoas ou grupos rivais, além de costumeiras intimidações, como ocorreu no presente caso, conforme atestam as declarações da vítima. Ademais, o cerco feito pelo adolescente infrator, acompanhado de sua turma, em volta da vítima, ainda que não houvesse palavras ameaçadoras, configurou por si só a conduta tipificada no art. 147 do CP.

Acertada, pois, a decisão monocrática que julgou procedente a representação, reconhecendo o cometimento do ato infracional praticado pelo ora apelante.

Quanto ao recurso adesivo interposto pelo RMP, dele não conheço. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por conter normas de direito material e processual, civil e penal, coloca o operador de direito, muitas vezes, em encruzilhadas processuais, sobre qual o caminho mais adequado a seguir. Em sede recursal, inegável que a legislação processual a ser utilizada deve estar em sintonia com a questão tratada. Se for matéria de ordem cível, como, por exemplo, questão envolvendo tutela, pátrio poder ou infração administrativa, devem ser usadas as normas do CPC. Entretanto, tratando-se de ato infracional - como *in casu* - que o próprio ECA definiu, em seu art. 103, como sendo a conduta descrita como crime ou contravenção, as normas processuais a serem seguidas, por certo, devem ser as do Código de Processo Penal, no qual não está previsto o recurso adesivo.

Na verdade, o combativo RMP local, não se valendo, em tempo oportuno, do recurso de apelação, buscou, por meio de artifício singelo, porém impróprio, consubstanciar sua irresignação quanto à medida aplicada ao infrator.

Mercê de tais considerações, não conheço do recurso ministerial e nego provimento à apelação interposta pelo menor, confirmando, na íntegra, a r. sentença hostilizada.

Custas, *nihil*.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, NÃO CONHECERAM DO RECURSO ADESIVO MINISTERIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA DEFESA.

-:::-

JÚRI - SEGUNDA APELAÇÃO PELO MESMO MOTIVO - INADMISSIBILIDADE - QUESITO - FALTA DE INDAGAÇÃO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PENAS - FIXAÇÃO

- Conforme expresso no art. 593, § 3º, parte final, do CPP, em tema de julgamento do Júri não se admite segunda apelação pelo mérito, seja de que parte for.

- Os jurados, ao responderem, afirmativamente, ao quesito da tentativa, afastaram a desistência voluntária. Teria sido reconhecida a desistência voluntária, se o Conselho de Sentença tivesse negado o quesito correspondente à tentativa. Neste caso, dar-se-ia a desclassificação do crime, respondendo a acusada somente pelos atos já praticados.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 171.801-4/00 - Comarca de Malacacheta - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Processual penal - Júri - Segunda apelação pelo mesmo motivo - Inadmissibilidade - Art. 593, § 3º, parte final, do CPP - Recurso conhecido em parte, somente no tocante à preliminar de nulidade e ao *quantum* da pena imposta - Quesito - Falta de indagação da desistência voluntária - Tese sustentada pela defesa em plenário - Resposta afirmativa ao quesito da tentativa de homicídio - Conseqüente afastamento da desistência voluntária - Nulidade inexistente - Tentativa de homicídio e perigo de vida - Concurso formal - Penas - Fixação segundo os critérios do art. 59 do CP - Aplicação da regra do concurso material porque mais favorável que a do formal - Redução de metade pela tentativa devido à quase-realização do homicídio - Reprimenda mantida - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de maio de 2000. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Eliete Soares Teixeira, qualificada, foi condenada como incursa nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, e art. 132, c/c os arts. 70, 65, I e III, *d*, e 66, todos do CP, às penas de 3 (três) anos de reclusão e 3 (três) meses de detenção, respectivamente, a serem cumpridas em regime aberto.

Inconformada com a sentença condenatória de fls. 147/148, apelou a acusada, argüindo, preliminarmente, nulidade do julgamento, por cerceamento de defesa, vez que não foi formulado quesito relativo à tese da desistência voluntária, sustentada em plenário pela defesa. No mérito, requer a cassação da decisão dos jurados, porque manifestamente contrária à prova dos autos, no tocante ao crime de perigo de vida. Alternativamente, pleiteia a redução da pena ao mínimo legal (fls. 157/158).

O recurso foi respondido, pugnando o órgão ministerial pelo seu provimento quanto à alegada nulidade posterior à pronúncia e, no mérito, pelo seu desprovimento, confirmando-se *in totum* a decisão objurgada e a pena aplicada à recorrente (fls. 160/163).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo acolhimento da preliminar suscitada e, caso seja ultrapassada, é pela não-admissão da apelação quanto ao mérito, mantendo-se a pena aplicada (fls. 168/172).

O recurso deve ser conhecido somente no tocante à preliminar argüida e ao *quantum* da pena aplicada, pois, no que respeita ao mérito, trata-se de segunda apelação pelo mesmo fundamento (art. 593, III, *d*, do CPP). O Ministério Público já havia apelado quanto ao mérito, tendo sido cassada a decisão do Júri, a fim de que a outro julgamento fosse submetida a acusada (acórdão de fls. 125/129).

Clara é a regra do art. 593, § 3º, parte final, do CPP, ao impedir a interposição de segunda apelação pelo mesmo motivo, qual seja, pela alínea *d* do art. 593, III, do CPP.

Nesse sentido é a jurisprudência:

"Em tema de julgamento do Júri não se admite segunda apelação pelo mérito, seja de que parte for, conforme vem expresso no art. 593, § 3º, parte final, do CPP" (*RT*, 650/269 e 270).

Assim, conheço parcialmente do recurso, presentes os demais pressupostos de sua admissibilidade.

Data venia do entendimento contrário, não há como se acolher a preliminar argüida.

Com efeito, a tese da desistência voluntária foi apresentada em plenário e não foi formulado quesito relativo a ela. Entretanto, agiu com acerto o MM. Juiz-Presidente, pois os jurados, ao responderem afirmativamente ao quesito da tentativa, afastaram a aludida tese defensiva. Teria sido reconhecida a desistência voluntária se o Conselho de Sentença tivesse negado o quesito correspondente à tentativa. Nesse caso, haveria a desclassificação do crime, respondendo a acusada somente pelos atos já praticados.

Nesse sentido: "Se a tese da defesa em Plenário foi a da desistência voluntária, a maneira dos jurados atenderem-na era negando o segundo quesito. Com isto estaria a acusação por tentativa de homicídio desclassificada, respondendo o réu na forma do art. 13 (atual art. 15) do Código Penal, 'apenas pelos atos já praticados contra a vítima'". (Dirceu de Mello, parecer na Apelação nº 118.282, Primeira Câmara do TJSP, de 23/04/73.)

De outra banda, se fosse formulado o quesito da desistência voluntária, apesar de já afirmado o quesito da tentativa de homicídio, o seu reconhecimento é que seria causa de nulidade do julgamento, pois, se o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, logicamente que este não desistiu voluntariamente. Na desistência voluntária, o crime não se consuma por vontade do próprio agente. Portanto, são teses antagônicas. Admitida a tentativa, resta, por conseguinte, afastada a desistência voluntária.

Esse é o entendimento da jurisprudência:

"Quesitos. Nulidade. Vício do questionário. Resposta afirmativa ao quesito da tentativa de homicídio e posterior reconhecimento da desistência voluntária. Incoerência manifesta: 'Em julgamento perante o Júri, de tentativa delinqüencial, as teses defensórias

da desistência voluntária ou arrependimento eficaz ficam implicitamente respondidas com a votação do quesito relativo ao início da execução e inocorrência de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. É que, se este quesito for afirmado, as referidas teses implicitamente cairão; e, se negado, a queda terá sido da própria imputação da tentativa" (TJSP - AC - Rel. Azevedo Franceschini - *RJTJSP*, 54/357).

Destarte, rejeito a preliminar.

No que tange às penas impostas, também sem razão a apelante. Foram elas fixadas no mínimo legal, segundo os ditames do art. 59 do CP, tendo sido, por outro lado, aplicada a regra do concurso material de delitos porque mais favorável à acusada, já que a soma das penas é inferior ao mínimo que seria obtido em face do concurso formal, reconhecido na sentença (art. 70, parágrafo único, do CP). A pena relativa ao homicídio tentado foi reduzida de metade e, não, do máximo (2/3), devido à quase-consumação do crime (art. 14, II, do CP).

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso, rejeito a preliminar suscitada e nego provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Sr. Presidente. Não só estou de acordo com o Relator, como sugiro a publicação desse voto, pela beleza como posta a questão e a decisão do em. Relator. Para fins didáticos, um voto como esse deve ser publicado.

Súmula - CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO - ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/90 - VENDA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS COM DATA DE VALIDADE VENCIDA - CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO - ERRO DE PROIBIÇÃO - INCONSCIÊNCIA DA ILICITUDE DO FATO - INOCORRÊNCIA

- Responde por crime contra as relações de consumo, previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, aquele que vende gêneros alimentícios com data de validade vencida.

- Não há falar-se em falta de consciência da ilicitude do fato quando o agente realiza ação típica e ilícita, tendo ou podendo ter a consciência da ilicitude de sua conduta, e ainda assim a pratica.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 172.803-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ ARTHUR

Ementa oficial: Crime contra as relações de consumo - Art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 - Venda de gêneros alimentícios com data de validade vencida - Caracterização do ilícito - Erro de proibição - Inconsciência da ilicitude do fato - Inocorrência. - Responde por crime contra as relações de consumo, previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, aquele que vende gêneros alimentícios com data de validade vencida. - Não há falar-se em falta de consciência da ilicitude do fato quando o agente realiza ação típica e ilícita, tendo ou podendo ter a consciência da ilicitude de sua conduta, e ainda assim a pratica.

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, 16 de março de 2000. - *José Arthur* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Arthur - O representante do Ministério Público junto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte ofereceu denúncia em desfavor de José Carlos Ferreira e Maria das Graças de Souza, acusados de incursos nas iras do art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, c/c o art. 29, *caput*, do Código Penal, porque, no dia 16 de julho de 1998, por volta das 13 horas, os acusados ganharam gêneros alimentícios, estando estes próximos da data do prazo de vencimento. Ocorre que, além de consumi-los, os acusados doavam os referidos produtos ou mesmo os vendiam, por preços inferiores, no interior de sua própria residência, informando aos consumidores que estava próximo o prazo de validade ou mesmo vencido.

Após regular procedimento sumarial, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação penal para condenar José Carlos Ferreira e Maria das Graças de Souza como incursos nas sanções do art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, impondo a cada um a reprimenda de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo-dia.

Por derradeiro, o Juiz sentenciante substituiu a pena privativa de liberdade aplicada aos co-réus por duas restritivas de direitos consistentes no pagamento de 10 (dez) dias-multa, sem prejuízo da anteriormente fixada, e de prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena, a ser fixada pelo juiz da execução, nos termos dos arts. 43, I e IV; 44, I, II e III, § 2º, do CP, com a redação conferida pela Lei nº 9.714/98, fls. 85/87.

Os co-réus, através dos termos de recurso, fls. 95/96, apelaram da r. decisão e aduziram suas razões às fls.

101/104. Sustentam, em síntese, que não auferiram vantagens, já que os gêneros alimentícios não se destinavam ao comércio, dizendo que o fato que lhes foi imputado é atípico. Invocam a seu favor o disposto no art. 21 do CP, dado que não tinham consciência da ilicitude do fato. Dessa forma estariam isentos de pena.

Em contra-razões, o representante do Ministério Público pugna pelo acerto e manutenção da decisão recorrida, fls. 106/108.

Nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do ilustre Procurador Rômulo Paiva Filho, que opina pelo improvimento do recurso, fls. 113/115.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Ao ser inquirido em Juízo, fls. 39/40, o acusado José Carlos Ferreira informou que trabalhava na empresa "PQ - Preço e Qualidade Atacadista", sendo certo que, quando os produtos estavam com data próxima ao vencimento, pessoa autorizada da aludida empresa doava aos funcionários tais alimentos. Que ele os utilizava para consumo de sua família, doava parte a pessoas carentes e vendia o resto para ajudar no orçamento familiar.

Maria das Graças de Souza Ferreira, esposa de José Carlos, confirmou os fatos alegados por ele, fls. 41/42.

Maria Luzete Pereira dos Santos, ouvida pela autoridade policial, asseverou que um "lanche Mirabel" fora adquirido por um sobrinho de Adriana, sua vizinha, com prazo de validade vencido, fls. 12/13. O lanche fora comprado na residência da acusada. Em Juízo a testemunha confirmou suas anteriores declarações.

No mesmo sentido as declarações de Adriana de Jesus, fls. 14; segundo esta, a acusada vendia balas, bombons, doces etc., produtos muito procurados por crianças, dizendo que a maioria deles estava com prazo de validade vencido. Seu testemunho foi ratificado à fl. 63.

Maria Ferreira Rosalvo, testemunha arrolada pela defesa, fls. 64, entre outros esclarecimentos, prestou os seguintes:

"... que a depoente informa que já chegou a comprar produtos dos acusados; que a depoente informa que o produto que comprou estava vencido...".

Conforme se vê do laudo pericial de constatação, fls. 20/21, as mercadorias examinadas estavam com a data de validade vencida, impróprias para o consumo e comércio.

Alegam os apelantes que não tinham a intenção de comerciar ou auferir vantagem. Sustentam que ajudavam os vizinhos, tão carentes quanto eles, o que descaracterizaria, a princípio, a prática do ilícito penal.

É certo que alguns produtos eram doados; a maioria, contudo, vendida, de acordo com os depoimentos dos ora apelantes, que chegaram, inclusive, a dizer que o dinheiro auferido era destinado a ajudar nas despesas domésticas. Os atos de comércio ficaram, assim, definitivamente caracterizados.

Lado outro, insustentável o erro de proibição, previsto no art. 21 do CP, alegado pela defesa, ao fundamento de que os acusados desconheciam a ilicitude dos atos que estavam praticando. Ora, como bem observou o digno Juiz sentenciante, os acusados tanto tinham conhecimento da ilicitude que avisavam os clientes a respeito do prazo de validade das mercadorias. Ademais, o acusado José Carlos trabalhava em uma empresa atacadista de gêneros alimentícios e recebia os produtos com a data para o consumo por vencer.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nenhum reparo está a merecer.

Por tais fundamentos, nego provimento ao apelo.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - De acordo.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CRIME DE TRÂNSITO - DELITO DO ART. 306 DO CNT - CONDENAÇÃO - PRÁTICA COMPROVADA - APLICAÇÃO DA PENA ESPECÍFICA E CUMULATIVA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO - DESACATO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - EMBRIAGUEZ COMPLETA - DENÚNCIA - INÉPCIA - INOCORRÊNCIA

- Não é inepta a denúncia que contém todos os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, e na qual está exposto de forma criteriosa o fato criminoso, de modo a ensejar a mais ampla defesa do denunciado.

- Comprovada a prática do delito previsto no art. 306 do Código Nacional de Trânsito, não se pode falar em absolvição, nem há como decotar da condenação a pena específica e cumulativa de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, imposta pela legislação para o mencionado crime.

- Não há que se falar em desacato se o agente estava em completo estado de embriaguez, a ponto de não ter a mínima consciência dos atos que praticava, o que afasta o dolo específico exigido para a configuração do delito em questão.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 173.534-9/00 - Comarca de Lambari - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Apelação criminal - Delitos dos arts. 306 do Código Nacional de Trânsito e 331 do CPB - Inépcia da inicial - Preliminar rejeitada - Motorista que, comprovadamente, dirigia embriagado, colocando em risco a incolumidade de terceiros - Decote da pena específica de suspensão da habilitação - Desacato - Inocorrência - Embriaguez completa que retira o dolo específico exigido para o delito de desacato. - Comprovada a prática do delito previsto no art. 306 do Código Nacional de Trânsito (dirigir embriagado), impõe-se a aplicação da pena específica e cumulativa da suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor. - Não há falar em desacato quando o agente estava em completo estado de embriaguez, a tal ponto que não tinha a mínima consciência dos atos que praticava.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 09 de maio de 2000. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Conheço dos recursos.

O Ministério Público de Minas Gerais denunciou Geraldo Cristóvão da Silva como incurso nas sanções do art. 306 do Código Nacional de Trânsito c/c art. 331 do CPB, porque, no dia e local descritos na denúncia, foi ele flagrado na direção de um veículo automotor em completo estado de embriaguez, tendo inclusive colidido o veículo com o meio-fio.

Após o acidente, o denunciado teria resistido à voz de prisão e, já no hospital (para o qual foi levado pelos policiais), passou a desacatar o Delegado de Polícia que conduzia os procedimentos.

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo o denunciado do crime de desacato e condenando-o pelo delito de trânsito.

Inconformados, apelam o Ministério Público e o sentenciado.

Em preliminar, alega o réu-apelante a inépcia da peça inicial.

Desassiste-lhe razão.

Nenhuma irregularidade pode ser apontada na denúncia, que contém todos os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP.

Ao contrário do que afirma o apelante, o representante do Ministério Público expôs de forma criteriosa o fato criminoso, de modo a ensejar a mais ampla defesa do denunciado.

O fato de o apelante estar dirigindo em estado de completa embriaguez, tendo, inclusive, colidido seu veículo contra o meio-fio demonstra o risco iminente sofrido por outros motoristas e até mesmo transeuntes que passassem pelo local.

Em assim sendo, *rejeito a preliminar*.

No mérito, melhor sorte não assiste ao segundo apelante (Geraldo).

Não há falar em absolvição, vez que o delito de trânsito, imputado ao apelante, restou fartamente comprovado nos autos.

O réu foi preso em flagrante logo após ter colidido seu veículo contra o meio-fio.

Ao chegar ao local, após ter recebido uma denúncia anônima, o policial pôde constatar que o condutor do veículo estava embriagado.

A testemunha João Batista de Oliveira (fls. 57) afirmou "*que o réu aparentava sintomas de embriaguez*".

Também a testemunha Cláudio José da Silva Pereira (fls. 58) disse em seu depoimento "*que o depoente pôde ver também que o réu estava dentro do referido veículo, sentado à direção do mesmo e com a cabeça balançando aparentando estar embriagado*".

Ademais, o próprio apelante confessa, em seu depoimento de fls. 41-TJ:

"*Que o depoente havia tomado o calmante e havia saído dirigindo o referido veículo; que estacionou seu carro perto do Bar do Mauro, na saída desta cidade e tomou uma dose de conhaque; que depois de tomar o conhaque o depoente saiu do bar do Mauro, pegou o veículo no qual estava e ao dirigir percebeu que estava passando mal*".

O delito do art. 306 do Código Nacional de Trânsito consiste em:

"*Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*".

Não modifica a situação do apelante o fato de ele estar embriagado pelo uso exagerado de bebidas alcoólicas ou pela mistura de remédios controlados com álcool.

O fato é que não restam dúvidas de que o apelante estava conduzindo veículo automotor e que seu estado de consciência estava bastante alterado, de forma a colocar em risco potencial a incolumidade de outrem, tanto que chegou a colidir o veículo contra o meio-fio.

Destaque-se, ainda, que a atividade policial teve início com uma denúncia anônima pela qual a Polícia tomou conhecimento de que o apelante estava embriagado e conduzindo perigosamente um veículo automotor, colocando em risco a incolumidade dos transeuntes.

Não há falar, pois, em absolvição.

Também com relação ao decote da pena acessória, desmerece acolhida a pretensão do apelante.

O art. 306 do Código de Trânsito é claro ao especificar, para o delito nele previsto, a pena de "detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor".

Não há como decotar da condenação a pena específica e cumulativa, imposta pela legislação para o delito em análise.

Quanto à primeira apelação (do Ministério Público), observo que a sentença guerreada não está a merecer reparos.

Nesse ponto, merece transcrição o bem lançado parecer da Procuradoria de Justiça (fls. 200/208), que diz:

"Improcede, *data venia*, o pleito de ver o réu também condenado como incurso nas iras do artigo 331 do CP, porquanto, conforme bem salientou o nobre julgador monocrático - e amplamente revelam os autos - *encontrava-se o acusado por demais embriagado, no momento dos fatos*, constando ainda que misturara determinados comprimidos e substância alcoólica, sendo correto concluir-se que estava ele, naquele instante, profundamente afetado pelo entorpecimento resultante, a ponto de violentamente chocar seu veículo automotor contra o meio-fio de uma das vias públicas da comarca original, e, ato contínuo, ser conduzido ao hospital quase em estado de inconsciência, isso unicamente em virtude da ingestão da explosiva mistura.

Ora, é remansosa a jurisprudência, bem como pacífica a doutrina, no sentido de que *para a configuração do crime de desacato se faz mister um ânimo refletido e deliberado para o menosprezo, a ofensa, a humilhação à pessoa do funcionário público no exercício de sua função*, circunstâncias essas inexistentes diante de um quadro - fartamente comprovado *in casu* - de profundo entorpecimento mental, mercê de embriaguez por álcool ou substâncias análogas, capaz de influir, decisivamente, no modo de agir do acusado, em especial no que tange aos seus freios morais, alterando-os e reduzindo, conseqüentemente, a capacidade de se conter, de se auto-disciplinar, de acatar as ordens legais emanadas da autoridade ou de seus agentes.

Não é qualquer grau de embriaguez, de fato, que por si só afasta o dolo específico do agente na configuração do delito de desacato; o caso concreto é que fornecerá os elementos para a aferição do nível de discernimento que, no momento dos fatos, possuía o agente. Sua capacidade intelecto-volitiva, por conseguinte, influirá preponderantemente na dedução lógica de sua culpabilidade.

Na hipótese em apreço forçoso é reconhecer que a embriaguez do réu e apelado era praticamente completa, excluindo, destarte, o elemento subjetivo do tipo, ainda que voluntária, posto que, dogma da Reforma Penal de 1994, não há se falar em responsabilidade penal sem culpa, ou objetiva - nullum crimem, nulla poena, sine culpa...

Não se trata, aqui, de caso de semi-alcoolização, mas, como dito, de embriaguez praticamente completa" (grifos conforme original).

Por tudo que foi exposto, confirma-se o acerto da sentença guerreada ao absolver o réu do delito de desacato, vez que inexistente o dolo específico exigido para a configuração do referido crime.

Em assim sendo, nego provimento aos recursos, mantendo a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE - CAUSA E CONDIÇÃO - DISTINÇÃO - AUSÊNCIA - LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - FORÇAS CONCORRENTES

- Não se distingue entre causa e condição, sendo que ambas se equivalem, já que sem uma delas o fato penal não ocorreria, daí por que todos os fatos que concorrem para a eclosão do evento criminal devem ser considerados causa destes. Basta que a ação tenha sido condição para o resultado, mesmo que tenham concorrido para o evento outros fatos, a ação é causa e o agente é o causador dele.

- Se a vítima foi atingida em órgãos vitais, tendo sido atendida, mas seu estado clínico piorado, vindo a falecer em decorrência de septicemia, não se pode ter a septicemia como causa relativamente independente, como quer o § 1º do art. 13 do CP, pois o nexo causal entre a ação em sentido amplo e o evento não é interrompido pela interferência cooperante de outras causas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 174.843-3/00 - Comarca de Araxá - 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, 18 de abril de 2000. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - A 20 de agosto de 1989, em sua casa, na Rua C, nº 40, Belchior Estevão de Ávila desferiu um golpe de faca em Maria Valdete Monteiro, porque esta foi até lá informar à sua irmã, esposa de Belchior, que lhe havia arranjado um emprego.

Denunciado inicialmente como incurso nas sanções do art. 129, § 1º, inciso II, do Código Penal, pelo aditamento de fl. 62-TJ, viu-se apontado como incurso nas sanções do art. 129, § 3º, do Código Penal (lesão corporal seguida de morte).

Sentenciando às fls. 119/124-TJ, o MM. Juiz de Direito *a quo* desclassificou o delito para o art. 129, § 1º, inciso II, do Código Penal, dando-se a oportunidade do art. 89, da Lei nº 9.099/95.

Inconformada, apelou a Justiça Pública, alegando que o Código Penal não distinguiu entre causa e condição e, como aquela deve ser imputada ao réu, também esta é de sua responsabilidade, pois não se pode confundir causa e condição com uma terceira figura, a causa superveniente, totalmente independente da causa, de tal forma que, suprimindo-se a conduta do réu, o resultado não teria ocorrido.

Contra-razões, à fl. 146-TJ. Nelas o apelado, reportando-se às alegações finais, disse que o pós-operatório apresentou complicações cirúrgicas, vindo a vítima a falecer de septicemia e sustentou que não há uma correlação entre o *acd* e a morte da vítima, não havendo também nexo de causalidade entre a lesão e a morte, donde dever ser mantida a r. sentença hostilizada.

Emitindo parecer às fls. 154/159-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso, porque a ação do apelado, tendo atingido órgãos vitais e dada a fragilidade dos mesmos, provocou a septicemia que levou a vítima à morte, não havendo dúvida de que foi a ação do apelado que causou a morte ocorrida.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

O auto de exame cadavérico indireto, de fls. 104/106-TJ, afirma que Maria Valdete foi "... vítima em 20/08/89 de agressão por arma branca, causando-lhe ferimentos no abdômen; sendo lesados os seguintes órgãos: fígado (região do lobo esquerdo), duodeno (região correspondente à 1ª porção), cabeça do pâncreas e traumatismo na veia aorta. Apesar de todos os recursos terapêuticos utilizados na ocasião e em face da gravidade do caso, a paciente evoluiu mal, entrando em quadro clínico septicêmico, vindo a falecer em 24/10/89".

Verifica-se que a vítima, sendo atingida em órgãos vitais, foi atendida, mas seu estado clínico piorou, e ela faleceu em decorrência de septicemia. A septicemia não é, portanto, "... uma causa

relativamente independente...", como quer o § 1º do art. 13 do Código Penal.

Como leciona EDGARD MAGALHÃES NORONHA, "O nexo causal entre a ação (em sentido amplo) e o evento não é interrompido pela interferência cooperante de outras causas. Assim, no homicídio, o nexo causal entre a conduta do delinqüente e o resultado morte não deixa de subsistir, ainda que para tal resultado haja contribuído, por exemplo, a particular condição fisiológica da vítima ou a falta de tratamento adequado" - *vide Direito Penal*, Editora Saraiva, São Paulo, 1963, 1º v., 2ª ed., p. 149.

Segundo NELSON HOFFBAUER HUNGRIA, "... tanto faz que a morte tenha resultado da concorrência, por exemplo, do estado hemofílico ou diabético do ofendido, quanto da fragilidade congênita do seu osso frontal, atingido pelo golpe ou de um processo infeccioso conseqüente à lesão recebida e mal cuidada" - *vide Comentários ao Código Penal*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1958, 4ª ed., v. I, Tomo II, p. 64.

JÚLIO FABBRINI MIRABETE, em seu *Manual de Direito Penal*, Editora Atlas S/A, São Paulo, 1993, 7ª ed., v. 1, p. 107, diz:

"Não se distingue entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos, seja positivamente a título de instrumento ou meio, seja negativamente, afastando os obstáculos). As forças concorrentes equivalem-se e sem uma delas o fato não teria ocorrido (*conditio sine qua non*). Todos os fatos que concorrem para a eclosão do evento devem ser considerados causas deste. Basta que a ação tenha sido condição para o resultado, mesmo que tenham concorrido para o evento outros fatos, a ação é causa e o agente é causador dele".

Enfim, *causa causae causa est causati* e, por tudo isso, dou provimento ao recurso, anulo a sentença de fls. 119/124-TJ, determinando que outra se profira ferindo o mérito à vista do art. 129, § 3º, do Código Penal.

Custas, *ex lege*, ao final.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - NULIDADES - CONSTRANGIMENTO DOS JURADOS - ALEGAÇÃO INFUNDADA - OITIVA DE TESTEMUNHAS - CRITÉRIO DO JUIZ TOGADO - ART. 209, *CAPUT*, DO CPP - PENA - FIXAÇÃO

- Se não foi constatada nenhuma anormalidade durante a distribuição das cédulas, tendo os senhores jurados afirmado que a atitude do promotor de justiça, alegada pela defesa, em nada influenciou suas decisões, não se acolhe a preliminar de nulidade do julgamento por constrangimento causado aos jurados.

- O art. 209, *caput*, do CPP, dispõe que o juiz poderá ouvir testemunhas, o que pressupõe poder de direção do processo, no sentido de apuração da verdade substancial e busca da verdade real, não estando ele adstrito à impugnação da parte que sequer arrolou testemunha.

- Somente a decisão totalmente divorciada do conjunto probatório é passível de cassação.

- Se a pena foi imposta segundo os critérios do art. 59 do CP, tendo sido compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nenhum reparo merece ser feito quanto à sua fixação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 175.748-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: Júri - Nulidades - Constrangimento dos jurados causado pelo Promotor de Justiça - Alegação infundada - Conselho de Sentença que afirmou estar apto para julgar, sem reclamação ou necessidade de esclarecimento - Testemunhas arroladas pela acusação e que foram dispensadas sem anuência da defesa - Indeferimento da súplica defensiva pelo Juiz-Presidente - Ausência de disposição legal a respeito da obrigatoriedade de consulta à parte contrária sobre dispensa de testemunha não arrolada por ela - Critério do juiz togado, a quem compete a direção do processo - Art. 209, *caput*, do CPP - Nulidades inexistentes - Preliminares rejeitadas - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Opção pela tese acusatória - Apoio nos elementos probatórios - Submissão a novo julgamento - Inadmissibilidade - Pena - Fixação segundo os critérios do art. 59 do CP - Agravante da reincidência compensada com a atenuante da confissão espontânea - Condenação mantida - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de maio de 2000. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Zulman Galdino - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Hélio Rodrigues Pereira, qualificado nos autos, foi condenado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do CP, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado, porquanto, em 22/8/93, por volta das 15h, na Quadra 22, próximo ao nº 46, Bairro Aarão Reis, Capital, o acusado desferiu golpes de faca contra a vítima Antônio Teixeira de Carvalho, provocando-lhe lesões que foram a causa de sua morte.

Inconformado com a sentença condenatória de fls. 121/122, apelou o réu, argüindo, em preliminar, nulidade do julgamento, diante do constrangimento dos jurados pelo Promotor de Justiça, que os "encarava ostensivamente" durante a votação dos quesitos, e em razão do indeferimento da oitiva das testemunhas arroladas na contrariedade ao libelo. No mérito, requer a cassação da decisão dos jurados porque manifestamente contrária à prova dos autos, bem como a redução da pena imposta, uma vez reconhecida a atenuante da confissão espontânea (fls. 138/143).

O recurso foi respondido, pugnando o Ministério Público, em ambas as instâncias, pela rejeição das preliminares e pelo desprovimento do apelo (fls. 159/163 e 170/173).

As preliminares suscitadas não merecem acolhida. A primeira, porque totalmente infundada a alegação de terem sido os jurados constrangidos pelo Promotor de Justiça, seja porque os encarava ostensivamente durante a votação, seja porque é amigo deles. Verifica-se da ata de julgamento que a Oficiala de Justiça, indagada a respeito, declarou não ter notado anormalidade alguma durante a distribuição das cédulas. Além disso, os jurados, também questionados a respeito, "afirmaram que a atitude do Promotor de Justiça, alegada pela defesa, em nada influenciou em suas decisões" (fls. 126), mesmo porque, findos os debates, responderam que estavam habilitados para julgar a causa, não havendo reclamação ou necessidade de qualquer esclarecimento.

Também a segunda preliminar não tem como prosperar. Aduz a defesa que foi indeferida a oitiva das testemunhas arroladas na contrariedade ao libelo. Ocorre que nenhuma testemunha foi arrolada nesse ato (fls. 94). Conforme se vê da ata de julgamento, o representante do Ministério Público dispensou a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, com o que não concordou a defesa, que teve indeferida sua súplica (fls. 125). Não há falar-se em nulidade; o CPP não exige a consulta à defesa sobre a desistência de testemunha arrolada pelo Ministério Público. Caso o advogado pretenda ouvir a mesma pessoa, deve incluí-la no rol que apresentar ou substituir uma outra testemunha por ela.

Segundo HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO: "Há entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de estar a decisão de dispensa de testemunha quando da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri entregue, restritamente, ao Juiz-Presidente, ficando, então, afastada, a tal respeito, consulta à parte que não tenha arrolado a testemunha, bem como aos jurados; a

orientação presume interpretação do enunciado pelo art. 209, *caput*, como restrito ao Juiz togado" (*in Júri - Procedimentos e Aspectos do Julgamento - Questionários*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 311).

O art. 209, *caput*, do CPP, dispõe que o juiz poderá ouvir testemunhas, o que pressupõe poder de direção do processo, no sentido de apuração da verdade substancial e busca da verdade real. Não está ele adstrito à impugnação da parte que sequer arrolou testemunha.

Nesse sentido já decidiu o TJSP:

"O juiz não está obrigado a ouvir o Ministério Público para decidir sobre as dispensas, que estão sujeitas ao seu alto critério, como presidente dos trabalhos do Júri" (AC - Rel. Castro Duarte - *RJTJSP*, 81/397).

Rejeito as preliminares.

No mérito, melhor sorte não socorre o apelante.

A materialidade do crime está comprovada pelo relatório de necropsia de fls. 30/33.

A autoria restou sobejamente comprovada pela confissão do acusado (fls. 20/21, 70/71 e 111) e pelo depoimento das testemunhas Dazinha Rodrigues Pereira (fls. 24 e 62) e Raimundo Gonçalves Filho (fls. 26), irmã e padrasto do réu, respectivamente.

Alega o apelante que agiu em legítima defesa, pois a vítima estava furtando um tambor d'água dele e, quando o percebeu, caminhou em sua direção para agredi-lo com uma faca. Diante disso, defendeu-se, dando um golpe de faca na barriga do ofendido. Em seguida, fugiu do local, jogou a arma num córrego e escondeu-se. No outro dia, foi à casa de sua irmã Dazinha e relatou-lhe o delito.

Não houve testemunhas presenciais; apenas Lourdes Teixeira Neves (fls. 25) disse ter visto Hélio evadindo-se do local.

Nenhum elemento dos autos indica que a vítima estava armada ou furtando o tambor do acusado. Não foi encontrada qualquer faca próxima ao corpo do ofendido, nem mesmo o aludido tambor d'água estava fora do seu lugar (relatório da autoridade policial - fls. 42).

As testemunhas são unânimes em afirmar que o recorrente faz uso imoderado de bebida alcoólica. Raimundo Gonçalves, seu padrasto, declarou, inclusive, que o réu portava faca na cintura e "que já se envolveu em atritos com outras pessoas" (fls. 26).

Os jurados optaram pela tese acusatória, amparados em elementos que não permitem alcunhar a decisão de manifestamente contrária à prova dos autos.

Somente a decisão totalmente divorciada do conjunto probatório é passível de cassação. Esse é o entendimento da Súmula nº 29 desta Primeira Câmara Criminal.

No tocante à pena imposta, nenhum reparo merece ser feito. Foi ela fixada segundo os critérios do art. 59 do CP, tendo sido compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (certidão de fls. 130).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

TÓXICO - TRÁFICO - CONFISSÃO EM JUÍZO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - OBSERVÂNCIA - LAUDO TOXICOLÓGICO - PENA - SUBSTITUIÇÃO - NÃO-CABIMENTO - AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - IRREGULARIDADES

- Eventuais irregularidades ocorridas no auto de prisão em flagrante não contaminam a ação penal, não levando, portanto, à nulidade do processo.

- A confissão livre, espontânea e não colocada em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, principalmente quando corroborada por outros elementos.

- O critério quantitativo não é o único usado para se aferir se o agente é traficante ou viciado. Existindo provas da existência do tráfico, pouco ou nada importa que tenha sido pequena a quantidade de droga apreendida.

- Não se reveste de importância o fato de o laudo elaborado a partir do exame de dependência toxicológica haver afirmado ser o réu usuário de maconha, se este mesmo documento concluiu que, ao tempo da ação, possuía ele a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato que praticou e de determinar-se de acordo com este entendimento, concluindo, ainda, que o mesmo sequer era dependente de drogas.

- Incabível o pedido de substituição de pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, não só nos crimes de tráfico, como também em todos aqueles tidos como hediondos.

- Sob pena de se ferir o princípio da proporcionalidade, conduta daquele que, para conseguir um pouco de droga para o seu próprio uso, a pedido e com o dinheiro de outro usuário, vai até o traficante fazer a compra não pode jamais ser equiparada ao tráfico.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 179.710-9/00 - Comarca de Manhumirim - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Crime contra a saúde pública - Desclassificação de tráfico para uso - Impossibilidade - Acusado que confessou, em Juízo, a venda para terceiro de substância entorpecente - Condenação mantida - Tráfico de drogas - Delito não caracterizado - Usuário que, a pedido e com o dinheiro de outro viciado, vai até o traficante adquirir drogas para aquele, fazendo-o em troca de uma pequena porção para o seu próprio uso - Conduta que não tem como ser equiparada ao tráfico, sob pena de se ferir o princípio da proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR; NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU MÁSPOLI SALEME BELLETTI E DAR PROVIMENTO AO APELO DO RÉU SEBASTIÃO DA SILVA ASSIS.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2000. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Máspole Saleme Belletti ou Máspoli Saleme Belletti e Sebastião da Silva Assis foram denunciados, o primeiro, como incurso no art. 12, e o segundo, nas sanções do art. 12, § 2º, inc. III (contribuir de qualquer forma para a difusão do tráfico), ambos da Lei nº 6.368/76, mediante a seguinte acusação:

"... no dia 13/09/99, por volta das 18h30m, na Rua Namir Guimarães, 71, nesta, em cumprimento de um mandado de busca e apreensão oriundo deste Juízo, policiais civis lograram encontrar, no interior da residência de Máspole, certa quantidade de "maconha" prensada, destinada à mercancia, razão pela qual lhe foi dada voz de prisão em flagrante.

Apurou-se que, no dia anterior aos fatos, o segundo denunciado, Sebastião, pegou R$ 50,00 com "Batistinha" e foi até a casa do primeiro denunciado, Máspole, onde comprou 50 gramas de maconha, entregando-a, em seguida, para João Batista, que foi preso em flagrante portando a droga".

Concluída a instrução, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia e condenou os réus como incursos no art. 12 da Lei nº 6.368/76, impondo a cada um deles a pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 50 dias-multa.

Inconformados, recorreram os dois.

O primeiro apelante, Máspole Belletti, argúi, em preliminar, a nulidade do processo, pela ocorrência de diversas irregularidades no auto de prisão

em flagrante, que sequer foi presidido por autoridade policial. No mérito, pede a absolvição ou a desclassificação do delito para a figura prevista no art. 16 da Lei nº 6.368/76, alegando, em resumo, não ser traficante, mas um simples usuário de drogas. Alternativamente, pede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, nos termos da Lei nº 9.714/98.

O segundo apelante, Sebastião da Silva Assis, também pretende a absolvição. Alega que a sua conduta é atípica, tendo em vista a inexistência de provas no sentido de que a droga que adquiriu das mãos do co-réu Máspole para a pessoa conhecida como "Batistinha" tenha sido por este usada. Se não for possível, pede a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Contra-arrazoados os apelos, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento.

É o relatório, no que interessa.

Conheço de ambos os recursos, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Examino o 1º apelo.

A suscitada preliminar não tem como ser acolhida. Como é cediço, eventuais irregularidades ocorridas no auto de prisão em flagrante não contaminam a ação penal, não levando, portanto, à nulidade do processo.

Rejeito-a.

No mérito, não há como absolver Máspole Belletti e nem desclassificar o delito que lhe foi imputado e pelo qual se viu condenado.

No seu caso, a prova da traficância é estreme de dúvida. Ele próprio, ao ser ouvido em Juízo, confessa lisamente o crime, o que é raro acontecer em casos dessa natureza. Disse textualmente o seguinte:

"*... que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que vendeu maconha para Sebastião pela quantia de cinqüenta reais; que alega que no dia estava meio drogado e bêbado e quando Sebastião lá chegou acabou vendendo a maconha...*" (fls. 26-TJ).

Sua confissão foi amplamente corroborada pelas declarações do co-réu Sebastião, que informou:

"*... que Batistinha perguntou ao interrogando se conhecia alguém que vendesse droga, tendo o declarante informado que Belletti mexia com droga; conhece o co-réu há cerca de um mês; que então o declarante comprou cinqüenta gramas de maconha pela quantia de cinqüenta reais (... omissis...); que o declarante tirou um pouco da maconha vendida para Batistinha antes de entregar para este vez que é usuário apesar de não ser viciado...*" (fls. 27-TJ).

Conforme ensina o sempre acatado JÚLIO FABBRINI MIRABETE em sua obra *Código de Processo Penal Interpretado*: "*... a confissão, livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, máxime*

quando corroborada por outros elementos"(ob. cit., 2ª ed., 1994, p. 250).

O fato de a quantidade de droga apreendida na residência deste acusado não ter sido grande é irrelevante e não indica tratar-se ele de um mero usuário, como pensa a sua defesa. O critério quantitativo não é o único usado para se aferir se o agente é traficante ou viciado. Existindo, como existem, provas da existência do tráfico, pouco ou nada importa que tenha sido pequena a quantidade de droga apreendida.

Também não se reveste de importância o fato de o laudo elaborado a partir do exame de dependência toxicológica (fls. 84/86-TJ) haver afirmado tratar-se o réu de usuário de maconha. Esse mesmo documento concluiu que o acusado, ao tempo da ação, possuía a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato que praticou e de determinar-se de acordo com esse entendimento, concluindo, ainda, que o mesmo sequer era dependente de drogas.

Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade, que recebeu, por uma restritiva de direitos, não tem como ser atendido. Esta Terceira Câmara Criminal, em consonância com o que têm decidido os tribunais superiores, vem reiteradamente entendendo ser incabível a concessão do benefício, em questão, não só nos crimes de tráfico, como também em todos aqueles tidos como hediondos.

Examino agora o recurso do réu Sebastião da Silva Assis. Tenho que a sua condenação não se mostrou acertada, *data venia.*

A conduta daquele que, para conseguir um pouco de droga para o seu próprio uso, a pedido e com o dinheiro de outro usuário, vai até o traficante fazer a compra não pode, jamais, ser equiparada ao tráfico, sob pena de se ferir o princípio da proporcionalidade.

Não fosse isso, seria o caso de se considerar a fragilidade da prova contra esse réu. O tal "Batistinha", para quem Sebastião adquiriu maconha das mãos de Máspole, sequer foi ouvido neste processo.

A absolvição de Sebastião da Silva Assis, portanto, se impõe.

Isto posto, nego provimento ao recurso manifestado pelo réu Máspole e dou provimento ao apelo do réu Sebastião, para absolvê-lo da imputação que lhe fez a Justiça Pública, fazendo-o com base no art. 386, III, CPP, esclarecendo que o mesmo, ao contrário do outro, encontra-se em liberdade.

Custas, na base de 50% para o réu condenado e 50% para o Estado.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR; NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU MÁSPOLI SALEME BELLETTI E DERAM-NO AO APELO DO RÉU SEBASTIÃO DA SILVA ASSIS.

-:::-

DOLO EVENTUAL - CULPA CONSCIENTE - REGIME PRISIONAL - RÉU REINCIDENTE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - *SURSIS* - IMPOSSIBILIDADE

- Para caracterização do dolo eventual, não é suficiente que o agente atue consciente do nível de possibilidades de concretização do resultado. Se o dolo é formado pela conjugação da consciência e da vontade, o dolo eventual, como espécie daquele, não pode admitir o desprezo do momento volitivo do agente na ação, detectando-se numa especial relação de vontade entre o resultado ocorrido e o agente.

- Não se revelando inequívoca a atitude psíquica do agente, ou havendo irredutível dúvida sobre se houve, ou não, aceitação do risco, a solução, de acordo com o *in dubio pro reo*, deve ser no sentido do reconhecimento da culpa consciente, isto é, da hipótese mais favorável.

- Sendo o réu reincidente, não se admite, tendo em vista as disposições do art. 33 e seus parágrafos do Código Penal, o regime aberto para início do cumprimento da pena, afigurando-se também inadmissível, se se tratar de reincidência em crime doloso, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, dado o óbice do art. 44, II, do mencionado diploma legal, não havendo, da mesma forma, como conceder o *sursis*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 179.880-0/00 - Comarca de Santo Antônio do Monte - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Dolo eventual e culpa consciente - Distinção - Exame do momento volitivo da ação - Regime prisional - Inteligência do art. 33, CP - Substituição da pena - Réu reincidente - Impossibilidade. - Para caracterização do dolo eventual, não é suficiente que o agente atue consciente do nível de possibilidades de concretização do resultado. Se o dolo é formado pela conjugação da consciência e da vontade, o dolo eventual, como espécie daquele, não pode admitir o desprezo do momento volitivo do agente na ação, detectando-se numa especial relação de vontade entre o resultado ocorrido e o agente.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de maio de 2000. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues

- Na Comarca de Santo Antônio do Monte, Marcos Paulo Caetano Camargos e Benilson Francisco dos Santos, já qualificados, foram denunciados, respectivamente, o primeiro, nas penas do art. 155, *caput*, e do art. 129, § 1º, I, ambos do CP, e, o segundo, no art. 180, *caput*, CP. Segundo a denúncia, em 23 de dezembro de 1998, Marcos Paulo furtou da residência de Agnaldo Brasilino Ferreira um revólver e 10 projéteis do mesmo calibre, e, no dia seguinte, na casa de Benilson, durante uma comemoração, a arma foi objeto de negociação entre os dois denunciados e foi exibida aos demais circunstantes, ocasião em que Altair dos Santos a empunhou e engatilhou, tendo sido contido por Marcos Paulo, que a apontou contra Valério dos Santos Lima, que estava assentado em um sofá e atingiu-o no abdômen, causando-lhe lesões que o forçaram à inatividade por mais de trinta dias. Ao final de regular instrução, o MM. Juiz, desclassificando o delito de lesões corporais graves para a modalidade culposa, ao fundamento de inexistência de representação e decadência do direito, julgou extinta a punibilidade do ilícito em questão e condenou o réu Marcos Paulo apenas pelo crime de furto, à pena de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, no regime semi-aberto, denegando a substituição da pena, mais multa; e condenou Benilson, nos termos da denúncia, à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, que foi substituída por uma medida restritiva de direito, a saber, prestação de serviços à comunidade e multa. Em embargos declaratórios, o MM. Juiz fixou o regime prisional aberto para Benilson.

Irresignado com a sentença, o órgão ministerial interpôs recurso de apelação.

Nas razões de fls., sustenta que o delito de lesões corporais foi praticado com dolo eventual pelo réu Marcos Paulo; que os regimes semi-aberto e aberto para cumprimento das penas privativas de liberdade aplicadas aos condenados não atendem às prescrições legais; e, por fim, que Benilson não preenche os requisitos para a substituição da pena.

As contra-razões abraçam a conclusão da sentença.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls., opina pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, para condenação de Marcos Paulo nos termos da denúncia, mantido o regime da sentença, e modificação do regime prisional aplicado a Benilson e cassação da substituição da pena.

No essencial, é o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos condicionantes de sua admissibilidade.

Examino, inicialmente, a desclassificação operada relativamente ao delito de lesões corporais graves para sua forma culposa.

Não é difícil distinguir, teoricamente, o dolo eventual da culpa consciente. No dolo eventual, o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto

é, admite e aceita o risco de produzi-lo, pois, embora não o queira diretamente, sabe que o resultado pode vir a acontecer e não se detém; já na culpa consciente, o resultado, que chega a ser previsto, é afastado pelo agente, que espera levianamente que ele não ocorra ou que possa evitá-lo. Portanto, enquanto no dolo eventual o agente tolera a produção do resultado, pois o evento lhe é indiferente, na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco de produzi-lo e nem ele lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é apresentado (previsto), mas confia em sua não-produção.

Todavia, na prática, no mais das vezes, fazer a distinção entre dolo eventual e culpa consciente afigura-se tarefa árdua.

Para os adeptos da teoria da probabilidade, é suficiente que o agente atue consciente do nível de possibilidades de concretização do resultado para caracterizar-se o dolo eventual de sua conduta.

Entretanto, não se pode olvidar que o dolo é formado pela conjugação da consciência e da vontade, e o dolo eventual, como espécie daquele e da mesma forma, não admite o desprezo do momento volitivo do agente na ação. Em outras palavras, o dolo eventual se detecta numa especial relação de vontade entre o resultado ocorrido e o agente.

Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de querê-lo.

"Existe dolo eventual quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado, e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordado com a ocorrência do evento do que renunciado à prática da ação" (WESSELS, *apud* FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. v. 1, tomo 1, p. 284).

No caso dos autos, importa observar que o réu Marcos Paulo, efetivamente, previu o resultado, e tanto é assim que se apressou em retirar a arma carregada das mãos de Altair, no instante em que este puxou o cão do revólver para trás. Mas, isso é apenas a previsão do resultado. E o comportamento doloso, como visto, não se contenta com a previsão e possibilidade do resultado. O dolo também requer a vontade de realizá-lo, ainda que de maneira indireta, na forma da "assunção do resultado" para usar a expressão da lei penal.

Na esteira desse raciocínio, pelos dados que me fornecem os autos, não encontro elementos de convicção bastantes e suficientes para concluir que o réu "assumiu o risco" de lesionar a vítima.

Os dados do processo autorizam-me apenas a concluir que Marcos Paulo, tomando a arma carregada e

armada das mãos de Altair, vindo a fazer o que fez, poderia lesionar seriamente Valério. Mas não sei se ele efetivamente apontou a arma e apertou o gatilho em direção à vítima, como afirma a testemunha Kennedy Santos Lima, ou se na confusão o disparo ocorreu à míngua de sua vontade, como afirmam o réu e as demais testemunhas presenciais, inclusive a vítima, em seu depoimento judicial.

Colhe-se da jurisprudência:

"... nos casos em que não se revele inequívoca a atitude psíquica do agente, ou se há irredutível dúvida, em face dos coligidos elementos de informação, sobre se houve, ou não, aceitação do risco (consentimento, aprovação, anuência, ratificação *ex ante* do resultado), a solução, de acordo com *in dubio pro reo*, deve ser no sentido do reconhecimento da culpa consciente, isto é, da hipótese mais favorável" (TJSP - AC - Rel. Djalma Lofrano - *RJTJSP*, 89/385).

Examinada a questão da desclassificação operada pela sentença, passo à análise do regime prisional imposto aos réus.

Marcos Paulo foi condenado à pena de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, no regime semi-aberto, enquanto Benilson foi condenado à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, no regime aberto.

A determinação do regime inicial de cumprimento da pena, como se sabe, depende de dois fatores diferentes: a quantidade da pena e as condições pessoais do condenado.

Marcos Paulo não pode ser tido como reincidente, como observado no parecer da douta Procuradoria de Justiça, mas possui histórico de freqüentes infrações à lei, que, embora não possam ser consideradas a título de má antecedência, demonstram que sua conduta social e personalidade se apresentam desajustadas.

Ao meu entendimento, o regime semi-aberto foi adequadamente aplicado, e um eventual agravamento somente se prestaria a reduzir as possibilidades do réu de ressocialização, pelo confinamento com criminosos de alta periculosidade e degeneração de seu caráter.

Quanto a Benilson, observo que o nobre Magistrado não se olvidou de sua situação de reincidente e até mesmo fez incidir na pena a agravante do art. 61, I, do CP.

Assim sendo, e atento às disposições do art. 33 e seus parágrafos do CP, não é de se admitir o regime aberto para início do cumprimento da pena, razão pela qual lhe aplico o regime fechado, conforme acertada jurisprudência colacionada no parecer ministerial de segundo grau.

Por fim, afigura-se inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, dado o óbice do art. 44, II, do Código Penal, e, da mesma forma, não se tem como conceder o *sursis*.

Do exposto, dou provimento parcial ao recurso para modificar o regime prisional imposto ao réu Benilson, que passa a ser o fechado, e cassar a substituição da pena que lhe fora concedida.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Arthur - De acordo.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

TÓXICO - TRÁFICO - COAÇÃO IRRESISTÍVEL - VISITAS A CADEIA - AMEAÇAS FEITAS POR PRESO - ART. 22 DO CÓDIGO PENAL - INOCORRÊNCIA

- As ameaças feitas por preso durante visitas à cadeia podem e devem ser levadas ao conhecimento da autoridade policial, não podendo servir para afastar o crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido nas imediações do presídio, nem de justificativa para prática do delito sob orientação do preso, não consistindo, portanto, em coação irresistível, pois esta deve ser de tal natureza que a pessoa fique fragilizada e não tenha meios de evitar a prática do ato que não desejava realizar.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 180.669-4/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Tráfico de entorpecentes - Coação irresistível - Art. 22 do Código Penal - Inocorrência. - A coação irresistível deve ser de tal natureza que a pessoa fique fragilizada e não tenha meios de evitar a prática do ato que não desejava realizar. Ameaças feitas durante visitas à cadeia devem ser levadas ao conhecimento da autoridade policial, não servindo de justificativa para a prática do crime sob orientação do preso. Os traficantes valem-se justamente dos transportadores para alimentar a rede do tráfico. Condenação com a aplicação da pena. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de maio de 2000. - *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. 104/110-TJ, a qual absolveu Marlene Lima da imputação de prática do crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, sustentando o recorrente que a materialidade está estampada no auto de apreensão de fls. 15-TJ, laudo pericial e toxicológico de fls. 16-TJ; que a apelada confessou a autoria, tanto na fase policial como em Juízo, sendo realçada a autoria pelos depoimentos das testemunhas Ricardo Teobaldo (fls. 06-TJ e 78-TJ) e Geraldo Virgílio Neto (fls. 07-TJ e 80-TJ); que a autoria e a materialidade estão cabalmente comprovadas; que o Magistrado absolveu reconhecendo a presença da excludente de culpabilidade da coação moral irresistível; que é sabido que Roberto Carlos Pinto, o suposto coator, e Douglas Graziane Neto, amásio da recorrida, são parceiros na seara do crime; que não haveria razões para ameaças; que a suposta coação não restou provada; que esta tem que estar clara nos autos sem qualquer sombra de dúvida sem meio-termo; que, mesmo existindo a coação, esta não seria irresistível, pelo que se impõe a reforma da decisão do Juiz monocrático, com a conseqüente condenação da recorrida (fls. 116/125-TJ).

Contra-razões da apelada, às fls. 126/132-TJ, pugnando pala manutenção do *decisum*. Parecer da d. Procuradoria de Justiça no sentido do provimento do recurso (fls. 137/141-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A materialidade está provada e a autoria confessada, não restando dúvidas quanto ao fato criminoso. Cogita-se da excludente de punibilidade da coação moral irresistível, que foi reconhecida pelo d. Magistrado sentenciante.

Com efeito, desde o início está a ré sustentando que se sentiu obrigada a praticar o ato. O depoimento de Ricardo Teobaldo (fls. 06-TJ), policial que efetuou a prisão de Marlene Lima, é elucidativo quanto ao crime, pois acentua que chegou a seu conhecimento que a irmã de Douglas estava em situação suspeita perto da cadeia e que, na semana anterior, tentara passar droga aos presos durante a entrada de alimentos e que talvez estivesse tentando fazê-lo novamente. Pois bem, na dúvida quanto à irmã do preso, passou a observar também a ré Marlene Lima, constatando que esta procurava jogar um pacote que portava para alguém que se encontrava no interior da cadeia, sendo que ela, ao notar a sua aproximação, jogou fora o pacote e, em seguida, confirmou que se destinava aos presos e que foi obrigada a assim agir, vindo o policial, depois, a constatar que o embrulho continha maconha e "crack".

A ré insistiu na versão apresentada, no sentido de que procurava aliviar as dificuldades de seu amásio Douglas Graziane Neto, que sofreria maus-tratos na prisão, e ainda agia para afastar as ameaças a seu filho, trazendo em abono ao que afirmava os testemunhos de pessoas suas conhecidas. Realmente, o art. 22 do Código Penal isenta da pena o coagido que pratica fato definido como crime, mandando que se

puna o coator. A ré afirma que o coator era o preso conhecido por Carlinhos Ratinho, que lhe cobrava o transporte da droga e a orientava como devia proceder. A admitir-se que a coação era irresistível, a oitiva do coator era indispensável para que pudesse responder pela coação desencadeada.

Entretanto, a coação deve ser de tal ordem que o coagido não tenha meios de suportar as ameaças que lhe são feitas para praticar o ato que, em condições normais, não realizaria. Não é o caso dos autos, pois, como sói acontecer com situações envolvendo tráfico de drogas, os criminosos estão a todo tempo alargando a área de atuação e conseguindo dar eficácia a sua rede de influência, usando as mais diversas categorias de pessoas para transportar a droga, com a superação das dificuldades que, timidamente, têm sido criadas para o tráfico. É o caso da procura das pessoas mais velhas - *vovó do pó* -, dos menores, que se transformam nos conhecidos *trombadinhas*, e das que parecem mais pacatas, insusceptíveis de atrair suspeitas, para que os objetivos criminosos sejam alcançados. É importante que não se impressione com a aparência desses transportadores, porque, longe de serem pessoas inofensivas, são treinadas para a ação criminosa.

O depoimento do condutor no auto de prisão em flagrante é demonstrativo dessa técnica desenvolvida pelos traficantes, pois a suspeita recaía sobre Gisele, irmã do réu Douglas, devendo-se ao acaso a descoberta da participação da ré. A orientação que passam aos que transportam a droga para se livrarem da ação policial e, posteriormente, para se defenderem com sucesso é variada, mas sempre procurando evitar as condenações, pois assim estimulam a prática, encorajando os mais influenciáveis.

A ré, apesar de pessoa humilde, que luta com dificuldades, vivendo em região pobre, tinha a seu alcance a autoridade policial, o órgão ministerial ou o magistrado, para comunicar-lhes as ameaças que vinha recebendo a fim de que pudesse eliminar a coação que, afirma, vinha sofrendo. Em vez disso, preferiu o caminho mais fácil, que é o de auxiliar os traficantes, de vez que, com isso, continuaria a desfrutar de retribuição para a sua mantença e agradaria o seu amásio Douglas.

Apesar do respeito e da admiração que tenho pelos trabalhos jurídicos do honrado e culto Juiz Antônio Krepp Filho, divirjo de S. Exa. no caso, ao entendimento de que são inconsistentes e frágeis as provas apresentadas para justificar a conduta da agente, que agiu com extraordinária esperteza transportando droga para dentro do presídio, vale dizer, praticando a ação com uma desenvoltura que faz inveja aos habituados no crime. A pessoa que assim atua, disfarçando tão bem que o próprio policial dela não suspeitou, teria meios para saber que as ameaças tais como por ela apontadas são facilmente afastadas com a ação policial.

Destarte, não reconheço caracterizada a coação irresistível que a

isentaria de pena e, por isso, *dou provimento* ao recurso para condenar a ré nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368/76 e, tendo em vista a sua culpabilidade, intensa, os bons antecedentes, a boa conduta, a sua personalidade não demonstrando inclinação para o crime, os motivos, circunstâncias e conseqüências que não a desfavorecem, fixo a pena-base no mínimo de *três anos de reclusão*, que torno definitiva na ausência de causas de diminuição ou aumento e de circunstâncias atenuantes ou agravantes, para cumprimento em *regime integralmente fechado*. E, com base nas mesmas coordenadas e tendo em vista a situação econômica da ré, aplico-lhe a pena de multa de 50 dias multa à razão de 1/30 do salário mínimo.

Em casos excepcionais, tenho entendido que se pode permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos que atendam aos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal. A hipótese dos autos não justifica o deferimento, pois se traficava com "crack" e maconha, além de ser crime cometido nas proximidades da cadeia pública, frustrado o objetivo de colocar lá dentro a droga. Ademais, a condenada foi excessivamente beneficiada com a exclusão na denúncia da causa de aumento prevista no inciso IV do art. 18 da Lei de Tóxicos.

Expeça-se *mandado de prisão*. Lance-se o nome da ré no rol dos culpados, uma vez transitada em julgado a decisão.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Arthur - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO. MANDADO DE PRISÃO.

-:::-

CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO - FALSIDADE IDEOLÓGICA - FRUSTRAÇÃO FRAUDULENTA DE DIREITO TRABALHISTA - DELITOS DOS ARTS. 203 E 299 DO CP - CARACTERIZAÇÃO - JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM

- A competência para processamento e julgamento de feitos relativos a frustração fraudulenta de direito trabalhista de determinado empregado é da Justiça comum.

- O empregador que, fraudulentamente, viola direito trabalhista de determinado empregado, consignando na sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (documento público) apenas parte do salário recebido, fazendo declaração falsa, com a intenção de frustrar a incidência de encargos sociais, impostos e direitos trabalhistas, comete os delitos previstos no art. 203 do CP (crime contra a organização do trabalho) e no art. 299 do mesmo Código (falsidade ideológica), em concurso formal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 180.698-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crimes contra a organização do trabalho e de falsidade ideológica - Frustração, mediante fraude, de direito assegurado pela lei trabalhista - Preliminar de prescrição da ação penal - Inocorrência - Rejeição - Delitos caracterizados - Empregador que, fraudulentamente, viola direito trabalhista de determinado empregado, consignando na sua carteira de trabalho apenas parte de salário recebido, com a intenção de frustrar a incidência de encargos sociais, impostos e seus direitos trabalhistas - Anotação fraudulenta em documento público (CTPS) - Caracterização dos delitos previstos nos arts. 203 e 299 do Código Penal - Decisão mantida - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de junho de 2000. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Após regularmente processado, foi Carlos Fernando Ribeiro Grego condenado à pena de 1 ano e 04 meses de reclusão e 12 dias-multa, no valor unitário de 1/3 do salário mínimo vigente à época do fato, ao final substituída, nos termos do art. 44, CP, pela prestação de serviços comunitários em instituição a ser designada pelo Juízo de Execução, e 10 dias-multa, no valor unitário de 1/3 do salário mínimo, a ser cumulada com a pena pecuniária, pelo fato de, como proprietário da Firma Comercial "City Pocket Acessórios Ltda.", situada nesta Capital, na Av. Presidente Carlos Luz, nº 3.001, Loja 2.050, Pampulha, no período de janeiro a julho de 1994, ter declarado, nos recibos de pagamento da funcionária Alessandra Carla Morandi Gomes, apenas parte do que ela realmente recebia, não lançando os valores pagos a título de comissão, frustrando, com sua conduta, direitos assegurados pela lei trabalhista, recolhendo, a menor, o FGTS, contribuições previdenciárias e imposto de renda.

Inconformado com a condenação, recorre o acusado, pleiteando, em preliminar, a extinção da punibilidade pela prescrição.

No mérito, se ultrapassada a preliminar, busca sua absolvição, escudado no princípio do *in dubio pro reo*, não podendo ser condenado em indícios extraídos de documentos e declarações duvidosos.

Argumenta que as provas contidas nos autos são frágeis, destituídas

de valor probatório, a ensejar um decreto condenatório, e que, em momento algum, ficou caracterizada a participação do apelante, sob qualquer forma, nos crimes que lhe são imputados.

Alega, ainda, que a sentença proferida nos autos da reclamação trabalhista se baseou em indícios, considerados suficientes na Justiça Trabalhista, o mesmo não podendo ser tolerado na esfera criminal.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, manifesta-se, preliminarmente, pelo acolhimento da prescrição da ação penal e, no mérito, ultrapassada a preliminar, pelo desprovimento do recurso.

Ainda que não suscitada, há que se esclarecer, ainda, de início, a questão da competência para processar e julgar os crimes descritos nestes autos.

No caso, tratando-se de frustração fraudulenta de direito trabalhista de determinado empregado, a competência para o processamento do feito é da Justiça comum.

Neste sentido, confira-se a orientação jurisprudencial de nossas Cortes Superiores, inclusive a Súmula nº 62 do STJ:

"STJ - Súmula nº 62 - Compete à Justiça estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído a empresa privada - Referência: CF, art. 109, IV - *DJU* de 26/11/1992, p. 22.212".

"A expressão '*crimes contra a organização do trabalho*', *utilizada no art. 125, VI, CF, não abarca o delito praticado pelo empregador que, fraudulentamente, viola direito trabalhista de determinado empregado*" (STF - RE - Rel. Moreira Alves - *RT*, 540/416).

E mais:

"*Processual penal. Conflito de competência. Frustração de direito assegurado por lei trabalhista e falsidade ideológica, arts. 203 e 299 do CP. - 1. Se os crimes não tiverem por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente, a competência para o processo e julgamento do feito é da Justiça comum estadual. - 2. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Araraquara-SP, suscitado*" (STJ - Min. Anselmo Santiago, pub. *DJU* em 26/02/97).

Há que se analisar, em seguida, a ocorrência da extinção da punibilidade, pela prescrição, suscitada pelo apelante e, também, pelo órgão ministerial de ambas as instâncias.

Os fatos se deram no período de 04 de janeiro até 1º de julho de 1994, conforme consta da peça exordial.

A denúncia foi recebida em 07/03/1997 (fls. 273-verso).

O apelante foi condenado à pena-base de *01 ano de reclusão*, cujo lapso prescricional, a teor do art. 109, V, CP, é de *04 anos*, desconsiderados,

no caso, os acréscimos por força do concurso formal e da continuidade delitiva. A sentença foi publicada em 03/07/1999 (certidão de fls. 349).

Assim, inocorrente, na espécie, a extinção da punibilidade pela prescrição, em quaisquer de suas modalidades.

Por essa razão, rejeito a preliminar.

Em suas declarações prestadas na Polícia Federal, à fl. 31-TJ, relata Alessandra que trabalhou por oito meses na Firma City Pocket Acessórios, como vendedora, sendo admitida para receber um salário mínimo, que foi registrado em sua carteira de trabalho, mais comissões sobre as vendas.

Declara que firmava recibo do salário consignado na CTPS, mas do pagamento das comissões não era dado à declarante nenhum comprovante de pagamento; afirma, ainda, que, por precaução, anotava toda venda que fazia, diariamente.

Em Juízo, à fl. 297, confirma as declarações prestadas na Polícia Federal.

Por sua vez, a testemunha Keula Marquez Reis Felício dos Santos, coordenadora da parte comercial da empresa, em seu depoimento na Polícia Federal, declara que Alessandra recebia um salário fixo e "premiação pelas suas boas vendas" (fls. 263). Na instrução criminal, à fl. 296, confirma integralmente suas declarações prestadas na fase policial.

Também Júnia Faleiro Pimentel, na Polícia Federal, confirma que todos os empregados, além de Alessandra e da própria declarante, tinham o salário mínimo assinado na CTPS, que era pago contra recibo, e que recebiam, "por fora", comissão sobre as vendas, que era paga sem recibo (fls. 258), ratificando, em Juízo, as suas declarações (fls. 298).

Os documentos acostados às fls. 51 a 54 comprovam que Alessandra recebia um salário fixo, sendo que o valor pago a título de comissão sobre as vendas não era ali considerado, sendo depositado diretamente em sua conta corrente.

No caso, demonstradas, *quantum satis*, a autoria, a materialidade do delito e a intenção criminosa do apelante de livre e conscientemente frustrar direito trabalhista da vendedora/vítima, a caracterizar o delito previsto no art. 203, CP.

Também caracterizado nos autos o crime de falsidade ideológica, capitulado no art. 299, CP, pela inserção, em documento público (carteira de trabalho), de declaração falsa, registrando, a menor, o salário pago a empregada de sua empresa, com o intuito de frustrar a incidência de encargos sociais e impostos, além de prejudicar o recebimento de direitos trabalhistas da empregada/vítima.

No caso, caracterizado o concurso formal entre os crimes previstos nos arts. 299 e 203 do Código Penal, a teor do entendimento jurisprudencial pátrio, consubstanciado na ementa *in verbis*, do colendo STF:

"*Habeas corpus*. Falsificação de recibos de quitação de direitos trabalhistas e sua utilização, contra o empregado, na Justiça do Trabalho. - Configura-se, no caso, concurso formal de crimes (os previstos nos arts. 299 e 203 do CP), e não concurso aparente de normas penais" (STF - R*HC* - Rel. Moreira Alves; *DJU* de 01/09/78, p. 6.469).

Também presente no caso a continuidade delitiva, uma vez que, durante 06 meses, se repetiu a prática do delito, nas condições previstas no art. 71, CP.

Correta a dosimetria da pena, imposta no seu mínimo legal, substituída por uma pena restritiva de direito, o que dispensa outras considerações.

Assim sendo, nego provimento ao recurso, para manter, integralmente, a decisão hostilizada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - SUPRESSÃO DE QUESITOS OBRIGATÓRIOS - NULIDADE ABSOLUTA

- Negada pelo Conselho de Sentença a necessidade do meio empregado ou a moderação no revide, é de se questionar o elemento subjetivo determinador do excesso na legítima defesa, sob pena de nulidade absoluta por supressão de quesito obrigatório. (Súmula nº 156 do STF.)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 183.574-3/00 - Comarca de Sabará - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Processual penal - Júri - Supressão de quesitos obrigatórios - Nulidade absoluta. - Negada pelo Conselho de Sentença a necessidade do meio empregado ou a moderação no revide, é de se questionar o elemento subjetivo determinador do excesso na legítima defesa, sob pena de nulidade absoluta por supressão de quesito obrigatório (Súmula nº 156 do STF). - Recurso a que se dá provimento.

RELATÓRIO

Marco Antônio Cardoso Sodré, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, visto ter, no dia 30 de julho de 1987, no interior do coletivo da linha 8802 - "A", em Sabará (MG), efetuado disparos de arma de fogo contra William Otávio dos Santos, produzindo-lhe ferimentos que lhe ocasionaram a morte, tendo um dos disparos atingido Wanderley Soares de Oliveira, ocasionando-lhe lesões corporais.

Ao término da instrução criminal, foi ele pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, e do 121, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do precitado *Codex*, com a sentença de pronúncia sendo confirmada em grau de recurso.

Uma vez libelado, submeteu-se ele a julgamento pelo Tribunal do Júri, ocasião em que, desclassificando o crime de homicídio doloso para o culposo, o Conselho de Sentença afastou, ainda, a ocorrência do homicídio, em sua forma tentada, tendo o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua colenda Primeira Câmara Criminal, dado provimento ao recurso ministerial, para o fim de mandar o réu a novo julgamento, visto ter entendido que a decisão dos jurados contrariou manifestamente a prova dos autos.

Submetido a novo julgamento, foi Marco Antônio Cardoso Sodré condenado, como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, ao cumprimento da pena de seis anos de reclusão, e absolvido quanto ao homicídio, em sua forma tentada.

Irresignado, recorreu o aludido sentenciado, argüindo a nulidade do julgamento por supressão de quesitos relativos à moderação do revide e ao elemento determinador do excesso, no tocante à tese defensiva da legítima defesa putativa.

Contra-arrazoado o recurso, pelo seu improvimento opinou a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Carlos Henrique Fleming Ceccon.

Em síntese, é o relatório.

À criteriosa revisão do eminente e culto Des. Sérgio Resende.

Belo Horizonte, 03 de maio de 2000. - *Edelberto Santiago*.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 23 de maio de 2000. - *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, em plenário do Júri, sustentou a tese da legítima defesa putativa, tendo o MM. Juiz-Presidente, após o Conselho de Sentença negar a necessidade do meio empregado pelo agente, julgado prejudicados os quesitos relativos à moderação no revide e ao elemento subjetivo determinador do excesso (fls. 154).

Entendo, *data venia* da douta Procuradoria de Justiça, que nulo está o julgamento por supressão de quesito obrigatório, nulidade essa que é absoluta, segundo a Súmula nº 156 do Supremo Tribunal Federal:

"*É absoluta a nulidade do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório*".

Negada pelo Conselho de Sentença a necessidade dos meios empregados, admito que se julgue prejudicado o quesito relativo à moderação, por desnecessário, vez que o excesso no revide pode decorrer tanto da desnecessidade dos meios escolhidos pelo agente, quanto do uso imoderado desses meios. No entanto, prejudicado não estará o quesito relativo ao elemento subjetivo caracterizador do excesso.

A jurisprudência predominante é nesse sentido, até mesmo com mais rigor:

"Negada pelo Conselho a necessidade dos meios empregados pelo agente, ainda assim devem ser questionados a moderação e o elemento subjetivo determinador do excesso.

Suprimidos estes quesitos, anula-se o julgamento. *Habeas corpus* concedido em parte" (STF - *HC* nº 53.850-SE, Rel. Min. Elói da Rocha, *in DJU* de 30/09/77, p. 6.681).

Mercê de tais considerações, pedindo vênia à douta Procuradoria de Justiça, dou provimento ao recurso, para o fim de anular o julgamento, determinando que a outro se submeta o ora apelante, sem preterição das formalidades legais.

Custas, a final.

O Sr. Des. Sérgio Resende - *De acordo.*

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

COMPETÊNCIA CRIMINAL - CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - INEXISTÊNCIA - NÃO-CONHECIMENTO - MOTIVO DE FORO ÍNTIMO - PROCEDIMENTO

- Motivo íntimo é qualquer motivo que o juiz não queira ou talvez nem possa ou deva revelar, e do qual é ele o único árbitro. Nessas hipóteses, mandam as leis de organização judiciária que o juiz afirme sua incompatibilidade ou suspeição, remetendo os autos ao seu substituto legal e comunicando o motivo a órgão disciplinar superior. Nesse caso, por se tratar de razão de foro íntimo, não pode o juiz a quem o processo é remetido fazer apreciação sobre a razão da suspeição, inviabilizando, desta maneira, a suscitação do conflito negativo de competência.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO Nº 166.850-8/00 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Relator: Des. JOSÉ ARTHUR

Ementa oficial: Conflito negativo de jurisdição - Não-conhecimento - Motivo de foro íntimo - Procedimento. - Motivo íntimo é qualquer motivo que o juiz não queira ou talvez nem possa ou deva revelar, e do qual é ele o único árbitro. Nessas hipóteses, mandam as leis de organização judiciária que o juiz afirme sua incompatibilidade ou suspeição, remetendo os autos ao seu substituto legal e comunicando o motivo a órgão disciplinar superior. - Nesse caso, por se tratar de razão de foro íntimo, não pode o juiz a quem o processo é remetido fazer apreciação sobre a razão da suspeição, inviabilizando, desta maneira, a suscitação do conflito negativo de competência.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO CONFLITO E FAZER UMA RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 16 de março de 2000. - *José Arthur* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Arthur - Rogério Lúcio Moreira de Melo acha-se recolhido na cadeia pública da Comarca de Conselheiro Lafaiete desde 31 de outubro de 1995, cumprindo a pena total de nove anos a que foi condenado, em regime fechado, pelo cometimento dos crimes de atentado violento ao pudor, em sua forma tentada, e estupro.

Em data de 6 de abril de 1998, Rogério Lúcio requereu progressão de regime e autorização de saída para trabalho externo (fls. 77/79), cujo pleito, contudo, acabou não deferido pelo MM. Juiz da Vara de Execuções, porque, crime relacionado à hediondez, esbarraria na incompatibilidade (fls. 87/89).

Ocorre que, renovado em 29/7/1999 o pedido de saída para serviço extramuros (fls. 96), a digna Magistrada em substituição durante as férias forenses houve por bem acatar a postulação, autorizando o trabalho externo (fls. 100-v.).

Retornando das férias, o MM. Juiz titular da Vara de Execuções Criminais tomou conhecimento da concessão havida e da existência de outros casos análogos. Concluiu que sentenciados com condenações semelhantes estavam recebendo tratamento diferenciado, citando como beneficiados os presos Edson Ferreira Júnior, Valdeci Pinto e Rogério Lúcio. Diante do impasse, achando que não poderia revogar a decisão, ausente a superioridade hierárquica, e não se sentindo tranqüilo na condução dos processos referentes a esses reclusos, deu-se por impedido quanto a eles, determinando a remessa ao substituto legal (fls. 102/104).

O ilustrado Juiz da Vara Criminal, à vista do ocorrido, suscitou o presente conflito, com a vinda dos autos a este Tribunal (fls. 106).

Neste ínterim, o Dr. Promotor de Justiça, inconformado com o deferimento dado pela MMª Juíza, recorreu de agravo (fls. 108/109), objetivando a reconsideração da decisão (fls. 110/113).

Subiram os autos e, nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do nobre Procurador Francisco Márcio Martins Miranda Chaves, opina pela inexistência de conflito, com a remessa dos autos ao substituto legal, nos termos da Lei de Organização Judiciária (fls. 121/123).

É o curto relatório. Decido.

Inexiste conflito de jurisdição.

Não pairam dúvidas de que o magistrado pode e deve espontaneamente declarar uma situação de suspeição ou impedimento, desde que tal incompatibilidade se prenda à suposição de que não poderá Sua Excelência agir com a imparcialidade e independência inerentes às relevantes funções.

No caso vertente, é de ser admitida a incompatibilidade suscitada.

Não que os fundamentos expostos estejam nos limites do rol determinado pelo art. 254 do CPP, mas porque encontram eles agasalho nas exceções legalmente permitidas.

Ao contrário do que pregam alguns, a enumeração haveria de ser taxativa, mas a liberdade para julgar é de tamanha relevância que se torna impossível a restrição para admitir-se a interpretação extensiva.

Como bem atentou o zeloso Procurador de Justiça, além das razões constantes da exposição feita pelo douto Magistrado, presente está o foro íntimo a ensejar e dar guarida à providência desejada pelo excipiente.

Muito embora a suspeição por esta causa não esteja prevista na lei penal adjetiva, doutrina FABBRINI MIRABETE:

"*Motivo íntimo é qualquer motivo que o juiz não quer revelar ou talvez nem possa ou deva revelar, e do qual é ele o único árbitro. Nessas hipóteses, mandam as leis de organização judiciária que o juiz afirme sua incompatibilidade ou suspeição, remetendo os autos ao seu substituto legal e comunicando o motivo a órgão disciplinar superior*" (*CPP Interpretado*, Atlas, 2ª ed., 1994, p. 300).

Demais disso, solucionando definitivamente a questão, é orientação do festejado autor de que, nesse caso,

"*Por se tratar de razão de foro íntimo, não pode o juiz a quem o processo é remetido fazer apreciação sobre a razão da suspeição*", colacionando a seguinte jurisprudência:

"*Inexistência de conflito de competência. TARS: Descabe ao juiz a quem o processo é remetido fazer apreciação sobre o motivo da suspeição, neste caso, inviabilizando, desta maneira, a suscitação do conflito negativo de competência*" (*JTAERGS*, 73/24 e *RT*, 652/331 - ob. e p. citadas).

Em sendo assim, não conheço do conflito suscitado pelo Juiz da Vara Criminal da Comarca de Conselheiro Lafaiete.

Entendo oportuno sejam observadas as seguintes medidas: extração pela zelosa Secretaria de cópias da r. decisão de fls. 102/104 e seu encaminhamento à douta Corregedoria-Geral de Justiça; e, na comarca de origem, a regularização do recurso aviado pelo Ministério Público à fl. 108.

É como voto.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - De acordo.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO CONFLITO E FIZERAM UMA RECOMENDAÇÃO.

-:::-

JÚRI - QUESITO RELATIVO À IMPERÍCIA - IMPERTINÊNCIA - INDEFERIMENTO - AUSÊNCIA DE NULIDADE

- O juiz-presidente do Tribunal do Júri não está obrigado, na formulação dos quesitos, a deferir todos aqueles propostos pelas partes, principalmente quando não tiverem a menor relação com a hipótese *sub judice*. **Assim, não é nulo o julgamento no curso do qual foi indeferido quesito referente à modalidade culposa da imperícia, ainda que a tese da defesa tenha sido no sentido da desclassificação para homicídio culposo, se, diante das peculiaridades do caso concreto, aquele não possuía qualquer pertinência com a conduta ilícita perpetrada pelo agente criminoso, entendendo-se por imperícia a ausência de conhecimento teórico ou prático que, no exercício de arte ou profissão, lesiona interesse jurídico alheio.**

- V.v.: - Se a defesa desenvolve, em Plenário do Júri, tese desclassificatória, invocando a ocorrência das três modalidades culposas, não pode o juiz-presidente indeferir uma das quesitações, por julgá-la inadequada à espécie, sob pena de nulidade do julgamento. *(Des. Herculano Rodrigues)*

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 139.615-9/01 (seguidos de Apelação Criminal nº 139.615-9/00) - Comarca de Itaúna - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Tribunal do Júri - Tese de defesa - Quesito sobre imperícia - Impertinência. - Não estando o agente no exercício de arte ou profissão, revela-se impertinente a formulação de quesito relativo à imperícia.

ACÓRDÃO DOS EMBARGOS

Vistos etc., acorda 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 REJEITAR OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDO O DES. HERCULANO RODRIGUES.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2000. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo embargante, o Dr. João Mendes Campos.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Caracterizada a divergência, conheço do recurso.

Quando do julgamento da apelação, o então Relator, Des. Herculano Rodrigues, acolhendo preliminar suscitada pelo embargante, declarou nulo o julgamento proferido pelo Tribunal Popular ante a ausência de quesito relativo à imperícia, haja vista a tese de homicídio culposo levantada pela defesa.

Os eminentes Desembargadores José Arthur e Paulo Tinôco divergiram do referido entendimento ao fundamento de que, diante da prova fática produzida nos autos, se tratava de quesito impertinente.

Realmente, a defesa suscitou a tese de homicídio culposo, consumado seja pela imprudência, pela negligência ou pela imperícia.

O MM. Juiz *a quo* formulou quesitos acerca da imprudência e da negligência, não procedeu da mesma forma com relação à imperícia.

JÚLIO FABBRINI MIRABETE, em seu *Código Penal Interpretado*, Ed. Atlas, 1999, p. 172, conceitua a imperícia como sendo:

"*... A falta de conhecimentos teóricos ou práticos no exercício de arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou o que deve saber*".

No mesmo diapasão, leciona DAMÁSIO E. DE JESUS, em *Código Penal Anotado*, 7ª ed., p. 58:

"*Imperícia é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão. ... É possível que, em face de ausência de conhecimento técnico ou de práticas, essas pessoas, no desempenho de suas atividades, venham a causar dano a interesses jurídicos de terceiros*".

A imperícia, portanto, é a ausência de conhecimento teórico e prático que, no exercício de arte ou profissão, lesiona interesse jurídico alheio.

Qual a arte ou o ofício exercidos pelo embargante quando do disparo?

Nenhum.

Se assim o é, com acerto agiu o

MM. Juiz *a quo* ao deixar de formular o respectivo quesito, eis que de manifesta impertinência.

Pelo exposto, pedindo vênia ao ilustre Prolator do voto minoritário, rejeito os embargos.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de embargos infringentes interpostos por Manoel Augusto de Carvalho, visando à prevalência do voto minoritário, da lavra do eminente Desembargador Herculano Rodrigues, que, por ocasião do julgamento da apelação criminal aviada pela defesa, acolheu a tese então levantada no sentido de que a quesitação seria nula, uma vez que, se se pretendeu a desclassificação do crime de homicídio doloso para culposo, invocando-se as suas três modalidades culposas, não poderia o Juiz-Presidente indeferir o relativo à imperícia, por considerá-lo inadequado à espécie, pois que tal entendimento vulneraria a defesa do apelante, ora embargante.

De outro norte, os votos majoritários consideraram correta a atitude do Magistrado no que concerne ao indeferimento do quesito relativo à imperícia, sob o fundamento de que o mesmo não guardaria qualquer relação com o caso concreto, sendo, destarte, despicienda a sua formulação, inexistindo, outrossim, exorbitação das funções judicantes.

Com efeito, estou a aderir ao entendimento sufragado nos votos majoritários, segundo o qual não teria o MM. Juiz-Presidente exorbitado de suas funções ao indeferir o quesito formulado acerca da imperícia, a par de ter a defesa requerido expressamente a desclassificação do crime de homicídio doloso para culposo, tendo em vista que a conduta ilícita desenvolvida pelo agente, qual seja, o desferimento de tiro por arma de fogo, de forma alguma guarda pertinência com a modalidade culposa que se pretende incluir na quesitação, visando ao seu reconhecimento de forma alternativa, o que arreda a possibilidade de formulação a este respeito e, não havendo, por outro lado, infringência ao princípio da ampla defesa, conforme pontificado pelo embargante.

É que, conforme asseverado no judicioso voto proferido pelo eminente Des. Revisor da apelação, a imperícia pressupõe a conjugação de circunstância especial, que se liga à idéia de inobservância de regra técnica no exercício de uma profissão, não cabendo indagar-se, por óbvio, em relação ao caso vertido nos presentes autos, se o agente, ao desferir tiros de revólver contra a vítima, agiu por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos relativamente à arte de atirar, ao que se vê das circunstâncias que rodearam o evento.

Assim, de se repetir, não é nulo o julgamento no curso do qual fora indeferido quesito referente à modalidade culposa da imperícia, ainda que a tese da defesa seja no sentido da desclassificação para homicídio culposo, se, diante das peculiaridades do caso concreto, aquele não possuir qualquer pertinência com a conduta ilícita perpetrada pelo agente criminoso, à consideração de que as outras duas modali-

dades, imprudência e negligência, foram devidamente quesitadas.

Em face do exposto, fazendo coro aos votos majoritários, rejeito os embargos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. *Data venia*, ratificando os fundamentos expendidos por ocasião do julgamento do apelo, recebo os embargos.

O Sr. Des. José Arthur - Continuo entendendo, *data venia*, que o juiz não está obrigado, na formulação dos quesitos, a deferir todos aqueles propostos pelas partes, principalmente quando não tiverem mínima relação com o caso submetido a julgamento.

Mantenho o meu voto.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Com o Relator, *data venia*.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDO O DES. HERCULANO RODRIGUES.

(Obs.: Segue a apelação.)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 139.615-9/00 - Comarca de Itaúna - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Processual penal - Dúvida de jurado - Esclarecimento completo - Inexistência de ofensa ao princípio da ampla defesa - Falta de quesito - Tese de dolo eventual defendida em plenário pela acusação - Quesitos redigidos de acordo com o libelo - Regularidade - Decisão contrária à prova dos autos - Ausência de dolo na conduta - Disparo em região letal do corpo - Caracterização do *animus necandi* - Pena - Reincidência considerada na fixação da pena-base - Impossibilidade de posteriormente ser usada na compensação com a atenuante de confissão espontânea - Recuo da reprimenda - Regime prisional - Reincidência impeditiva do regime semi-aberto. - Se o jurado se considera satisfeito com as explicações que lhe são oferecidas, não há que se alegar que o esclarecimento pedido não foi correto, em prejuízo da defesa do réu. A acusação desenvolve-se de acordo com o libelo, cuja descrição do fato principal informa a elaboração dos quesitos, não tendo fundamento a alegação, extemporânea, de que foi sustentada em plenário tese diversa. Se o réu aponta a arma para região letal do corpo da vítima, atira e evade-se do local, não prestando socorro, resta patenteado o animus necandi. Servindo a reincidência de fundamento para a exasperação da pena-base, não pode ser invocada para compensar atenuante, que, em se tratando de confissão espontânea, deve ser amplamente valorizada. Se o réu é reincidente, sendo condenado à pena de reclusão, impõe-se a fixação do regime prisional inicialmente fechado, a teor do art. 33 do Código Penal.

ACÓRDÃO DA APELAÇÃO

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 REJEITAR AS PRELIMINARES ARGÜIDAS, VENCIDO, EM PARTE, O DES. RELATOR, E, NO MÉRITO, CONFIRMAR A DECISÃO, MAS RECUANDO A PENA PARA 6 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, E, QUANTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DAR-LHE PROVIMENTO, FICANDO, ASSIM, O RECURSO DO RÉU PROVIDO EM PARTE E O DO MINISTÉRIO PÚBLICO *IN TOTUM*.

Belo Horizonte, 17 de junho de 1999. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral e assistiu ao julgamento, respectivamente, pelo primeiro apelante, os Drs. João Mendes Campos e Manoel Augusto de Carvalho.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Ouvi com a atenção devida a manifestação sempre vibrante do Dr. João Mendes Campos, como também acuso o recebimento de judicioso memorial representado por S. Exa.

Ementa: V.v.: - Processual penal. Nulidade do julgamento. Omissão da quesitação. Tese defendida em plenário. Homicídio culposo por imperícia. Cerceamento de defesa caracterizado. Precedentes. - Se a defesa desenvolve, em Plenário do Júri, tese desclassificatória, invocando a ocorrência das três modalidades culposas, não pode o juiz-presidente indeferir uma das quesitações, por julgá-la inadequada à espécie.

Na Comarca de Itaúna, Ricardo Ferreira Teles, denunciado, pronunciado e libelado incurso no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, submetido a julgamento popular, foi condenado à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, imposto o regime semi-aberto, como incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal, porque, em 29 de outubro de 1994, em Itaúna, efetuou disparos de arma de fogo em direção à vítima Geraldo Roberto da Silva, provocando-lhe a morte.

Irresignados, recorrem a defesa e o órgão ministerial.

O réu invoca todas as hipóteses do art. 593, III, do digesto processual, sustentando a nulidade do julgamento por cerceamento de defesa, pela omissão de formulação de quesito e pela falta de completo esclarecimento à dúvida suscitada por jurado e, no mérito, pede a cassação do veredicto por afronta à prova dos autos e, alternativamente, a redução da pena.

O órgão ministerial, após agilizar embargos declaratórios, busca a mudança do regime prisional imposto para o fechado, atentando a que o réu é reincidente.

As partes ofertaram contra-razões e, nesta instância, a douta Procuradoria opina pelo improvimento do recurso da defesa e acolhimento da irresignação ministerial.

O assistente, a despeito de intimado, não se manifestou.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Enfrento a manifestação do réu, primeiro apelante, que arma o recurso com preliminar de nulidade.

A argüição primeira diz respeito ao indeferimento da quesitação sobre a modalidade culposa da imperícia.

O culto e operoso Magistrado, conforme registro em ata, indeferiu a pretensão, por entendê-la "inadequada à espécie, já que, a toda evidência, o acusado não se achava, quando da ação, em exercício de arte, ofício ou profissão".

O fato repercutiu na ata, com o protesto da parte, constando ainda do registro que a defesa postulou a desclassificação para o homicídio culposo, requerendo a formulação dos quesitos pertinentes, inclusive da imperícia, em razão de o réu ter "manobrado a arma de fogo sem possuir aptidão para isso".

Ao meu aviso, a decisão hostilizada, efetivamente, maculou o julgamento, pois não cabe ao Juiz-Presidente indeferir quesito, invocando impertinência jurídica da proposição.

ADRIANO MARREY, em sua clássica *Teoria e Prática do Júri*, p. 509, explica:

"Se no recurso da defesa for alegado que o réu somente cometeu o crime 'por culpa', sem que se indique expressamente a modalidade desta (por imprudência, por negligência ou por imperícia), forçoso é que o juiz redija um quesito concernente a cada qual dessas formas de procedimento culposo. Ao juiz, não seria dado, de seu arbítrio, discriminar, na exposição do defensor, qual a 'espécie' de culpa praticada - a menos, é claro, que a defesa tenha sido explícita e haja atribuído, *v.g.*, o crime à imprudência... O quesito do crime culposo deve corresponder exatamente ao que foi invocado pela defesa, no plenário".

Sobre a matéria, já decidiu o STF:

"Iniludivelmente houve omissão na apresentação de quesitos referentes a dois tipos que caracterizam a culpa: imperícia ou negligência. É que, tendo a tese da defesa sido a do crime culposo, não cabia ser formulado quesito apenas pertinente à imprudência, pois não foi esta especificamente apontada como ocorrente" (*RT*, 603/433).

Destarte, se a defesa, de forma clara e expressa, desenvolve a tese desclassificatória, invocando a ocorrência das três modalidades culposas, não pode o Juiz-Presidente indeferir uma das quesitações, por julgá-la inadequada à espécie.

ADRIANO MARREY, na obra aludida, p. 427, invocando precedente deste Tribunal, escreve:

"Vale acentuar, ainda, em relação aos quesitos definitivos, que a defesa pode apresentar a tese que bem entenda, sendo certo que *a legislação penal, revigorada pelo texto constitucional, conservou o Tribunal do Júri, tanto no princípio da amplitude da defesa como na formulação de quesitos*".

Sobre o assunto, ver, ainda, *RT*, 684/348.

Assim sendo, tenho que o indeferimento do quesito relativo à modalidade culposa da imperícia vulnerou a defesa do apelante, motivo pelo qual acolho a preliminar de nulidade.

Do exposto, dou provimento ao recurso do réu, para nulificar o julgamento pela omissão de quesito de defesa e, em conseqüência, julgo prejudicado o recurso ministerial.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. José Arthur - Inobstante o bem lançado voto do Relator, ouso divergir.

Tenho para mim que o juiz não está obrigado, na formulação dos quesitos, a deferir aqueles propostos pelas partes que não tiverem mínima relação com o caso submetido a julgamento.

Desavisadamente houve época em que alguns juízes deferiam formulação de quesitos na coação moral irresistível, em que o coator era o próprio ofendido ou a sociedade, em nome da ampla defesa ou do não-cerceamento dela, e os Tribunais reiteradamente anularam o julgamento respectivo por ausência de indicação do coator a quem, como sabido, destina-se a punição.

Recentemente, em obra publicada, o ilustre Procurador CABRAL NETO deixou consignado que, "na formulação dos quesitos o juiz não tem o poder, sob pena de nulidade, de questionar o Júri sobre tese que violente o próprio ordenamento jurídico. Ele não está obrigado a submeter ao Júri qualquer tese invocada pela defesa em plenário" (*Instituições de Processo Penal*, p. 290).

No mesmo sentido, a *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 73/751, traz voto do Ministro Djaci Falcão, do Supremo Tribunal Federal, para quem "evidente é que não se pode formular quesitos que conduzam ao absurdo, em face do sistema da lei. O juiz, no processo, não está adstrito à formulação das teses da defesa, quaisquer que elas sejam, mesmo se incompossíveis com a espécie. É de seu dever indeferir as que se não afinam com a lei".

A meu sentir, o digno Juiz de Itaúna não exorbitou de suas funções nem cerceou a defesa do réu quando indeferiu o quesito da culpa na modalidade da imperícia, o que procurou justificar na ata dos trabalhos do Júri.

Como sabido, na imprudência, que exige um agir, e na negligência, um não agir, em uma omissão, as espécies podem abarcar inúmeras situações, todas dentro da falta de previsibilidade do previsível.

Na imperícia, que pode ocorrer tanto na ação quanto na omissão, exige-se a conjugação de circunstância especial, qual seja, a inobservância de regra técnica no exercício de uma profissão.

Para NELSON HUNGRIA, "a imperícia não é mais do que uma forma especial de imprudência ou de negligência: é a inobservância, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos, das cautelas específicas no exercício de uma arte, ofício ou profissão" (*Comentários ao Código Penal*, v. I, p. 203/204).

A tese proposta pela defesa teria, ao menos, que se aproximar ou ser compatível com uma realidade criminosa resultante da inobservância dos predicamentos inerentes à profissão, arte ou ofício, o que, convenhamos, não é, de maneira alguma, o caso dos autos.

Data venia do eminente Relator, rejeito a preliminar argüida pelo apelante.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Peço vista.

Súmula - O RELATOR ANULAVA O JULGAMENTO, ENQUANTO O REVISOR DESACOLHIA A PRELIMINAR DE NULIDADE. PEDIU VISTA O DES. PAULO TINÔCO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pelo primeiro apelante, os Drs. Manoel Augusto de Carvalho e João Mendes Campos.

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 10/06/99, a pedido do Des. Paulo Tinôco. O Relator anulava o julgamento, enquanto o Revisor desacolhia a preliminar de nulidade.

Com a palavra o Desembargador Paulo Tinôco.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Pedi vista destes autos, para reexaminá-los, por terem os eminentes Desembargadores Relator e Revisor divergido ao proferirem os seus votos no julgamento da presente apelação, pois o Relator anulou a decisão do Júri em virtude da qual o réu foi condenado pela prática do crime descrito na denúncia de fls., por não ter sido submetido ao Conselho de Sentença o quesito relativo à imperícia com que ele teria agido ao manejar a arma com a qual atirou na desesperada vítima, causando a sua morte, mas apenas os quesitos relativos à negligência e imperícia. E o Revisor não anulou, por entender que *in casu* não ocorreu a referida causa de nulidade do julgamento.

Com a devida vênia, ponho-me de acordo com o eminente Revisor.

Com efeito, o réu em sua defesa pediu o reconhecimento da culpa, nas suas três modalidades, ou seja, negligência, imprudência e imperícia, e o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri deixou de submeter aos jurados o quesito sobre a imperícia, por entender, conforme consta do seu despacho de fls. 281, que o mesmo "é *inadequado à espécie, já que, a toda evidência, o acusado não se achava, quando da ação, em exercício de arte, ofício ou profissão*".

Ora, não há que se falar, na hipótese dos autos, em cerceamento de defesa, pois, embora a parte tenha o direito de ver todas as suas teses analisadas pelo Conselho de Sentença, não se pode admitir, a meu ver, que tal direito seja tão amplo e não esteja sujeito às restrições que, eventualmente, possam decorrer das atribuições que a lei confere ao Juiz-Presidente do Tribunal do Júri.

Não há como negar que cabe ao Juiz-Presidente do Júri o saneamento das irregularidades ocorridas no julgamento da causa, inclusive o controle da regularidade procedimental ao indeferir teses destituídas de amparo jurídico, como acontece com a que diz respeito à aplicação do conceito de imperícia no caso dos autos.

É que a imperícia é, tão-somente, a inobservância de um dever de cuidado no exercício de arte, ofício ou profissão. Qualquer outro significado que se lhe dê é falso, porque o seu conceito está ligado, em suma, à responsabilidade dos respectivos profissionais, o que, evidentemente, não é a hipótese dos autos.

O MM. Juiz *a quo*, na qualidade de Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, acertadamente entendeu, a meu ver, como inadequada, na espécie, a formulação do quesito sobre imperícia. Assim procedendo, não cerceou a defesa do réu, antes evitou, nos limites do seu poder discricionário, em obediência ao devido processo legal, a distorção entre o conceito de imperícia e a significação que a parte quis lhe dar.

Ante o exposto, acompanho o eminente Revisor, rejeitando a preliminar ora sob exame.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Vencido quanto à primeira preliminar, enfrento a segunda prefacial, que busca a nulidade do julgamento pela falta de completo esclarecimento à dúvida suscitada por jurado.

A matéria, conforme registro na ata, diz respeito à indagação de um dos jurados sobre a existência de dois laudos relacionados com a eficiência da arma, e, prestadas as informações, o digno Juiz-Presidente indagou do Sr. Jurado que fizera o questionamento sobre a necessidade de informes outros, tendo o mesmo se declarado esclarecido com as explicações.

A defesa, em razão do fato, pretendeu reabrir os debates, o que foi indeferido.

Não se tem como entender ofensiva ao princípio da ampla defesa a denegação do pedido, mesmo porque dúvida nenhuma pairou nos jurados, que se declararam aptos para o julgamento, conforme registrado na ata - fls. 282.

Do exposto, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. José Arthur - De acordo.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - As razões argúem, ainda, nulidade do julgamento pela falta de quesito, em razão de a acusação ter sustentado a tese do dolo eventual.

Como se sabe, a acusação desenvolve-se conforme o articulado no libelo, e o quesito, sobre o fato principal, deve ser redigido de acordo com o próprio libelo.

No caso, as partes nada reclamaram sobre a quesitação, excetuando-se a defesa quanto ao já decidido quesito sobre a modalidade da imperícia, pelo que não há que se falar em irregularidade, mesmo porque incabível a defesa querer sustentar a possível nulidade sobre uma inexistente tese desenvolvida pela acusação.

Destarte, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. José Arthur - De acordo.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - No mérito, sustenta o recurso que a decisão afrontou a prova, porque o réu não teve a intenção de matar a vítima, pessoa amiga e companheira.

A releitura dos autos não leva à conclusão exposta nas razões defensivas.

O réu, armado de um revólver calibre 22, atirou contra a vítima, enquanto esta se encontrava agachada e conversando amigavelmente com seu ofensor, na presença de várias testemunhas, oportunidade em que o acusado efetuou dois disparos, pois o primeiro "mascou", e, ato contínuo, evadiu-se do local, sem prestar qualquer socorro, a despeito de insistir em que a vítima era seu amigo e companheiro.

Ora, quem saca de um revólver, ciente de que a arma está municiada e aponta-a para a região letal da vítima, efetuando o disparo, com certeza não pode alegar que seu espírito estava desvestido do *animus necandi*.

A decisão dos senhores jurados encontra apoio na prova coligida, pelo que deve ser respeitada.

Quanto à pena, o douto Sentenciante expendeu a necessária justificativa para fixá-la acima do mínimo legal, todavia, dentre os fundamentos, invocou, ainda que de forma sibilina, a reincidência do réu.

Assim sendo, ao meu aviso, o operoso Juiz não poderia compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, ambas reconhecidas pelo Júri, atentando a que a reincidência, como aludido, foi apontada como causa de exasperação da pena-base.

Destarte, provejo o recurso apenas para, da pena-base fixada de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses, recuar 01 (um) ano, em razão da confissão espontânea, que, como atenuante de primeira grandeza, prepondera sobre quaisquer agravantes.

Em conseqüência, a pena privativa de liberdade fica concretizada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

A irresignação ministerial, por sua vez, foi nuclearizada no regime prisional imposto.

O réu já foi condenado incurso nas penas do art. 16 da Lei Antitóxicos, cuja sanção é de pena cumulativa, ou seja, privativa de liberdade e multa.

Nesta circunstância, forçosa é a conclusão de sua reincidência, ainda que aplicada a multa vicariante, pelo que o regime inicial de cumprimento deverá ser o fechado (art. 33 do Código Penal).

Do exposto, dou provimento ao recurso ministerial para fixar o regime em inicialmente fechado.

Em conclusão, dou parcial provimento ao recurso do réu para recuar sua pena e dou provimento ao recurso ministerial para mudar o regime prisional para o inicialmente fechado.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Arthur - Com relação ao mérito, estou mantendo a decisão recorrida também no sentido de se diminuir a pena para o mínimo legal de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Quanto ao recurso do Ministério Público também estou de acordo.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES ARGÜIDAS, VENCIDO, EM PARTE, O DES. RELATOR. NO MÉRITO, CONFIRMARAM A DECISÃO, MAS RECUARAM A PENA PARA 6 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. QUANTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DERAM-LHE PROVIMENTO. ASSIM, O RECURSO DO RÉU É PROVIDO EM PARTE E O DO MINISTÉRIO PÚBLICO *IN TOTUM*.

-:::-

PRISÃO CIVIL - PRESTAÇÕES PRETÉRITAS - DILIGÊNCIA DA REQUERENTE - DEMORA NA EXECUÇÃO - PERDA DO CARÁTER ALIMENTAR - NÃO-OCORRÊNCIA

- Não há que se falar em prestações pretéritas, tampouco em perda do caráter alimentar da obrigação, uma vez que a diligência da requerente e a demora em se decretar a prisão civil, em virtude do lento desenrolar do processo executivo, são circunstâncias que não favorecem o paciente.

HABEAS CORPUS Nº 182.597-5/00 - Comarca de Alfenas - Relator: Des. ZULMAN GALDINO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Prisão civil - Prestações pretéritas - Diligência da requerente - Demora na

execução - Perda do caráter alimentar - Não-ocorrência. - A demora no desenvolvimento da ação executiva não torna pretéritas, tampouco afasta o caráter alimentar das prestações diligentemente cobradas pela requerente. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2000. - *Zulman Galdino* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo paciente, o Dr. Élcio Furtuna Neves.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de P.F.N., que alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Alfenas.

Consta da impetração que foi ajuizada ação de alimentos contra o paciente, o qual alega não ter condições de saldar o débito alimentar. Aduz ainda que estão sendo cobradas prestações pretéritas que não se coadunam com o caráter de atualidade de que se deve revestir o débito alimentar para ensejar a prisão civil, razão pela qual pleiteia a concessão preventiva do *habeas corpus*.

A medida liminar foi indeferida à fl. 8, pelo Relator em plantão, em. Des. Luiz Carlos Biasutti.

Apresentados novos documentos para reforçar o pedido de concessão liminar da ordem, foi esta novamente indeferida (fls. 38).

Requisitadas informações à indigitada autoridade coatora, foram estas prestadas às fls. 40/41.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 43/46).

Conforme esclarece o Magistrado de primeiro grau, a ação de execução de alimentos foi ajuizada em agosto de 1999, na qual se pleiteou o pagamento de alimentos referentes aos meses de março a julho do mesmo ano. Não se trata de cobrança de verbas alimentícias pretéritas, pois a requerente, tão logo sentiu a inadimplência do paciente, pleiteou em Juízo as prestações devidas. Se a prisão civil foi decretada apenas recentemente, não se pode atribuir à requerente o atraso na execução da medida.

Embora o paciente tenha feito o depósito de seis salários mínimos, referentes ao pagamento dos últimos três meses, não se pode eximi-lo da cobrança das prestações pleiteadas pela requerente. Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"Processual Civil. Execução. Prestação alimentícia. Prisão civil. CPC, art. 733, § 1°. Execução de prestação alimentícia. Prisão. - 1. Se o devedor não paga, nem se escusa, é caso de prisão (Código de Processo Civil, art. 733, § 1°). - 2. Se o reclamante foi diligente, iniciando a cobrança logo após o trânsito em julgado da sentença,

e se a pessoa obrigada se tornou recalcitrante, ao caso não se aplica a orientação segundo a qual a exigência do pagamento sob pena de prisão diz respeito às três últimas prestações. - 3. *Habeas corpus* denegado". (*HC* n° 10.326/0-SP. Relator Ministro Nilson Naves. Terceira Turma. Unânime. Data do julgamento 03/12/1999. *BSTJ*, 02.)

Assim, não há que se falar em prestações pretéritas, tampouco em perda do caráter alimentar da obrigação, uma vez que a diligência da requerente e a demora em se decretar a prisão civil, em virtude do lento desenrolar do processo executivo, são circunstâncias que não favorecem o paciente.

Ante o exposto, denego a ordem.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Sr. Presidente. Nesta Câmara, há súmula a respeito da matéria - a de n° 63 -, que esclarece qual é a dívida de alimento antiga.

Diz ela: "Dívida de alimento antiga (aquela vencida há mais de 3 meses antes do início da execução) perde o caráter alimentar".

Ora, no caso específico, as prestações pedidas na inicial - exatamente as três - foram vencidas antes do início da execução e, portanto, não se trata de alimentos pretéritos, nem de dívida que já fugiu ou perdeu o caráter alimentar.

Acompanho na íntegra o voto do Relator.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS - **TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - DENÚNCIA - DESCRIÇÃO DE FATO ATÍPICO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - ART. 12 DA LEI N° 6.368/76 - PSICOTRÓPICO RECEITADO POR MÉDICO - FARMACÊUTICO QUE VENDE O MEDICAMENTO EM CASO DE URGÊNCIA COMPROVADA CONDICIONADO AO ENVIO POSTERIOR DA RECEITA - AUSÊNCIA DE DOLO - DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO - CONCESSÃO DA ORDEM**

- Admite-se a impetração de *habeas corpus* para trancamento de ação penal por falta de justa causa para a persecução criminal quando, nem mesmo em tese, o fato constituir crime ou quando se puder verificar, *prima oculi*, que o paciente não teve qualquer participação, direta ou indireta, no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação mais dilargada da prova.

- A denúncia não prescinde nunca da existência de um mínimo ético de provas a embasá-la, sob pena de perseguir fato atípico, resultado de criação mental do denunciante. Simples conjecturas, simples conclusões de ordem subjetiva, por mais bem apanhadas que sejam, não são suficientes para outorgar ao Ministério Público, no Estado de Direito, a movimentação da máquina punitiva contra o cidadão, não bastando a denúncia dizer que determinado fato tenha ocorrido no mundo fenomênico, sendo necessário que o fato descrito se ajuste aos contornos de uma ação típica.

- O próprio bom senso está a sinalizar que não pode ser tachado de traficante de drogas o farmacêutico que, em caso de urgência comprovada, conhecendo o médico e o cliente, entrega a este caixa de medicamento controlado, na certeza de receber a receita especial que realmente foi expedida por aquele.

HABEAS CORPUS Nº 182.918-3/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Trancamento de ação penal - Tráfico ilícito de entorpecentes - Art. 12, Lei nº 6.368/76 - Médico que receita psicotrópico a cliente - Farmacêutico que vende "em confiança" psicotrópico em caso de urgência comprovada - Ausência de dolo. - A denúncia não prescinde nunca da existência de um mínimo ético de provas a embasá-la, sob pena de se perseguir fato atípico, resultado de criação mental do denunciante. - O próprio bom-senso está a sinalizar que não pode ser tachado de traficante de drogas o farmacêutico que, em caso de urgência, conhecendo o médico e o cliente, entrega a este uma caixa de medicamento controlado, na certeza de receber a receita especial que realmente foi expedida por aquele. - Ordem concedida para se determinar o trancamento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2000. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Os Drs. Ariosvaldo de Campos Pires e Antônio Caixeta Ribeiro, ilustres e cultos advogados inscritos na OAB/MG sob os nºs 6.264 e 19.620, respectivamente, impetram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Valdemar Ferreira Rocha e Eurípedes Antônio de Jesus, ambos já qualificados, visando ao trancamento da ação penal (Processo nº 70200.006.297-7) contra eles instaurada pelo Ministério Público-oficiante junto à ilustrada 1ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia, por infração do artigo 12 da Lei nº 6.368/76. Argumentam que a denúncia, descrevendo fato totalmente atípico, enquadra os pacientes como traficantes de drogas, mas, na verdade, o que aconteceu foi que o primeiro paciente realmente vendeu, mediante nota fiscal eletrônica, uma caixa do remédio controlado Dormonid ao segundo paciente, mediante prescrição verbal do médico Dr. Luiz Roberto da Silva, que, não portando o receituário azul, específico para tais tipos de remédio, prometeu remeter a receita imediatamente, tal como fez, tanto que ela acabou sendo indevidamente apreendida pela autoridade policial e juntada aos autos da ação penal que a Justiça Pública move contra o cantor Alexandre Pires. Argumentam que, além da atipicidade da conduta, fica evidenciada a total ausência de dolo. Citam numerosa jurisprudência e doutrina a respeito do tema e pedem a concessão de liminar para sustar os interrogatórios já designados e, a final, para o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

O pedido de liminar foi deferido.

Nas informações que presta, confirma o MM. Juiz a existência do processo, o oferecimento da denúncia e seu recebimento.

A douta Procuradoria de Justiça, através de parecer do sempre culto e ilustrado Dr. Renato Martins Jacob, opina pela concessão da ordem ao argumento de que os fatos descritos na denúncia são atípicos e restou comprovada a ausência de dolo na conduta dos pacientes.

É, em síntese, o relatório do essencial.

Decide-se: Ninguém põe em dúvida a possibilidade de se trancar ação penal por falta de justa causa para a persecução criminal quando, nem mesmo em tese, o fato constituir crime ou quando se puder verificar, *prima oculi*, que o paciente não teve qualquer participação, direta ou indireta, no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação mais dilargada da prova.

A questão pode perfeitamente ser resumida com a simples citação da ementa do v. acórdão do egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do R*HC* nº 758-CE, de que foi Relator designado o Min. Costa Lima, publicado na *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais* da Editora Lex, v. 20, p. 207/221:

"Constitucional e processual penal. Recurso de *habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Fatos atípicos. Exame de prova.

I - O *habeas corpus* é o instrumento tutelar da liberdade. No seu exame, o juiz não pode criar obstáculos tais que venham a tornar letra morta a garantia constitucional. Daí que, superado o entendimento de, *a priori*, não se examinar prova. Como, sem vencer esse obstáculo, se poderá afastar o abuso de poder ou ilegalidade da coação? Para se poder concluir sobre a tipicidade ou não do fato, é, em certa medida, indispensável examinar a prova em que se baseia a acusação.

II - Recurso conhecido e provido, eis que evidente a atipicidade dos fatos imputados ao paciente".

No estudo de cada caso concreto, entretanto, nem sempre é fácil esta-

belecer com precisão até onde o julgador pode ir no exame da prova, tanto que, no caso do v. acórdão acima citado, houve empate na votação dos membros da Quinta Turma do STJ.

É absolutamente certo, no entanto, que só se permite o trancamento de ação penal regularmente instaurada quando a falta de justa causa aflora do estudo superficial do processo. Se os fatos são controvertidos, não há como se decidir a respeito no âmbito estreito do *writ*. (STF: R*HC* nº 66.262/5-DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJU* de 31/03/89, p. 4.329; R*HC* nº 66.138/6-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 17/03/89, p. 3.606; R*HC* nº 65.922/5-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJU* de 17/03/89, p. 3.606, etc. STJ: R*HC* nº 212-RJ, Rel. Min. Dias Trindade, *DJU* de 16/10/89, p. 15.861.)

"Penal. Processual. Omissão de socorro. Recurso. Conhecimento.

1. Admite-se o *habeas corpus* para trancamento de inquérito policial ou de ação penal, desde que a impetração demonstre de maneira incontroversa a falta de justa causa para a persecução.

2. O rito do *habeas corpus* é sumário, não admitindo a escarafunchação de provas, nem exames de controvérsias. A sumariedade em controvérsias de provas é incompatível com o exercício do direito à ampla defesa.

3. Quando a alegação de falta de justa causa não resultar incontroversa, impondo exame aprofundado de provas, é incabível o *habeas corpus*.

4. Recurso conhecido e improvido". (STJ - R*HC* nº 1.870/0-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* de 04/05/92, p. 5.897.)

No caso concreto, do ponto de vista estritamente formal, a denúncia está correta. Entretanto, do ponto de vista material, ela peca pela inépcia quando descreve um fato cuja atipicidade ressalta de sua própria leitura.

Simples conjecturas, simples conclusões de ordem subjetiva, por mais bem apanhadas que sejam, não são suficientes para outorgar ao Ministério Público, no Estado de Direito, a movimentação da máquina punitiva contra o cidadão. Por isso que o Ministro e Mestre Cernicchiaro já proclamou que "a denúncia deve satisfazer duas condições: *formal* - descrição do fato com todas as suas circunstâncias; *material* - evidência fática, no âmbito do juízo da probabilidade, de a imputação poder ser reconhecida, no juízo de mérito. Tais exigências não fazem distinção quanto à natureza da infração penal. Envolve, portanto, os crimes societários, de pluralidade subjetiva e de co-autoria. Exigência constitucional para efetivar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Para ser incluído na denúncia, não basta ser sócio da pessoa jurídica, ou, nela, exercer atividade de administração. Fundamental é evidenciar (juízo de probabilidade) haver praticado a conduta (comissiva ou omissiva), penalmente relevante". (*HC* nº 5.053-RJ, *DJU* de 07/04/97.)

Não basta a denúncia dizer que determinado fato tenha ocorrido no

mundo fenomênico. É preciso que o fato descrito se ajuste aos contornos de uma ação típica. Como já disse o Ministro Victor Nunes Leal (*RTJ*, 35/517), "... formular uma acusação, de que resulte um processo penal, sem que haja os pressupostos de direito, como também os pressupostos de fato, para a ação penal, é caso, sem dúvida, de uso irregular do poder de denúncia, embora nem sempre fácil de demonstrar, porque o poder de denúncia não existe para atormentar as pessoas, para criar dificuldades aos seus negócios, para cercear sua liberdade de locomoção: a denúncia é um instrumento confiado ao Ministério Público para fazer atuar a lei penal, para defender a sociedade contra os criminosos, para reprimir os crimes que tenham sido cometidos. Se o resultado da denúncia é a sujeição de pessoa inocente à ação penal, em princípio, está caracterizado o abuso".

Na verdade, a imputação penal não pode ser um ato de arbítrio do Promotor de Justiça, muito menos resultado de sua maquinação mental ou de sua vontade pessoal ou vaidade profissional. A formulação de denúncia deve ter sempre suporte numa base empírica, naquele mínimo ético de prova da ocorrência de um crime, sob pena de se transformar o processo criminal em instrumento de injusta perseguição do indivíduo.

Como ensina HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "a denúncia não pode ser um ato de arbítrio e prepotência. O Ministério Público não funciona como uma espécie de inquisidor-mor, que possa trazer ao banco dos réus, num Estado democrático, o cidadão, inventando em relação a ele um crime que não houve ou que ele evidentemente não praticou, ainda que a denúncia seja formalmente incensurável" (*Jurisprudência Criminal*, p. 80).

Uma denúncia criminal, pelas graves repercussões e conseqüências que acarreta, não pode ser produto de ficção literária. Por isso, tem toda razão o culto Procurador de Justiça quando afirma que "... evidente, portanto, que as condutas dos pacientes não se ajustam ao tipo penal descrito na denúncia, pois, embora a notificação da receita não tivesse sido apresentada no ato da compra, ambos tinham plena consciência de que cumpriam uma prescrição médica ordenada por profissional que se encontrava no exercício pleno e legal de sua profissão". "Ora, a prescrição médica, existiu; o profissional reunia competência para emiti-la; o estabelecimento comercial estava autorizado a comercializar o produto; e, por fim, a venda do psicotrópico foi realizada mediante a correspondente emissão de nota fiscal". "A remessa posterior, por motivos plenamente justificáveis, da notificação da receita - compromisso assumido e cumprido, logo após, pelo médico que prescreveu a receita - não pode transformar em doloso o comportamento dos pacientes, a ponto de colocá-los no pólo passivo de uma ação penal pela gravíssima figura delituosa de tráfico de entorpecentes". "Eles agiram - enfatize-se - mediante autorização regulamentar que, embora formalizada, justificadamente, momentos após, foi emitida previamente por um profissional competente da área médica" (fls. 121/122).

A razão do processo está, na verdade, fulcrada na atitude pouco compreensível da autoridade policial. Tendo-lhe chegado às mãos, como chegou, a receita emitida pelo médico e dirigida à farmácia, não deveria ele capturá-la nos autos. Cumpria-lhe, por um dever de ética, senão de educação, dar àquela receita o destino próprio, isto é, entregá-la a quem de direito. Tivesse feito isso e toda a situação estaria nos parâmetros da normalidade, dos quais nunca deveria ter saído.

Além da atipicidade do fato, sobreleva *prima oculi* a ausência de dolo na ação dos pacientes. Como bem posto no parecer ministerial (fls. 119/121), "... compulsando as peças que integram a impetração, verifica-se, sem qualquer esforço analítico e aprofundamento do acervo probatório, que as ações desenvolvidas pelos pacientes, e descritas na denúncia, não estão revestidas de dolo, circunstância que desautoriza, por completo, o processamento da ação penal instaurada contra ambos". "Com efeito, o elemento subjetivo que informa o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 é o dolo genérico, que, na feliz observação de Heleno Cláudio Fragoso, se concretiza com a simples "vontade livre e consciente de praticar qualquer das ações incriminadas, sabendo o agente que atua sem autorização legal ou regulamentar (*in Leis Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, v. 2, 6ª ed., RT, 1997, Alberto Silva Franco e outros)". "Partindo de tal premissa, forçoso reconhecer que os pacientes atuaram, conscientemente, na certeza de que estavam autorizados a praticar aqueles atos". (...) "O documento acostado à fl. 47-TJ confirma, de maneira induvidosa, que o citado calmante foi receitado, efetivamente, pelo Doutor Luiz Roberto da Silva. O envio da citada notificação ao farmacêutico é que foi retardado em razão de o aludido médico não portar, naquele momento, o respectivo talonário, circunstância perfeitamente compreensível se considerado tratar-se de atendimento a domicílio realizado em pleno domingo".

Assim, e acolhendo na íntegra o parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça, concedo a ordem impetrada para determinar o trancamento da ação penal (Proc. nº 70200 006297-7), que corre contra os pacientes Valdemar Ferreira Rocha e Eurípedes Antônio de Jesus na ilustrada 1ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia.

Comunique-se a presente decisão ao eminente e culto Juiz, remetendo-lhe cópia do acórdão a ser lavrado.

Custas, na forma da lei.

É o meu voto, Sr. Presidente.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

-:::-

ERRO MATERIAL - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - CORREÇÃO - COISA JULGADA - INEXISTÊNCIA - *HABEAS CORPUS* - MEIO IDÔNEO - CONCESSÃO DO *WRIT* COMO ÚNICA SOLUÇÃO VIÁVEL

- Os erros materiais existentes na sentença de pronúncia, como de qualquer outra decisão judicial, não transitam materialmente em julgado, podendo ser revistos a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

- Nada impede que o Ministério Público ofereça libelo correto se houve erro material ou datilográfico na sentença de pronúncia. Cabe ao juiz, ao receber ou rejeitar o libelo, reconhecer o erro material, evitando-se assim futura alegação de nulidade.

- Muito embora o *habeas corpus* não seja substituto de recurso e não se preste, em tese, a remendos de erros materiais de caráter exclusivamente formal, pode ser usado com tal finalidade para ajustar a conclusão do decisório à sua parte expositiva e à sua fundamentação, com base no princípio da utilidade prática do processo.

HABEAS CORPUS Nº 191.473-8/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Erro material na sentença de pronúncia - Meio inidôneo - concessão do *writ* como única solução viável. - Os erros materiais existentes na sentença de pronúncia, como de qualquer outra decisão judicial, não transitam materialmente em julgado, podendo ser revistos a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. - Nada impede que o Ministério Público ofereça libelo correto se houve erro material ou datilográfico na sentença de pronúncia. Cabe ao juiz, ao receber ou rejeitar o libelo, reconhecer o erro material, evitando-se assim futura alegação de nulidade. - Muito embora o *habeas corpus* não seja substituto de recurso e não se preste, em tese, a remendos de erros materiais de caráter exclusivamente formal, pode ser usado com tal finalidade para ajustar a conclusão do decisório à sua parte expositiva e à sua fundamentação, com base no princípio da utilidade prática do processo. - 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, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2000. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gudesteu Biber - O Ministério Público do Estado de Minas

Gerais, através de seu representante junto à 15ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora, impetra a presente ordem de *habeas corpus* visando extirpar erro material ocorrido na sentença que pronunciou a paciente Lúcia Helena Santos Barbosa. Salienta que a paciente foi denunciada, através de aditamento ordenado por este Tribunal, como incursa nas sanções dos artigos 211 e 155, § 4º, inciso IV, c/c o artigo 69, todos do Código Penal, mas, na sentença de pronúncia, por equívoco evidente de sua ilustre Prolatora, foi ela pronunciada como incursa nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, em concurso material como os artigos 211 e 155, § 4º, inciso IV, todos do Código Penal. À míngua de recurso próprio, a decisão acabou transitando livremente em julgado, sendo o erro material só detectado quando do oferecimento do libelo. Pede a concessão da ordem para se ajustar a parte dispositiva da sentença de pronúncia àquilo que consta do aditamento da denúncia e da própria fundamentação daquela sentença, extirpando-se o erro material que está trazendo indiscutível constrangimento ilegal à paciente.

A atual MM. Juíza de Direito da comarca não se dignou prestar informações, limitando-se à remessa da xerocópia integral do processo.

A douta Procuradoria de Justiça, através do sempre culto e elegante Dr. Antônio José Leal, opina pela concessão da ordem.

É, em síntese, o relatório.

Decide-se:

Do ponto de vista material, restou evidente que houve um erro material (talvez datilográfico) da ilustre Prolatora da sentença de pronúncia. Para a verificação da sua existência basta a simples leitura daquela peça. Durante o relatório e toda a parte expositiva e de fundamentação, constou expressamente que a paciente não participara, de forma alguma, do delito de homicídio, cometido apenas pelo co-réu. Entretanto, na parte dispositiva, a ré acabou sendo pronunciada também por homicídio qualificado, em concurso de pessoas com o co-réu, contrariando o princípio da correlação entre o pedido inicial e a sentença final e, no caso concreto, até mesmo decisão anterior deste Tribunal, que também já havia reconhecido não ter ela participado do homicídio, mas apenas do furto qualificado e da ocultação do cadáver.

Do ponto de vista formal, entretanto, a questão fica intrincada em razão do trânsito em julgado formal daquela decisão.

Ora, a coisa julgada material nunca atinge erros materiais típicos. Ninguém, em nenhum processo judicial, cível ou criminal, em qualquer lugar do mundo, tem compromisso com erros materiais. Eles podem (e devem) sempre, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, ser corrigidos.

No caso concreto, o erro material existente claramente na sentença de pronúncia, com relação à paciente, só não foi extirpado no Juízo *a quo*, porque não se ofereceram embargos de declaração, e só não foi sanado no julgamento do recurso em sentido estrito porque esse, por ser em sentido estrito, foi aviado apenas com relação ao co-réu.

Aliás, em se tratando de erro material típico (como aconteceu *in casu*) na sentença de pronúncia, poderia o Ministério Público ter feito a correção dele quando do oferecimento do libelo. Por escrúpulo do zeloso Promotor Público e da atual MM. Juíza de Direito da Vara, preferiu-se o caminho do presente *habeas corpus*, talvez para se evitarem melindres entre colegas e discussões bizantinas em plenário.

Se é verdade que o *writ* não se presta, em tese, para remendos em decisão judicial (para isso existem os embargos de declaração), é preciso atentar para o princípio da utilidade prática do processo. Não é possível permitir que um erro material típico (como o do caso concreto) continue engravidando os autos até o plenário de julgamento pelo Júri, se ele pode (e deve) ser corrigido antes. Enfim, todos estão acordes sobre sua existência, resultado do engano ocorrido na redação da parte dispositiva da sentença. A própria lógica e o próprio bom senso estão a apontar sua existência e a necessidade de sua correção. Se esta é a primeira oportunidade que se tem para extirpá-lo, não será por melindres teóricos e tecnicismos processuais que isso não acontecerá. Afinal, ninguém tem compromisso com erro material e muito menos interesse de que ele perdure eternamente nos autos como um objeto estranho e um complicador desnecessário.

Assim, e adotando na íntegra o lúcido parecer ministerial, *concedo a ordem* impetrada para reconhecer que a paciente Lúcia Helena Santos Barbosa foi, na verdade, pronunciada nos termos do aditamento de fls..., ou seja, como incursa nas sanções dos artigos 211 e 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, devendo assim ser libelada e por tais motivos submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Juiz de Fora, competente em razão da conexão.

Custas, a final.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

-:::-

EXECUÇÃO PENAL - REGIME SEMI-ABERTO - AUSÊNCIA DE PRÉDIO NA COMARCA PARA CUMPRIMENTO DA PENA - AUTORIZAÇÃO PARA QUE O RÉU POSSA ASSINAR DIARIAMENTE LIVRO PRÓPRIO NA CADEIA PÚBLICA JUSTIFICANDO SUAS ATIVIDADES - ILEGALIDADE

- Ainda que na comarca não exista prédio próprio para cumprimento da pena no regime semi-aberto, é ilegal a decisão que concede ao réu que se encontra cumprindo pena naquele regime o direito de assinar diariamente livro próprio na cadeia pública, justificando as suas atividades, não se coadunando tal decisão com o sistema de progressão prisional que busca a sua ressocialização, equivalendo tal benefício a um verdadeiro *bill* de indenidade em relação ao crime por ele praticado.

- V.v.: - É direito do réu permanecer em regime aberto, quando da progressão para o semi-aberto, enquanto não existir estabelecimento prisional adequado na comarca. *(Des. Reynaldo Ximenes Carneiro)*

RECURSO DE AGRAVO Nº 168.580-9/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. PAULO TINÔCO

Ementa oficial: Execução penal - Ausência de prédio na comarca para o cumprimento da pena em regime semi-aberto - Ilegalidade da decisão que concede ao réu que se encontra cumprindo pena em regime semi-aberto o direito de assinar diariamente livro próprio na cadeia pública, justificando as suas atividades - Benefício que equivale à impunidade e que está em desacordo com os objetivos do sistema progressivo - Provimento do agravo.

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 SEGUNDO VOGAL.

Belo Horizonte, 04 de maio de 2000. - *Paulo Tinôco* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Paulo Tinôco - Trata-se de agravo interposto pelo órgão ministerial contra decisão "*que concedeu ao sentenciado o direito de se apresentar à Delegacia de Polícia para assinar livro próprio diariamente, até as 20h30min e justificar suas atividades, sem necessidade de pernoite, sob o argumento de que a comarca não dispõe de estabelecimento próprio para abrigar tais condenados*".

Nas suas razões (fls. 55/62), o agravante alega, em síntese, que o réu foi condenado, pela prática do crime previsto no artigo 297 do Código Penal, a 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime fechado; que, após ter cumprido 1/6 da pena, requereu a progressão para o regime semi-aberto, que lhe foi concedida; que na decisão consta que o sentenciado devia "*comparecer diariamente à Delegacia de Polícia e justificar suas atividades e assinar o livro próprio até as 20h30min*"; que tal benefício afronta o sistema legal, sendo mais favorável do que o próprio instituto do livramento condicional e também do que o regime aberto de cumprimento de pena. Pede, ao final, que seja reformada

a decisão para o sentenciado submeter-se às regras do regime semi-aberto.

O agravo foi contra-arrazoado às fls. 63/64.

O MM. Juiz *a quo*, no juízo de retratação de fls. 66/68, manteve a decisão agravada.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não-provimento do agravo, conforme parecer de fls. 73/76, do ilustre Procurador de Justiça Dr. Francisco Márcio Martins M. Chaves.

É o relatório.

Decido.

Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Assiste razão ao agravante, a meu ver.

Com efeito, a decisão recorrida não pode subsistir por não encontrar amparo legal pelo fato de a Lei de Execução Penal não prever ou, pelo menos, admitir analogicamente que o sentenciado, em regime semi-aberto de cumprimento de pena, possa assinar diariamente em livro próprio a justificativa de suas atividades na Delegacia de Polícia local.

É que a assinatura diária do sentenciado em livro próprio não se coaduna com o sistema de progressão prisional que busca a sua ressocialização, equivalendo tal benefício a um verdadeiro *bill* de indenidade em relação ao crime por ele praticado. Isto porque as condições de cumprimento de pena em regime semi-aberto na Comarca de Sete Lagoas são, atualmente, mais favoráveis do que as condições do regime semi-aberto e quiçá até mesmo do que o livramento condicional.

Finalmente, cumpre esclarecer que não é razão suficiente para a concessão de tal benefício ao ora agravado o fato de o Estado não ter dotado a comarca de prédio para o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo.

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

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - A respeito da matéria em exame tenho ponto de vista divergente em relação à posição do d. Relator, conforme me manifestei em voto proferido no Agravo nº 168.348/1 e reiterado no Agravo nº 171.300/7, ambos da mesma Comarca:

"O douto magistrado, ao conceder a regalia ao preso, o fez repetindo outras decisões que reconheceram o direito de o condenado permanecer em regime aberto, quando da progressão para o semi-aberto, enquanto não existir estabelecimento prisional adequado na comarca.

Penso que S. Exa. não praticou demasia, pois o que não podia fazer era manter o condenado no regime fechado, se direito tinha à progressão para o regime semi-aberto. Com efeito, cabendo ao Estado fornecer ao preso a prisão adequada para a sua ressocialização, quando não consegue fazê-lo,

deve o Juiz conceder ao sentenciado o sistema de prisão para que possa ressocializar-se, com a prisão cumprindo um de seus objetivos".

A orientação que está sendo obedecida na Comarca de Sete Lagoas tem sido prestigiada no STJ, como se vê:

"Ementa: Criminal. Regime prisional. Progressão. Falta de estabelecimento adequado. - Concedido o benefício do regime semi-aberto, constitui constrangimento ilegal desatender o direito sob pretexto da falta de vaga em estabelecimento adequado. No caso, deve-se cumprir a decisão, ainda que seja pela excepcional admissão do paciente ao recolhimento domiciliar, enquanto durar o óbice das alegadas carências carcerárias". (STJ, R*HC* nº 73/89-SP, Relator o Min. José Dantas, *RSTJ*, v. 3, p. 852.)

"Ementa: Penal. Réu. Condenação em regime semi-aberto. Falta de estabelecimento adequado. Solução.

- Se inexiste estabelecimento para o cumprimento da pena no regime semi-aberto, a que foi condenado o réu, não pode ele ser colocado, ainda que provisoriamente, em regime mais gravoso.

- Tem direito, portanto, ao regime aberto.

- Recurso provido". (STJ, R*HC* nº 6.229/97, *DJU* de 22/04/97, p. 14.454, Relator o Min. William Patterson.)

Assim, convencido do acerto com que se houve o honrado Juiz, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

-:::-

PENA - REMIÇÃO - FREQÜÊNCIA A CURSO DE SUPLÊNCIA - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 126 DA LEP (LEI Nº 7.210/84)

- Deve-se conceder a remição da pena do sentenciado que comprove freqüência a curso de suplência, oferecido pelo estabelecimento prisional, desde que aferido o aproveitamento do condenado-estudante e de acordo com a carga horária do curso, seguindo-se os mesmos critérios da remição por dia trabalhado, pois, além de a tanto não se opor o sistema de execução penal pátrio, o artigo 126 da LEP (Lei nº 7.210/84) não distingue a natureza do trabalho, para fins de se remir o tempo de execução da pena.

RECURSO DE AGRAVO Nº 174.312-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Lei de Execução Penal - Remição da pena - Freqüência a curso de suplência - Possibilidade. - Deve ser concedida a remição da pena do condenado que comprove freqüência a curso de suplência, oferecido pelo estabelecimento prisional, desde que aferido o aproveitamento do condenado-estudante e de acordo com a carga horária do curso, seguindo-se os mesmos critérios da remição por dia trabalhado, pois a tanto não se opõe o sistema de execução penal pátrio.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 18 de maio de 2000. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Na Comarca da Capital, Félix Resende dos Santos, já qualificado, foi condenado incurso no art. 12 da Lei Antitóxicos à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado.

Em novembro passado, a direção da Penitenciária José Maria Alkimim enviou à Vara de Execuções Criminais uma listagem dos presos que estão a freqüentar os cursos de suplência oferecidos pela Escola Estadual César Lombroso - Centro de Reeducação de Neves, para fins de remição da pena.

Em decisão de fls., o MM. Juiz indeferiu o pedido, à míngua de amparo legal.

Inconformado, o órgão ministerial interpôs o presente recurso, visando à reforma do *decisum*. No arrazoado de fls., sustenta que o dispositivo do art. 126 da LEP não distingue a natureza do trabalho para fins de remição.

As contra-razões abraçam a tese recursal.

Em despacho de retratação, o MM. Juiz manteve a decisão hostilizada.

Em parecer de fls., a douta Procuradoria opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

No essencial, é o relatório.

A *vexata quaestio* está na possibilidade, ou não, de o condenado-agravado remir, com a freqüência a curso de suplência, oferecido no presídio, parte da pena privativa de liberdade que lhe foi aplicada.

Ao meu entendimento, para extrair-se o real alcance da disposição do art. 126 da Lei de Execuções Penais, segundo o qual "*o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena*", faz-se necessário proceder-se a um exame da pena e de sua finalidade, à luz da moderna Criminologia.

Dispõe o art. 1º, LEP: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Nota-se, do dispositivo retrotranscrito, que o sistema brasileiro adotou os

princípios do Neodefensismo Social (Escola da Nova Defesa Social), eis que erigiu, como uma das finalidades da pena, a reintegração social do condenado e do internado, o que, aliás, foi ressaltado na exposição de motivos do referido diploma legal:

"13. Contém o art. 1° duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

14. Sem questionar profundamente a grade temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar *a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade*".

MIRABETE ensina que a tendência moderna é a de que a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à idéia de humanizar, além de punir (*Execução Penal - Comentários à Lei 7.210, de 11/07/84*. São Paulo, Editora Atlas, p. 35).

Ora, não se compreende como seja possível o desenvolvimento do processo de ressocialização, almejado pela lei e pela sociedade, dissociado da liberação da execução exclusivamente penitenciária e enclausuradora. Por isso mesmo é que dispõe a lei de normas referentes às permissões de saída, trabalho externo, freqüência a cursos, progressão de regime prisional, assegurando-se, assim, a manutenção e intensificação dos vínculos familiares, afetivos e sociais, que são as bases para afastar os condenados da delinqüência.

Destarte, tenho que o pedido do órgão ministerial, em benefício do condenado-agravado, não tinha como ser indeferido.

Observe-se, primeiramente, que o legislador, efetivamente, não distinguiu a natureza do trabalho para fins de remição da pena. Tanto faz, portanto, seja desenvolvido trabalho interno ou externo, manual (inclusive artesanal) ou intelectual, desde que autorizado pela administração do estabelecimento penal (nesse sentido: MIRABETE, *op. cit.*, p. 314).

Poder-se-ia argumentar que a freqüência a curso não constitui trabalho intelectual, no sentido restrito do termo. Entretanto, prefiro adotar uma interpretação extensiva da norma, que mais se coaduna com o sistema de execução penal, já analisado, e que não ofende a natureza do dispositivo legal, que não possui feições taxativas.

Nesse sentido, veja-se o seguinte aresto, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Ora, a freqüência a aulas, no presídio, evidentemente que tem, se devidamente assimilados os conteúdos ministrados, muito mais condições de ressocializar um apenado do que o trabalho em faxina, por exemplo.

A própria disciplina sempre exigida em sala de aula é muito mais formadora - ou reeducadora, no caso de apenados - do que o labor em atividades braçais.

Tenho conhecimento de vários casos de completa recuperação de apenados, logrados exclusivamente pelo estudo. Na comarca onde atuei como advogado, conheço um ilustre Colega, de atuação intensa na advocacia, que concluiu o segundo grau no presídio, e freqüentou a faculdade, onde foi inclusive meu aluno, quando cumpria pena.

O fato é que, antes de se lhe propiciarem as condições para estudar, era um facínora, com vários delitos, inclusive hoje considerados hediondos. Hoje é um advogado operoso, útil à sociedade e respeitado por todos quantos com ele convivem.

Como negar-se, pois, o estímulo de freqüência às aulas? Vale mais limpar latrinas do que se educar? Tenho, evidentemente, que não. Se a Lei de Execução Penal tem por finalidade recuperar, e para isso incentiva o desenvolvimento de atividade útil - como o trabalho -, por que, em nome da correta política criminal, não se considerar o estudo como trabalho?" (*RJTJRS*, 183/101).

Registro, ainda, que hodiernamente a condição de estudante ostenta o *status* de profissão, possibilitando ao aluno, inclusive, a requisição, nos órgãos competentes, de bolsa de estudos, o que considero um verdadeiro reconhecimento social das atividades desenvolvidas por estudantes e pesquisadores.

Por outro lado, ainda que diverso seja o entendimento de meus nobres Pares, acerca do significado do termo "trabalho", outra sorte não está reservada ao presente recurso, na medida em que à hipótese seria aplicável, ainda, a analogia.

A analogia é um processo de colmatação de lacunas da lei, sendo certo que, na hipótese, dada a redação do art. 126, LEP, estar-se-ia diante da analogia legal (analogia *legis*), que ocorre, na lição de DAMÁSIO (*Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 47): "quando um caso não previsto é regulado por um preceito legal que rege um semelhante (...)", ao que acrescenta - "(...) quando se verifica a insuficiência da lei".

A analogia legal, como aplicação de uma norma positiva reguladora de determinadas relações a outras relações que têm afinidades com aquelas, mas para as quais não foi estabelecida, se justifica no vetusto brocardo jurídico *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão de decidir é de aplicar-se o mesmo dispositivo de lei).

Registro, por oportuno, a juridicidade do processo, que encontra respaldo no art. 4° da Lei de Introdução ao Código Civil, e, principalmente, assegura os princípios constitucionais da igualdade jurídica e da individualização da pena, que não se limita à fase da sentença, pois a ultrapassa, atingindo a fase de execução, como reconhece o sistema brasileiro.

Nesse sentido, se a razão que levou o legislador a editar a norma do art. 126, LEP, está na ressocialização do condenado, advinda do exercício de atividade laborativa, dado o papel transformador da educação e do processo educativo no homem, que foi ressaltado no aresto do Tribunal gaúcho retrocolacionado, não se pode deixar de reconhecer o direito de remição em hipóteses como a noticiada nos autos.

Por fim, trago à colação o ensinamento do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, que tanto engradeceu a jurisprudência do STJ. Trata-se de síntese magistral, na qual o ilustre jurista discorre sobre o papel do juiz como agente político na consecução do Estado Democrático de Direito, em tema de aplicação de pena, e que, *mutatis mutandis*, aplica-se à questão da execução penal:

"As conclusões da Criminologia moderna, o reconhecimento da política criminal estão mudando esse modo de pensar.

O Direito vai ganhando nova concepção. O Direito está deixando de ser concebido como fim, para ser recepcionado como meio. Meio para concretizar valores. A decisão judicial não é neutra: é axiológica, teleologicamente orientada. O juiz, então, está deixando de ser o 'aplicador da lei', para ser o crítico da lei.

O juiz, na sua grandeza institucional, é, na verdade, um agente político. Como tal, atua na realidade social. É, por isso, insista-se, o crítico da lei.

Cumpre, para bem delimitar o parâmetro, esclarecer:

A atividade do Legislativo não se confunde com o trabalho do Judiciário. O primeiro elabora as leis. O segundo aplica as leis. Todavia, e aqui, há importante registro, tomando-a como expressão do Direito. *O Direito, como valor, não é feito pelo legislador.* O legislador, integrante da sociedade, com sensibilidade, elabora as normas, e o magistrado, também no contexto social, faz a crítica do Direito em função do caso concreto. E aplica as normas que respondam ao contexto axiológico que nasce e se impõe na sociedade. Muitas vezes, essa sociedade ganha extensão internacional, como acontece com os Direitos Humanos.

Hoje, não se pode desenvolver nenhum raciocínio jurídico desprezando a Declaração dos Direitos Humanos e, ainda mais próximo de nós, o Pacto de San José de Costa Rica, subscrito pelo Brasil e formalizado pela Câmara dos Deputados" - ao que devo acrescentar, interrompendo o raciocínio do ilustre Ministro, as Regras de Tóquio, por pertinentes à temática do recurso.

"O juiz, assim, insista-se, agente político, assume importante papel, notadamente no campo penal, onde se encontram as sanções jurídicas mais severas.

Aplicação da pena é síntese. Encerra conhecimento e tomada de posição quanto ao sentido material da sanção penal.

Análise da doutrina e da jurisprudência revela que o instituto - aplicação da pena - está sendo analisado parcialmente.

A infração penal, como norma, evidencia preceito e sanção, unidos logicamente. Só nesse plano se poderá falar que a pena é conseqüência do crime. De qualquer modo, bem identificados. O primeiro faz conhecer a conduta proibida, o delito. O segundo, a sanção.

A aplicação da pena deve encerrar a integralidade do instituto. Insista-se: a infração penal e a pena. Cumpre levar em conta a teoria da infração penal e a teoria da pena.

Não é isso, entretanto, o que vem ocorrendo.

O magistrado, de um modo geral, leva em conta somente o primeiro aspecto, ou seja, a infração penal. Tanto procede que o raciocínio do juiz se concentra, fundamentalmente se restringe a analisar a conduta e o resultado. Hipóteses mais profundas incluem também a análise do sujeito ativo.

A pena, ao contrário, resulta como simples relação de causalidade material, ou seja, adaptá-la à espécie e aos limites da cominação.

Aqui, reside ponto importante; a doutrina, impulsionada pela Criminologia e a política criminal, vem dando realce ao fato. A pena precisa traduzir, além da reprovação, a prevenção" - e novamente ouso interromper o mestre para acrescentar, no tocante à execução penal, que esta traduz, além da punição, a ressocialização.

"ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *in A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, confere especial preocupação ao fato. Invoca o disposto no art. 72, I, do Código Penal Português, ao mencionar que o juiz deve medir a pena em função das 'exigências de prevenção de futuros crimes' (p. 671).

Cumpre, então, conferir amplo poder discricionário ao juiz, como agente político; autorizado, por isso, a indagar a necessidade da pena.

(...)"

De todo o exposto, deve ser dado provimento ao recurso, para fins de conceder ao condenado o direito de remir, com a freqüência a curso de suplência, oferecido na própria Penitenciária onde se encontra recolhido, parte da pena a que foi condenado.

Atento aos critérios que norteiam a remição da pena por dia trabalhado, e porque já constatado nos autos o aproveitamento do condenado-agravado, deve o MM. Juiz da execução verificar tão-somente a carga horária do curso, para que não se criem privilégios ou distinções entre os condenados estudantes, relativamente aos demais condenados destinatários da norma do art. 126, LEP.

Dou provimento ao recurso.

O Sr. Des. Paulo Tinôco - O instituto da remição é tido como uma das grandes inovações da Lei de Execução Penal.

Através do trabalho, o condenado pode diminuir parte de sua pena, o que constitui estímulo ao sentenciado, ao mesmo tempo em que o prepara para a vida na comunidade, já de certa forma reeducado.

Isso interessa não só ao sentenciado como à própria sociedade.

Ora, se o trabalho é importante na recuperação do condenado, o trabalho intelectual assume contornos mais interessantes na reincorporação à comunidade, dado que a aquisição de conhecimentos não só instrui como educa.

Dir-se-á, como fez o MM. Juiz, que a remição não se aplica ao trabalho intelectual, mais propriamente àquele referente à freqüência de curso de suplência oferecido pelas penitenciárias.

Penso que o Magistrado está equivocado, *data venia*.

É que a lei não distingue a natureza de trabalho, aplicando-se então a todas as atividades laborais.

A propósito, MIRABETE lembra que "a remição é obtida pelo trabalho interno ou externo, manual ou intelectual, agrícola ou industrial, não se excluindo o artesanal, desde que autorizado pela administração do estabelecimento penal". (*In Execução Penal*, p. 321.)

A manifestação do eminente Relator deve servir de estímulo a todos que operam no sistema prisional, mormente ao seu real destinatário, que é o sentenciado.

Entendo como de suma importância que se permita ao condenado o direito de remir, com a freqüência a curso de suplência oferecido no próprio estabelecimento penal, parte da punição imposta na condenação, abrindo-se-lhe novas perspectivas à recuperação e a sua reincorporação à comunidade.

Acompanho o eminente Relator, recomendando a publicação de seu voto, cujo conteúdo deve ser conhecido por todos.

É o voto.

O Sr. Des. Guido de Andrade - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

-:::-

TRABALHO EXTERNO - CONDENADO QUE CUMPRE PENA EM REGIME SEMI-ABERTO - CONCESSÃO INDEPENDENTEMENTE DO CUMPRIMENTO DE UM SEXTO DA PENA - POSSIBILIDADE - CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DAS NORMAS DE EXECUÇÃO PENAL - CASO CONCRETO - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO DE AGRAVO (ART. 197 DA LEI Nº 7.210/84) - PRAZO - PROCEDIMENTO

- O agravo previsto no art. 197 da LEP (Lei nº 7.210/84) deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias e terá o procedimento previsto para o recurso em sentido estrito.

- Malgrado a regra legal, é possível a autorização para o trabalho externo do condenado no regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de um sexto da pena, diante do critério da razoabilidade que sempre deve incidir na adaptação das normas de execução penal à realidade social e à sua própria finalidade, ajustando-as ao caso concreto.

RECURSO DE AGRAVO Nº 179.845-3/00 - Comarca de Novo Cruzeiro - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: Execução penal - Trabalho externo - Requisito objetivo - Caso concreto - Precedentes do STJ. - O agravo previsto na LEP (art. 197) deve ser interposto no prazo de cinco dias e terá o procedimento previsto para o recurso em sentido estrito. - Malgrado a regra legal, é possível a autorização para o trabalho externo do condenado no regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de um sexto da pena. - Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 20 de junho de 2000. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Trata-se de recurso de agravo criminal (art. 197 da LEP) interposto pelo Ministério Público, diretamente a este Tribunal, contra decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Novo Cruzeiro, que deferiu ao sentenciado Domingos Barbosa dos Santos o direito ao trabalho externo independentemente do cumprimento de um sexto da pena que lhe foi aplicada. Assevera o culto agravante que a decisão monocrática violentou o disposto no art. 37 da Lei nº 7.210/84, que exige a condição objetiva do cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena para ensejar a obtenção de tal benefício.

A douta Procuradoria de Justiça requereu e foi deferida a remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau para que o agravo fosse processado como recurso em sentido estrito.

Formalizado o recurso, no juízo de retratação a decisão foi mantida pelo ilustre e culto Juiz monocrático.

Os autos retornaram a este Tribunal, tendo a douta Procuradoria de Justiça opinado pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial.

É, em síntese, o relatório.

Decide-se:

Preliminarmente.

Conheço do recurso porque próprio e tempestivamente manifestado. O fato de ter sido endereçado diretamente a este Tribunal não retira a tempestividade do recurso, visto que, como afirma com propriedade a douta Procuradoria de Justiça, o recurso foi protocolizado no dia 21 de fevereiro (2ª feira), portanto, dentro do qüinqüídio.

Mérito.

No caso vertente, do ponto de vista estritamente teórico, tem inteira razão o culto e zeloso Promotor de Justiça. Sua posição está afinada com grande parte da doutrina e da maioria da jurisprudência a respeito do tema.

JÚLIO FABBRINI MIRABETE, no alto de sua autoridade, tratando da possibilidade de trabalho externo (art. 37 da LEP), ensina que, "... em se tratando de trabalho realizado *extramuros*, é imprescindível que se faça uma seleção cuidadosa dos presos para a sua atribuição, a fim de se evitarem problemas de fuga e indisciplina, *determinando-se ainda que se exija do condenado o cumprimento de pelo menos um sexto da pena*" (*in Execução Penal*, p. 119, 5ª ed., 1995, grifo nosso).

Neste sentido, ainda, a maioria da jurisprudência dos Tribunais superiores:

"Recurso especial. Mudança de regime prisional. Requisito temporal necessário. - Independentemente de haver sido alterado o regime prisional, de fechado para semi-aberto, inviável conceder-se o benefício de serviço externo, que se subordina ao cumprimento mínimo de um sexto da pena, *ex vi* do art. 37, c/c art. 123, II, da Lei nº 7.210/84, e da Súmula nº 40/STJ. Recurso a que se nega provimento". (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 37.479/0-RS, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, *DJU* de 28/02/94, p. 2.908.)

No mesmo sentido: REsp nº 117.176-DF, Rel. Min. Anselmo Santiago (*DJU* de 20/03/98, p. 146), *HC* nº 3.147/4-MG, Rel. Min. Assis Toledo (*DJU* de 20/03/91, p. 6.131), etc.

Esta Câmara já teve ocasião de assim decidir, quando do julgamento do *HC* nº 120.508/7, de Ubá.

Entretanto, a vivência tem exigido uma certa contemporização na aplicação da norma. O trabalho, externo ou interno, é de suma relevância para a recuperação do delinqüente. Hoje está abolida de vez a idéia de pena como vingança da sociedade contra aquele que infringiu as regras de conduta. Aboliu-se a pena das galés, dos trabalhos forçados e do *shot drill* (corrente com bolas de ferro, pedras ou areia nos pés do condenado). A execução penal hoje é dirigida no sentido da reinserção social do preso através da laborterapia.

É preciso que o julgador esteja atento para o imenso descompasso existente neste País entre a norma e a realidade. Como disse com propriedade o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, "... o sistema penitenciário, no campo da experiência, é certo, não traduz com fidelidade a expressão normativa. Não só no Brasil. Também em outros países. A lei encerra dois propósitos: a) programático; b) pragmático. O primeiro encerra princípios que buscam realização. O segundo disciplina as relações jurídicas no âmbito fático. A LEP programou o estilo de execução. O País, entretanto, ainda não conseguiu esse *desideratum*. Há descompasso entre o 'dever ser' e o 'ser'. As razões do desencontro (acontece também com as outras leis) afastam a ilegalidade, de modo a determinar a soltura dos internos dos presídios" (STJ - R*HC* nº 2.913-PR, *DJU* de 28/02/94, p. 2.916).

Mais recentemente, o colendo Superior Tribunal de Justiça enfatizou que "é admissível o trabalho externo aos condenados ao regime semi-aberto, independemente do cumprimento de 1/6 da pena, pelas próprias condições favoráveis dos paciente (primários, bons antecedentes e que sempre residiram e trabalharam na localidade) e ante o critério da razoabilidade que sempre se faz necessário na adaptação das normas de execução à realidade social e à sua própria finalidade, ajustando-as ao fato concreto" (STJ - HC nº 8.725-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 28/06/99, p. 130).

No mesmo sentido o julgamento do REsp nº 182.467-DF, de que foi Relator o Ministro Gilson Dipp, publicado no *DJU* de 05/06/2000, cuja ementa transcrevo:

"REsp. Execução. Condenação em regime semi-aberto. Permissão de trabalho externo independentemente do cumprimento de 1/6 da pena. Condições pessoais favoráveis. Recurso conhecido e desprovido.

I - Admite-se o trabalho externo a condenado ao regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, em função das condições pessoais favoráveis verificadas e diante do critério da razoabilidade, que sempre incide na adaptação das normas de execução à realidade social e à sua própria finalidade.

II - Recurso conhecido e desprovido".

Daí se vê que não é dever do juiz, especialmente do juiz criminal, cumprir cegamente as leis, como se ele fosse um *robot* desprovido de senso crítico e senso de justiça. A lei é mero instrumento através do qual o homem busca, em desespero, o ideal de justiça. Se a lei não encerra um trilho a caminho da justiça (seja por incompetência do Estado, seja por falha humana), melhor não aplicá-la do que, aplicando, cometer injustiça.

A LEP é uma boa lei, mas para sua integral aplicação seria necessário que o Estado também cumprisse o que se propôs. Isto, entretanto, não ocorre. As cadeias deste País são verdadeiras masmorras medievais. Sempre que possível deve-se retirar o criminoso eventual e esporádico do convívio deletério dos maus e empedernidos, se não por dever, pelo menos por piedade cristã.

Por tais fundamentos, e pedindo vênia à douta Procuradoria de Justiça, é que nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PENA - COMUTAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 2º DO DECRETO Nº 3.226/99 - REDUÇÃO INCIDENTE SOBRE O TOTAL DA REPRIMENDA IMPOSTA - CONDENADO POR DELITO HEDIONDO - IRRELEVÂNCIA

- Não obstante a aplicação da comutação de pena fixada para os condenados por delito elencado dentre os hediondos encontre óbice no próprio texto do Decreto nº 3.226/99 (art. 7º, inciso I), em se tratando de recurso interposto em favor do condenado, há que persistir, em obediência ao princípio da *ne reformatio in pejus*, a comutação operada.

- A redução da pena, operada em razão da comutação prevista no art. 2º do Decreto nº 3.226/99, há de ser feita levando-se em conta o total da reprimenda imposta, e não o montante da pena ainda não cumprida, ainda que se trate de reeducando condenado por crime tido por hediondo, visto inexistir no mencionado dispositivo legal qualquer restrição no que concerne à natureza do delito, não cabendo ao julgador restringir onde a lei não o fez.

RECURSO DE AGRAVO Nº 180.083-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Recurso de agravo - Decreto nº 3.226/99 - Comutação - Redução que incide sobre o restante da pena a ser cumprida - Condenado por delito hediondo - Irrelevância - Interpretação equivocada de dispositivo legal - Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 16 de maio de 2000. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - O combativo e culto Promotor de Justiça da Vara de Execuções Criminais de Belo Horizonte, não se conformando com a sentença que concedeu o indulto parcial (comutação da pena) ao condenado Ivo Barros, interpõe em seu favor o presente recurso de agravo, buscando que a base de cálculo usada para a concessão do benefício recaia sobre o total da pena imposta, e não sobre o que resta a ser cumprido, como fora feito.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 15/17-TJ, é pelo provimento do recurso.

Ao exercitar o necessário juízo de retratação/sustentação, entendeu o digno Magistrado em manter sua decisão.

É o relatório.

Próprio e tempestivo, merece ser conhecido o recurso.

Inicialmente, esclareço ter posicionamento contrário à comutação - nos moldes do Decreto nº 3.226/99 - de pena aplicada aos condenados por delito elencado dentre os hediondos.

Indulto parcial que é - visto que é uma espécie daquele gênero -, sua aplicação, naqueles casos, encontra óbice no próprio texto do diploma legal (art. 7º, inciso I).

Não obstante isto, tratando-se de recurso interposto em favor do condenado, em obediência ao princípio do *ne reformatio in pejus*, há que persistir, neste particular, a comutação operada.

Merece reforma, porém, o decisório no que toca à base de cálculo utilizada para a concessão do benefício.

É que o MM. Juiz *a quo*, ao enquadrar o caso concreto à legislação pertinente, procedeu à operação matemática tendo em vista o montante da pena ainda não cumprida, e não o seu total. Assim agiu, segundo se observa, por entender que, em se tratando de reeducando condenado por crime tido por hediondo, aquele seria o procedimento mais adequado.

Ora, *data venia*, o dispositivo não comporta a interpretação que lhe deu o Magistrado.

Segundo o art. 2º do Decreto nº 3.226/99:

"*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*".

Inexiste aqui, como se vê, qualquer restrição no que concerne à natureza do delito e, como sabido, não cabe ao julgador restringir onde a lei não o fez.

De mais a mais, é razoável concluir-se que, quando menciona "pena", refere-se mencionado decreto ao total que foi aplicado. Tanto isto é verdade que, quando se pretendeu uma abordagem diversa para o termo, tal foi feito de forma expressa.

Isto se observa da leitura do parágrafo único do art. 5º, segundo o qual, "o agraciado por comutação anterior terá seu benefício calculado sobre *o remanescente da pena*, sem prejuízo da remissão (art. 126 da Lei nº 7.210, de 1984)" (grifamos).

Com estas considerações, que entendo suficientes, provejo o recurso, determinando que a redução da pena, operada em razão da comutação, seja feita levando-se em conta o total da reprimenda imposta.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Sr. Presidente. Entendo razoável a interpretação dada pelo juízo da execução em reduzir a pena, na comutação, em

apenas 1/4 da pena restante, e não da pena aplicada, mas, no caso concreto, e considerando que o Magistrado, em outras decisões posteriores, modificou seu entendimento, acompanho o eminente Relator.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

REGIME PRISIONAL - CRIME HEDIONDO - SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - REGIME ESTABELECIDO COMO SENDO SIMPLESMENTE "FECHADO" - PROGRESSÃO PARA SEMI-ABERTO - POSSIBILIDADE

- Se a sentença condenatória transitada em julgado fixou o regime prisional simplesmente como "fechado" para o cumprimento da pena, sem dizer, contudo, que nesta condição seria "integralmente" cumprida, é possível a progressão do regime fechado para o aberto, mesmo em se tratando de crime hediondo, uma vez que a execução se faz com base no título executivo judicial, ressaltando-se, outrossim, que, havendo dúvida a respeito do regime prisional imposto na sentença passada em julgado, a mesma deve ser interpretada em favor do condenado, consoante disposição contida na Súmula nº 50 da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

RECURSO DE AGRAVO Nº 180.385-7/00 - Comarca de Caldas - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Recurso de agravo - Execução da pena - Sentença condenatória transitada em julgado - Regime prisional estabelecido como sendo simplesmente "fechado" - Possibilidade de progressão - Irrelevância de ter sido condenado por delito tido como hediondo - Inteligência das Súmulas nºs 49 e 50 da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de maio de 2000. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O representante do Ministério Público da Comarca de Caldas, inconformado com a decisão do MM. Juiz

a quo que, acolhendo pedido dos ora recorridos, concedeu-lhes progressão de regime (de fechado para semi-aberto), interpõe o presente recurso de agravo, pugnando pela reforma do ato judicial, ao entendimento de que, tendo sido eles condenados pela prática de tráfico de entorpecente, delito tido como hediondo, não há como lhes ser concedida a progressão, mormente em relação ao condenado Wanderley, que sequer havia cumprido o lapso temporal exigido.

Às fls. 47/48-TJ, o digno Magistrado, ao exercitar o necessário juízo de retratação/sustentação, entendeu de manter seu posicionamento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 52/56-TJ, é pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Entendo sem razão o combativo Promotor de Justiça.

Vê-se pela cópia da sentença constante de fls. 11/15-TJ - integralmente confirmada por este Tribunal - que os recorridos foram condenados, cada um, à pena definitiva de 3 (três) anos de reclusão, por tráfico de drogas, a ser cumprida em regime *fechado*.

De fato, não há como prevalecer o argumento de que a Lei nº 9.455/97 revogou a de nº 8.072/90.

Segundo a Súmula nº 49 da jurisprudência predominante nesta Primeira Câmara Criminal:

"*A Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura) não revogou a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), razão pela qual não cabe progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, exceto o de tortura*".

Não obstante isto, conforme tem entendido esta Primeira Câmara Criminal, "*uma vez passada em julgado a sentença penal condenatória, título executivo judicial apto à execução, a questão relativa à progressão do regime prisional não pode mais ficar detida nos limites de uma lei considerada em seu caráter meramente abstrato, e sim nos moldes em que restou decidido*". (Recurso de Agravo nº 139.346/1, de que foi Relator o em. Des. Sérgio Resende.)

Se consta da sentença que o condenado cumpriria sua pena em regime "fechado", mesmo em se tratando de delito tido como hediondo, não se pode dizer que estaria vedada a possibilidade de progressão de regime prisional, isto porque, como dito acima, a execução se faz com base no título executivo judicial, que fixou o regime prisional simplesmente como "fechado", sem dizer, porém, que nesta condição seria "integralmente" cumprida.

Ainda segundo a jurisprudência predominante nesta Primeira Câmara Criminal (Súmula nº 50), "*na sentença condenatória passada em julgado, havendo dúvida a respeito do regime prisional imposto, deve ser ela interpretada sempre a favor do condenado*".

Certo também é que, quando da interposição deste recurso, o condenado

Wanderley não havia mesmo cumprido a fração da pena suficiente para alcançar o benefício legal. Vê-se, porém, do documento constante de fls. 26-TJ, que este requisito restou satisfeito em 07/01/2000, tornando superada, assim, a alegação.

Assim, por entender correta a decisão atacada, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DENÚNCIA - INÉPCIA - CONFIGURAÇÃO - NULIDADE DO FEITO - POSSIBILIDADE

- Não sendo o delito de autoria coletiva - quando se admite, por exceção, a narrativa genérica do crime -, é indispensável que a denúncia, no caso de concurso de autores, individualize a conduta específica de cada agente, em atenção ao princípio da ampla defesa. Declarada a inépcia da denúncia na sentença, anula-se o processo *ab initio*.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 156.242-0/00 - Comarca de Guaxupé - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Direito Processual Penal - Denúncia - Inépcia - Configuração - Nulidade do feito - Possibilidade. - Não sendo o delito de autoria coletiva - quando se admite, por exceção, a narrativa genérica do crime -, é indispensável que a denúncia, no caso de concurso de autores, individualize a conduta específica de cada agente, em atenção ao princípio da ampla defesa. Declarada a inépcia da denúncia na sentença, anula-se o processo *ab initio*.

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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 09 de novembro de 1999. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Paulo Sérgio Cura e José Caetano Zerbini Filho, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções dos arts. 180, *caput*, e 288, ambos do Código Penal, e art. 61, inciso I, do mesmo *Codex*, em relação ao segundo recorrente, porque, no período

de setembro de 1993 a abril de 1994, na Comarca de Guaxupé, adulteraram carros provenientes de furto, para, posteriormente, vendê-los.

Descreve a exordial que Paulo Sérgio fazia os contatos necessários para obter os veículos furtados.

A r. sentença, às fls. 246/248-TJ, ao fundamento de inépcia da denúncia, declarou-a nula, bem como os demais atos praticados após seu recebimento.

Irresignados, recorrem Paulo Sérgio Cura - fls. 251 - e José Caetano Zerbini Filho - fls. 254-TJ.

Em razões, fls. 252/253-TJ, aduz o primeiro que, em face da inexistência de provas para a condenação, a decisão mais acertada seria a absolvição.

Assevera que anular a denúncia foi uma maneira de tentar fazer novas provas nos autos, o que é inadmissível.

Pugna pela absolvição e trancamento da ação penal.

Alega o segundo, às fls. 255/257-TJ, que, em vez de declarar a inépcia, deveria o Julgador optar pela absolvição dos réus, se a denúncia não preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

Afirma que, inicialmente recebida a denúncia, não poderia, a final, ser rejeitada.

Acrescenta que, havendo imprecisão nos fatos narrados, devem os acusados ser absolvidos.

Quanto à imputação pelo art. 288 do Código Penal, o caso seria de absolvição por atipicidade, já que denunciados apenas três agentes quando a lei determina no mínimo quatro para a configuração do crime.

Quer a cassação da decisão em apreço, determinando seja o processo devolvido ao Juiz *a quo* para novo pronunciamento.

Contra-razões às fls. 259/261-TJ pela manutenção do provimento jurisdicional hostilizado.

Juízo de sustentação - fls. 261, verso-TJ.

Parecer da Procuradoria de Justiça - fls. 266/268-TJ - opinando pelo não-conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo desprovimento.

A preliminar argüida pelo recorrido, confundindo-se com o próprio mérito, neste será analisada.

Passo ao exame do mérito.

A duas razões deve ser negado provimento aos apelos.

A uma primeira razão, porque a inépcia da denúncia foi requerida pela defesa em alegações finais. Não poderiam, agora, tendo sido essa tese vencedora, vir os réus a recorrer contra a decisão.

A uma segunda razão, porque, sendo inepta a denúncia, e, de fato, o é, por não ter descrito a conduta de todos os denunciados em crime de concurso necessário, como é o do art. 288 do CP, não poderia o Juiz analisar a prova dos autos para absolvê-los ou condená-los.

Em face dessa inépcia, o próprio julgamento de mérito restou prejudicado.

Com essas considerações, nego provimento aos recursos.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

PREFEITO - INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA - ART. 4º, VIII E X, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 - TRANCAMENTO DO PROCESSO - *HABEAS CORPUS* - DESCABIMENTO - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INTELIGÊNCIA DO ART. 581, X, DO CPP - SISTEMÁTICA DO DECRETO-LEI Nº 201/67 - MESMO FATO - INFRAÇÕES CONCORRENTES

- Da sentença que extingue o processo e indefere pedido de ordem de *habeas corpus* cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, X, do CPP.

- Descabe impetração de *habeas corpus* visando ao trancamento de processo político-administrativo, pois o remédio heróico tem fulcro precípuo de garantir a liberdade de ir e vir do cidadão, não servindo para trancamento de processo cuja conseqüência é a cassação ou a perda de mandato eletivo.

- Se a causa de pedir, contida na denúncia, se assenta expressamente no art. 4º, incisos VIII e X, do Dec.-lei nº 201/67, cuja correspondência com a conduta atribuída ao prefeito constitui assunto de alta indagação e depende de discussão de prova, tal é incompatível com o *habeas corpus*.

- A infração do inciso VIII do art. 4º do Dec.-lei nº 201/67 pode ocorrer, em tese, se o prefeito deixar de agir, quando, por lei, for obrigado, ou se descuidar ou se desinteressar em fazê-lo.

- Quando um prefeito, em sua vida privada, social e funcional, procede de maneira escandalosa, de modo que seus atos provoquem imediata repulsa dos cidadãos, verifica-se o cometimento de infração político-administrativa, que poderá render a cassação do seu mandato eletivo.

- Se a narrativa da denúncia encampa fatos que podem ou devem ser investigados, em tese, embora não todos, a título de infração político-administrativa, cabido é o processo.

- Em processo por infração político-administrativa, ainda que uma ou outras das infrações imputadas ao prefeito possa configurar crime comum segundo o Código Penal, ou crime de responsabilidade, conforme definição do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67, tal não leva ao trancamento do processo mediante *habeas corpus*, pois cabe ao prefeito articular e sustentar, nos autos, essa verdadeira matéria de defesa.

- Na sistemática do Dec.-lei nº 201/67, podem ocorrer infrações concorrentes, conexas, tendo-se então um mesmo fato com duplo enquadramento, gerando dois procedimentos simultâneos: um, a título de crime de responsabilidade do prefeito (art. 1º), perante o Poder Judiciário; e o outro, a título de infração político-administrativa (art. 4º), perante a Câmara de Vereadores.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 161.624-2/00 - Comarca de Araçuaí - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Nega-se provimento ao recurso. Rejeitando-se preliminar.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 1999. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - A Câmara de Vereadores do Município de Coronel Murta-MG, por via de Comissão Especial, partindo de uma "denúncia" da eleitora Amarilis Santos Lima, está movendo um processo político-administrativo contra a Prefeita Vânia Bittencourt Murta, atribuindo-lhe a prática de infrações político-administrativas, que diz previstas no art. 4º, incisos VIII e X, do DL nº 201/67.

O advogado Antônio Adenilson Rodrigues Veloso impetrou, perante o Juízo da Comarca de Araçuaí, ordem de *habeas corpus* a favor da citada Prefeita, buscando o trancamento do processo por entender que as irregularidades imputadas à paciente configuram crimes comuns e de responsabilidade, cujo julgamento compete ao Tribunal de Justiça, *vide* art. 106, inciso I, letra *b*, da Constituição do Estado e art. 29, inciso XII, da Constituição Federal. Colhidas as informações, sentenciou a douta Juíza de Direito da Comarca, indeferindo o pedido e declarando extinto

o processo, lastrando-se no art. 267, inciso IV, do CPC, pois, não afetando o resultado do procedimento a liberdade individual, descabida é a impetração - *vide* fls. 62/65-TJ.

Diante dessa decisão, recorreu o vencido, conforme se vê às fls. 68/86-TJ, insistindo em que a conduta atribuída à Prefeita é de natureza de crimes comuns e de responsabilidade.

Em contra-razões, o Ministério Público, às fls. 91/96-TJ, se bateu pela inadequação do remédio heróico por não estar em jogo direito de ir e vir.

A decisão foi sustentada à fl. 97-TJ.

Emitindo parecer às fls. 105/107-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso, em face da sua inadequação e em face da carência de ação por ausência de interesse de agir. Quanto ao mérito, opinou ela pelo não-provimento.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade, mesmo porque tem ele previsão legal no art. 581, inciso X, do CPP. Com isso, rejeito a preliminar.

O art. 5°, inciso LXVIII, da Constituição Federal reserva ao *habeas corpus* a função precípua de garantir, contra ilegalidade ou abuso de poder, a liberdade de ir e vir do cidadão. A regalia inclui a possibilidade de trancamento do próprio processo irregular ou carente de justa causa, porque de seu desdobramento poderá resultar medida de constrangimento corporal. Assim se dá no processo-crime ou no processo de responsabilidade, pois ambos poderão findar com condenação a uma pena restritiva de liberdade. Outra, porém, é a situação no que se refere a processo político-administrativo, cuja conseqüência é a cassação ou a perda de mandato eletivo.

No presente caso, a causa de pedir, contida na denúncia, se assenta expressamente no art. 4°, incisos VIII e X, do DL n° 201/67, cuja correspondência com a conduta atribuída à impetrante, ora recorrente, constitui assunto de alta indagação e depende de discussão da prova, o que é incompatível com o *habeas corpus*.

De fato, é a Prefeita acusada de se conduzir com omissão e negligência na defesa de bens e interesses do Município, sujeitos à sua administração - é o que se vê da denúncia - *vide* fls. 27-29, inciso VIII.

Assim, permitiu ela:

1 - o desvio de bens públicos, consistentes em dois aparelhos de TV, dois videocassetes, um receptor de satélite e dez fitas de videocassetes, em favor de prepostos;

2 - a utilização de veículos, máquinas e combustível, bem como de servidores públicos em obras particulares de seu marido;

3 - a utilização de veículos públicos por parte de seus filhos e sobrinhos;

4 - o desvio de mais de 20.000 litros de combustível em benefício de seu marido; bem como se apropriou ela, pessoalmente, de 8 (oito) caixas de óleo de soja da Prefeitura e que eram destinadas à Campanha Nacional do Leite; e, finalmente, utilizou material de construção, veículos e servidores municipais para a realização de suas obras particulares.

Nas 3 (três) últimas acusações, se assevera ter a Prefeita agido de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo (art. 4°, inciso X, do DL n° 201/67).

Comentando o inciso VIII do citado art. 4°, JOSÉ NILO DE CASTRO, em *A Defesa dos Prefeitos e Vereadores*, à p. 69, n° 86, diz: "O Prefeito exerce, aí, poderes de quem não é dono, de quem não é proprietário. Daí, os controles de sua ação.

Se ele, por outro lado, deixar de agir, quando, por lei, é obrigado ou se descuida ou se desinteressa em fazê-lo pode ocorrer, em tese, a infração contemplada no inciso".

Mais adiante, à p. 72, n° 92, dando ênfase ao inciso X, diz: "Se um Prefeito, em sua vida privada, social e funcional, procedeu de maneira escandalosa, a tal ponto de seus atos provocarem imediata repulsa dos cidadãos, ter-se-á verificado, aí, o cometimento da infração político-administrativa, que lhe poderá render a cassação do mandato eletivo".

Em suma, se a narrativa da denúncia encampa fatos que podem ou devem ser investigados, em tese, embora não todos, a título de infração político-administrativa, cabido é o processo.

Se uma ou outra das infrações pode configurar crime comum segundo o Código Penal, ou crime de responsabilidade conforme definição do art. 1° do DL n° 201/67, em lugar de infração político-administrativa, como, por exemplo, a apropriação pessoal de 8 (oito) caixas de óleo comestível, tal não leva ao trancamento do processo mediante *habeas corpus*, pois cabe à paciente e recorrente articular e sustentar, nos autos, essa verdadeira matéria de defesa.

Ademais, há que se observar que, na sistemática do DL n° 201/67, podem ocorrer, podem surgir, infrações concorrentes, conexas. Ter-se-ia então um mesmo fato com duplo enquadramento, gerando dois procedimentos simultâneos: um, a título de crime de responsabilidade do Prefeito (art. 1°), perante o Poder Judiciário; outro, a título de infração político-administrativa (art. 4° do DL n° 201/67), perante a Câmara de Vereadores.

Assim, por exemplo, o ilícito do inciso V do art. 4° e do inciso XIV do art. 1°.

Por tudo que se acaba de expor, não tem por que se preocupar a impe-

trante; afinal, tem ela direito assegurado ao exercício de ampla defesa nos autos do processo político-administrativo, o qual, aliás, já conta, em Juízo, com uma ação anulatória com tutela antecipada, na qual se está discutindo amplamente a matéria.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Sem custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

QUEIXA-CRIME SUBSIDIÁRIA - DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA - MINISTÉRIO PÚBLICO - OMISSÃO - AUSÊNCIA - REJEIÇÃO DA QUEIXA

- Tendo o Promotor de Justiça, titular da ação penal pela prática do crime previsto no art. 339 do Código Penal (denunciação caluniosa), se manifestado expressamente quando do pedido de arquivamento do inquérito instaurado contra a pretensa vítima da denunciação, no sentido de que não vislumbrara a ocorrência do aludido delito, não há que se falar em inércia ou desídia de sua parte, a autorizar o oferecimento de queixa-crime subsidiária.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 165.887-1/00 - Comarca de São Gonçalo do Sapucaí - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

Ementa oficial: Queixa-crime subsidiária - Denunciação caluniosa - Ausência de omissão por parte do órgão do Ministério Público - Rejeição da queixa - Decisão de primeiro grau confirmada. - Tendo o Dr. Promotor de Justiça, titular da ação penal pela prática do crime previsto no art. 339 do Código Penal (denunciação caluniosa), se manifestado expressamente, quando do pedido de arquivamento do inquérito instaurado contra a pretensa vítima da denunciação, no sentido de que não vislumbrara a ocorrência do aludido delito, não há que se falar em inércia ou desídia de sua parte, a autorizar o oferecimento de queixa-crime subsidiária.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 16 de março de 2000. - *Guido de Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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

O Sr. Des. Guido de Andrade - Ouvi, com redobrada atenção, a sustentação oral proferida da tribuna pelo Dr. Eber Carvalho de Melo, um dos mais ilustres magistrados, que tanto abrilhantou a Magistratura deste Estado e a quem uma prematura aposentadoria veio a afastar de nosso convívio, o que lamentamos profundamente.

As questões ora suscitadas da tribuna estão contempladas no meu voto, que passo a ler.

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto por Antunes Adalberto de Carvalho contra decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de São Gonçalo do Sapucaí, que, na esteira do parecer do representante do Ministério Público daquela comarca, rejeitou queixa-crime subsidiária formulada pelo recorrente contra Mário Guilherme Cobianchi, por infração do art. 339 do Código Penal (denunciação caluniosa).

Sustenta o recorrente, advogado militante naquela comarca, haver o querelado, Mário Guilherme Cobianchi, também advogado ali estabelecido, apresentado, caluniosamente, denúncia contra sua pessoa, imputando-lhe a autoria dos delitos de apropriação indébita e estelionato, que, todavia, sabia não terem sido praticados por ele. Instaurado inquérito policial, restou demonstrada sua inocência, tendo o Dr. Promotor de Justiça, em conseqüência, pedido o arquivamento da referida peça. Contudo, em vez de oferecer denúncia contra o referido advogado que o acusara, omitiu-se, deixando consignado, porém, na petição em que pedia o arquivamento do inquérito instaurado contra o querelante - adiantando seu posicionamento sobre a questão -, que caso houvesse "representação" no sentido de instauração de inquérito por crime de denunciação caluniosa, seu destino seria também o arquivamento.

Tendo em vista tal procedimento omissivo por parte do membro do *Parquet*, ofertou, na qualidade de vítima da denunciação caluniosa, queixa-crime subsidiária contra Mário Guilherme Cobianchi, acusando-o formalmente da prática do referido delito contra sua pessoa, pelas razões que expôs na inicial.

O MM. Juiz da Comarca, todavia, acolhendo manifestação da Promotora de Justiça, rejeitou a queixa, ao entendimento de que não houve inércia do órgão ministerial e, por conseguinte, não estaria o querelante legitimado a promover a ação penal, subsidiariamente.

Inconformado, aviou este último o presente recurso *stricto sensu*, pretendendo seja a queixa recebida, para que seja devidamente processado o querelado como autor do crime previsto no art. 339 do Código Penal.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado pelo querelado, às fls. 91/94, manifestando-se o órgão do

Ministério Público, às fls. 95/97, pelo seu improvimento.

Mantida a decisão, às fls. 98/99, opinou a ilustrada Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo desprovimento do recurso, *ut* parecer exarado às fls. 104/107.

É o relatório.

O recurso é próprio e tempestivo, pelo que dele conheço, negando-lhe, contudo, provimento.

A matéria é singela e exclusivamente de direito.

Ao contrário do que sustenta o recorrente, não há que se falar, no caso em tela, em omissão do órgão do Ministério Público no oferecimento de denúncia contra Mário Guilherme Cobianchi, afigurando-se, em conseqüência, descabida a queixa-crime subsidiária apresentada pelo primeiro contra este último.

Como se sabe, a ação penal privada subsidiária da pública somente pode ser intentada pela vítima ou seu representante legal, quando o Ministério Público se mostra inerte ou desidioso. Na hipótese em exame, contudo, ao que se vê dos autos, ao pedir o arquivamento do inquérito instaurado contra o recorrente em razão de *notitia criminis* contra o mesmo oferecida pelo ora recorrido, por entender demonstrada sua improcedência, manifestou-se o Dr. Promotor de forma expressa, naquela mesma peça, acerca da inexistência, em contrapartida, do delito de denunciação caluniosa por parte deste último em relação ao primeiro, e que a controvérsia noticiada no inquérito deveria ser resolvida no juízo cível. Ressaltou ainda ser de conhecimento geral na comarca a existência de uma "animosidade" entre as partes, ambos advogados militantes naquele Foro, sendo que "um não perderia jamais a oportunidade para colocar o outro aos pés da Justiça". O inquérito, em conseqüência, viu-se arquivado, por determinação judicial.

Ora, em casos como o de que ora se trata, o delito de denunciação caluniosa - cuja persecução penal é de iniciativa exclusiva do Ministério Público - dispensaria a instauração de inquérito para sua apuração. Assim, poderia valer-se o órgão ministerial, *dominus litis*, para denunciar o autor da falsa imputação, das próprias peças do procedimento policial, cujo arquivamento veio a ser determinado, para oferecer denúncia contra o denunciante calunioso.

Esta a orientação do Pretório Excelso, como assinala DELMANTO:

"Nada impede que o promotor, ao receber o inquérito instaurado contra o imputado, se convença da inocência deste e, com base nas provas do mesmo inquérito, ofereça denúncia contra o denunciante calunioso" (STF, *RTJ*, 104/125, *apud Código Penal Comentado* - Renovar - 4ª ed., 1998, p. 588).

Se o Dr. Promotor, na hipótese em exame, ao contrário, se convenceu desde logo de que não restou configurado o delito de denunciação caluniosa,

não haveria sentido em suscitar a abertura de novo inquérito, agora contra o autor da denúncia, para, posteriormente, pedir o seu arquivamento. Sua manifestação expressa, no próprio pedido de arquivamento que formulou ao Juiz quanto aos delitos de estelionato e apropriação indébita imputados ao recorrente, de que não haveria que se falar, *in casu*, na infração prevista no art. 339 do Código Penal, equivale, nesse caso, a um pedido de arquivamento também quanto à denunciação, evidenciando a ausência de omissão de sua parte.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, como de lei.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Quero registrar a minha adesão às palavras do Des. Guido de Andrade, dirigidas ao ilustre advogado, Dr. Eber Carvalho de Melo, que assumiu a tribuna, e que hoje, tendo saído da Magistratura, é um dos profissionais mais atuantes, não só nos auditórios da Capital, mas também em todo o Estado de Minas Gerais, pela sua capacidade profissional reconhecida e pela sua dedicação e despreendimento no enfrentamento das questões que são submetidas à sua criteriosa assistência advocatícia.

Realmente, a Magistratura muito perdeu, mas a Justiça teve muito a ganhar com a atuação do advogado Eber Carvalho de Melo, porque Sua Excelência tem sido um infatigável defensor dos humildes, e conseguiu na advocacia, em muitos casos, defender grupos de desprotegidos, revertendo situações que estavam a causar até crise social.

Assim, houve a compensação: a Magistratura e o Judiciário perderam um grande profissional, mas a Justiça ganhou um grande advogado.

Em relação à matéria posta em discussão, tenho o mesmo entendimento do Des. Relator, pois, certo ou errado, o representante do *Parquet*, ao deparar com o inquérito aberto em razão de requerimento do recorrido, podia perfeitamente adotar uma das alternativas - ou denunciar o recorrente pelas imputações criminosas que lhe eram feitas, ou, se se reconhecesse a inexistência da ilicitude de conduta do recorrente, poderia denunciar o recorrido pela prática do crime de denunciação caluniosa, caso entendesse que estivesse positivado esse delito. Ou poderia também opinar pelo arquivamento e pedir a complementação de provas para denunciar o recorrido pela prática do crime de denunciação caluniosa, se entendesse que havia indícios da existência desse crime.

Entretanto, o Promotor não só requereu arquivamento quanto aos crimes imputados ao recorrente, mas também em relação ao crime de denunciação caluniosa, que seria decorrente da inexistência do crime que foi imputado pelo recorrido ao recorrente. Esse pedido de arquivamento foi acolhido pela autoridade judiciária, e a matéria ficou definitivamente composta, porque se trata de ação penal pública, e o art. 29 do Código de Processo Penal somente

admite a ação privada no caso de omissão do Ministério Público.

Neste caso, pode-se até discordar do órgão ministerial quanto à solução salomônica que ele deu à questão. Mas, na verdade, ele não foi omisso.

Data venia, nego provimento.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Endossando as manifestações quanto à pessoa do ilustre advogado e amigo Eber Carvalho de Melo, acompanho o eminente Relator e nego provimento.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

Superior Tribunal de Justiça

ALIMENTOS - PRISÃO

- É da jurisprudência que não se decreta a prisão tendente a forçar o pagamento de alimentos, quando o credor deixa acumular numerosas prestações, fazendo com que o débito se torne especialmente elevado. Em tal caso, a coerção se referirá apenas às três últimas.

- Entendimento que não é de aplicar-se, entretanto, quando não se verifica inércia do credor que, para receber o devido, se vê forçado a movimentar sucessivas execuções, dada a atitude do alimentante, recusando-se a cumprir o determinado.

HABEAS CORPUS Nº 11.176-SP - Relator: Ministro EDUARDO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar a ordem. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Ari Pargendler, Menezes Direito e Nilson Naves.

Brasília-DF, 27 de março de 2000 (data do julgamento). - *Ministro Carlos Alberto Menezes Direito* - Presidente. - *Ministro Eduardo Ribeiro* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro - Marcos Antônio Lopes e José Carlos Ferreira impetraram *habeas corpus*, em favor de C.F.L., apontando como coator o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em ação de execução de alimentos, deu provimento ao agravo de instrumento interposto por A.B.L. e outro.

Esta a ementa do acórdão que determinou o pagamento integral do débito alimentício, reformando decisão que havia limitado o valor às três últimas prestações:

"Execução de alimentos. Decisão que cindiu o débito para que somente as três últimas prestações sejam executadas na forma do art. 733 do CPC. Inexistência, todavia, de inércia dos credores. Alimentante devedor renitente. Execução promovida após o levantamento decorrente da execução anterior. Cisão que deve ser examinada caso a caso. Recurso provido".

Sustentam os impetrantes que o paciente não tem condições de pagar o alto valor da pensão fixado em primeiro grau e alegam que a jurisprudência é pacífica no sentido de que a ameaça de prisão civil fica restrita às parcelas correspondentes às dos últimos 3 meses.

Concedida a liminar, opinou o Ministério Público pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (Relator) - A jurisprudência deste Tribunal, é certo, orienta-se no sentido de que não se deve determinar a prisão do devedor de alimentos quando se acumulem as prestações atrasadas, ajuizando-se execução após o débito ter-se tornado especialmente elevado.

No caso, entretanto, considero que bem andou a Corte paulista ao não aplicar à espécie tal entendimento. Não houve inércia dos alimentandos, capaz de evidenciar que não careciam da pensão para sua subsistência.

O que em verdade se verifica é que o comportamento do paciente tem exigido contínuas diligências dos credores, que movimentam sucessivas execuções. Esta é a quarta consecutiva, como assinala o acórdão.

Em hipóteses como a dos autos, esta Terceira Turma já decidiu que não é de aplicar-se aquele entendimento benévolo.

Indefiro o pedido.

-:::-

CIVIL - ALIMENTOS - CONCUBINATO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - CÓDIGO CÍVIL, ART. 233, IV

- I - A obrigação de prestar alimentos pode surgir como decorrência do concubinato. Precedentes do STJ.

- II - Recurso especial conhecido e provido, para afastar a extinção do processo e determinar o prosseguimento da ação.

RECURSO ESPECIAL Nº 60.778-SP - Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 14 de março de 2000 (data do julgamento). - *Ministro Ruy Rosado de Aguiar* - Presidente. - *Ministro Aldir Passarinho Junior* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior - R.L.M. propôs ação de alimentos em face do espólio de seu ex-companheiro, J.M.C.

O MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro, Estado de São Paulo, com fundamento no art. 295, inciso III, cumulado com o art. 267, inciso I, do CPC, considerando que o pedido era juridicamente impossível, indeferiu a inicial, extinguindo o processo.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo da autora, ao argumento de que entre concubinos ainda não se exige a obrigação de o companheiro sustentar a mulher, na mesma conformidade do art. 233 do Código Civil. Decidiu que os alimentos legítimos são aqueles que se devem por direito de sangue, por vínculo de parentesco ou relação de natureza familiar, ou em decorrência de matrimônio, e a autora não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses (fls. 134/136).

Inconformada, a autora manifestou recurso especial com fundamento na letra *a* do permissivo constitucional, apontando violação ao art. 233, IV, do Código Civil.

Aduz a recorrente que houve uma interpretação meramente literal da norma apontada como afrontada e que não se pode negar o direito reclamado pela concubina, sob o pretexto de que a lei civil só o conferiu à mulher, entendida esta como quem juridicamente tem vínculo com um homem.

Contra-razões ao recurso às fls. 166/168.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 174/176.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator) - Ventilado no aresto *a quo* o art. 233 do Código Civil, admito o recurso e passo ao seu exame.

Resume-se a questão em saber se é reconhecido à concubina o direito de pleitear alimentos a ex-companheiro.

Discrepa o acórdão recorrido do entendimento pacífico desta Corte, no sentido de que o dever de prestar alimentos pode surgir como decorrência do concubinato. Os acórdãos abaixo refletem essa orientação, a saber:

"Alimentos. Concubinato.

- O dever de prestar alimentos pode surgir como decorrência do concubinato.

- Recurso conhecido e provido para afastar a sentença de extinção do processo instaurado pela concubina". (Quarta Turma, REsp nº 36.040-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, *DJU* de 18/08/97.)

"Alimentos x união estável rompida anteriormente ao advento da Lei nº 8.971, de 29/12/94.

- A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Precedente da Quarta Turma.

- Recurso especial conhecido e provido, a fim de que, afastada a extinção do processo sem conhecimento do mérito, a causa prossiga em seus ulteriores termos de direito". (Quarta Turma, REsp nº 102.819-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, *DJU* de 12/04/99.)

"Alimentos. Concubinato.

- O dever de alimentar entre os concubinos exsurge do art. 1º da Lei nº 8.971/94.

- Precedentes do STJ. Recurso conhecido e provido". (Terceira Turma, REsp nº 151.946-RJ, Rel. Min. Costa Leite, unânime, *DJU* de 25/05/98.)

Ante o exposto, não havendo cogitar de impossibilidade jurídica do pedido, conheço do recurso e dou-lhe provimento para que, afastada a extinção do processo, a ação prossiga.

É como voto.

-:::-

PROCESSO CIVIL - INVENTÁRIO - SUSPENSÃO

- Tratando-se de herança jacente, o inventário dos bens do *de cujus* deve aguardar o julgamento final da ação de dissolução de sociedade de fato proposta pela companheira.

- Recurso especial conhecido, mas não provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 94.449-RJ - Relator: Ministro ARI PARGENDLER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília-DF, 11 de abril de 2000 (data do julgamento). - *Ministro Carlos Alberto Menezes Direito* - Presidente. - *Ministro Ari Pargendler* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler - M.C.S., companheira, requereu, em 02 de outubro de 1992, o inventário dos bens deixados por M.N.M. (fl. 09), e, em 25 de junho de 1993, propôs ação ordinária contra o respectivo espólio, pedindo a dissolução de sociedade de fato (fls. 18/19).

À vista dessa ação, o MM. Juiz de Direito suspendeu o processo de inventário (fl. 21), decisão que foi atacada pelo Município do Rio de Janeiro, ao fundamento de que se trata de herança jacente, porque "*a requerente não era cônjuge do falecido, mas, tão-somente, a sua companheira, não possuindo, a este título, legitimidade para concorrer na linha sucessória, vez que inexiste direito sucessório entre concubinos*" (fl. 02).

A egrégia Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator o eminente Desembargador Salim Saker, negou provimento ao agravo de instrumento nos termos do acórdão assim ementado:

"Inventário. Suspensão do processo. - Se reconhecida, na ação proposta pela agravada, a sua qualidade de concubina, terá, certamente, a parte dos bens do *de cujus*, pelo menos, na forma de sua participação para a aquisição dos mesmos. Impõe-se a suspensão do processo de inventário, antes da arrecadação dos bens. Recurso desprovido" (fl. 37).

Daí o presente recurso especial, interposto pelo Município do Rio de Janeiro, com base no artigo 105, inciso III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, por violação do artigo 1.591 do Código Civil e dos artigos 1.142 e 1.143 do Código de Processo Civil (fls. 40/44) - admitido apenas pela letra *c* (fls. 63/64).

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator) - O artigo 1.591 do Código Civil e os artigos 1.142 e 1.143 do Código de Processo Civil não foram prequestionados.

Com efeito, o Tribunal *a quo* não decidiu a respeito de herança jacente, e sim sobre os direitos da companheira, reconhecendo-lhe "a parte dos bens do *de cujus*, pelo menos na forma de sua participação para a aquisição dos mesmos" (fl. 37).

Pela letra *a*, portanto, o recurso especial não pode ser conhecido.

Já pela letra *c*, a divergência jurisprudencial está comprovada.

No acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 107.534/1, a egrégia Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Des. Ralpho Waldo, indeferiu a suspensão do processo de inventário,

requerida pela concubina, que nele queria assegurar a meação dependente do resultado de ação por ela proposta.

Lê-se no julgado:

"Versa a hipótese sobre intervenção nos autos de inventário de mulher que afirma ter sido concubina do morto e noticia a propositura de ação de reconhecimento de sociedade de fato, com pedido de meação de bens, ainda em andamento.

Em casos tais, todavia, consoante a pacífica jurisprudência desta egrégia Corte, não cabe a suspensão do curso do inventário ou a reserva de quinhão, visto que, não sendo a ex-concubina herdeira, mas simples interveniente, não se aplica em seu benefício o disposto no artigo 1.001 do Código de Processo Civil, cujos termos não podem ser interpretados extensiva e analogicamente" (*LEX*, 116, p. 295/296).

Aqui, no entanto, diz-se que se trata de herança jacente. A transmissão do bem ao Município do Rio de Janeiro, antes do julgamento da ação de dissolução de sociedade de fato, inviabilizaria, na prática, a pretensão da autora, que ficaria sujeita ao regime do precatório.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, negando-lhe provimento.

-:::-

DIVÓRCIO - PARTILHA DE IMÓVEL ADQUIRIDO PELO VARÃO ANTES DO CASAMENTO PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - PRESTAÇÕES CONCERNENTES AO FINANCIAMENTO SOLVIDAS COM O ESFORÇO COMUM DO CASAL - ADEQUADA SOLUÇÃO ENCONTRADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO: A MULHER FICA COM O DIREITO À METADE DAS PRESTAÇÕES PAGAS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO, MAIS AS BENFEITORIAS REALIZADAS

- Reconhecido pelo v. acórdão que a aquisição do imóvel se dera com a contribuição, direta ou indireta, de ambos os cônjuges, justo e razoável que a mulher fique com o direito à metade dos valores pagos na constância da sociedade conjugal, acrescido das benfeitorias realizadas nesse período, respeitado o direito de propriedade do varão.

- Pretensão do recorrente de modificar a base fática da lide, ao sustentar que a unidade habitacional tivera sido comprada com recursos exclusivamente seus. Incidência do Verbete sumular nº 07-STJ.

- Inocorrência de contrariedade à lei federal e não-demonstração do dissídio pretoriano.

- Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL Nº 108.140-BA - Relator: Ministro BARROS MONTEIRO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 08 de fevereiro de 2000 (data do julgamento). - *Ministro Ruy Rosado de Aguiar* - Presidente. - *Ministro Barros Monteiro* - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro - L.M.A. ajuizou ação de divórcio contra P.C.A., aduzindo, dentre outras alegações, que o apto. nº 704, do "Edifício Ondina Manhã Dourada", sito na Avenida Presidente Vargas nº 2.031, Salvador, embora tenha sido adquirido pelo réu antes do casamento, o foi mediante financiamento pelo SFH e pelo prazo de 15 anos, o que significa dizer que foi e vem sendo pago na constância da sociedade conjugal, com a sua colaboração direta e indireta. Assim pleiteou a partilha também com relação a este imóvel.

A MM. Juíza de Direito da 8ª Vara de Família de Salvador julgou procedente a ação e decretou o divórcio, havendo deliberado, quanto à partilha do referido imóvel, que: "*De referência aos bens do casal devem ser partilhados na execução, de acordo com os seguintes parâmetros: a) o apto. 704 do Edifício Manhã Dourada, após abatido o percentual correspondente às prestações pagas antes do casamento, percentual este que pertence ao réu, o restante será partilhado em partes iguais entre os dois cônjuges*" (fls. 100).

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo interposto pelo réu para manter o valor estabelecido em precedente ação de alimentos, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

"Ação de divórcio. Separação de fato há mais de quatro anos. Partilha de bens. Bem adquirido antes do casamento mas pago com a receita do casal porque financiado. Regime de comunhão parcial de bens. Integração do bem na partilha. Pena de enriquecimento ilícito. Pensão alimentícia. Alterabilidade impossível. Pedido sem fundamento.

- Havendo comprovação da separação de fato dentro dos requisitos legais, há que ser decretado o divórcio requerido. Quanto à partilha de bem, se este, apesar de adquirido antes do casamento, foi pago com a receita do casal porque financiado, há que ser incluído na partilha como bem comum ao casal, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do cônjuge que adquiriu o imóvel.

- No tocante aos alimentos, a

sentença que os fixa não transita em julgado, podendo ser revistos a qualquer tempo, desde que se fundamente o pedido de sua alteração" (fls. 142).

Os embargos de declaração foram acolhidos para retificar o entendimento esposado quanto à partilha do referido bem nos seguintes termos: "*o cônjuge não tem direito ao imóvel adquirido pelo outro anteriormente ao casamento, abatido o percentual pago antes da sua ocorrência, mas, sim, há de se reconhecer o seu direito à metade dos valores pagos na constância da união, com o necessário acréscimo das benfeitorias nesse período realizadas, respeitado o direito de propriedade do cônjuge que o adquiriu antes do matrimônio*" (fls. 152).

Inconformado, o réu manifestou o presente recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 259, I e II; 269, I e II; 270, I; e 272, I, todos do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial com aresto oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo. Asseverou que o imóvel em tela não foi havido com o esforço comum do casal, e sim mediante a atividade isolada do recorrente, através de um negócio jurídico celebrado anteriormente ao matrimônio. Sustentou que não se comunica o imóvel hipotecado, bem como a dívida por ele gerada, garantida e paga com o seu esforço exclusivo.

Oferecidas as contras-razões, o recurso foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

O Subprocurador-Geral da República opinou pelo improvimento do apelo extremo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator) - Os litigantes casaram-se em 7 de janeiro de 1981 sob o regime da comunhão parcial. Poucos dias antes, no dia 22 de dezembro de 1980, o réu adquiriu pelo Sistema Financeiro da Habitação, com prazo de quinze anos, o imóvel cuja partilha é aqui questionada.

O acórdão recorrido concebeu uma divisão adequada em relação àquele bem, considerada a situação peculiar quanto ao modo pelo qual foi adquirido o imóvel, ou seja, mediante financiamento pelo SFH. Claro está que os preceitos legais invocados pelo recorrente em seu REsp não podiam prever esse aspecto peculiar à presente lide, de tal sorte que várias prestações foram solvidas durante a constância da sociedade conjugal. Eis por que o acórdão proferido em sede de apelação reputou ter ocorrido a aquisição mediante o esforço comum do casal, uma vez que pago, direta ou indiretamente, com a contribuição de ambos os cônjuges. São palavras textuais do julgado: "*embora adquirido anteriormente ao casamento, foi pago com a receita do casal, porque financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação*" (fls. 144).

Ora, modificada a forma de partilhamento do imóvel como definido na sentença, o acórdão dos declaratórios encontrou a solução própria e justa para divisão do bem entre os ex-cônjuges: a mulher fica com o direito à metade dos valores pagos na constância da união, com o acréscimo das benfeitorias realizadas nesse período (fls. 152).

Assentada essa base fática da demanda, o réu - ora recorrente - procura reverter a moldura probatória ao sustentar que o imóvel foi havido com recursos e esforços exclusivamente seus. Para reverter tal quadro, seria de rigor, porém, rever os fatos e circunstâncias da causa, uma vez que, consoante assinalado, o v. acórdão deixou patente a colaboração, direta ou indireta, de ambos os cônjuges. O intento do recorrente esbarra, pois, no enunciado do Verbete sumular nº 07 desta Corte.

Não há, conseqüentemente, que se falar em contrariedade aos preceitos do Código Civil invocados no apelo extremo. Pode-se dizer, em primeiro lugar, que, a despeito de adquirido em nome do réu o apartamento poucos dias antes do matrimônio, foi ele na verdade havido em conjunto pelo casal, tanto que o julgado combatido afirma, sem rebuços, o pagamento das prestações relativas ao financiamento através da receita de ambos os cônjuges. Não se vê, assim, afronta ao art. 269, inc. I, do CC, porquanto o bem foi adquirido, a rigor, na constância do casamento pelos dois cônjuges. Nem tampouco ao inciso II do mesmo cânone legal, de vez que o imóvel somente constituiria patrimônio pessoal do ora recursante caso adquirido com valores exclusivamente seus, em sub-rogação dos bens particulares.

A sua vez, o art. 270 do mesmo Código Civil, tal como defendido em contra-razões, está direcionado a proteger o cônjuge que não trouxe a dívida para o casamento. É preceituação que não encontra pertinência na espécie em exame.

Finalmente, o art. 272 do mesmo *Codex* não é de ser interpretado com a literalidade que o recorrente pretende emprestar-lhe. Aliás, J.M. DE CARVALHO SANTOS lembra que a este artigo cumpre "não dar uma largueza maior do que permite a razão jurídica (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. 5, p. 99, ed. 1934). Assim realmente o é: malgrado tenha o réu adquirido em seu nome a unidade habitacional anteriormente ao casamento, em face do financiamento obtido para resgate em quinze anos, a participação da mulher no negócio jurídico transparece notória e evidente. Cabe aí evocar-se o escólio de Corrêa Telles, citado por JOÃO LUIZ ALVES em seu *Código Civil Anotado*, de conformidade com o qual "em regra não são tidos por adquiridos os bens que provieram ao casal em conseqüência de direito que a eles tinha um dos cônjuges antes do casamento" (p. 247, 2ª tiragem).

O dissídio pretoriano não logra aperfeiçoar-se, seja porque não observadas as normas insertas nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 225, § 2º, do *RISTJ*, seja porque, de todo modo, distintas as espécies submetidas a confronto. Aliás, a ementa do paradigma

carreado à colação, ao invés de favorecer o réu, beneficia a autora, porquanto registra que, no regime da comunhão parcial, são comuns os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, a não ser que a aquisição se tenha feito com valores exclusivamente de um dos cônjuges (fls. 157).

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha - Sr. Presidente, trata-se de revolvimento da matéria fática.

Acompanho o Sr. Ministro Barros Monteiro, também não conhecendo do recurso pelos motivos apontados.

VOTO-VOGAL

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Presidente) - Também acompanho o eminente Sr. Ministro Relator. Gostaria de deixar registrado que a decisão tomada quando do julgamento da apelação, assim como expressa na ementa do acórdão, integrando o bem ao patrimônio comum do casal, descontada a parte paga anteriormente, parece-me, teria melhor resolvido a causa; não o que depois ficou acrescido no julgamento dos embargos de declaração, em que se deu, na verdade, à mulher um direito ao crédito. Mas essa questão não está em julgamento.

-:::-

RESP - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - HIPÓTESE EM QUE A VÍTIMA FIGURA COMO AGENTE COATOR - SEPARAÇÃO JUDICIAL - NÃO-CONFIGURAÇÃO

- O caso em questão não admite a possibilidade de coação da vítima. E isso em razão do motivo ensejador do crime - o inconformismo com a separação judicial. Do contrário, admitindo-o, estaríamos diante de grande anomalia segundo a qual a vítima figuraria como responsável pelo infortúnio de ser eliminada, sob o argumento de que seu algoz estaria coagido a tal atitude em razão da não-aceitação de sua separação.

- Apenas *ad argumentandum*, comungo entre aqueles que entendem, excepcionalmente em alguns casos, ser possível que a vítima seja o próprio coator. Contudo, registre-se não ser o caso do pedido ora examinado. Neste, especificamente, a coação moral nem de longe se caracterizou.

- Por tais fundamentos, conheço do recurso pela alínea *c* e lhe dou provimento para restabelecer a decisão condenatória proferida em primeiro grau em razão da impossibilidade, no caso, de a vítima ser a própria coatora.

RECURSO ESPECIAL Nº 111.748-MG - Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os 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 pela alínea *c* e lhe dar provimento para restabelecer a decisão condenatória proferida em primeiro grau em razão da impossibilidade, no caso, de a vítima ser a própria coatora. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 02 de março de 2000 (data do julgamento). - *Ministro José Arnaldo da Fonseca* - Presidente. - *Ministro Jorge Scartezzini* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional, em face do v. acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, por maioria, anulou o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri.

O recorrente alega, em síntese, negativa de vigência ao artigo 22 do Código Penal, sustentando que a coação irresistível, além de exigir a eliminação interna da vontade do sujeito coagido, exige a presença, obrigatoriamente, de três pessoas (coator, coacto e vítima), sendo que a doutrina e a jurisprudência majoritária exigem que a pessoa do coator seja diversa da vítima.

Sem contra-razões.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Sr. Presidente, em 25 de dezembro de 1984, dia de Natal, por volta das 00h30m, Luiz Pires Guerra desferiu vários tiros de arma de fogo contra sua esposa, causando-lhe a morte. O motivo da prática do homicídio prendeu-se ao fato de a vítima estar disposta a formalizar sua separação judicial.

Processado e pronunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, o réu foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Os quesitos formulados aos jurados foram os seguintes:

"1. No dia 25 de dezembro de 1984, por volta de 00h30m, na rua Daniel Jardim de Grisólia, nº 67, apto 201, nesta cidade e comarca, o acusado Luiz Pires Guerra desferiu vários tiros

de arma de fogo contra a vítima Dilsa de Andrade Guerra, causando-lhe as lesões corporais descritas no laudo necroscópico de fls. 10/11?

2. Tais lesões foram a causa da morte da vítima?

3. O acusado praticou o fato impelido por terceira pessoa?

4. Assim agiu o acusado, sob coação moral consistente no fato de estar sendo forçado a uma separação que não queria?

5. Essa coação era irresistível?".

Consta da ata de julgamento (à fl. 226) que:

"*Ao anunciar o MM. Juiz-Presidente a redação que daria aos quesitos da excludente de coação irresistível, fazendo-o em 3 quesitos, tal como consta do termo de votação, o defensor protestou alegando que, de acordo com a doutrina e jurisprudência do STF, lidas ao MM. Juiz, tal defesa deveria ser proposta em 2 quesitos: A - O acusado praticou o fato sob coação? B - A coação era irresistível? Indeferido o seu pedido, lavrou protesto e disse considerar cerceada a defesa*".

O Conselho de Sentença, por maioria de votos, afastou a possibilidade de coação moral irresistível praticada pela própria vítima e entendeu caracterizado o crime, pela forma dolosa, inclusive sem atenuantes. Em razão disso foi o réu condenado à pena de 14 anos de reclusão.

Irresignado, o réu apelou alegando cerceamento de defesa com prejuízo ao réu causado pela redação de quesitos referentes à coação moral irresistível.

O Tribunal *a quo*, por maioria, negou provimento à apelação.

Opôs, então, embargos infringentes que foram acolhidos "*para anular o julgamento do recorrente, determinando que seja submetido a outro, com a observância das formalidades legais, recomendando que na redação do quesito inicial da referida tese defensiva se adote a sugerida por ADRIANO MARREV e outros, na obra Teoria e Prática do Júri: o réu... assim procedeu coagido pelo próprio ofendido?*"".

Daí o presente recurso especial interposto pelo órgão ministerial cujo cerne repousa na não-caracterização da coação moral irresistível na hipótese em que a vítima figura como agente coator.

O recurso não merece ser conhecido pela alínea *a*. Com efeito, o Tribunal *a quo*, ao determinar que fossem observadas as formalidades legais, nada mais fez que reformular quesitação feita genericamente aos jurados. Não verifico, em razão disso, qualquer violação legal.

Relativamente ao dissídio jurisprudencial, o recurso procede. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao entender possível ser a vítima o próprio coator, adotou postura diversa da esposada pela eg. Sexta Turma desta colenda Corte, que, por ocasião do julgamento do REsp nº

25.121/0-PR, registrou que, para a ocorrência da coação moral irresistível, seria indispensável o concurso de três pessoas. Logrou o recorrente demonstrar, com precisão, a divergência, a teor do art. 255 e parágrafo único do *RISTJ*. Sob esse aspecto, portanto, conheço do recurso.

A polêmica trazida pelo *Parquet* federal e discutida durante quase todo o processo é singela. Pela rápida análise valorativa dos fatos, verifico que o caso em questão realmente não admite a possibilidade de coação da vítima. *O Conselho de Sentença, portanto, agiu coerentemente.* E isso em razão do motivo ensejador do crime - o inconformismo com a separação judicial. Do contrário, admitindo-o, estaríamos diante de grande anomalia, segundo a qual, a vítima, pelo fato de um relacionamento matrimonial desgastado e cuja solução, ao menos aparentemente, melhor fosse a separação judicial, figuraria como responsável pelo infortúnio de ser eliminada, sob o argumento de que seu algoz estaria coagido a tal atitude, em razão da não-aceitação de sua separação.

Muitos seriam os casos de impunidade ao entender-se possível a existência de coação moral irresistível pelo simples desejo da vítima de separar-se. Atribuiríamos à vítima, no caso, a culpa pela própria morte.

Apenas *ad argumentandum*, comungo entre aqueles que entendem, excepcionalmente em alguns casos, ser possível que a vítima seja o próprio coator. Contudo, registre-se não ser o caso do pedido ora examinado. Neste, especificamente, a coação moral nem de longe se caracterizou. JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *in Manual de Direito Penal*, v. 1, p. 205, aponta-nos em que momento existe a coação:

"Existe na coação moral uma ameaça e a vontade do coacto não é livre, embora possa decidir pelo que considere para si um mal menor; por isso trata-se de hipótese em que se exclui não a ação, mas a culpabilidade, por não lhe ser exigível comportamento diverso. *É indispensável, porém, que a coação seja irresistível, ou seja, inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o coacto não se pode subtrair, tudo sugerindo situação à qual ele não se pode opor, recusar-se ou fazer face, mas tão-somente sucumbir, ante o decreto do inexorável. É indispensável que a acompanhe um perigo sério e atual de que ao coagido não é possível se eximir, ou que lhe seja extraordinariamente difícil suportar.* Nesta hipótese não se pode impor ao indivíduo a atitude heróica de cumprir o dever jurídico, qualquer que seja o dano a que se arrisque".

Sob o mesmo prisma, EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, *in Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, p. 435/436, exemplificam com propriedade:

"... Exemplos destes casos são os seguintes: ameaça-se incendiar o automóvel de um indivíduo se ele se recusar a quebrar uma vidraça; o indivíduo

aperta a anciã contra a parede, pois, do contrário, seriam ambos derrubados e pisoteados por uma multidão em pânico que avança em direção a eles; o indivíduo joga-se na piscina, porque um touro ameaça investir contra ele; o condutor desvia o veículo, ferindo uma pessoa, para evitar a colisão com um caminhão. Em todos estes casos, diferentemente dos anteriores, o indivíduo dirige a conduta (há vontade), mas a vontade não está 'livremente' motivada; a vontade é motivada pela ameaça, não está 'livremente' eleita a conduta, como o seria se não estivesse constrangida pela ameaça. Mas há vontade e, portanto, também conduta. Trata-se de hipótese de justificação ou de ausência de culpabilidade, e não de ausência de conduta".

A coação moral irresistível (*vis compulsiva*) caracteriza-se, portanto, como o estado de grande e insuportável comoção psíquica, que retira a capacidade de autodeterminação do coagido.

Assim, não vislumbro, no caso, a possibilidade de a vítima figurar como coatora, já que inexistiu por parte dela qualquer coação. Quanto a esse ponto, portanto, o recurso procede.

Por tais fundamentos e com estas considerações, conheço do recurso pela alínea *c* e lhe dou provimento para restabelecer a decisão condenatória proferida em primeira instância.

É como voto.

-:::-

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - LEGITIMIDADE DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - PRECEDENTES DA CORTE

- 1. Com a ressalva do entendimento do Relator, o filho nascido na constância do casamento pode buscar o seu verdadeiro pai em ação de investigação de paternidade.

- 2. Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL Nº 195.527-SP - Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

Brasília-DF, 10 de abril de 2000 (data do julgamento). - *Ministro Carlos Alberto Menezes Direito* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - O espólio de Antônio Del Bem interpõe recurso especial, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Prescrição. Investigação de paternidade. Autora em situação de filiação legítima. - O reconhecimento de paternidade diz respeito ao estado da pessoa. Ação imprescritível. Súmula nº 149 do STF. Ininvocável o artigo 178, § 9º, e 362 do Código Civil. Sentença anulada. Recurso provido" (fls. 125).

Houve embargos de declaração (fls. 147), recebidos em parte (fls. 153 a 157), confeccionando-se a seguinte ementa:

"Embargos de declaração. Investigação de paternidade. - O artigo 344 do Código Civil resguarda direito do marido quanto à paternidade dos filhos de sua mulher, mas não afasta o direito do filho de questionar sua paternidade. - Citação na pessoa do outro filho. Ausência de omissão. Embargos de declaração parcialmente recebidos, para explicitação" (fls. 154).

Sustenta o recorrente contrariedade ao art. 344 do Código Civil, pois cabe privativamente ao marido contestar a legitimidade do filho nascido de sua mulher, por meio de ação negatória de paternidade, sob pena de prevalecer a filiação legítima.

Aduz, ainda, que a lei confere apenas aos filhos ilegítimos ação para impugnar a paternidade, nos termos do art. 363 do Código Civil.

Contra-arrazoado (fls. 229 a 232), o recurso especial foi admitido (fls. 239/240).

Opina o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Casali, pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - A autora ajuizou ação de investigação de paternidade. A sentença julgou extinto o pedido presente à falta de interesse de agir porque é a autora registrada em nome de outro pai. O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu o recurso considerando ser imprescritível o direito de investigar a paternidade, sendo que o eventual reconhecimento da paternidade conduzirá à correção do registro. Por outro lado, considerou o Tribunal que a negatória de paternidade está embutida na investigação. Em embargos de declaração o Tribunal local afirmou que o art. 344 do Código Civil resguarda o direito do marido à paternidade dos filhos de sua mulher, mas não afasta o direito do filho de questionar sua paternidade.

A autora está registrada, no próprio assento de nascimento, como filha de J.M.M. e G.C.M. Decorridos mais de

quarenta anos a autora ajuiza a ação de investigação de paternidade alegando que sua mãe foi trabalhar para o investigado, ocasião em que viveu um romance com o mesmo, com conjunção carnal, tendo sua mãe engravidado, fato que era comentado na cidade. Alega, também, que a fisionomia e a composição física da autora e seus irmãos e demais familiares são completamente diferentes, guardando ela traços de seu verdadeiro pai.

Por mais que seja possível afastar a prescrição, tratando-se de investigação de paternidade, a meu sentir, o que está em discussão é a possibilidade de a filha ingressar com a ação investigatória diante do comando do art. 344 do Código Civil.

Esta Corte, Relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, entendeu que o "*filho havido na constância do casamento tem legitimidade para propor ação de investigação de paternidade contra quem entende ser seu verdadeiro pai, nada obstando que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória, a teor da parte final do art. 348 do Código Civil. O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será consectário lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa*". No voto condutor o Senhor Ministro Waldemar Zveiter ressalvou que a "*evolução do direito de família torna cada vez mais inaceitável a presunção* pater is est, *mormente quando a própria Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceram igualdade da filiação de qualquer natureza, certo é que tanto o reconhecimento espontâneo quanto o provocado por iniciativa do interessado são permitidos*" (REsp nº 119.866-SP, *DJ* de 30/11/98, ausente do julgamento o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro). Ao votar na ocasião, ressalvei o meu entendimento pessoal, curvando-me, assim, ao convencimento da maioria da Turma, à medida que o precedente então lembrado contou com a adesão dos Senhores Ministros Nilson Naves, Costa Leite e Eduardo Ribeiro. Do mesmo modo, a Quarta Turma, com a relatoria do Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, considerou possível a investigação de paternidade em tal situação (REsp nº 155.493-SP, *DJ* de 10/05/99).

Continuo com o mesmo convencimento (cf., ainda, voto-vista no REsp nº 194.866-RS, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro). Curvo-me, porém, ao vigor dos precedentes na mesma direção das Turmas que compõem a Segunda Seção.

Eu não conheço do recurso especial.

-:::-

ADMINISTRATIVO - ENSINO SUPERIOR - TRANSFERÊNCIA - ALUNO - APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - PRIMEIRA INVESTIDURA

- A jurisprudência deste egrégio Tribunal tem autorizado a transferência de aluno aprovado em concurso público que venha a exercer suas funções no local para onde foi nomeado, equiparando-o ao servidor público removido no interesse da Administração.

- Recurso provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 247.284-MG - Relator: Ministro GARCIA VIEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília-DF, 11 de abril de 2000 (data do julgamento). - *Ministro José Delgado* - Presidente. - *Ministro Garcia Vieira* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira - Carlos Henrique Guimarães Brasil, lastreado na Constituição Federal, art. 105, III, *a* e *c*, interpõe recurso especial (fls. 308), aduzindo tratar-se de mandado de segurança impetrado em face de negativa ante o pedido de transferência para a Universidade recorrida.

Alega o impetrante ser aluno do Curso de Medicina da Universidade de Vassouras-RJ, já tendo cursado até o 5º período e, sendo pessoa pobre, prestou concurso público para auxiliar de saúde, em janeiro de 1997, logrando aprovação em 1º lugar. Após nomeação, transferiu sua residência para Montes Claros-MG, onde exerce suas funções.

Requereu, então, perante a Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES-MG, sua transferência, sendo seu pedido indeferido.

Foi, então impetrado o presente mandado de segurança, sendo a ordem denegada.

Apreciando a apelação interposta, o eg. TJMG negou-lhe provimento, ao argumento de que somente a pessoa que já é servidor e que, iniciando seus estudos em uma universidade, é, por ordem da Administração Pública,

transferida para outro local, tem direito à transferência para instituição de ensino na localidade de nova residência.Aduz ofensa às Leis nºs 1.711/52, art. 158, e 8.112/90, art. 99, além de divergência jurisprudencial.

Pede provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator) - Sr. Presidente. Conheço do recurso pela divergência.

O recorrente, aluno do Curso de Medicina da Universidade Severino Sombra, da Cidade de Vassouras, Estado do Rio de Janeiro, após cumprir os cinco primeiros períodos (fls. 22), foi aprovado no concurso público para o cargo de auxiliar de saúde II e nomeado por decreto de 07 de julho de 1997 (doc. de fls. 115), tomando posse no mesmo dia (fls. 113), tendo entrado em exercício do cargo no Município de Botumirim, passando a residir em Montes Claros. Diante disso, fez a sua matrícula na Universidade Severino Sombra, trancou-a no dia 16/07/97 e pediu a sua transferência para a Universidade de Montes Claros, sendo seu pedido indeferido.

Em princípio, a legislação de regência só permite a transferência de alunos de uma Universidade para outra quando ele já foi servidor público e tenha sido removido *ex officio* e no interesse da Administração, e não dele próprio. Nesse sentido, o Recurso Especial nº 235.102-RN, do qual fui Relator. Mas, esta egrégia Turma vem autorizando transferência de aluno aprovado em concurso público que venha a exercer suas funções no local para onde foi nomeado. No Recurso Especial nº 187.739-PB, *DJ* de 25/10/99, Relator, Ministro Milton Luiz Pereira, esta egrégia Turma entendeu que:

"*1. Se o cidadão é investido legalmente em cargo público, a investidura é legítima e pode ser considerado servidor público. Inadmissível ser considerado 'servidor de fato'. Somente a investidura ilegal em cargo público não irradia efeitos nem assegura direito.*

2. Inarredáveis a investidura legal e o exercício funcional em cargo público, comprovadas a antecedente matrícula e freqüência no curso superior, o estudante tem direito à transferência para unidade do mesmo curso em Universidade localizada no lugar da atividade do servidor público".

Esta mesma Turma, no Recurso Especial nº 117.701-SP, *DJ* de 09/02/98, do qual fui Relator originário, e Relator para o acórdão o Ministro Gomes de Barros, decidiu que:

"*1. Para o artigo 99 da Lei nº 8.112/90 não há diferença axiológica entre a situação do funcionário público transformado em estudante, por efeito de exame vestibular e aquela do estudante convertido, mediante concurso, em funcionário público, ambos, pelo esforço desenvolvido, merecem admiração e amparo*".

Esta egrégia Turma, também na Medida Cautelar nº 939-SC, *DJ* de 06/04/98, Relator Ministro José Delgado, entendeu que:

"*1. Há de se considerar procedente medida cautelar para emprestar efeito suspensivo o recurso especial que visa modificar acórdão que negou a servidora estudante o direito de continuar matriculada em universidade sediada em seu novo local de trabalho, cargo público assumido em decorrência de concurso público.*

2. Situação peculiar em que a servidora fez concurso público no Estado de Alagoas para ingresso no serviço público federal do INSS, cidade onde estudava, e que foi designada, por ato de autoridade, a aceitar e tomar posse no referido cargo para o qual foi aprovada em Florianópolis, Estado de Santa Catarina. Tudo no ano de 1995".

Como se vê, esta egrégia Turma já firmou o entendimento no sentido de que o aluno aprovado em concurso público que passa a exercer as suas funções em outra localidade tem o direito de transferir-se para a escola ali existente porque deve ser considerado servidor público.

No caso concreto se trata de pessoa pobre que luta com enormes dificuldades para sobreviver e estudar, e de excelente aluno, sempre aprovado nos primeiros lugares.

Assim sendo, dou provimento ao recurso.

-:::-

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* - PROCESSUAL - DENÚNCIA - EXCLUSÃO - POSSIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE CAUSALIDADE

- Nos crimes societários é necessário que a denúncia descreva, pelo menos, o modo como os co-autores concorreram para o crime.

- A responsabilidade penal não é objetiva e, em razão disso, o simples fato de constar o nome do réu no contrato social, por si só, não é suficiente para ensejar a persecução criminal.

- Recurso provido para excluir da denúncia a paciente.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 9.396-MG - Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os 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 excluir da denúncia a paciente. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Edson Vidigal, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 16 de março de 2000 (data do julgamento). - *Ministro José Arnaldo da Fonseca* - Presidente. - *Ministro Jorge Scartezzini* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini - Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Ricardo Luiz Fonseca da Matta, em favor de Benilda Fonseca, contra o v. acórdão de fls. 406/409, prolatado pela egrégia Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem ali impetrada, cujo decisório restou assim sumariado:

"Denúncia. Descrição do fato delituoso. Gerência da empresa exercida pelos sócios expressamente nomeados no contrato social. Crime de natureza tributária. - Ausência de descrição individualizada não confere inépcia à denúncia. Matéria probatória que exige avaliação subjetiva escapa ao *habeas corpus*. Denega-se a ordem".

O recorrente alega, em síntese, que a paciente, acusada de crimes contra a ordem tributária e econômica e contra as relações de consumo, à época dos ilícitos, já se encontrava afastada da sociedade infratora, apesar de seu nome constar no contrato social da empresa e, portanto, não lhe assiste qualquer responsabilidade em relação à mesma. Ademais, assevera que a peça vestibular, desobedecendo à norma, não descreveu a participação da paciente nos fatos, limitando-se a relacionar o nome dos sócios diretores. Requer, diante disso, sua exclusão da denúncia.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 445/447, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator) - Sr. Presidente, Ricardo Luiz Fonseca da Matta impetra o presente *writ* objetivando a exclusão da paciente, Benilda Fonseca, da denúncia.

O recurso procede. A denúncia descreve indistintamente a participação da acusada, não apontando, ainda que superficialmente, como ou de que forma teria ela contribuído para a prática do delito.

Na realidade, a peça vestibular não fornece, em condições mínimas, a necessária relação de causalidade entre o possível comportamento delituoso da paciente e o resultado criminoso. Examinando-se os autos, verifica-se, através de declarações (fls. 34/38 e 399), que a acusada se encontrava afastada da administração da empresa Forginha

Ltda (*os delitos ocorreram entre setembro de 1992 e abril de 1996, sendo o afastamento da paciente datado de julho de 1992*).

Observando-se sob esse ângulo, ANÍBAL BRUNO, *in Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, p. 305/306, esclarece que "Dentro da ação, a relação causal estabelece o vínculo entre o comportamento em sentido estrito e o resultado. *Ela permite concluir se o fazer ou não fazer do agente foi ou não o que ocasionou a ocorrência típica, e este é o problema inicial de toda investigação que tenha por fim incluir o agente no acontecer punível e fixar a sua responsabilidade penal. Mas a questão da responsabilidade é posterior. É preciso distinguir o problema do nexo causal do da culpabilidade. Uma coisa é determinar se o fato surge como resultado da manifestação da vontade do agente, isto é, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito (imputação de fato); outra, se, verificada esta relação, com ela concorrem os pressupostos necessários da responsabilidade penal (imputação de direito).* A simples relação objetiva entre o comportamento e o resultado não basta para justificar a responsabilidade penal. É preciso que ao fato, com os seus atributos de tipicidade e antijuridicidade, se juntem os elementos que justificam o juízo da culpabilidade. A relação causal faz apenas do agente o causador material do fato, mas não o transforma desde logo em autor no sentido jurídico-penal. É na confusão entre essas duas posições que se podem suceder, porque sem a primeira não pode ocorrer a segunda, mas que são perfeitamente distintas, que vêm cair as teorias que fazem incluir no conceito do causal elementos do problema da culpabilidade" (grifo meu).

A causalidade é elemento da ação, dada sua natureza ontológica (uns a incluem na ação não como elemento, mas como vínculo que prende o resultado a uma manifestação de vontade; para outros, o nexo causal integra-se ao tipo; para Maurach é um problema-limite que deve situar-se entre a ação e o tipo).

Assim, no caso concreto, a paciente, que, à época dos fatos, não mais se encontrava na administração da empresa, não poderia integrar a necessária relação de causalidade. Daí a inexistência, inclusive, da responsabilidade penal.

Recentemente, esta Turma, no *HC* nº 8.258-PR, da lavra do eminente Min. Edson Vidigal, examinou caso semelhante, cujo teor, na parte que interessa, encontra-se assim exteriorizado:

"Esta Corte tem entendido que a simples condição de sócio, gerente, administrador ou membro do Conselho de empresa, por si só, não basta à incriminação penal.

Não desconheço, por óbvio, que ao Ministério Público é facultado o oferecimento da denúncia sem que seja acompanhada de inquérito policial. Para tanto, basta que os elementos de

informação sejam suficientes para a formação de sua convicção. No entanto, aquela baseada em peças de informação das autoridades administrativas, que distribuem a responsabilidade da prática delitiva entre todos aqueles tidos por responsáveis, não é admissível. A responsabilidade tributária é objetiva, mas não a penal.

Dispensada a prévia instauração do inquérito policial, torna-se evidentemente mais simples oferecer denúncia contra todos os sócios ou gerentes de empresas, delegando-se assim ao Judiciário, na instrução processual, a tarefa de perquirir sobre aquilo que deveria ter sido apurado na fase pré-processual: a existência do crime e os indícios de autoria.

Se é sabido que a jurisprudência recente vem minimizando os rigores do conteúdo do art. 41 do CPP, o certo é que não podemos tolerar acusação que não comporte, ainda que basicamente, a medida da participação de cada um dos co-autores em crimes de autoria coletiva, como é o caso. A denúncia genérica, ficta, configura constrangimento ilegal, combatível por meio de *habeas corpus*.

Não se trata de exigir a exata e detalhada medida dessa participação, o que tornaria, praticamente em todos os crimes societários, inviável o exercício da ação penal. O que se pretende é que a peça acusatória demonstre, ao menos sucintamente, o modo concreto como concorreram para a consumação do delito, não bastando estar identificada sua responsabilidade no estatuto social da empresa que gerencia. O *status libertatis* do cidadão há de ser resguardado".

A propósito:

"*Habeas corpus*. Processual penal. Denúncia. Inépcia. Prisão preventiva. Ausência de relação de causalidade.

- Não se cogitando de crime societário, é inepta a denúncia que, no caso de crime cometido em concurso de pessoas, atribui aos acusados conduta genérica, sem descrever condutas autônomas em relação ao delito. Nesse sentido: *HC* nº 4.955-RJ, Rel. Min. José Arnaldo, *DJ* de 09/06/97.

- A prisão *ad cautelam* exige motivação concreta, com a indicação objetiva do fato a autorizar a medida constritiva, sob pena de maltrato ao art. 315 do CPP, e mesmo ao disposto no inciso IX do art. 93 da Lei Fundamental.

- Írrita ao ordenamento jurídico-penal a decretação de prisão preventiva assentada em denúncia que não aponta fato algum delituoso, nem mesmo de forma genérica, limitando-se a dizer que 'os pacientes participaram de qualquer forma para a prática do crime em questão', sem revelar em que consistiu essa participação. É de se conceder a ordem, expedindo-se alvará de soltura e anulando-se o aditamento à denúncia, sem prejuízo de, presentes indícios dos quais se vislumbre a sua participação no ilícito, virem a ser denunciados, na forma da lei" (*HC* nº 8.883-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 31/05/99).

Com estas considerações, dou provimento ao recurso para excluir Benilda Fonseca da denúncia.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer - Sr. Presidente, neste caso, reexaminando o voto do Ministro Relator, realmente, a denúncia em relação à paciente se mostra inepta e, portanto, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

-:::-

- Recurso extraordinário inadmitido. 2. Taxa florestal do Estado de Minas Gerais. 3. A competência da União sobre florestas não exclui a competência tributária dos Estados-membros. 4. Interesse comum na preservação das florestas. 5. Apelo extremo fundado, tão-somente, na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal não autoriza o exame da controvérsia atinente ao julgamento de validade de lei local contestada em face da Constituição, hipótese da alínea *c*. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 186.929/1-MG - Relator: Ministro NÉRI DA SILVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Brasília-DF, 20 de abril de 2000 (data de julgamento). - *Ministro Néri da Silveira* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator) - Ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 186.929/1-MG, neguei-lhe seguimento, por despacho de fls. 120, nos seguintes termos:

"Despacho: Vistos. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho do Senhor Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou seguimento a recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal.

2. A recorrente, para dar sustentação ao apelo extremo, alega vulneração aos artigos 145, § 2º, e 150, IV, da Constituição Federal.

3. Não merece, todavia, prosperar a irresignação derradeira.

4. Em recente julgamento, a Segunda Turma deste Tribunal, no julgamento do AGRAG nº 196.465-MG, Relator para o acórdão o eminente Ministro Carlos Velloso, assim decidiu:

'Constitucional. Tributário. Taxa florestal do Estado de Minas Gerais. CF, art. 145, § 2º, art. 150, IV.

I - Base de cálculo da taxa florestal distinta da base de cálculo do ICMS: aquela é o custo estimado da atividade estatal, esta é o valor decorrente da operação de circulação de mercadorias.

II - Alegação no sentido de que a *taxa florestal* tem caráter confiscatório: necessidade de reexame da questão de fato, o que não é possível em sede extraordinária.

III - RE inadmitido. Agravo não provido'.

5. Oficiando nos autos, às fls. 117/118, a douta Procuradoria-Geral da República opina pelo não-provimento do agravo.

6. Em face do exposto, com apoio no art. 38 da Lei nº 8.038, de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do Regimento Interno, e acolhendo o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, nego seguimento ao agravo".

Publicado o despacho, em 12/12/97 (sexta-feira), INGESP - Indústria de Gusas Especiais Ltda., interpôs o agravo regimental de que se trata, em 19/12/97, sustentando, em suas razões (fls. 122/132):

"(...) a identidade da base de cálculo da taxa *sub examen* com a do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), maculando de flagrante inconstitucionalidade tal exação, eis que preceitua o parágrafo 2º do art. 145 da Magna Carta:

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

Na verdade a taxa florestal tem como base de cálculo o preço de pauta da mercadoria, que não é outra senão aquela do ICMS, muito embora o Fisco se tenha utilizado da denominada Unidade Padrão Fiscal do Estado de Minas Gerais (UPFMG) para ocultar a evidência daquela identidade, expediente através do qual vem logrando êxito.

(...) O exercício do poder de polícia, entendido como serviço público prestado pelo ente tributante, seja ressarcimento através da espécie tributária denominada taxa, *este ressarcimento deve vincular-se tão-somente ao custo operacional do serviço, implicando, em qualquer outra hipótese, imposição diversa daquela rotulada taxa*".

E, dizendo ter a taxa florestal caráter confiscatório, sustenta a violação do art. 150, IV, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"No caso vertente, a atividade confiscatória veio a consistir no aumento exacerbado da exação, mormente em relação ao carvão de floresta nativa, que chega a ser cinco vezes maior do que, por exemplo, aquela alíquota aplicável ao carvão de floresta sob manejo sustentado, o que nos leva a questionar a razão de ser da exigência.

(...)

Desse modo, sob qualquer prisma que se analise a questão, ilegal e inconstitucional afigura-se a exigência da taxa florestal, principalmente nas novas alíquotas fixadas pela Lei nº 11.363/93, que, além de exorbitantes, ainda revelam a seletividade típica dos impostos, improsperável em nível de taxa".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator) - Nego provimento ao agravo regimental.

Mantenho o despacho agravado, por seus fundamentos.

A Procuradoria-Geral da República bem anotou, às fls. 117/118, sobre a espécie, nestes termos:

"O recurso extraordinário denegado, interposto com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, volta-se contra acórdão mediante o qual refutada a argüição de inconstitucionalidade da Lei nº 11.363/93, do Estado de Minas Gerais, no que majorou alíquota da taxa florestal incidente sobre a produção de carvão vegetal, essa própria também tida por inválida em face do art. 145, § 2º, da Carta Política.

Subsiste o primeiro juízo de admissibilidade. É que, sobre já haver o Supremo Tribunal Federal reconhecido a constitucionalidade da taxa florestal sob comento, nos moldes como hoje cobrada (RP nº 1.008-MG, Min. Djaci Falcão, *RTJ*, 101/005), o apelo extremo, *fundado tão-somente na alínea a do inciso III do art. 102 da Lei Maior*, não autoriza o exame da controvérsia atinente ao julgamento de validade de lei local contestada em face da Constituição, hipótese da alínea *c*.

Ademais, o Excelso Pretório tem pacífica jurisprudência, contrária à percepção demonstrada pela agravante, no sentido de que 'não há usurpação de competência do STF, por parte da Presidência do Tribunal *a quo*, quando esta, ao exercer o juízo de admissibilidade, analisa, dentro dos estritos limites de suas atribuições jurisdicionais, os pressupostos genéricos e específicos de recorribilidade que condicionam a adequada utilização do apelo extremo' (Ag. nº 158.176-SP, Min. Celso de Melo, *DJ* de 05/10/94)".

Não há, pois, como acolher o agravo regimental.

Significativos são os termos da ementa na Representação nº 1.008, Relator Min. Djaci Falcão, a respeito da matéria, não reconhecendo a invalidade da taxa local em referência, *verbis*:

"Taxa. Seu conceito (art. 18, inc. I, da Constituição). Taxa florestal. Instituída pelo Estado de Minas Gerais (Lei nº 7.163/77). - A competência da União para legislar sobre florestas não exclui a competência tributária do Estado-membro, como se dá nas circunstâncias do caso, em razão do exercício do poder de polícia administrativa. Interesse comum na preservação das florestas. - Na espécie o tributo em questão, exigido das pessoas ligadas a atividades fiscalizadas pelo Estado e destinado ao seu custeio, situa-se como taxa de polícia. - Improcedência da representação"

-:::-

HABEAS CORPUS - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95) - *LEX MITIOR* - ÂMBITO DE APLICAÇÃO RETROATIVA

- Os limites da aplicação retroativa da *lex mitior* vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído.

- Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal.

- *Habeas corpus* indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 74.305/6-SP - Relator: Ministro MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de incompetência do Tribunal. No mérito, por unanimidade, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília-DF, 09 de dezembro de 1996. - *Ministro Sepúlveda Pertence* - Presidente. - *Ministro Moreira Alves* - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator) - O Dr. Marcos Tadeu Contesini impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Antônio da Silva Pedroso, alegando que foi este condenado a 1 (um) ano de reclusão e a 10 salários mínimos de multa, como incurso nas sanções do artigo 5º, I (três vezes) e inciso III, combinado com o artigo 5º, parágrafo único, inciso I, e com os artigos 51 e 69, da Lei nº 6.766/79, e que, não tendo ainda transitada em julgado a decisão condenatória, faz jus à suspensão condicional do processo, com base no disposto no artigo 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, *lex mitior* que deve ser aplicada retroativamente (artigo 5º, XL, da Constituição Federal).

Tendo em vista a alegação de que o paciente, que pretendia concorrer à reeleição de vereador, estava com sua candidatura impugnada por causa dessa condenação criminal, deferi a liminar requerida por este despacho:

"1) Tendo em vista a possibilidade de dano irreparável, concedo a liminar requerida, para suspender, até o julgamento deste *habeas corpus*, a eficácia do acórdão que manteve a condenação do ora paciente. Comunique-se.

2) Solicitem-se informações" (fls. 55).

As informações solicitadas foram prestadas às fls. 61/62, onde se lê:

"1. O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 50, inciso I (por três vezes), e inciso III, c/c o artigo 50, parágrafo único, inciso I, ambos da Lei nº 6.766/79, c/c os artigos 51 e 69, do Código Penal, juntamente com outros cinco réus, nos autos da p. 121/91, da Primeira Vara da Comarca de Atibaia.

2. Regularmente processado, foi o paciente, a final, condenado pelas infrações do artigo 50, inciso I e seu parágrafo único, da Lei de Loteamento, ao cumprimento de um ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de dez salários mínimos, com deferimento de *sursis*.

A colenda Quarta Câmara Criminal de Férias 'Janeiro/95' deste Tribunal negou provimento à Apelação nº 143.941-3/9, interposta pelo paciente, em julgamento realizado no dia 19/03/96. A matéria argüida nas razões desta impetração não foi objeto de deliberação no v. acórdão.

Informo ainda a Vossa Excelência que, cumprindo a determinação da medida liminar concedida neste *writ*, o MM. Juiz de origem cancelou a audiência admonitória do paciente, anteriormente designada para o dia 02/09/96".

Às fls. 80/86, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Mardem Costa Pinto:

"Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Marcos Tadeu Contesini, em benefício de Antônio da Silva Pedroso, alegando e requerendo o seguinte:

a) o paciente foi denunciado, ao lado de outros co-réus, perante o Juízo de Direito da Primeira Vara da Comarca de Atibaia/SP (fls. 09/15) e, ao final, condenado à pena de um ano de reclusão e multa, por infringência ao artigo 50, inciso I e parágrafo único, inciso I, da Lei nº 6.766/79, sendo-lhe concedido *sursis* por dois anos, mediante as condições expostas na sentença de fls. 16/19;

b) inconformado com a decisão condenatória interpôs apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pretendendo, em síntese, a absolvição. A Quarta Câmara Criminal de Férias, em votação unânime, negou provimento ao recurso nos termos do acórdão de fls. 26/30;

c) requer a concessão da presente ordem de *habeas corpus* para deferir ao paciente o benefício da suspensão condicional do processo previsto na Lei nº 9.099/95, cessando a eficácia do acórdão condenatório, ao fundamento de que a lei supracitada, por ser mais benéfica ao réu, deve retroagir ao caso em tela, considerando que no momento de sua entrada em vigência a sentença condenatória não havia transitado em julgado. Sustenta, por fim, que, sendo o paciente primário e de bons antecedentes, preenche as exigências legais para a obtenção do benefício.

2. O presente *habeas corpus* não deve ser conhecido.

3. É que o tema concernente à suspensão condicional do processo não foi objeto de debate e decisão por parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar recurso de apelação interposto pela defesa, razão pela qual o *writ* não deve ser conhecido, sob pena de supressão de instância, conforme orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal:

"Ementa: *Habeas corpus*. Pedido de revogação de custódia provisória por falta de fundamentação do despacho que a decretou. - 2. Tratando-se de fundamento novo não suscitado no Tribunal de origem, não cabe ao Supremo Tribunal Federal apreciá-lo, porque importa em suprimir uma instância". (R*HC* nº 61.112/83, *DJ* de 24/06/88, p. 1.395, Rel. Ministro Alfredo Buzaid, Primeira Turma.)

"Ementa: I. Constitucional. *Habeas corpus*. CF, art. 105, II, *a*.

(...)

III. Por conter questões novas, que não foram postas ao exame do Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância. Competência do Tribunal de Justiça.

(...)

V. *HC* conhecido, em parte e, na parte conhecida, indeferido". (*HC* nº 70.734/93, *DJ* de 06/05/94, p. 10.470, Rel. Ministro Carlos Velloso.)

"Ementa: *Habeas corpus*. - Fundamento que não chegou a ser apreciado em segundo grau de jurisdição.

(...)

- *Habeas corpus* conhecido em parte, e nela indeferido". (*HC* nº 71.325/4-SP, Rel. Ministro Moreira Alves, *DJ* de 01/08/94, p. 17.499.)

"*Habeas corpus*. Repetição. Invalidade.

(...)

Habeas corpus. Atuação do Supremo Tribunal Federal. Matéria não apreciada pela Corte de origem. - Tratando-se de tema sobre o qual não houve a emissão de entendimento quando da prática do ato - julgamento de apelação -, pela Corte de origem, impõe-se a remessa a esta para que aprecie a medida como entender de direito". (*HC* nº 71.490/1-RO, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 11/11/94, p. 30.636.)

"Ementa: Penal. *Habeas corpus*. Suspeição. Impedimento. Apelação restrita. Não-conhecimento.

- As matérias articuladas neste *habeas corpus* não foram objeto de impugnação na apelação, o que inviabiliza o seu conhecimento, de acordo com a jurisprudência atualizada na Corte (*HC* nº 71.456, com ampla indicação de precedentes).

- *Habeas corpus* não conhecido". (*HC* nº 71.458/7-SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, *DJ* de 24/02/95, p. 3.676.)

"Ementa: *Habeas corpus*.

- Não se conhece do *habeas corpus* quanto à alegação de falta de exame de corpo de delito, porquanto, não tendo apelado o ora paciente, só o fazendo os co-réus, esse tema não foi examinado pelo Tribunal Regional Federal" (...). (*HC* nº 73.513/4-SP, Rel. Ministro Moreira Alves, *DJ* de 04/10/96, p. 37.101.)

4. No mérito, no caso de ultrapassagem da preliminar de não-conhecimento, somos pela concessão da ordem.

5. Com efeito, o benefício da suspensão condicional do processo, em consonância com o posicionamento dominante da doutrina, é tido como um instituto que possui natureza penal devendo, portanto, retroagir aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 9.099/95, sob o enfoque da *lex mitior*.

6. Vale transcrever o entendimento de LUIZ FLÁVIO GOMES na obra *Suspensão Condicional do Processo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, p. 136 e 154, *verbis*:

"... a lei inteira terá vigência a partir de 26 de novembro (art. 96). Partes dela, as que concernem a institutos com reflexos penais, sobretudo porque benéficos (são processos despenalizadores), terão eficácia desde logo (artigos 74 e parágrafo único, 76, 88 e 89 por exemplo). Lei nova de caráter penal, sendo mais benéfica, uma vez que entre em vigor, aplica-se imediata e retroativamente (CF, art. 5º, inciso XL)".

"É inegável, como já se salientou, que a suspensão condicional do processo possui também natureza penal. E lei penal nova deve retroagir para alcançar os fatos ocorridos antes da sua vigência. Convém não esquecer que desde 1988 o princípio da retroatividade penal benéfica ganhou *status* constitucional. Logo, lei infraconstitucional não pode limitar seu alcance. Os limites desta retroatividade, como veremos, estão na própria natureza da norma a ter incidência. Mas o legislador ordinário já não pode, de acordo com a sua vontade, restringir o alcance do direito fundamental.

Com a maestria de sempre, Alberto Silva Franco (1995, p. 47 e segs.), nos diz: 'Como todo e qualquer princípio constitucional, a retroatividade penal benéfica não tem efeito meramente proclamatório nem é regra de constatação programática: é imperativa, porque dotada de caráter jurídico-

positivo. Sob esta ótica, não seria admissível nenhum dispositivo legal que pudesse contrariá-la ou restringi-la ... a retroatividade penal benéfica, enquanto princípio constitucional, não pode ser limitada pela lei e é dotada de eficácia imediata'. Essa retroatividade é válida para as quatro hipóteses de despenalização: arts. 74, 76, 88 e 89".

7. Este também é o posicionamento de FÁTIMA NANCY ANDRIGHI e SIDNEI BENETI, *in Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, Editora Del Rey, p. 176/177:

"Segundo o art. 90, 'as disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada'. É preciso distinguir.

As disposições processuais da lei em causa regem-se estritamente pelo dispositivo em exame, vale dizer, iniciada a instrução de processo pendente, o que se patenteia ao interrogatório, não se aplica à Lei nº 9.099/95.

Mas as disposições penais não encontram limite no início da instrução, se beneficiam o acusado, em virtude da aplicação do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, que estabelece a retroatividade benéfica, que é incondicional.

Vê-se, assim, que, no tocante às normas de direito material que beneficiem o acusado, entre as quais a da necessidade de representação relativamente à lesão corporal leve, incidirá a Lei nº 9.099/95, relativamente aos casos em que a instrução estiver iniciada ou, mesmo, encerrada".

8. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto ao tema reconhecendo a retroatividade benéfica do instituto da suspensão condicional do processo, conforme ementa abaixo transcrita:

"Ementa: *Habeas corpus* impetrado contra acórdão que, em 13/12/95, sem pedir manifestação do Ministério Público sobre a admissibilidade da suspensão do processo prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, em vigor desde 27/11/95, confirmou a sentença de 19/06/95, que condenara o paciente a 15 dias de detenção e 50 dias-multa, por infringência do art. 330 do Código Penal. Efeito retroativo das medidas despenalizadoras instituídas pela citada Lei nº 9.099/95. (Precedente do Plenário: Inquérito nº 1.055, *DJ* de 24/05/96.)

Pedido deferido para, anulados o acórdão e a sentença, determinar-se a remessa dos autos da ação penal ao Tribunal Especial Criminal, para a aplicação, no que for cabível, do disposto nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95". (*HC* nº 74.017/1, *DJ* de 27/09/96, Rel. Ministro Octavio Gallotti.)

9. Considerando que a Lei nº 9.099/95 já estava em vigor à época da decisão colegiada, deveria o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao verificar eventual incidência do instituto da suspensão condicional do processo no caso concreto, determinar a baixa dos autos ao Juízo *a quo* para que o

mesmo examine a possibilidade da aplicação do benefício, na linha do entendimento do Juiz Luiz Flávio Gomes na obra citada anteriormente:

"Sendo inaplicável em relação a normas penais o artigo 90 da Lei nº 9.099/95, é evidente que a suspensão condicional torna-se cabível em relação aos processos em andamento, mesmo que a denúncia (ou queixa subsidiária) tenha sido oferecida antes da vigência da lei. Essa retroatividade benéfica alcança todos os processos em andamento, pouco importando a fase: em instrução, já com sentença ou pendente em Tribunal com recurso interposto. Os que se encontram em Tribunal devem ser baixados para que o Juiz abra a possibilidade de suspensão condicional do processo" (p. 154).

10. Por outro lado, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 dispõe:

"Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)".

11. Portanto, a presente lei reporta-se expressamente ao artigo 77 do Estatuto Penal exigindo, como requisito indispensável à concessão do benefício ora pleiteado, que os antecedentes, a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente sejam favoráveis, circunstância que impede a obtenção do benefício através do *writ*, dada a necessidade de exame de provas para verificar o preenchimento ou não dos requisitos de natureza subjetiva.

12. Por todo o exposto, somos pelo não-conhecimento do *writ*, com a concessão da ordem, se vier a ser conhecido, para anular o acórdão e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para a aplicação, no que for cabível, do disposto nos arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95.

É o parecer".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator) - 1. Rejeito a preliminar de não-conhecimento do presente *habeas corpus* levantada pela Procuradoria-Geral da República.

Com efeito, no caso, o fato novo - a incidência, ou não, sobre o processo em causa da norma do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 -, decorria da lei e, portanto, era do conhecimento do Tribunal quando do julgamento da apelação, podendo este, se entendesse aplicável o referido artigo 89, suspender, de ofício, o julgamento para que se cumprisse o disposto nessa norma.

Conheço, pois, deste *writ*, e passo a julgá-lo.

2. Reza o artigo 89 da Lei nº 9.099, de 26/09/95:

"Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º. O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º. A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º. Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º. Não ocorrerá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º. Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em sues ulteriores termos".

Como se vê, esse dispositivo legal introduziu em nosso sistema jurídico uma *suspensão condicional do processo* que pode culminar com a extinção da punibilidade. Trata-se, portanto, de instituto que se traduz na utilização de uma providência de ordem processual penal - a suspensão condicional do processo - que pode conduzir a uma conseqüência penal material - a extinção da punibilidade. Por essa eventual conseqüência, configura-se tal dispositivo como *lex mitior*, aplicando-se ele retroativamente em obediência ao que estabelece a parte final do inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal, como bem acentuou o eminente Ministro Celso de Mello, na fundamentação de seu

voto - que tratava de hipótese relativa à aplicação do artigo 91 dessa mesma lei - proferido em questão de ordem, apresentada ao Plenário desta Corte, relativamente ao Inquérito nº 1.055.

Para aplicar, porém, esse dispositivo retroativamente, é preciso determinar se essa aplicação se pode fazer ainda quando já haja transitado em julgado a decisão condenatória, ou se, ainda que haja decisão condenatória, não tenha ela transitado em julgado, ou, finalmente, se apenas quando no processo penal ainda não tenha sido proferida sentença condenatória ou absolutória.

Os autores que enfrentam essa questão - assim, ADA GRINOVER e outros (*Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei nº 9.099*, de 26/09/1995, p. 202/203, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996) e DAMÁSIO DE JESUS (*Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, 2ª edição, p. 114, Editora Saraiva, São Paulo, 1996) - sustentam que o limite da retroatividade dessa suspensão do processo penal é o da possibilidade de sua incidência, ou seja, sendo um instituto processual pressupõe o andamento do processo de conhecimento, o que implica dizer que, se já houve o trânsito em julgado da decisão condenatória, é impossível suspender um processo que já terminou, até porque a lei em causa trata da suspensão do processo, e não de sua ressurreição.

Adstringem-se eles a fixar esse limite, partindo do princípio - como salientam ADA GRINOVER e outros (ob. cit., p. 203) - de que "essa impossibilidade deriva da própria natureza das coisas: é impossível suspender um processo que já terminou". Essa limitação, porém, ao contrário do que pretendem esses autores, não é um limite que deriva da própria natureza das coisas, ou seja, o limite da impossibilidade material, porquanto este só ocorre no caso de pena cominada e já cumprida, e não quando a pena ainda está sendo cumprida, pois, levado a extremos o princípio da retroatividade constitucional, não haverá impossibilidade material, tendo em vista a eventual conseqüência penal benéfica da norma (a extinção da punibilidade), que, por isso mesmo, não é de natureza puramente processual penal, de a *lex mitior* aplicar-se ao passado atuando num processo que, embora findo, ainda está produzindo efeitos.

A meu ver, os limites da aplicação retroativa da *lex mitior* vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído.

A primeira dessas duas últimas limitações à retroatividade foi primorosamente caracterizada pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, como Relator do *Habeas Corpus* nº 70.641,

julgado pela Primeira Turma em 10/05/94. Esse *writ* tinha por objeto a aplicação retroativa de lei superveniente, que atribuiu efeito extintivo da punibilidade de determinados crimes ao pagamento de tributos, desde que anterior ao recebimento da denúncia, e que a impetração sustentava ser aplicável ainda quando o pagamento fosse posterior ao recebimento da denúncia e até mesmo do trânsito em julgado da condenação. Em seu voto, seguido pelos seus Pares na referida Turma, afastou S. Exa. essa aplicação com esta justificativa:

"De minha parte, *data venia*, não ouso emprestar tamanha força ao dogma constitucional de retroatividade *in melius* da lei penal.

A retroatividade da lei - escusado dizê-lo - é fenômeno do mundo das normas, não da natureza: consiste basicamente em imputar as conseqüências jurídicas da norma superveniente aos fatos nela previstos, embora anteriores à sua vigência, sem, contudo, poder para fazer retroceder o próprio curso do tempo.

Assim, a lei invocada, malgrado posterior ao recebimento da denúncia, é certo que poderia aplicar-se ao pagamento de tributos efetivado antes da instauração do processo, para atribuir-lhe o efeito extintivo da punibilidade, que não tinha, ao tempo em que sucedeu.

Nisso, porém, se esgota a sua retroatividade: condicionado o efeito extintivo à satisfação do crédito tributário antes do recebimento da denúncia, uma vez recebida esta, a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação".

Já a segunda dessas duas últimas limitações a que me referi - a que ocorre quando a situação de fato, no momento em que a *lex mitior* entra em vigor, não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico, e, portanto, com a finalidade para a qual foi ele instituído - é, de certa forma, uma extensão dessa primeira. De feito, ela existe para demarcar até que momento a retroatividade da norma mais benéfica se aplica, quando, no passado, na oportunidade própria, não seria possível a utilização do benefício que só surgiu posteriormente, mas que ainda pode ser aplicado porque a situação de fato existente ainda admite que ele alcance a finalidade para que foi instituído e que decorre da natureza jurídica que lhe foi dada.

Ora, não há dúvida de que o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 criou uma transação de natureza eminentemente processual, embora com eventual conseqüência penal (extinção da punibilidade), em que não se atinge imediatamente o *ius puniendi* do Estado, que permanece incólume até que, com o cumprimento das condições dessa suspensão, ocorra a extinção da punibilidade; enquanto isso não ocorre, há apenas paralisação do processo. Não se confunde, portanto, com a transação a que se refere o artigo 76 da mesma lei, que é eminente e diretamente penal, porquanto em virtude dela há a aplicação de pena

restritiva de direitos ou de multa em lugar de pena privativa de liberdade. Ademais, na transação do artigo 89, o réu não admite culpa, sendo uma forma pela qual ele se defende, sem contestar a acusação, mas também sem admitir culpa ou ver declarada a sua inocência. Dentre as várias finalidades dessa transação, como acentuam corretamente ADA GRINOVER e outros (ob. cit., p. 195), "a mais marcante consiste em evitar a estigmatização derivada do próprio processo" e, "como conseqüência, acaba evitando também a estigmatização que traz a sentença condenatória".

Portanto, se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. Daí, a razão por que DAMÁSIO DE JESUS (ob. cit., p. 112), examinando o momento oportuno para essa transação no juízo criminal e depois de observar que "uma das finalidades da Lei nº 9.099/95 é desviar o processo do rumo da pena privativa de liberdade", acrescenta, com absoluto rigor lógico, que, "por isso, em qualquer momento posterior à denúncia e *antes da sentença*, é admissível o *sursis* processual". Se assim é na aplicação imediata desse artigo 89, o mesmo tem de verificar-se na sua aplicação retroativa, que não pode alterar a natureza jurídica do benefício, por ser aplicado a situação processual incompatível com a finalidade dele, até porque, para essa aplicação retroativa, já havendo sentença ou acórdão condenatórios sem trânsito em julgado, ou se anulam essas decisões (e o benefício não foi criado para eliminar decisões condenatórias), ou não se as anulam (e o benefício também não foi instituído para a paralisação dos efeitos de decisões condenatórias, que, persistindo, voltarão a ter seus efeitos normais se as condições da transação não forem cumpridas, o que também desvirtua a natureza dessa transação). Além disso, há que se considerar que o próprio artigo 89, ao aludir, como requisito para a aplicação dessa transação processual, à pena mínima cominada pela lei como sendo a igual ou inferior a um ano, pressupõe que não haja pena imposta pelo Juiz, que tanto pode ser a mínima, como, por circunstâncias judiciais e agravantes, elevar-se até o máximo (que, em alguns casos, pode alcançar 6 anos).

Há mais, porém. Para que essa transação seja constitucional, em se tratando de crimes que não estejam sujeitos à jurisdição da Justiça especial de pequenas causas, é necessário que ela não envolva pena, quer na sua aplicação imediata, quer na sua aplicação retroativa, o que só é possível se essa aplicação, em qualquer dessas duas hipóteses, se fizer antes da ocorrência de sentença condenatória ainda que não transitada em julgado. Com efeito, têm razão ADA GRINOVER e outros

(ob. cit., p. 205), ao sustentarem que a suspensão do processo, em face do disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal - e isso se dá evidentemente apenas quando se trata de crimes não sujeitos a essa jurisdição especial -, é constitucional, por não se tratar de transação penal, uma vez que não envolve a aplicação da pena. A respeito, bem acentuam esses autores:

"A suspensão condicional do processo, é instituto rigorosamente constitucional. A CF, no art. 98, I, diz que cabe transação nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Já se sustentou, por isso mesmo, que fora dessas infrações não caberia nenhum tipo de acordo (conciliação). A transação referida pelo art. 98, I, da CF, é a penal (conformidade penal). Essa, pela Constituição, só cabe nas infrações que ela menciona. Ocorre que a transação que se dá na suspensão do processo não envolve aplicação de pena, é, portanto, a processual, que tem duplo fundamento: de um lado, o princípio da discricionariedade regrada (que é compatível com o art. 129, I, da CF, visto que o Ministério Público exercerá a ação pública, na forma da lei); de outro, o princípio da autonomia da vontade".

Note-se, aliás, que os autores têm feito a enumeração dos crimes que dão margem à aplicação imediata ou retroativa dessa transação processual, e chegam estes a mais de 180, vários dos quais de grande potencialidade ofensiva, como, por exemplo, o estelionato simples e seu subtipos, receptação, corrupção de menores, falsificação de documento particular, peculato mediante erro de outrem, corrupção passiva simples e privilegiada, corrupção ativa simples, contrabando ou descaminho simples e seus subtipos.

Observo, por fim, que a Primeira Turma desta Corte, ao julgar o *HC* nº 74.017, anulou a sentença e o acórdão condenatórios ainda não transitados em julgado, para que fosse aplicado retroativamente o disposto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Nesse julgamento, porém, de que participei com a minha adesão, foi levada em consideração somente a fundamentação do voto do eminente Ministro Celso de Mello, na questão de ordem no Inquérito nº 1.055, que aludia, corretamente, à aplicação retroativa dos artigos 74, parágrafo único, 76, 88, 89 e 91 da referida lei, sem, no entanto, entrar no exame do aspecto tratado no voto que estou proferindo sobre as limitações dessa aplicação retroativa, até porque nesse julgado do Plenário não havia sequer ação penal (e muito menos, portanto, sentença condenatória) e foi aplicado o artigo 91 desta Lei nº 9.099/95, que era o que estava em causa.

3. Em face do exposto e tendo em vista que, no caso, o paciente, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, já havia sido condenado em primeiro grau de jurisdição às penas de um ano de reclusão e multa de dez salários mínimos, embora ainda não transitada em julgado para a defesa - já o fora para a acusação -, entendo que a hipótese como esta não se aplica retroativamente o artigo 89 da citada lei, razão por que indefiro o presente *habeas corpus*.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente) - Meu voto coincide com o voto do Sr. Ministro Moreira Alves.

Tenho lido, com grande satisfação intelectual, os estudos que o jovem e brilhante jurista, o Juiz Luiz Flávio Gomes, tem dedicado ao instituto da suspensão condicional do processo, que me parece dos mais férteis da Lei nº 9.099/95, embora não se limite sua aplicação ao Juizado Especial, objeto específico daquele diploma legal.

Como se pode verificar da citação contida no parecer, Luiz Flávio Gomes realmente admite - e vejo que é a mesma opinião da Professora Ada Pellegrini Grinover - a aplicação do novo instituto da suspensão condicional da pena até que haja sentença transitada em julgado.

Parto, no entanto, das lições do próprio Luiz Flávio Gomes sobre a natureza desse instituto e de um estudo seu, embora não fosse especificamente sobre o ponto - "Novas Reflexões sobre a Natureza Jurídica da Suspensão Condicional do Processo", *Ajuris*, volume LXVII, p. 213. Diz o juiz:

"a) Não se discute que no âmago da suspensão condicional do processo temos um ato transacional. Mas de modo algum, segundo nosso ponto de vista, podemos concluir que essa transação, que é puramente processual (no sentido de que cada interveniente cede parte dos seus direitos clássicos, é dizer, o Ministério Público abre mão da via processual conflitiva, enquanto o acusado dispõe de algumas garantias do tradicional *due process of law*), tenha a mesma natureza jurídica da transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95. Nesta se exige o consenso mútuo, bilateral; naquela o que se requer é a disponibilidade da ação (pelo Ministério Público) e o consenso do acusado (no tocante a ingressar em período de prova e assumir algumas condições).

(...)

b) ... na suspensão condicional do processo, é verdade que existe uma transação, mas é de natureza processual, não penal. A soma da proposta de suspensão (que está no plano processual, mesmo porque implica a disponibilidade da ação penal tradicional) com o consenso do acusado (que neste momento, paralelamente ao seu consentimento quanto à suspensão - aspecto material -, também está abrindo mão de direitos e garantias constitucionais clássicas - aspecto processual) tem como resultado uma transação. Mas é algo que se dá, até aqui, estritamente no plano processual".

Ora, no plano processual, o que se tem, indiscutivelmente, é a aplicação imediata da lei nova, mas sem retroceder no tempo para alcançar fases superadas do procedimento em curso: isso, o que procurei demonstrar no *HC* agora recordado pelo Ministro Moreira Alves.

A rigor, portanto, uma aplicação mais rigorosa dos princípios extinguiria a possibilidade de suspensão do processo,

no momento mesmo do oferecimento da denúncia: diz o art. 89 da Lei nº 9.099, que, ao oferecer a denúncia, é que o promotor há de fazer a proposição da suspensão condicional do processo.

Mas, parece-me possível levar essa possibilidade - e creio que o eminente Relator concorda - até a sentença. Por quê? Porque se trata, tipicamente - e nisso me parece incensurável a observação do Dr. Luiz Flávio Gomes -, de um mecanismo de disposição da ação penal. Ora, o Ministério Público não tem, nem pode ter, disposição sobre uma sentença penal condenatória, mormente quando, para ele, já transitada em julgado.

Ademais, sob o prisma das inspirações teleológicas do novo instituto, também me parece que essa solução é a mais adequada: com a suspensão, visa evitar o processo e, evitando o processo e a eventual sentença condenatória, embora com *sursis*, obviar o que resta, ainda quando se concede o *sursis*, do efeito estigmatizante da condenação.

Desse modo, não me parece que se possa cogitar de suspensão condicional do processo, quando a sentença já está no mundo dos fatos, e nada mais lhe subtrairá o efeito real, que a suspensão condicional do processo pretende evitar.

Já havia refletido sobre o assunto há algum tempo e tive a satisfação de ver que minhas conclusões coincidem quase literalmente com as do Ministro Moreira Alves.

Denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa - Sr. Presidente, agradeço a V. Exa. ter antecipado o seu voto. Eu apenas havia solicitado a manifestação de V. Exa. pelo apreço que tenho à judicatura do nobre Presidente e sobretudo à sua larga experiência em Direito Penal.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente) - Fico muito honrado, mas a única coisa que me distingue nesta Casa, em matéria penal, é já ter sido objeto da justiça criminal.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa - Pelas razões expendidas pelo próprio Ministro Relator, com as quais eu já havia concordado, e agora com o suprimento de V. Exa., acompanho o Relator, porque, na verdade, há uma sentença criminal com trânsito em julgado.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti - Fui Relator, perante a Primeira Turma, do *Habeas Corpus* nº 74.017, mencionado pelo eminente Ministro Moreira Alves e onde se imprimiu aplicação retroativa ao art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Na reflexão ensejada pela ulterior distribuição, que me foi feita, de dois casos semelhantes, cujos julgamentos ficaram aguardando esta decisão do Plenário, já me inclinava a rever aquela posição e recusar a possibilidade dessa incidência retroperante,

sobretudo depois de haver tomado conhecimento do voto de V. Exa., Sr. Presidente, Sepúlveda Pertence, no *HC* nº 70.641, proferido perante a Primeira Turma, enquanto dela eu estava ausente, para presidir o Tribunal, havendo V. Exa. demonstrado, a meu ver de modo irretorquível, que não é possível, por meio da aplicação retroativa da lei benéfica, fazer retroceder o próprio curso do tempo, para tentar superar a falta de correspondência, com a nova lei, dos fatos que anteriormente a ela ocorreram.

Assim, e diante do que dito, na presente sessão, pelo eminente Relator e no douto voto hoje proferido por V. Exa., Sr. Presidente, estou de acordo em indeferir o pedido.

-:::-

HABEAS CORPUS - CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE - COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SEGUNDO QUEM SEJA A AUTORIDADE COATORA

- 1. O Tribunal de Justiça, ao julgar a apelação interposta pela paciente, não cuidou das questões argüidas neste *habeas corpus*: não pode ser ele considerado coator nem, em conseqüência, o Supremo Tribunal Federal competente para processar e julgar o pedido; caso contrário, haveria supressão de instância.

- 2. *Habeas corpus* não conhecido e determinada a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para proceder como entender de direito.

HABEAS CORPUS Nº 74.415/0-MG - Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer do *habeas corpus*, e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Brasília-DF, 24 de setembro de 1996. *Ministro Néri da Silveira* - Presidente. - *Ministro Maurício Corrêa* - Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio - A paciente revela que foi processada com base nos preceitos dos artigos 12, *caput*, e 18, da Lei nº 6.368/76, tendo sido condenada à pena de dez anos e seis meses de reclusão (Processo de nº 1.619, que tramitou na 1ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis). Argúi a erronia na fixação da pena, porquanto

não consideradas as circunstâncias judiciais, bem como o concurso da primariedade e dos bons antecedentes. Alude, ainda, ao alcance do disposto no inciso III do artigo 18 da Lei nº 6.368/76, no que, consoante o sustentado, estaria direcionado a hipóteses em que envolvidos menores de vinte e um anos ou pessoa com pouca ou nenhuma capacidade de discernimento. Restou pleiteada medida liminar.

Este *habeas corpus* foi impetrado, inicialmente, no Superior Tribunal de Justiça, que declinou da competência (fls. 60), pelo fato de o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ter julgado a apelação.

As informações estão à fl. 28, acompanhadas de documentos, sendo que a Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer de fls. 66 e 67, assim sintetizado:

"Impetração originária contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, em grau de apelação, manteve condenação criminal imposta à paciente".

Recebi os autos para exame em 6 de setembro de 1996, liberando-os em 14 imediato.

É o relatório.

VOTO

O Sr. 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. A paciente não goza de prerrogativa de foro. Assim, cabe perquirir a situação daqueles que integram o órgão apontado como coator - o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Os desembargadores estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes 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 coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Todavia, até aqui este não é o entendimento prevalente. O Plenário, ao concluir o julgamento da Reclamação nº 314-DF, em que funcionou como Relator o Ministro Moreira Alves, assentou 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.

Continuo convencido de que a apelação devolve ao conhecimento do Tribunal o exame do acerto ou desacerto do decreto condenatório, mesmo

porque, constatado o constrangimento, é possível à Corte, de ofício, conceder o *habeas*. Ora, na hipótese dos autos, pouco importa não haver sido veiculado no recurso o tema versado na inicial, ou seja, a questão concernente à fixação da pena. Sobressai a circunstância de que o Colegiado revisor confirmou o decreto condenatório. Entender-se, a esta altura, que compete ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, prolator do acórdão de fls. 29 a 39, julgar este *habeas corpus* é admitir a possibilidade de vir a cassar a própria decisão. O artigo 512 do Código de Processo Civil é aplicável subsidiariamente à espécie. Inexiste a condenação como retratada na sentença, mas como revelada no acórdão que a substituiu. A aplicação é subsidiária, ocorrendo por força do disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal.

Por tais razões, rejeito a preliminar argüida pelo Ministério Público.

No mérito, a sentença mostra-se fundamentada, como se depreende do seguinte texto:

"No que tange a Maria do Socorro Novaes e seu filho Rogério Novaes Nogueira, adquirentes da maconha em Cabrobó-PE, transportadores e vendedores em Divinópolis-MG, fixo, individualmente, a pena-base de reclusão em sete anos. Sem agravantes e atenuantes a considerar. Em razão da associação, aumento a pena em três anos e seis meses. Sem causa de diminuição a ser considerada, convolo a pena de dez (10) anos e seis (06) meses em definitiva. A de multa, fixo em duzentos e trinta dias, o dia-multa com o valor do trigésimo do salário mínimo".

Destarte, entendendo pela ausência da nulidade argüida, denego a ordem.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa - Sr. Presidente, nos casos em que a matéria suscitada na impetração não tenha sido colocada para o exame do Tribunal *a quo*, as duas Turmas desta Corte têm entendido que não é o caso de se conhecer do *writ*. Assim tenho votado nesta Turma e não vejo razão para alterar este ponto de vista, pela simples razão de que o contrário implicaria a supressão de um dos graus de jurisdição a que a parte tem direito. Por isso mesmo, não conheço do presente *habeas corpus* e determino a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para que decida sobre o tema, como entender de direito.

É como voto, com a devida vênia do e. Relator.

VOTO SOBRE PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente) - Também tenho seguido esse entendimento, não obstante examine caso a caso, porque creio que o pressuposto do voto do Sr. Ministro Relator está correto, particularmente

não se tratando de decisão do júri. Há uma decisão, no caso concreto, confirmatória da sentença pelo acórdão. Ambas as Turmas têm seguido esse entendimento, especialmente em questão como esta da dosagem da pena. O réu se queixa de que a pena não foi bem dosada, e o Tribunal, tendo em conta que essa matéria não lhe foi submetida, não havendo reclamação no ponto da dosagem da pena, não chegou a examinar a questão.

Desse modo, também peço licença ao Sr. Ministro Relator para acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa e, assim, não conhecer do pedido, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO E NOMEADO JUIZ DE DIREITO - ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM VENCIMENTOS

- Como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, citando precedentes, esta Corte já firmou o entendimento de que "a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição Federal, art. 37, XVI e XVII, art. 95, parágrafo único, inciso I".

- Recurso extraordinário conhecido e provido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 182.362/3-DF - Relator: Ministro MOREIRA ALVES

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 e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 27 de maio de 1997. - *Moreira Alves* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) - É este o teor da ementa do acórdão prolatado em mandado de segurança:

"Ementa: Candidato aprovado em concurso e nomeado juiz de direito Interessado aposentado - Direito a posse - Inexistência de proibição constitucional de acumulação de proventos com vencimentos. - No dizer de RUI há uma notável distinção entre o exercício de cargo público (atividade) e a aposentadoria (inatividade). A Constituição Federal/88 em nenhum

passo proibiu a acumulação de proventos com vencimentos; vedou apenas a acumulação de vencimentos, salvo os casos que indica. As normas que excepcionam ou restringem direitos se submetem a interpretação estrita, e, no dizer de Maximiliano: 'quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio'. À luz dos preceitos constitucionais vigentes, inexistindo a proibição referida, afigura-se ofensivo o ato da autoridade recusando-se a empossar o interessado. - Segurança concedida por maioria" (fls. 75).

Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho:

"Cuida-se de recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, *a*, do Estatuto Fundamental, em razão de acórdão do Conselho Especial do TJDF, que entendeu não haver proibição constitucional de acumular proventos com vencimentos.

Alega o recorrente contrariedade aos artigos 37, I, XVI e XVII, e 5º, I e XIII, da Constituição Federal.

Contra-razões às fls. 146/176.

O recurso é cabível e tempestivo. Passo ao exame dos demais pressupostos.

A preliminar de ilegitimidade do MP para recorrer esbarra nos termos claros do § 2º do art. 499 do CPC.

Os artigos 34, I, 5º, I e XIII, não foram objeto de análise, discussão e decisão pela Corte, faltando-lhes o necessário prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356 do STF). Veja-se, a propósito, que a controvérsia não se estabeleceu sobre a matéria contemplada nestes dispositivos, o que inviabiliza a via eleita. A análise de certos temas para enriquecer o julgado não implica consagrá-los como fatais ao deslinde da questão.

No que tange aos incisos XVI e XVII do art. 37, decidiu-se que a Constituição não proibiu a acumulação de proventos com vencimentos, vedou apenas a acumulação de vencimentos. Aliás, este entendimento já vinha sendo consagrado pelo STF, mesmo sob o advento da Constituição Federal de 1967, *verbis*: 'Segundo a jurisprudência do STF é legítima a acumulação dos proventos da inatividade com os vencimentos de cargo inacumulável na atividade' (*DJ* de 09/10/81, p. 10.057, AGRAG nº 0083917-SP).

Todavia, quanto à exegese de tais normas, no que concerne à abrangência das vedações nelas contidas, assunto que mereceu amplo debate no aresto recorrido, é de bom alvitre que o STF reaprecie a matéria.

Destarte, admito o presente apelo.

Publique-se" (fls. 178).

À fl. 184, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República:

"Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão que assegurou o direito de acumulação de vencimentos de cargo público com proventos de servidor público aposentado.

Esse colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 163.204, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 31/03/95, firmou o entendimento de que 'a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição Federal, art. 37, XVI e XVII, art. 95, parágrafo único, inciso I'.

No mesmo sentido, RE nº 198.190, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 03/05/96, RE nº 81.729, RE nº 77.237 e RE nº 76.241.

Assim, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso".

É o relatório.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Presidente e Relator) - Com referência à preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, rejeito-a, com base no disposto no art. 499, § 2º, do Código de Processo Civil, que reza:

"Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 2º. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei".

No caso, ocorreu a participação do Ministério Público como fiscal da lei, em se tratando de mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator) - 1. Como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, citando precedentes, esta Corte já firmou o entendimento de que "a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição Federal, art. 37, XVI e XVII, art. 95, parágrafo único, inciso I".

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

2. Em face do exposto, conheço do presente recurso extraordinário e lhe dou provimento para denegar o mandado de segurança.

Custas, *ex lege*.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence - Sr. Presidente, estou de acordo, dados os precedentes do Plenário.

-:::-

- A condição de dirigente ou representante sindical não impede a exoneração do servidor público estatutário, regularmente reprovado em estágio probatório (artigos 8º, VIII; 37, VI; 39, § 2º; e 41 da Constituição, em seu texto original).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 204.625/6-RS - Relator: Ministro OCTAVIO GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília-DF, 2 de outubro de 1998. - *Ministro Moreira Alves* - Presidente. - *Ministro Octavio Gallotti* - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti - Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciada no seguinte voto de seu ilustre Relator, Desembargador Tael João Selistre:

"A apelante foi nomeada para exercer o cargo de atendente de creche, em virtude de sua aprovação em concurso, onde obteve o primeiro lugar, por meio da Portaria nº 309/92, datada de 8 de maio de 1992, tendo sido exonerada por intermédio da Portaria nº 699/93, datada de 23 de julho de 1993 (fls. 14 e 15).

Ou seja, estando em estágio probatório, portanto, sem ter adquirido a estabilidade, foi exonerada por ter sido constatada a sua inaptidão para o cargo para o qual foi nomeada.

O estágio probatório, como sabido, *é o período de exercício de funcionário, durante o qual é observado, e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência, etc.)* (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., p. 373.)

Por isso que, *comprovado durante o estágio probatório que o funcionário não satisfaz as exigências legais da Administração, pode ser exonerado justificadamente pelos dados colhidos no serviço, de forma estatutária, independentemente de inquérito administrativo, isto é, de processo administrativo disciplinar. Essa exoneração não é penalidade, não é demissão; é simples dispensa do funcionário, por não convir à Administração a sua permanência uma vez que se revelaram insatisfatórias as condições de seu trabalho na fase experimental, sabiamente instituída pela Constituição para os que almejam a estabilidade no serviço público* (idem, p. 373/374).

Inobstante isso, tem sido afirmado que, mesmo para os servidores que não adquiriram estabilidade, devem ser observados os princípios consagrados no artigo 5º, inciso LV, combinado com o artigo 41, § 1º, ambos da Constituição da República, embora se referindo esse último dispositivo aos estáveis. Razão, aliás, do enunciado da Súmula nº 21, do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, esse entendimento deve ser aplicado com moderação, no sentido de que a exoneração, nessa fase probatória, deve ser sempre motivada, baseada em motivos e fatos reais que revelem a inaptidão do servidor. Ou seja, ela não pode ser arbitrária, mas, ao contrário, deve ser apurada por intermédio dos meios administrativos regulares, sem o formalismo do processo administrativo, como lembrado pelo mesmo administrativista, sendo necessário que a *Administração justifique, com base em fatos reais, a exoneração* (idem, p. 374).

Mesmo porque, se ela não *pudesse exonerar o funcionário em fase de observação, nenhuma utilidade teria o estágio probatório, criado precisamente para se verificar, na prática, se o candidato à estabilidade confirma aquelas condições teóricas de capacidade que demonstrou no concurso ou foram presumidas na sua nomeação para um cargo de provimento efetivo.*

Durante esse período, que é de dois anos, não tem o servidor estabilidade, mesmo que esteja exercendo cargo de direção ou de representação sindical. Ainda que o artigo 37, inciso VI, da Constituição da República, assegure a sindicalização do servidor, o certo é que a vedação de dispensa do sindicalizado em cargo de direção ou representação, a partir do registro da candidatura e até um ano após o final do mandato, estabelecida no artigo 8°, inciso VIII, da Constituição da República, é limitada para os trabalhadores regulados pela legislação trabalhista. Não pode ser estendida para os servidores em estágio probatório, mesmo porque o artigo 39, § 2°, da Constituição Federal, não determinou para eles a aplicação desse dispositivo. Nem poderia ser de outra maneira, eis que a estabilidade funcional, nos termos do artigo 41, *caput*, da Carta Magna, somente pode ser adquirida após dois anos de efetivo serviço, não se podendo cogitar de qualquer forma antecipada de sua aquisição e, muito menos, de que, durante o exercício desses cargos, fique suspenso o prazo do estágio probatório.

Estando o servidor na fase probatória, ainda que exercendo cargo de direção ou de representação sindical, constatada a sua inaptidão, pode ser exonerado, atendidas as disposições legais pertinentes.

A apelante, portanto, não era estável e a sua exoneração decorreu da constatação de sua ineficiência para o cargo para o qual foi nomeada, tendo o ato sido devidamente motivado, como se constata pela simples leitura da portaria exoneratória.

Não houve, assim, como se constata pelos elementos existentes nos autos, qualquer vício formal que maculasse a sua exoneração.

Foi atendido integralmente o disposto no artigo 22 e seus parágrafos da Lei Municipal n° 117/90, tendo à apelante sido assegurada defesa, como se verifica, inclusive, pela manifestação por ela apresentada e dirigida para a Comissão de Sindicância, regularmente instituída para avaliação de estágio probatório.

Não há exigência legal de que as portarias sejam publicadas em algum periódico, bastando que seja atendido o princípio da publicidade, com a fixação das portarias no mural de publicações da Prefeitura, como ocorreu no caso, com prazo suficiente para o seu conhecimento, como certificado no verso das respectivas portarias, entre elas a que exonerou a recorrente, cujas cópias foram juntadas na ação de mandado de segurança em apenso.

O fato de ter sido prorrogado o prazo para a Comissão de Sindicância ultimar a sua tarefa não implica qualquer vício formal, de modo a caracterizar a irregularidade pretendida. Nem o fato de ela ter sido composta por pessoas recentemente admitidas e sem o alegado conhecimento técnico da função exercida pela apelante. Elas poderiam ser designadas para o exercício dessa tarefa, mesmo porque não é requisito legal que elas exerçam a mesma função da investigada, eis que a sua atuação tem por finalidade apurar os requisitos para a estabilização ou não do servidor, relacionados com a assiduidade, aptidão, eficiência, entre outros, o que pode ser avaliado por qualquer servidor.

Aliás, a apelante, com a presente ação, renovou a discussão que havia deduzido por ocasião do mandado de segurança, quando buscava cassar, com a alegação de nulidade, as portarias em questão. Naquela oportunidade sustentava, também, a ausência de publicidade das portarias, a não-oportunização do direito de defesa e o exercício de atividades diversas pelos membros da comissão. A ordem foi denegada, com a decisão transitada em julgado, circunstância bastante, inclusive, para impedir o exame das mesmas questões ora ventiladas, mas, de qualquer modo, precisa para demonstrar o acerto da decisão repelindo a pretensão.

Mantenho, portanto, a sentença, pelos seus próprios fundamentos, negando, assim, provimento à apelação" (fls. 257/261).

Alega a recorrente contrariedade ao disposto no art. 8°, VIII, combinado com o art. 37, VI, ambos da Constituição, argumentando no essencial:

"A Constituição, quando garantiu ao servidor público o direito à livre associação, estava garantindo, sem dúvida, a sua estabilidade sindical. Não tem sentido ter o direito à associação e não ter o direito a estabilidade sindical. Uma sem a outra nada vale.

A Constituição da República, quando garantiu ao servidor público o direito à livre associação, estava garantindo, sem dúvida, a sua estabilidade sindical, provisória. Não tem sentido o direito à associação, sem que disso resulte a estabilidade" (fls. 273).

Foi o apelo admitido, ante as seguintes considerações do eminente Desembargador Sérgio Pilla da Silva, Primeiro Vice-Presidente:

"Com efeito, o presente apelo merece ser admitido, pois ponderável a alegação recursal de que a estabilidade

provisória concedida pelo art. 8°, VIII, da Constituição Federal, ao empregado sindicalizado, se estende aos servidores públicos, aos quais é garantido o direito à livre associação sindical (art. 37, VI, da CF).

Ademais, a doutrina abalizada (Adilson Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Ivan Barbosa Regolin, entre outros), por sua vez, esposa a tese de que aos servidores públicos se estendem as regras insculpidas no art. 8° da Lei Maior, por ser esta uma norma de âmbito geral e, por isso, perfeitamente aplicável, uma vez que compatível.

Mostra-se, portanto, a questão posta nos autos, matéria controvertida, uma vez que existem decisões de outros tribunais no mesmo sentido da tese sustentada pelo recorrente, cabendo ao Pretório Excelso a última palavra acerca da matéria, de cuja orientação não se tem conhecimento" (fls. 292).

Nesta instância oficiou o ilustre Subprocurador-Geral da República:

"Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão que julgou válida exoneração de servidor em estágio probatório e ocupante de cargo de direção no sindicato da categoria, independentemente de procedimento disciplinar, observada, entretanto, a garantia da ampla defesa, nos termos dos arts. 5°, LIV e LV e 41, § 1°, da Carta Política.

Esse colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n° 204.075, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 19/03/97, manifestou-se no sentido de que a garantia prevista no art. 8°, VIII, da Constituição Federal, 'não afasta a resolução da relação jurídica, quer diante de falta grave quer em face de avaliação negativa procedida em fase probatória. O que é assegurado aos dirigentes sindicais não pode ser tomado com um *bill* de indenidade, a ponto de implicar privilégio. Também eles ficam sujeitos às conseqüências do cometimento de falta grave ou da inaptidão para o serviço. Não e crível encerre a Lei Máxima favorecimento tal que o exclua da regra geral decorrente de estágio probatório'.

Assim, opina o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso" (fls. 298/9)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator) - Começo por esclarecer que, entre as questões anteriormente suscitadas no mandado de segurança, a que se refere o antepenúltimo parágrafo do voto reproduzido em meu relatório, não se inscreve a concernente à preterição de garantia de estabilidade, causa de pedir a que exclusivamente se prende o recurso extraordinário, manifestado por violação dos artigos 8°, VIII e 37, VI, da Constituição. Não obsta, portanto, à apreciação do apelo, a coisa julgada decorrente de ação pretérita.

Não vislumbro, entretanto, procedência nas razões que animam a petição de interposição.

A negativa da extensão da prerrogativa instituída no inciso VIII do art. 8° da Carta Federal corresponde, não somente, à omissão desse dispositivo na remissão constante do art. 39, § 2° (como ressaltado pelo acórdão), mas à própria lógica do sistema erigido pela Constituição, a respeito do instituto da estabilidade, nas relações de trabalho, plenamente diferenciado no tocante aos empregados, de um lado, e, de outro, aos servidores públicos.

Em relação aos primeiros, a Constituição, mercê da generalização do fundo de garantia por tempo de serviço (art. 8°, III), é infensa à aquisição de estabilidade permanente, assegurando, todavia, alguns tipos da provisória: dirigentes sindicais (art. 8°, VIII), membros de comissão de prevenção de acidentes e empregadas gestantes (art. 10, II, do ADCT).

De seu turno, em referência aos servidores públicos admitidos por concurso, é permanente a estabilidade adquirida após dois anos de serviço (art. 41), sem previsão de hipótese de gozo temporário da garantia.

Note-se o transplante, à situação do servidor, da estabilidade temporária (como pretende a recorrente), viria a conduzir a substancial ampliação do alcance do benefício constitucional tal como eficaz na sede em que previsto, pois o transcurso simultâneo do mandato sindical (acrescido de um ano) e do biênio do estágio probatório levariam o funcionário à automática estabilidade permanente (com discriminatória dispensa da prova a que sujeitos os colegas), resultado insusceptível de ser atingido pelo empregado.

Vê-se, mais, que a salvaguarda do art. 8°, VIII, da Constituição, é erigida contra o arbítrio do empregador, por conveniência da empresa, ao passo que a avaliação do estágio probatório obedece ao regramento administrativo, voltado para o interesse público, sem falar no império da isonomia, que está a exigir igualdade no processo seletivo, de que é etapa complementar a aprovação no estágio probatório.

Todas essas peculiaridades (e até certo grau de antagonismo) estão a conspirar contra a tese da interpretação extensiva, senão analógica, preconizada pela recorrente.

Não conheço, portanto, do recurso extraordinário.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence - Sr. Presidente, o argumento mais impressionante no voto do eminente Relator é o do silêncio, que S. Exa. classificou de eloqüente, do art. 39, § 2°, que enumera taxativamente os direitos sociais do trabalhador, estabelecidos para o trabalhador privado no art. 7° da Constituição, que se estenderiam, se aplicariam ao servidor público.

Sucede, Sr. Presidente, que não interpreto o art. 8°, VIII, que estabelece a chamada *estabilidade sindical provisória*, como garantia do trabalhador, mas como garantia do sindicato. Por isso, me parece que negá-lo ao servidor

público viola efetivamente a garantia da sindicalização da categoria.

Peço vênia ao eminente Relator para dissentir e dar provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Presidente) - Com a devida vênia do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, acompanho o Relator, não só pelo fundamento do art. 39, mas também pela circunstância de que o sistema de estabilidade do servidor público é incompatível com a aplicação desse princípio de estabilidade temporária, que se compatibiliza apenas com os trabalhadores que não são servidores públicos.

-:::-

MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG - EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, *A*, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO

- Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros das sociedades, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva.

- Recurso não conhecido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 213.631/0-MG - Relator: Ministro ILMAR GALVÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer do recurso extraordinário. Votou o Presidente.

Brasília-DF, 09 de dezembro de 1999. - *Ministro Carlos Velloso* - Presidente. - *Ministro Ilmar Galvão* - Relator.

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator) - Sr. Presidente, sugiro seja remetido o presente recurso para o exame do Plenário.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator) - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso extraordinário, com base no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça estadual que julgou extinta, sem julgamento do mérito, ação civil pública movida pelo *Parquet* estadual em que se objetiva a declaração de inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública do Município de Rio Novo, instituída pela Lei Municipal nº 23/73.

O acórdão impugnado concluiu pela impossibilidade de que se aferisse a constitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Federal em sede de ação civil pública, quando a Carta da República prevê via própria e específica para esse fim, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade.

Alega o recorrente que, ao assim decidir, o aresto violou os arts. 102, I, *a*, e 125, § 2º, da Constituição Federal. Sustenta que a ordem jurídica nacional não prevê o controle concentrado de normas municipais em face da Carta Magna, já que não seria este exercido pelo Tribunal estadual nem pelo STF.

Aduz, ainda, que o diploma legal impugnado na ação civil pública é anterior à atual Carta da República, razão pela qual a sua constitucionalidade só poderia ser aferida pelo controle difuso.

Contra-razões às fls. 248/258.

O recurso extraordinário foi admitido na origem, havendo a douta Procuradoria-Geral da República, em paracer da lavra do Dr. João Batista de Almeida, opinado pelo conhecimento e provimento.

A remessa dos presentes autos ao Plenário se deu em virtude de decisão da eg. Primeira Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator) - Decidiu o acórdão recorrido, *in verbis* (fls. 204/211):

"... No caso *sub judice* foi proposta uma ação civil pública, visando suspender a cobrança de Taxa de Iluminação Pública, instituída pelo Município (fls. 09), alínea *a*, e a declaração da ilegalidade e inconstitucionalidade da mesma...; tudo em nome da proteção aos direitos dos consumidores.

(...)

O art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal, trata do controle, via de ação direta, nos casos de inconstitucionalidade de lei, ou ato normativo federal, ou estadual, em face da Constituição Federal... Os legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade vêm enumerados nos incisos do art. 103 da Carta Federal.

Por outro lado, a Constituição Estadual Mineira, no seu artigo 118, disciplina a ação direta de inconstitucionalidade de lei, ou ato normativo estadual ou municipal, em face desta Constituição e também enumera os legitimados a ingressarem com a referida ação, entre os quais temos, no inciso III, o Procurador-Geral de Justiça.

Dessa forma, em razão mesmo da importância do tema e de seus reflexos em um Estado Federativo, entendo que não podemos tornar a ação civil pública sucedânea da ação direta de inconstitucionalidade.

(...)

A Taxa aqui examinada foi instituída por Lei Municipal (Lei nº 23/73) e é argüida sua incompatibilidade com o Texto Federal - no que deve possuir similar disposição a nível estadual - e com normas do Código Tributário Nacional. Não podemos mascarar o pedido de declaração direta de inconstitucionalidade com a proteção dos interesses dos consumidores, o que, efetivamente, aí sim, ocorre através da ação civil pública.

(...)

Pelo que verificamos nos autos, pretende o representante do *Parquet* em ação civil pública o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. Mas os efeitos produzidos pelo reconhecimento da inconstitucionalidade circunscrevem-se às partes; ou seja, *in casu*, a instituição do Ministério Público Estadual e o Município de São Francisco.

Assim, pelos efeitos da ação incidental, poderíamos, absurdamente, afirmar que fica a instituição do Ministério Púbico estadual desobrigada da cobrança da taxa de iluminação pública instituída pelo Município.

De outra forma, se a decisão na ação civil pública tem efeito *erga omnes*, ou seja, susta a cobrança da taxa de iluminação pública para todos os habitantes do município, por considerá-la inconstitucional, como foi decidido na r. sentença, não mais podemos falar em efeitos *inter partes*.

Ainda pode-se afirmar que cada habitante poderá propor uma ação, individualmente, por se sentir lesado pela referida lei, o que descaracteriza a indeterminação de sujeitos e, assim, autoriza através dos meios jurídicos próprios a declaração incidental de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*.

(...)

Por todos os fatos arrolados, o que constatamos é a absoluta incompatibilidade do reconhecimento incidental da inconstitucionalidade das leis na ação civil pública, interposta pelo representante do Ministério Público.

(...)".

No recurso, como relatado, foi alegada ofensa ao art. 102, I, *a*, da CF,

dispositivo que não prevê competência do STF para o controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal; e ao art. 125, § 2º, da mesma Carta, que só atribui competência aos Tribunais de Justiça para representações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

O ilustrado parecer da douta Procuradoria-Geral da República assim se manifestou sobre a controvérsia (fls. 270/2, 273/4 e 276/82):

"Não paira qualquer dúvida quanto à legitimação do Ministério Público para a ação civil pública, mesmo que, incidentalmente, tenha que se afastar a aplicação de lei municipal, estadual ou federal".

Como se sabe, o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, atribui legitimação ao Ministério Público para a 'defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'.

Ora, é inegável que o recorrente, ao ajuizar a ação civil pública noticiada nos autos, pretendeu, com sua atuação, promover a defesa de interesses sociais da massa de contribuintes do Município envolvido. Não pretendeu o Ministério Público, em momento algum, promover a defesa singular de determinado contribuinte, substituindo-o em pleito individual (puro) e disponível - o que não está autorizado pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional (Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90-CDC). O pleito, segundo se vê da petição inicial acostada às fls. 02/10, visa a beneficiar *todos* os proprietários, possuidores e ocupantes de imóveis no Município referido, presentes e futuros. Não a um ou alguns. Daí a relevância social da pretensão posta em Juízo.

Não fosse isso, o Ministério Público tem, dentre as suas funções institucionais, a de 'promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos' (CF, art. 129, inc. III), categoria na qual estão incluídos os consumidores e os contribuintes, inclusive os de taxa de iluminação pública. Aqui, mais uma vez, é reafirmada a legitimação do Ministério Público para a causa, e de forma tão eloqüente, que passou a se constituir função institucional.

Caso não se entenda tratar-se de direito ou interesse coletivo, ainda assim restaria intacta a legitimação do órgão ministerial para a causa, pois, forçosamente tais direitos teriam que ser classificados como 'individuais homogêneos de origem comum', para cuja defesa coletiva está no *Parquet* autorizado, a teor dos arts. 81, parágrafo único, inc. III, e 82, inc. I, e 91 da Lei nº 8.078/90. Como lembrado pelo Ministro Carlos Velloso, 'não é na Constituição, art. 129, III, que se pode buscar a legitimidade do Ministério Público para defender, mediante ação civil pública, direitos individuais homogêneos', e sim no Código do

Consumidor (RE nº 163.231-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário). E o Ministério Público pode legitimamente assumir essa função, visto que compatível com sua finalidade (CF, art. 129, inc. IX).

Verifica-se, portanto, que apenas a essa categoria de interesses ou direitos individuais, os *homogêneos*, a lei atribui legitimação ao Ministério Público para a sua defesa coletiva. Ou seja, mesmo em se tratando de direitos individuais (portanto, sob esse aspecto, divisíveis e disponíveis), o legislador conferiu legitimação ao Ministério Público e a outros co-legitimados para a respectiva defesa. Mas o fez tendo presente a relevância social dessa opção e a conveniência de que fossem coletivamente defendidos num único processo. Daí dizer-se que os direitos individuais homogêneos são 'acidentalmente coletivos' (José Carlos Barbosa Moreira), ou coletivos 'em sentido lato' (Hugo Nigro Mazzilli), ou até mesmo 'subespécies de interesses coletivos' (Min. Maurício Corrêa, RE nº 163.231-SP).

De todo modo, o tema já foi tratado por esse Colendo Supremo Tribunal, em pelo menos duas oportunidades, em ambas com o reconhecimento da legitimação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública como a versada nos autos.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 163.231-SP, Relator o Min. Maurício Corrêa, essa Suprema Corte assim decidiu:

'Ementa: Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do *Parquet* para discuti-las em juízo.

(...)

As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do órgão do Ministério Público, pois, ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como *dever do Estado e obrigação de todos* (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos *interesses coletivos*, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.

Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação'.

Em data mais recente, ao julgar o RE nº 185.360/3-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, a Corte reafirmou esse entendimento:

'Ementa: Constituição. Ação civil pública. Mensalidades escolares. Ministério Público. Legitimidade. Lei nº 8.078, de 1990, art. 2º, parágrafo único. Lei nº 8.625, de 1993, art. 25, CF, art. 129, III.

I - Ação civil pública que tem por objeto fixação e pagamento de mensalidades escolares: os interesses ou direitos daí decorrentes podem ser classificados como coletivos: legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública, mesmo porque, considerados esses direitos como individuais homogêneos, têm vinculação com o consumo, ou podem os titulares do direito ser considerados como consumidores: Lei nº 8.078/90, art. 2º e seu parágrafo único.

II - RE conhecido e provido'. (RE nº 185.360/3-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, V. un., j. em 17/11/97, publ. *DJ*, 20/02/98).

(...)

Outro ponto abordado no acórdão e no apelo extremo é o da adequação da ação civil pública para o controle incidental da constitucionalidade de lei em juízo de primeiro grau.

Sustentou o eg. Tribunal *a quo* a inidoneidade da ação civil pública para o reconhecimento, ainda que incidental, da inconstitucionalidade das leis, asseverando ser a ação direta, perante o Tribunal Estadual, a única adequada para veicular pleito de controle incidental de inconstitucionalidade da lei municipal de Rio Novo.

Note-se que extremada a posição da Corte Estadual. Poderia ter razão fosse o pedido único da ação civil pública a declaração da inconstitucionalidade da lei federal ou estadual - (Reclamação nº 434, Rel. Min. Franciso Rezek, *DJU* de 09/12/94). A tal, no entanto, não chegou o órgão ministerial, que definiu precisamente o pedido, consistente na sustação da cobrança da taxa de iluminação pública, afastando-se, para tanto, incidentalmente, a aplicação da lei municipal impugnada. Logo, não se cuida de controle concentrado de lei federal ou estadual - o que, sabidamente, é da alçada do Supremo Tribunal Federal. Nem de ação direta contra lei municipal tida por inconstitucional em face da Constituição Federal - inexistente no ordenamento jurídico.

Ocorre que a hipótese não é de controle concentrado - vedado em primeiro grau - e, sim, de controle difuso, incidental, admissível em primeira instância, em qualquer processo civil contencioso, inclusive na ação civil pública, introduzida há mais de dez anos no direito processual brasileiro, e que tanta perplexidade tem gerado. Esta é, em verdade, uma ação cível de rito ordinário, em cujo bojo nunca se negou a viabilidade do controle incidental da constitucionalidade das leis. Os pontos que dão alguma peculariedade à ação civil pública, como a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento, na

categoria de substituto processual e o efeito *erga omnes* não a tornam ação especial e diversa, a ponto de impedir a discussão incidental acerca da constitucionalidade da lei ou do ato normativo que embasou a suposta ofensa a direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo - âmbito de manejo desse tipo de ação.

Isto porque a legitimação ministerial para a substituição processual decorre de Constituição (CF, art. 129, inc. III) e da lei (Lei nº. 7.347/85, art. 5º, e Lei nº 8.078/90, art. 82, inc. I). E o efeito *erga omnes* - só ocorrente quando a ação tiver por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, e não quando se tratar de direitos individuais homogêneos (como parece ser o caso sob exame) - não tem a dimensão que se lhe pretende emprestar, nem tem o condão de desnaturar a ação civil pública, a torná-la inidônea, como sustentado alhures (Recl. nº 602/6-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 03/09/97, T. Pleno, maioria).

Por isso mesmo, sem razão os juristas como Hugo de Brito Machado, Gilmar Ferreira Mendes e Arnoldo Wald, que, sob tais argumentos, sustentam a inidoneidade da ação civil pública para veicular pleito de controle incidental de inconstitucionalidade.

Em julgamento recente, o Col. Supremo Tribunal Federal lançou luz sobre a questão. Ao julgar a Reclamação nº 602/6, Rel. Min. Ilmar Galvão, a Corte firmou o entendimento de que o controle difuso da constitucionalidade de leis pode ser exercido pelos magistrados de primeiro grau, em sede de ação civil pública. Eis a ementa:

'Reclamação. Decisão que, em ação civil pública, condenou instituição bancária a complementar os rendimentos de caderneta de poupança de seus correntistas, com base em índice até então vigente, após afastar a aplicação da norma que o havia reduzido, por considerá-la incompatível com a Constituição. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, *a*, da CF.

Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo.

Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal.

Improcedência da reclamação' (Tribunal Pleno, maioria, j. em 03/09/97).

Do voto vencedor do Min. Ilmar Galvão, por didático e altamente esclarecedor, merece ser destacado o seguinte trecho:

"Na verdade, o efeito *erga omnes* da sentença em ação civil pública parece somente suscetível de ser produzido quando tiver ela por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos de que tratam os incisos I e II do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Precisamente, em face da indivisibilidade que reveste esses interesses ou direitos, e não por outro qualquer motivo. Assim, no primeiro caso, uma sentença que proíba a fabricação de determinado produto, que interdite uma fábrica poluidora do ar atmosférico, que impeça o desmatamento de determinada área, ou que vede a demolição de determinado prédio de valor histórico; e, no segundo, a que afaste uma exigência legal imposta a toda uma categoria profissional. Nessas hipóteses, é fora de dúvida que a decisão terá necessariamente efeito *erga omnes*. Fundada que seja ela em declaração de inconstitucionalidade de determinada lei, a declaração obviamente aproveitará a todos os interessados.

No caso dos autos, entretanto, o que se tem é uma ação proposta na defesa de direitos individuais homogêneos, cujos titulares constituem grupo de pessoas que agem sob alegação de prejuízos patrimoniais divisíveis, atribuídos a determinada entidade bancária. Por isso mesmo, no caso sob apreciação, poderia o réu, ora reclamado, questionar o cabimento da ação civil pública como instrumento de proteção de direitos individuais homogêneos; a legitimidade da substituição processual que se verificou no pólo ativo; ou, mesmo, a competência da justiça paulista para compor danos tidos por verificados fora dos limites do Estado de São Paulo; nunca, entretanto, o efeito *erga omnes* que a sentença nem teve, nem poderia ter, visto alcançar tão-somente os entes envolvidos na relação processual, a não ser que, aí, *erga omnes* signifique apenas contra todos os interessados relacionados com o réu, o que não é o caso das ações diretas de inconstitucionalidade.

Afastadas que sejam as mencionadas exceções processuais - matéria cujo exame não tem aqui cabimento - inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora da jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário entre nós é nacional, e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de primeiro grau, que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis.

Não cabe, portanto, afirmar, como fez a inicial, que a ação civil pública em tela outra coisa não fez senão impugnar, conquanto por via oblíqua, o conteúdo normativo, ainda que parcial, do art. 17, I, da Lei nº 7.730/89, nem que essa providência somente poderia ter sido posta em prática por quem constitucionalmente legitimado a fazê-lo

perante o Supremo Tribunal Federal. Tampouco, conseqüentemente, que, ao processá-la e julgá-la, haja a Corte reclamada usurpado competência deste Tribunal, dando lugar à reclamação prevista no art. 102, I, *l*, da CF.

No primeiro caso, porque, como visto, trata-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução nítida de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, embora sob alegação de ser inconstitucional o dispositivo legal que aparentemente estaria impedindo o seu gozo; e, no segundo, porque esse objetivo poderia ser alcançado pelo autor, ora reclamado, em sede de controle *in abstracto* de ato normativo, não havendo espaço, portanto, para concluir, sem incidir em manifesta contradição, que invadiu a jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal o julgador que proferiu decisão insuscetível de ser ditada por esta própria Corte nas circunstâncias apontadas'.

Resulta claro, pois, que a ação civil pública é adequada para o controle difuso da constitucionalidade de lei ou ato normativo.

A questão versada nos autos é ainda mais singela, visto que não se cuida nem de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei municipal. Sendo esta do ano de 1973, o que se pleiteou, em verdade, foi o reconhecimento de que não fora recepcionada pelo novo ordenamento constitucional inaugurado em 05/10/88.

Portanto, absolutamente inviável é o caminho proposto pelo eg. Tribunal de origem, de que a via processual adequada é a ação de declaração de inconstitucionalidade proposta pelo Procuradoria-Geral de Justiça ou outro co-legitimado, perante a Corte Estadual. Ação desse jaez seria natimorta, por juridicamente inviável em face do fenômeno da não-recepção da lei pretérita à Constituição, como aliás reconheceu o próprio Tribunal quando do julgamento dos embargos de declaração (fls. 229), após alertado pelo órgão ministerial (fls. 218/224).

Nessa mesma linha de raciocínio, os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 49.272/6-RS e 98.286-SP, já citados.

Assim sendo, a questão da validade da lei municipal só poderia ser veiculada no âmbito da ação civil pública, no caso concreto, em sede de controle difuso, como acertadamente ocorreu.

Entendo, por outro lado, estar suficientemente caracterizada a violação do art. 125, § 2º, da Constituição da República.

Equivocou-se a Corte Estadual ao afirmar que o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal deve ser feito em ação direta, perante aquela Corte, por provocação do Procurador-Geral de Justiça ou de outro co-legitimado (fls. 202/211).

É que inexiste previsão desse tipo de controle direto no nosso ordenamento jurídico, já que o Supremo Tribunal Federal tem competência para processar e julgar a ação direta de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inc. I, *a*), mas não ocorre o mesmo quando se trata de lei municipal. Já os Estados foram autorizados a instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual' (art. 125, § 2º), mas não em face da Constituição da República.

Nessa sorte, inexistente a via do controle concentrado da inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, resta apenas e tão-somente o controle difuso - pretendido na ação civil pública e negado pelo Tribunal *a quo*, em flagrante desrespeito à norma constitucional.

Sobre o tema assim se pronunciou, com pertinência e acuidade, RONALDO POLETTI:

'Incensurável a posição do Supremo Tribunal Federal. Certo que o sistema em abstrato, força do sistema concentrado, é de natureza excepcional e político, diferente daquele exercido incidentalmente no exercício da atividade exclusivamente jurisdicional, impostergável pelo Estado, no cumprimento de sua obrigação de dizer o direito a um caso concreto.

O argumento de que não se poderia dar pela admissibilidade da ação perante o Tribunal de Justiça, porque nem ao Supremo Tribunal se permite examinar em abstrato a lei ou ato normativo municipal, é forte do prisma técnico-constitucional, no sentido de impedir-se a construção doutrinária para os Estados preencherem a lacuna (!?) da Constituição Federal. Nada tem que ver, no entanto, com argumento de que da decisão do Tribunal de Justiça não caberia recurso extraordinário, pois sempre havia a possibilidade do remédio recursal em face da contrariedade da própria Constituição, força da violação das normas constitucionais relativas à autonomia municipal.

A inexistência da ação não significa, obviamente, a ausência de controle, que continuaria a ser exercido através das ações em concreto, pela forma incidental. Daí não haver razão para a preocupação da conveniência de velar pelo cumprimento da Constituição Federal pelos municípios, até porque a existência da ação direta não significaria, a exemplo do que ocorre (hoje extremamente mitigado pela ampliação do número de sujeitos) a nível federal, que sempre ela seria proposta, ficando a critério de seus titulares' (*Controle da Constitucionalidade das Leis*, Forense, RJ, 1995, 2ª edição, p. 208/9).

Em face de tais considerações, restou clara a violação ao Texto Constitucional, visto que o Tribunal Estadual não tem competência para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, como pretendido por aquela Corte Estadual".

Sem razão, entretanto, o ilustre parecerista.

A Constituição Federal, no art. 127, conceitua o Ministério Público

como "*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*".

E, no art. 129, entre as funções a serem desempenhadas pelo órgão para a consecução de seus objetivos institucionais, inclui a de "*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*" (inciso III).

Não lhe cabe, portanto, a função de proteger direitos puramente individuais, de natureza disponível, sob pena de desvio de função caracterizadora de ilegitimidade processual.

É certo que o inciso IX do referido artigo 129 prevê a possibilidade de o Ministério Público "*exercer outras funções que lhe foram conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade...*", permissivo que autoriza o legislador a lhe atribuir outras funções, mas tão-somente quando consideradas indispensáveis à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em outras palavras, não cabe ao legislador, a pretexto de emprestar eficácia ao referido inciso IX, alargar as hipóteses de utilização da ação civil pública, prevista no inciso III, para além dos limites de atuação do Ministério Público, traçados no *caput* do art. 127, para nelas incluir a proteção de direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos.

A ação civil pública, portanto, é instrumento de defesa dos interesses sociais, categoria que compreende o interesse de preservação do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses *difusos* e *coletivos*, expressões que "*compõem uma díade incindível*", enquanto bens pertencentes a toda a comunidade, "a todos e a cada um, como um bem comum, não individualizável, isto é, sem haver possibilidade de distinção formal individualizadora em termos de direitos subjetivos ou situações jurídicas subjetivas", na lição de MIGUEL REALE (*Questões de Direito Público*, Saraiva, 1997, p. 132).

Vale dizer, portanto, que a ação civil pública pode ser utilizada pelo Ministério Público sempre que se estiver diante de interesses ou direitos de natureza não apenas indisponível, mas também indivisível, circunstância em que, obviamente, a sentença, concluindo pela procedência, valerá para todos os membros da sociedade, como prevê o art. 16 da Lei nº 7.347/85.

Indubitável, na verdade, que o efeito *erga omnes* da sentença em ação civil pública é somente suscetível de ser produzido quando tiver ela por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, precisamente, em face da indivisibilidade de que se revestem esses interesses ou direitos e não por outro qualquer motivo. Nessas hipóteses, é fora de dúvida que a decisão terá necessariamente efeito *erga omnes*.

Não tem o Ministério Público, portanto, legitimidade para promover,

por via da ação civil pública, a defesa de interesses coletivos, como tais considerados os de que seja titular "*grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base*" (art. 81, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 8.078/90), e de interesses ou direitos individuais homogêneos (inc. III), situações que comportarão ações individuais ou coletivas, de iniciativa das associações a que se refere o inc. IV do art. 82 do referido diploma legal, cuja sentença, quando favorável, aproveitará a todos os filiados da entidade, nesse sentido havendo de ser entendida a expressão *erga omnes* contida no art. 16 da Lei nº 7.347/85.

De admitir-se, entretanto, que, não raro, interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, portanto, divisíveis e disponíveis, por originarem-se de uma situação fática comum, apresentam-se como que revestidos de indivisibilidade, assimilados, por esse modo, a interesses e direitos difusos, que, por sua natureza social e por sua abrangência, atingem a sociedade como um todo, hipótese em que poderão, também, ser tutelados por via da ação civil pública intentada pelo Ministério Público.

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (*apud* HUGO NIGRO MAZZILLI, *in A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo*, Saraiva, 1955, p. 79), simulou hipóteses dessa espécie, *in verbis*:

"O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico".

Com efeito, nessas hipóteses, o interesse não se afigura como simplesmente de grupo ou individual, ainda que homogêneo, revestindo, por igual, natureza social, aspecto em que tem caráter de interesse indivisível, razão pela qual, sem prejuízo da iniciativa dos próprios lesados, isoladamente, ou em grupo, ou, mesmo, por intermédio da respectiva associação de classe, pode ser judicialmente defendido pelo Ministério Público.

Na verdade, não apenas pode, mas deve o Ministério Público assumir a defesa de quaisquer direitos ou interesses, sempre que revelada conveniência para a sociedade como um todo, independentemente de tratar-se de interesses e direitos que podem, por igual, ser judicialmente defendidos por eventuais prejudicados perfeitamente identificáveis.

Não foi sem razão, portanto, que a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) incluiu o Ministério Público no rol dos legitimados para a ação coletiva nele prevista (arts. 82, I, e 91), dispositivos mandados aplicar à ação civil pública pelo art. 117 do referido

diploma legal. É obvio que tais regras, conforme observa o ilustrado Hugo Nigro Mazzili, não legitimam o Ministério Público a pleitear a reparação do dano sofrido por determinados consumidores lesados pelo fabricante de certa espécie de bens, o mesmo, entretanto, não se podendo dizer relativamente aos consumidores de bens fabricados com defeito ou de serviços prestados em desobediência à lei.

Nessas circunstâncias, a rigor, dois são os interesses lesados: um, de natureza divisível, individual, subjetiva, cuja defesa cabe ao próprio lesado; e outro, de caráter indivisível, coletivo e difuso, de interesse social, cuja proteção se impõe ao Ministério Público.

Da segunda espécie, desenganadamente, os interesses que respeitam à saúde, à educação, ao transporte público coletivo, à segurança dos consumidores, etc., problemas que, enfim, ficariam sem solução, com sério prejuízo para o grupo social, não pudessem ser objeto da ação do Ministério Público, dada, entre outras razões, a grande dispersão de possíveis lesados e a pequena expressão econômica do dano a que, de ordinário, fica exposta cada um deles, fatores suscetíveis de dissuadi-los do recurso ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, o RE nº 163.231, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado pelo Plenário, em 26/02/97.

No caso dos presentes autos, cogita-se de taxa municipal exigida dos proprietários e possuidores de imóveis situados na sede municipal, tida pelo Ministério Público como indevida por inconstitucional.

Sem dúvida, não se configura, aí, a hipótese de que, acima, se cuidou, seja, de situação de que decorrem, a um só tempo, direitos individuais homogêneos e interesse social, de natureza difusa, visto nela não afetado interesse da sociedade como um todo, mas apenas de parcela dessa, representada pelos titulares de domínio ou posse sobre imóveis urbanos.

Por isso mesmo, não tem legitimidade o Ministério Público para pleitear, em ação civil pública, a exoneração do pagamento de tributos, hipótese em que não se estaria diante de interesse difuso, mas de interesse de parcela determinada da sociedade, a dos contribuintes, sendo fora de dúvida que, no plano fiscal, o interesse social, a rigor, coincide com o de arrecadar o tributo, e não com o de conjurá-lo.

É certo que tende a institucionalizar-se, entre nós, de maneira perversa, a exigência de tributos inconstitucionais, pela passividade com que acaba sendo suportada pela maioria dos contribuintes, persuadida do diminuto resultado prático, no plano da relação custo/benefício, que sua contestação judicial oferece.

A circunstância, no entanto, por não pôr em risco o interesse do grupo social, como um todo, não é suficiente para legitimar a ação do Ministério Público, motivo pelo qual eventual impugnação do tributo injusto, por isso,

salvo a hipótese de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Chefe do *Parquet*, haverá de partir do próprio contribuinte, seja diretamente, seja por meio de ente associativo que aja como representante ou substituto processual da classe interessada.

O acórdão recorrido, não havendo dissentido dessa orientação, é de ser mantido.

Para tanto, meu voto não conhece do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio - Senhor Presidente, faço uma outra leitura do disposto no inciso III do artigo 129 da Constituição Federal:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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".

Essa cláusula final, sob a minha óptica, revela que o preceito não é taxativo, não é *numerus clausus*. Além da proteção ao patrimônio público, social e, também, ao meio ambiente, podemos ter outros interesses alcançados, desde que difusos e coletivos. Por outro lado, o artigo 127, ao dispor sobre a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis, alberga os homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor acabou por explicitar uma espécie de interesse compreendida no gênero coletivo. Refiro-me aos interesses individuais homogêneos. Ora, na espécie dos autos, trata-se de interesse individual homogêneo? A resposta, para mim, é desenganadamente positiva, porque a ação foi intentada objetivando beneficiar todos os contribuintes de um município. O interesse social salta aos olhos, considerada a globalidade dos que residem no município, valendo notar a natureza pública da relação jurídica e tributária.

Na espécie, tem-se o interesse social, um predicado que direciona à conclusão do envolvimento de interesses individuais homogêneos, que é justamente o aspecto social.

Estou lembrado de uma hipótese, que não diria mais ou menos favorável do que a retratada nestes autos, na qual o Plenário concluiu no sentido de reconhecer a legitimidade do Ministério Público. Aludo ao problema das mensalidades escolares. Caminhamos nesse sentido, dando uma interpretação, portanto, teleológica ao inciso III do artigo 129 da Constituição Federal, considerada a repercussão no tecido social, ou seja, o interesse abrangente dos cidadãos.

O Ministro Ilmar Galvão menciona a inibição - eu diria a acomodação - dos contribuintes quanto ao acesso ao Judiciário para reclamar, relativamente a tributo, lesão ou ameaça de

lesão a direito. Isso é uma constante, porque o cidadão geralmente aquilata os aspectos positivos e negativos do ajuizamento da ação, considerados os aborrecimentos que tem e as despesas, no que precisa contratar um profissional da advocacia. Esperar-se que cada qual, residente no Município de Umuarama, ajuíze a ação para impugnar a majoração do tributo tida como ilegal é simplesmente assentar-se que não teremos tal ajuizamento.

Chegou ao meu conhecimento que certa vez, discutindo-se a constitucionalidade, ou não, de um diploma que majorava ou introduzia tributo, indagou-se a percentagem, e seria essa a expressão, "a percentagem de inconstitucionalidade", a qual estaria norteada não pelo teor da norma em cotejo com a Carta da República, mas pelo número de cidadãos que, de regra, vêem, no acesso ao Judiciário, o exercício de um direito inerente à cidadania e formalizam a irresignação para vê-la apreciada pelo Judiciário.

Senhor Presidente, conforme parecer da Procuradoria-Geral da República - pelo menos não estou sozinho nessa óptica, estou com um fiscal da lei -, HUGO NIGRO MAZZILI, ao discorrer sobre essa mesma matéria, a legitimidade do Ministério Público, asseverou:

"No caso de ajuizamento visando a obter a devolução de tributos ilegalmente retidos ou recolhidos de milhares ou milhões de contribuintes (...), negar o interesse da sociedade como um todo na solução desses litígios e exigir que cada lesado comparecesse a juízo em defesa de seus interesses individuais seria negar os fundamentos e os objetivos da ação coletiva ou da ação civil pública" (*op. cit.*, p. 80).

Acrescentaria: isto para não se falar em verdadeira reserva de mercado.

Há outro aspecto a respaldar a conclusão sobre a legitimidade em foco. Viabiliza a desburocratização do Judiciário, concentrando pretensões em um único processo, além de implicar freio à fúria arrecadadora do Estado. Sob o ângulo negativo, não vejo qualquer inconveniente na iniciativa do Ministério Público.

Por último, atente-se para a lei complementar regedora da atividade do Ministério Público - Lei Complementar nº 75/93. O artigo 5º, inciso II, impõe-lhe zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário e entre eles estão as limitações ao poder de tributar. Cumpre ao Judiciário agasalhar as iniciativas voltadas ao restabelecimento da paz social, ao equilíbrio das relações Estado-cidadão, viabilizando, até mesmo, o melhor funcionamento da grande máquina que encerra.

Peço vênia àqueles que entendem de forma diversa para conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma em que colocado, endossando, portanto, a manifestação do Ministério Público Federal.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence - Sr. Presidente, no RE nº 195.056, cujo julgamento hoje se concluiu, proferi longo voto-vista concordando com a conclusão do eminente Relator, naquele caso, V. Exa., Ministro Carlos Velloso.

Neste caso, creio ser o voto agora proferido pelo em. Ministro Galvão mais restritivo que o meu, de modo a reduzir a legitimação do Ministério Público à hipótese de interesses difusos, excluindo-a, sempre, quando se trate, na classificação do Código de Defesa do Consumidor, de interesses coletivos *stricto sensu* ou de interesses individuais homogêneos.

Por isso, estando de acordo com a conclusão de S. Exa., entretanto, peço vênia para fundamentar meu voto nas razões expendidas no proferido no RE nº 195.056, de que junto cópia.

Nestes termos não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence - Tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: demarcação da legitimação ativa do Ministério Público - afora os casos de previsão legal expressa - às hipóteses em que concorra o interesse social segundo a Constituição na defesa coletiva: ilegitimidade do MP para a ação coletiva de defesa de contribuintes do IPTU de determinado município.

I

Discute-se a legitimação do Ministério Público para a ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos, no caso pendente, em favor dos contribuintes do IPTU, cuja base de cálculo teria sido aumentada sem lei pelo Município recorrido, em percentual superior ao índice inflacionário.

O pedido foi deduzido nestes termos:

"Seja a presente ação julgada procedente, determinando-se a revisão e correção dos lançamentos do IPTU em todos os carnês de todos os contribuintes de Umuarama, referentes ao ano de 1991, a fim de que os novos lançamentos não ultrapassem o número de BTN's do ano de 1990, pois que assim os valores serão atualizados e não ilegalmente aumentados, ou então que o Município seja condenado a cobrar tão-somente o valor em cruzeiros, nos mesmos importes de 1990, com a devida atualização.

Requer-se, mais, seja determinado que o Município devolva as importâncias indébitas já recebidas, sempre devidamente atualizadas, tudo em prazo a ser estipulado por Vossa Excelência, nunca inferior a um mês, após a decisão final".

Julgada procedente a ação pelo Juízo de primeiro grau, que repelira a preliminar, a ilegitimidade *ad causam* da Promotoria de Justiça foi afirmada, contudo, pelo Tribunal de Alçada do Estado do Paraná.

Interpôs o Ministério Público recursos especial e extraordinário simultâneos.

Fundou-se o recurso especial na ofensa dos arts. 1°, IV, e 5° da LACP (Lei n° 7.347/85).

Mas o Superior Tribunal de Justiça lhe negou provimento por acórdão da lavra do ilustre Ministro Demócrito Reinaldo, assim ementado no REsp n° 57.465:

"Processual civil. Ação civil pública visando impedir o aumento de imposto predial. Ilegitimidade do Ministério Público.

- A Lei n° 7.347/85 disciplina o procedimento da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor (meio ambiente, etc.), incluindo, sob a sua égide, os interesses e direitos individuais homogêneos.

- A lei de regência, todavia, somente tutela os "direitos individuais homogêneos", através da ação coletiva, de iniciativa do Ministério Público, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.

- O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa do contribuinte do IPTU, que não se equipara ao consumidor, na expressão da legislação pertinente, desde que nem adquire, nem utiliza produto ou serviço como destinatário final e não intervém, por isso mesmo, em qualquer relação de consumo.

- *In casu*, ainda que se trate de tributo (IPTU) que alcança considerável número de pessoas, inexiste a presença de manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, para perlavar a legitimação do Ministério Público.

- Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante".

Subsistiu o presente recurso extraordinário, com fundamento na contrariedade ao art. 129, III, da Constituição.

Dele não conheceram, visto diversa a fundamentação dos votos, V. Exa., como Relator, em. Ministro Carlos Velloso, e o em. Ministro Maurício Corrêa.

O voto do Ministro Velloso começa por assentir, conforme o acórdão do STJ, na recusa de ambas as linhas infraconstitucionais de sustentação da legitimidade do Ministério Público para a hipótese: tanto a que compreende os *contribuintes* na noção legal de *consumidores*, quanto a que abrange os direitos individuais homogêneos, sejam quais forem, na admissibilidade da ação civil pública para a defesa de "qualquer outro interesse difuso e coletivo" como previsto no novo inciso IV do art. 1° da Lei n° 7.347/85, acrescentado pelo Código de Defesa do Consumidor. Em seguida, em relação ao tema constitucional restante, concluiu S. Exa.:

"No caso sob julgamento estão em jogo direitos individuais homogêneos - a cobrança de tributo, o IPTU - caso em que, frente à Constituição, art. 129, III, o Ministério Público não tem legitimidade ativa para promover o

inquérito civil e a ação civil pública, mesmo porque, tratando-se de tributos, que se inscrevem no sistema tributário constitucional, a impugnação da legislação que os institui, impugnação em abstrato, faz-se mediante a ação direta de inconstitucionalidade para a qual o chefe do *Parquet* tem legitimidade (CF, art. 103, IV; art. 125, § 2°), certo, de outro lado, de que a ação civil pública não pode fazer as vezes da ação direta de inconstitucionalidade.

A legitimidade do Ministério Público restringe-se a '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'. Não há menção, está-se a ver, no inc. III do art. 129 da CF, a direitos individuais homogêneos. É certo que direitos individuais homogêneos, que se identificam com interesses sociais e individuais indisponíveis, podem ser defendidos, na ação civil pública, pelo Ministério Público, tendo em vista a previsão expressa inscrita na Constituição, art. 127, *caput*: 'O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'. Ora, o direito do contribuinte ao não-pagamento de um tributo e o seu direito à restituição de tributos que teriam sido pagos indevidamente não se identificam com interesses sociais".

Diversamente, o Ministro Corrêa nega a pertinência ao problema do art. 127, CF, que, além de não prequestionado, não diz respeito à legitimação do Ministério Público para ação civil pública.

Entende, porém, S. Exa. que já a norma invocada (art. 129, III, *in fine*, da Constituição) abarca a legitimidade ativa do Ministério Público para propor a ação civil pública em defesa de *interesses individuais homogêneos*, porque são espécies do gênero *interesse coletivo*.

No entanto, para "*fixar o efetivo alcance*" da alusão contida no preceito a "*outros interesses difusos ou coletivos*" - dentre as três hipóteses viáveis de sua interpretação -, o Ministro Maurício Corrêa explica a opção que faz:

"5.1. Não creio que a melhor interpretação seja aquela referida na inicial, na peça recursal, no parecer do Procurador-Geral da República e na sustentação oral do recorrente, segundo a qual a referida expressão '*outros interesses difusos ou coletivos*' alcança todos e quaisquer '*interesses difusos ou coletivos*', entre os quais se incluem os interesses individuais homogêneos.

No exame dos excepcionalíssimos casos de legitimação extraordinária, não cabe interpretação extensiva. Com efeito, normas de exceção não comportam interpretação extensiva, ainda mais em grau máximo e absoluto.

Afasto a hipótese.

5.2. Também não me parece de boa exegese restringir o alcance do preceito apenas por conter norma de

exceção; deve-se-lhe dar uma interpretação equilibrada, sem ampliações desmedidas nem restrições exageradas, de forma que fique compatibilizado harmonicamente com o texto constitucional.

Afasto, também, esta hipótese.

5.3. Entendo que a expressão '*outros interesses difusos ou coletivos*' é indefinida e, assim, sua eficácia depende de lei regulamentadora, que venha a definir o seu alcance, observados os limites estabelecidos na Constituição".

Ora, conclui, S. Exa., "a lei posta outorga expressa legitimação ao Ministério Público para a defesa dos interesses do *consumidor*, mas não faz o mesmo com relação aos interesses do *contribuinte*" e, de resto, "não há no ordenamento jurídico qualquer previsão legal que legitime o Ministério Público a patrocinar, como substituto processual, a defesa dos interesses dos contribuintes".

Pedi vista dos autos, dadas a relevância da questão e as discrepâncias manifestas na doutrina e na jurisprudência, que se refletem nos doutos votos já proferidos.

E passo a emitir meu voto.

II

Com o Ministro Maurício Corrêa, estou que, na inteligência do art. 129, III, *interesses individuais homogêneos* podem inserir-se no âmbito de compreensão dos *interesses coletivos*, a cuja defesa ali se qualificou o Ministério Público.

É preciso recordar que, no acelerado processo de construção teórica e legislativa dos institutos da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, a categoria dos *individuais homogêneos* só ganhou identidade própria entre nós com a sua definição no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, que é de 1990.

Se já é sujeita a críticas a interpretação da Constituição conforme a lei ordinária precedente, menos ainda se sustenta a que parta de uma distinção conceitual advinda de lei superveniente à Constituição, como a que o Código veio a estabelecer entre interesses coletivos *stricto sensu* e interesses individuais homogêneos (art. 81, II e III).

Por isso, "o fato de o art. 129, III, CF não se referir a '*interesses individuais homogêneos*' - acentua com razão RODOLFO MANCUSO (*Sobre a legitimação do MP em matéria de interesses individuais homogêneos em Milaré (coord.), Ação Civil Pública*, ed. RT, 1995, p. 438, 444) - não autoriza, a nosso ver, a ilação de que tal tipo de interesse metaindividual estaria excluído da esfera de atuação do MP. Em primeiro lugar, tal nomenclatura é espécie do gênero '*interesses metaindividuais*', cabendo lembrar que o dispositivo em questão tem um endereçamento visivelmente voltado para a acepção mais genérica, e não para a conotação restritiva: fala em '*patrimônio público e social*' e em outros '*interesses difusos e coletivos*'; em segundo lugar, o inciso IX desse art. 129 também apresenta uma dicção que sinaliza para uma

exegese ampliativa, já que legitima o MP a exercer '*outras funções (...) compatíveis com sua finalidade*'; em terceiro lugar, não se pode dizer, a rigor, que a CF foi omissa quanto aos interesses '*individuais homogêneos*', porque a Carta Magna é de 1988 e essa expressão aparece no CDC (art. 81), texto em vigor a partir de 1990".

Daí não se pode extrair, contudo, como parece pretender o recorrente, que qualquer feixe de pretensões individuais homogêneas, seja qual for o seu objeto, possa ser tema de tutela jurisdicional coletiva por iniciativa do Ministério Público.

Não tenho dúvidas em aderir, como os votos que me precederam, ao virtual consenso doutrinário formado no sentido de não bastar, à legitimação ao MP no particular, a homogeneidade de quaisquer interesses individuais de um número significativo de sujeitos (*e.g.*, KAZUO WATANABE, "Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense, em Sálvio F. Teixeira (coord.)", *As Garantias dos Cidadãos na Justiça*, Saraiva, 1993, 185, 186; J.C. BARBOSA MOREIRA, *Os Novos Rumos do Proc. Civil Brasileiro em Temas de Dir. Processual*, 6ª série, 1997, p. 63, 73; TEORI A. ZAVASCKI, "O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos", *Rev. Inf. Legislativa*, Senado, 1993, v. 117/173; RODOLFO C. MANCUSO, *op. loc. cit.*; LÚCIA V. FIGUEIREDO, "Ação Civil Pública (...) A Posição do Ministério Público", *RT Dir. Públ.*, 16/15, 23 e segs.; HUGO N. MAZZILI, "As atribuições do Ministério Público na LC Federal 75, de 20/05/93", *RT*, 696/445).

Aí sim, nessa extensão sem limites - e não com a generalidade com que feita pelo jurista insigne - quiçá tenha procedência a cáustica observação crítica de MIGUEL REALE (*Da Ação Civil Pública em Questões de Dir. Público*, Saraiva, 1997, p. 130), de que a legitimação do MP para a proteção de direitos individuais homogêneos "*alberga o risco de transformar a comunidade em um conglomerado de incapazes*".

Nesse campo dos direitos individuais homogêneos - diversamente do que sucede com os interesses difusos e os coletivos *stricto sensu* - marcadas, como são, essas duas categorias pelas notas de *indivisibilidade* e de *indeterminação* absoluta ou relativa de seus titulares (TEORI ZAVASCKI, *op. loc. cit.*) - a pretendida legitimação irrestrita do MP não encontraria fundamento convincente, literal ou sistemático, na ordem jurídica posta.

É preciso não perder de vista - conforme a lúcida observação de MANCUSO (*ob. loc. cit.*, p. 439 e segs.) - que, se interesses "*difusos e coletivos são, sem jogo de palavras, essencialmente coletivos*" (...), os "*individuais homogêneos são episódica e contingentemente 'coletivos', já que o são somente na forma judicial pela qual vêm exercidos*": ao contrário daqueles, nesses últimos, anota, "*os sujeitos são já identificados (ou ao menos identificáveis) e o objeto é cindível,*

divisível, atribuído a cada um desses sujeitos": de tudo isso - conclui o autor ilustre - "*no que concerne aos interesses individuais homogêneos, o seu trato processual coletivo não decorre de sua natureza (que é individual!), e sim de duas circunstâncias contingenciais, a saber: a) de um lado, o expressivo número das pessoas integradas no segmento social considerado (ex.: pais de alunos de escolas particulares), inviabilizando o trato processual via litisconsórcio (que seria multitudinário), especialmente agora, como antes acenado, em face da reinserção, no processo civil brasileiro, do litisconsórcio facultativo recusável (CPC, art. 46, parágrafo único, redação da Lei nº 8.952/94); b) de outro lado, o fato de esses interesses derivarem de origem comum, o que lhes confere uniformidade, recomendando o ajuizamento de ação coletiva, seja para prevenir eventuais decisões contraditórias, seja para evitar sobrecarga desnecessária no volume do serviço judiciário*".

A dificuldade está em encontrar o critério de demarcação da área - consensualmente limitada - em que se há de reconhecer a legitimação do Ministério Público para a tutela coletiva de tais direitos individuais derivados de origem comum.

Opta o Ministro Maurício Corrêa por uma diretiva que tem por si a vantagem da objetividade: a fonte constitucional da questionada legitimação do MP para a defesa dos interesses individuais homogêneos, malgrado contida na alusão genérica do art. 129, III, aos interesses coletivos em geral, seria uma norma de eficácia limitada, dependente de específica previsão legal.

A minha visão do problema - que parece mais afinada à doutrina dominante -, se dela perde em objetividade, é menos restritiva que a proposta do Ministro Corrêa e não delega ao legislador ordinário o poder de dar maior ou menor efetividade a uma norma da Constituição.

Como S. Exa., não ponho em dúvida que a lei possa conferir tal legitimidade ao Ministério Público: afinal, sua qualificação para a ação civil pública em defesa de determinada modalidade de direitos subjetivos individuais será uma hipótese a mais de legitimação extraordinária e substituição processual, cuja criação por lei ordinária, guardados os limites da razoabilidade, não encontra óbices constitucionais (assim, incidentemente, o afirmei, não faz muito, com o apoio do Tribunal, no AOr nº 152, 15/09/99, *Inf. STF*, 162, a propósito da inteligência do art. 5º, XXI, da Constituição).

Por isso, ainda no regime constitucional pretérito - antes, portanto, da constitucionalização da ação civil pública como uma das atribuições mais relevantes da instituição - a lei já confiara ao Ministério Público a incumbência de defesa coletiva de duas modalidades, pelo menos, de direitos individuais do gênero (cf. TEORI ZAVASCKI, *op. loc. cit.*, p. 178): a dos investidores no mercado mobiliário (Lei nº 7.912/89) e a dos credores de instituições financeiras postas sob intervenção ou liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024/74, arts. 45/49). De nenhuma delas se questionou a validade constitucional.

A terceira hipótese, já sob a Constituição de 1988, é a do Código de Defesa do Consumidor (art. 81), que sistematizou e divulgou o instituto da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos por iniciativa do Ministério Público: essa, dada a amplitude da noção legal de consumidor (CDC, art. 2º), a mais prolífera das fontes de legitimação do órgão, que a tem admitido em diversos casos de tutela coletiva de interesses sociais relevantes, a exemplo dos relativos aos usuários do ensino privado (*v.g.*, STF: RE nº 163.231, Pl. de 26/02/97, Corrêa; RE nº 185.360, Segunda Turma, 17/11/97, Velloso, *DJ* de 20/02/98; STJ, REsp nº 38.176, Rosado, *DJ* de 18/09/95; REsp nº 39.757, Alencar, *DJ* de 24/04/95; REsp nº 68.141, B. Monteiro, *DJ* de 23/10/95; REsp nº 70.997, Rosado, *DJ* de 18/12/95), integrantes dos planos de saúde (STJ) ou membros de categorias envolvidas em acordo ou convenção coletiva de trabalho (STF, ADIN MC nº 1.852, 05/08/98 (Corrêa).

Não lhe reduzo, porém, a admissibilidade a tais previsões legais explícitas: estou que, da própria Constituição, é possível derivar outras hipóteses.

E para isso, já neste ponto com o Ministro Velloso e a doutrina mais afeita ao tema, considero adequado o apelo ao art. 127 da Constituição, que, delineando em grandes traços o seu papel junto à função jurisdicional do Estado, confia ao Ministério Público "*a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*".

Não creio que, na espécie, a falta de prequestionamento do art. 127 e a limitação do RE à invocação do art. 129, III, sejam obstáculo de maior vulto: não vai a exigência do prequestionamento ao ponto de impedir se valha o juiz do recurso extraordinário, para a interpretação sistemática do dispositivo em que fundado explicitamente o apelo, de argumentos extraídos de outro preceito constitucional.

O contrário seria reduzir o recurso extraordinário à tarefa menor de impor a interpretação isolada do preceito constitucional invocado, ainda quando a pudesse infirmar a leitura sistemática da Constituição na qual inserido.

E, para orientar a demarcação, a partir do art. 129, III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do MP, o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais *indisponíveis,* mas, sim, a dos interesses sociais.

De um lado, a proteção aos interesses ou direitos individuais indisponíveis é função tradicional do Ministério Público, cujo instrumento não será, de regra, a ação coletiva, mas a ação individual, por substituição ao titular incapaz ou hipossuficiente, ou a intervenção no processo comum que lhe diga respeito (cf. J. MARCELO VIGLIAR, *Ação Civil Pública*, Atlas, 1999, p. 79).

De outro lado, a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito

individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva.

Ao contrário, são de direitos disponíveis as hipóteses mais notórias de indiscutida legitimação do MP para a ação civil pública de defesa de interesses homogêneos, a começar daqueles dos consumidores e dos outros casos de anterior previsão legal, já referidos.

O problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, visto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio art. 129, III, da Constituição denomina *patrimônio social*. Não é fácil, no ponto, a determinação do critério da legitimação do Ministério Público.

Para tanto, de logo é de excluir qualquer significado ao juízo antecipado sobre a procedência da pretensão material da coletividade considerada: como toda questão pertinente às condições da ação, também essa, da legitimação *ad causam* extraordinária do MP para a ação civil pública, há de ser resolvida independentemente de indagações sobre a pretensão de mérito, que, aí, para argumentar, se há de supor procedente.

Também não basta identificar o *interesse social*, para o fim cogitado, a que a ação coletiva se pretenda fundada na Constituição.

Certo, não é alheio às incumbências fundamentais do Ministério Público o valor da defesa objetiva da ordem jurídica, de modo especial, a da Constituição: o instrumento específico de seu desempenho não está, porém, na ação civil pública, mas na sua legitimação para ativar os mecanismos jurisdicionais de controle direto de constitucionalidade, que independe da concorrência de interesse subjetivo ou da extensão do âmbito pessoal, coletivo ou não, da sua titularidade.

Daí têm extraído alguns autores e diversos julgados a impropriedade da ação coletiva em defesa de interesses homogêneos quando a *causa petendi* seja a inconstitucionalidade de lei e a sua eventual procedência alcançar todos os destinatários do ato normativo impugnado.

O em. Relator parece emprestar relevo a esse entendimento, ao aplicar ao caso a assertiva de que "a ação civil pública não pode fazer as vezes da ação direta de inconstitucionalidade".

Não posso, entretanto, compartilhar da tese, com a generalidade com que tem sido formulada: ela é impertinente - como penso ter demonstrado em outra oportunidade (cf. Rcl. nº 597, M. Aurélio; Rcl. nº 600, Néri, e Rcl. nº 602, Galvão, Plenário, *Inf. STF*, 82) - sempre que, na ação coletiva, a declaração de inconstitucionalidade da lei seja postulada como questão prejudicial de demanda condenatória ou constitutiva, ou com essas se cumule: é o que se dá no caso presente, como visto no pedido.

Fico apenas, por conseguinte, no que afirmei: que a estatura constitucional da questão não basta à verificação

do *interesse social* que qualifica o Ministério Público para a ação.

De outro lado, é preciso ter em conta que o *interesse social* não é um conceito axiologicamente neutro, mas, ao contrário - e dado o permanente conflito de interesses parciais inerente à vida em sociedade - é idéia carregada de ideologia e valor, por isso, relativa e condicionada ao tempo e ao espaço em que se deva afirmar.

Donde, de igual modo, ser de se repelir que o reconhecimento da presença de *interesse social* na tutela de determinada pretensão de uma parcela da coletividade possa ser confiado à livre avaliação subjetiva - inevitavelmente carregada de valores pessoais -, quer de agente do Ministério Público que a veicule em Juízo, quer do órgão jurisdicional a que toque lhe verificar a legitimação para a ação coletiva: para obviar esse risco de arbitrariedade, a solução há de fundar-se em critérios dotados de um mínimo de objetividade.

Penso, como visto, que a adstrição da legitimidade do MP aos casos de previsão legal expressa, embora razoavelmente objetiva, seria um critério insuficiente para a identificação do *interesse social* na defesa de direitos coletivos: dado que deriva da Constituição a legitimação do MP para a hipótese, não se pode reputar exaustivo o critério que delega ao legislador o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição.

Creio, assim, que - afora o caso de previsão legal expressa - a afirmação do *interesse social* para o fim cogitado há de partir da identificação do seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, nela consagrados.

Afinal de contas - e malgrado as mutilações que lhe tem imposto a onda das reformas neoliberais deste decênio - a Constituição ainda aponta como metas da República "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

Esse critério - que se poderia denominar de interesse social *segundo a Constituição* -, ainda que nem sempre explicitado em tese, parece estar subjacente a diversas decisões judiciais, algumas já citadas, que têm reconhecido a legitimação do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos, seja ou não a hipótese simultaneamente enquadrável no âmbito da tutela dos consumidores: recorde-se, por exemplo, as questões relativas ao custo da educação privada (STF: RE nº 163.231, Pl. de 26/02/97, Corrêa; RE nº 185.360, Segunda Turma, 17/11/97, Velloso, *DJ* de 20/02/98; STJ: REsp nº 70.797, 13/11/95, Rosado, *DJ* de 18/12/95 e precedentes), à seguridade social, à saúde - desde o caso dos usuários de planos de assistência ao do conjunto de trabalhadores carentes, vítimas de doença profissional oriunda das condições de trabalho de determinada empresa (STJ, REsp nº 58.682, 08/10/96, Direito, *RDA*, 207/283).

Essas as premissas à luz das quais volto à questão vertente de saber se, na defesa dos interesses individuais homogêneos dos contribuintes do IPTU de determinado município, se pode identificar o *interesse social* legitimador da assunção de sua causa pelo Ministério Público.

Desde logo, não se me afigura sustentável que essa legitimação extraordinária do MP se possa prodigalizar, em nome do interesse social, para a defesa de qualquer resistência coletiva à tributação.

É postura que trai uma contraposição apriorística entre o Estado e a sociedade civil, que constituiu um dos pressupostos do liberalismo burguês, historicamente incompatível com o ideário constitucional brasileiro, ainda vigente.

Nele, ao Estado se reserva um papel insubstituível na redistribuição da renda e na promoção do desenvolvimento social para o desempenho do qual a tributação é um instrumento de relevo.

Certo, pode haver casos - assim, para ilustrar, as hipóteses de tributos de efeitos regressivos e que induzem a exacerbar a concentração de rendas -, nos quais se patenteie, na resistência judicial coletiva ao Fisco, a carga de *interesse social segundo a Constituição*, que legitime o Ministério Público a promovê-la.

Esse, contudo, não me parece ser o caso do IPTU ou de outra exação qualquer sobre a propriedade imobiliária, ao menos enquanto for tão obscena a distância entre a ordem social "justa e solidária" projetada pela Constituição e a realidade de um País de miseráveis sem-teto ou sem-terra.

Permito-me uma observação final.

As considerações feitas não representam - *honni soi...* - nenhum exercício de livre Direito alternativo.

Não estou a pregar, sequer a insinuar, que a juridicidade de pretensões contra o erário seja exclusivamente avaliada em Juízo pela ótica do interesse social.

Nem estou a assentir na oclusão da via da ação coletiva - de cuja ampliação sou entusiasta confesso - a quaisquer interesses individuais homogêneos que conjuntamente demandam tutela jurisdicional.

Cuidei apenas, nos limites reclamados para a solução do caso, de tentar discernir, à luz da Constituição, até onde se pode reputar legitimado o Ministério Público à promoção da defesa coletiva de direitos individuais privados e disponíveis: só para essa discriminação de áreas - quando já não a tenha feito a lei - é que entendo adequado o critério do *interesse social segundo a Constituição.*

O que - é óbvio, mas convém repetir - não inibe o acesso à tutela jurisdicional coletiva de nenhum feixe de interesses individuais homogêneos cujos titulares se congreguem para tanto em formações sociais intermediárias, às quais a Constituição também outorgou legitimação para o processo coletivo.

De tudo - com os limites e especificações que venho de aduzir - adiro à conclusão dos votos que me precederam para não conhecer do recurso extraordinário: é o meu voto.

-:::-

ADMINISTRATIVO - MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - PEDIDO DE LICENÇA DE INSTALAÇÃO DE POSTO DE REVENDA DE COMBUSTÍVEIS - SUPERVENIÊNCIA DE LEI (LEI Nº 6.978/95, ART. 4º, § 1º) EXIGINDO DISTÂNCIA MÍNIMA DE DUZENTOS METROS DE ESTABELECIMENTOS COMO ESCOLAS, IGREJAS E SUPERMERCADOS - ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, IV; 5º, XIII E XXXVI; 170, IV E V; 173, § 4º; E 182 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Incisos XXII e XXIII do artigo 5º não prequestionados.

- Requerimento de licença que gerou mera expectativa de direito, insuscetível (segundo a orientação assentada na jurisprudência do STF) de impedir a incidência das novas exigências instituídas por lei superveniente, inspiradas não no propósito de estabelecer reserva de mercado, como sustentado, mas na necessidade de ordenação física e social da ocupação do solo no perímetro urbano e de controle de seu uso em atividade geradora de risco, atribuição que se insere na legítima competência constitucional da Municipalidade.

- Recurso não conhecido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 235.736/7-MG - Relator: Ministro ILMAR GALVÃO

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 não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília-DF, 21 de março de 2000. - *Ministro Moreira Alves* - Presidente. - *Ministro Ilmar Galvão* - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator) - Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inc. III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, impugnando decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, reconhecendo a validade das regras relativas à construção de postos de combustíveis estabelecidas

pela Lei nº 6.978/95, do Município de Belo Horizonte, negou a existência de direito adquirido da recorrente ao alvará de construção de um posto, mesmo tendo cumprido as exigências da lei que vigorava quando do requerimento (Lei nº 2.390/74, de Belo Horizonte).

Alega a recorrente que a Lei nº 6.978/95, ao impor uma distância mínima entre postos de combustíveis e entre estes e outros estabelecimentos, tais como escolas, igrejas e supermercados, viola o disposto nos arts. 1º, inc. IV; 5º, incs. XIII, XXII, XXIII e XXXVI; 170, incs. IV e V; 173, § 4º; e 182, todos da Constituição Federal.

Sustenta que a decisão, ao negar a existência de direito adquirido à obtenção de alvará de construção, mesmo tendo cumprido todas as exigências impostas pela lei que vigorava ao tempo de seu requerimento, contraria o art. 5º, inc. XXXVI, do texto constitucional.

Em suas contra-razões, o recorrido sustenta que as limitações impostas pela Lei nº 6.978/95 à construção de postos de combustíveis tem por objetivo disciplinar, dentro dos limites estabelecidos pelo art. 30, incisos I e VIII, da Constituição Federal, atividade que coloca em risco a saúde, a segurança, o meio ambiente e o tráfego, e afeta os interesses da coletividade. Além disso, afirma que a recorrente, sob a égide da Lei nº 2.390/74, tinha mera expectativa de ter seu requerimento deferido, o que não se deu, com o advento da Lei nº 6.978/95.

O recurso, devidamente processado, foi admitido na origem.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Vicente de Paulo Saraiva, opinou pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator) - O julgado recorrido foi impugnado com base nos arts. 1º, inc. IV; 5º, incs. XIII, XXII, XXIII e XXXVI; 170, incs. IV e V; 173, § 4º; e 182, todos da Constituição Federal. Entretanto, constata-se, da análise dos autos, que a contrariedade aos incs. XXII e XXIII do art. 5º não restou prequestionada, afastando a possibilidade de exame.

O entendimento do acórdão atacado de não reconhecer, ante o advento da Lei nº 6.978/95, direito adquirido da recorrente à construção do posto de combustíveis, mesmo tendo cumprido as exigências estabelecidas pela Lei nº 2.390/74, que vigorava quando do requerimento de concessão do alvará, não pode ser visto como contrário ao art. 5º, inc. XXXVI, da Carta Magna. A recorrente, ao encaminhar seu requerimento à Prefeitura de Belo Horizonte, tinha mera expectativa de direito, que não é resguardada pela garantia constitucional.

A nova lei adveio no curso do processamento do pedido de licença de construção, revelando que não dispunha a recorrente, ainda, da faculdade de construir, razão pela qual descabe falar em imunidade à incidência das regras supervenientes. Nesse sentido, entre outros precedentes, o RE nº 118.226, Rel. Min. Célio Borja, *DJ* de 13/10/89; e, mais recentemente, o RE nº 212.780, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 25/06/99.

A recorrente teve seu requerimento administrativo indeferido por estar o local da pretendida construção situado a menos de duzentos metros de uma igreja e de um supermercado (fls. 45), e não por haver outro qualquer estabelecimento da mesma natureza nas imediações.

O inciso I do § 1º do artigo 4º da Lei nº 6.978/95, com base no qual a licença de construção foi negada, veda a instalação de postos de abastecimentos localizados a menos de duzentos metros de escolas, quartéis, creches, asilos, igrejas, hospitais, casas e centros de saúde, supermercados, hipermercados e similares.

Cuida-se de norma que, em conformidade com os arts. 30, incisos I e VIII, e 182 da Carta Federal, ordena física e socialmente a ocupação do solo, a fim de controlar seu uso na comercialização de combustíveis, atividade geradora de riscos. Não se caracteriza, portanto, ofensa aos dispositivos constitucionais invocados, uma vez que as limitações impostas têm o objetivo de garantir a segurança em locais de grande afluência de pessoas, e não estabelecer reservas de mercado, como aponta a recorrente.

Ante o exposto meu voto não conhece do recurso extraordinário.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence - Sr. Presidente, dada a afirmação do eminente Relator de ter sido outro o motivo determinante do ato, cai por terra o argumento que mais me impressionara, o atinente à liberdade de concorrência. A princípio me pareceu aproximar-se este caso - quando enfatizou esse aspecto a excelente sustentação oral do advogado - daqueles por nós julgados em relação à distância exigida entre uma farmácia e outra (RE nº 199.517, Pleno, 04/06/98, *DJ* de 13/11/98; RE nº 203.909, Primeira Turma, Galvão, 04/08/98). Aqui existia um dispositivo legal - cuja constitucionalidade, ao que suponho, não foi contestada - reclamando distanciamento entre os postos de gasolina e outros tipos de estabelecimento comercial ou templo religioso, supostamente, por motivos de segurança.

Por isso acompanho o eminente Relator.

-:::-

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* - CERCEAMENTO DE DEFESA - SUSTENTAÇÃO ORAL OBSTADA

- 1. Embora a sustentação oral seja mera faculdade deferida à defesa, se o defensor manifesta expressamente seu interesse em valer-se desse ato facultativo e tal oportunidade lhe é obstada, tem-se configurado o cerceamento de defesa. Precedentes.

- 2. Recurso de *habeas corpus* provido.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 79.783/1-RJ - Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA

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, dar provimento ao recurso, para cassar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça e determinar novo julgamento do *Habeas Corpus* nº 9.430 daquela Corte se realize, assegurada oportunidade de sustentação oral pela advogada impetrante.

Brasília-DF, 04 de abril de 2000. - *Ministro Néri da Silveira* - Presidente. - *Ministro Maurício Corrêa* - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa - Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (fls. 227/250).

2. Os recorrentes - Alceu Cotta do Almo e seus filhos Alceu Cotta do Almo Júnior e Adilson Gama do Almo - foram denunciados porque, em 9 de outubro de 1993, no interior do estabelecimento industrial do qual são proprietários, ao serem abordados por três agentes da Polícia Civil, que pretendiam prender Alceu Júnior, por porte ilegal de arma, efetuaram disparos de arma de fogo, resultando a morte dos três policiais (fls. 39/40).

3. Submetidos a julgamento perante o II Tribunal do Júri em Nova Iguaçu-RJ, em 8 de julho de 1997, os recorrentes foram condenados pelo tríplice homicídio: Alceu Cotta do Almo a 28 (vinte e oito) anos de reclusão, pela infração do artigo 121, § 2º, I, c/c o artigo 66, e 121 c/c o artigo 66, duas vezes, na forma do artigo 69, todos do Código Penal; Alceu Cotta do Almo Júnior e Adilson Gama do Almo, cada um, às penas de 21 (vinte e um) anos de reclusão, pela infração da norma contida no artigo 121 c/c o artigo 66, três vezes, na forma do artigo 69 do Código Penal (fls. 132/144).

4. A Quarta Câmara Criminal do TJRJ, em grau de apelação, manteve a decisão condenatória, tendo apenas corrigido a condenação do apelante Alceu Cotta do Almo, em relação à vítima Marcus Vinícius de Souza Gerstner, para a do artigo 121, § 2º, II, do Código Penal, visto que, por lapso material, constou na sentença como artigo 121, § 2º, I (fls. 320/324).

5. Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante esta Corte (fls. 02/36), porém, por força da Emenda Constitucional nº 22, de 1999, os autos foram remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 204), que indeferiu o pedido, conforme acórdão assim ementado:

"Penal. Processual. Júri. Quesitos. Contradição. Nulidades. Não-ocorrência. *Habeas corpus*.

1. Não há nulidade decorrente de contradição quando os jurados reconhecem a existência de qualificadora relativa, tão-somente, a um dos réus, e não a todos.

2. Havendo contradição, cabe a defesa argüi-la no momento oportuno, sob pena de preclusão.

Não pode a parte argüir nulidade a que tenha dado causa, ainda que por omissão (CPP, art. 565)

3. *Habeas corpus* conhecido; pedido indeferido" (fls. 225).

6. Daí o presente recurso em que é alegado, como preliminar, cerceamento de defesa, pois, não obstante deferida petição dos impetrantes, requerendo ao Relator que lhes fosse comunicado o dia do julgamento do *habeas corpus*, a fim de sustentarem oralmente a defesa dos pacientes, o *writ* foi julgado, sem que tal petição tivesse sido juntada aos autos, dando causa à subtração da oportunidade de ser oferecida defesa oral.

7. No mérito, aduzem os recorrentes que "... o Conselho de Sentença incidiu numa violenta *contradição* ao admitir que o *acusado Alceu Cotta do Almo, na 3ª série, quesito 11, agiu por motivo fútil, por quatro a três, ou seja, por maioria de votos, em contradição* com o restante da votação, em que o *Conselho de Sentença admitiu por maioria de votos* (quatro a três) que todos os réus praticaram o homicídio simples consumado contra as três vítimas *Edgar Soares Machado Neto, Samuel Rocha dos Santos e Marcus Vinícius Gerstner*" (fls. 240).

8. Argumentam que a contradição do Júri decorreu da deficiência da quesitação, em especial o quesito 11, de redação difícil, gerando confusão no entendimento por parte dos jurados do que seria um homicídio simples e um homicídio qualificado pelo motivo fútil e que a "*a mudança da votação numa das séries para o tipo derivado, somente em relação a um réu e a uma das vítimas, vicia o julgamento*", constituindo nulidade na forma do artigo 564, parágrafo único, do CPP; teria sido igualmente errônea a decisão recorrida, não havendo falar-se em preclusão, já que as nulidades alegadas no *habeas corpus* são absolutas e, portanto, insanáveis.

9. Questionam, ainda, acerca da individualização da pena, por não pormenorizar a participação de cada co-réu na ação delitiva, e da ausência de quesito referente à hipótese de crime continuado.

10. Por fim, postulam o reconhecimento da nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, reformando-se a decisão recorrida e expedindo-se alvarás de soltura dos recorrentes.

11. As contra-razões foram apresentadas (fls. 252/259) e o recurso admitido (fls. 261).

12. Pelos advogados dos recorrentes foi requerida juntada de petição de aditamento ao presente recurso, trazendo à colação ensinamentos doutrinários em abono aos argumentos relativos à inocorrência da preclusão e à nulidade absoluta do julgamento por deficiência da quesitação (fls. 292/297).

13. Manifesta-se o Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista, pelo provimento do recurso quanto à preliminar. Caso esta seja ultrapassada, opina que se lhe negue provimento (fls. 328/336).

É o relatório.

VOTO

(PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator) - Entendo assistir razão aos recorrentes quando apontam cerceamento de defesa consubstanciado no fato de não lhes haver sido propiciada a oportunidade de ser realizada sustentação oral.

2. Os autos noticiam, à fl. 219, que, em 6 de julho de 1999, a advogada Cecy Santoro, na qualidade de impetrante do *habeas corpus* cujo acórdão é objeto do presente recurso, requereu ao Ministro Relator que lhe fosse comunicada a data da sessão em que deveria o feito ser apresentado em mesa para julgamento. Não obstante seu pedido tenha sido deferido em 19 de julho subseqüente, realizou-se o julgamento, em 10 de agosto de 1999, sem a pretendida sustentação, pois a mencionada petição só foi juntada aos autos no dia 16 subseqüente (fls. 218-v.), nos quais não há notícia da referida comunicação, o que está coerente com a certidão transcrita à fl. 230.

3. Enfim, por falha dos serviços burocráticos, o *habeas corpus* foi julgado sem a presença da advogada impetrante.

4. Embora a sustentação oral seja mera faculdade deferida à defesa, se o defensor manifesta expressamente seu interesse em valer-se desse ato facultativo, e tal oportunidade lhe é obstada, tem-se configurado o cerceamento de defesa. Neste sentido, o seguinte precedente:

"Constitucional. Processual penal. Devido processo legal. Defesa: sustentação oral.

I - A sustentação oral não constitui ato essencial à defesa. É faculdade concedida às partes, que a utiliza, ou não. Todavia, se o defensor manifesta, expressamente, a vontade de fazer sustentação oral, deixando expresso que deseja utilizar-se da faculdade que lhe concede a lei processual, o obstáculo, criado pelos serviços burocráticos da Justiça, impedindo a ocorrência da sustentação oral requerida, constitui cerceamento de defesa, aplica maus-tratos no princípio do devido processo legal.

II - *HC* deferido" (*HC* nº 78.097, Velloso, *DJ* de 06/08/99).

5. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para anular o julgamento do *Habeas corpus* nº 9.430-RJ (99/0041943-0) do Superior Tribunal de Justiça e determinar que outro se realize, propiciando-se à defesa a sustentação oral.

-:::-

Legislação

DA UNIÃO

DECRETO Nº 3.413, DE 14 DE ABRIL DE 2000

- Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que a Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças foi concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o ato multilateral em epígrafe por meio do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999;

Considerando que o ato em tela entrou em vigor internacional em 1º de dezembro de 1983;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Adesão da referida Convenção em 19 de outubro de 1999, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 1º de janeiro de 2000;

DECRETA:

Art. 1º. A Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 14 de abril de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQÜESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Os Estados signatários da presente Convenção,

Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda;

Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita;

Decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições:

Capítulo I

Âmbito da Convenção

Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;

b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Artigo 2

Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.

Artigo 3

A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de guarda referido na alínea *a* pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Artigo 4

A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual

num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.

Artigo 5

Nos termos da presente Convenção:

a) o "direito de guarda" compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;

b) o "direito de visita" compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Capítulo II

Autoridades Centrais

Artigo 6

Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção.

Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

Artigo 7

As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.

Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;

b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;

c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;

d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;

e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;

f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou adminis-

trativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;

g) acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;

h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;

i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

Capítulo III

Retorno da Criança

Artigo 8

Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança.

O pedido deve conter:

a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção da criança;

b) caso possível, a data de nascimento da criança;

c) os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança;

d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança.

O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:

e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;

f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;

g) qualquer outro documento considerado relevante.

Artigo 9

Quando a Autoridade Central que recebeu o pedido mencionado no Artigo 8 tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Contratante, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora, à Autoridade Central desse Estado Contratante e disso informará a Autoridade Central requerente ou, se for caso, o próprio requerente.

Artigo 10

A Autoridade Central do Estado

onde a criança se encontrar deverá tomar ou fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma.

Artigo 11

As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retorno da criança.

Se a respectiva autoridade judicial ou administrativa não tiver tomado uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data em que o pedido lhe foi apresentado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora. Se for a Autoridade Central do Estado requerido a receber a resposta, esta autoridade deverá transmiti-la à Autoridade Central do Estado requerente ou, se for o caso, ao próprio requerente.

Artigo 12

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

Artigo 13

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar.

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção, ou

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade

tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

Artigo 14

Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

Artigo 15

As autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do Artigo 3 da Convenção, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidos no referido Estado. As autoridades centrais dos Estados Contratantes deverão, na medida do possível, auxiliar os requerentes a obter tal decisão ou atestado.

Artigo 16

Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.

Artigo 17

O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.

Artigo 18

As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento.

Artigo 19

Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente Convenção, não afeta os fundamentos do direito de guarda.

Artigo 20

O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12 poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Capítulo IV

Direito de Visita

Artigo 21

O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança.

Às Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promove o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.

As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito.

Capítulo V

Disposições Gerais

Artigo 22

Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja a sua denominação, poderá ser imposta para garantir o pagamento de custas e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos previstos na presente Convenção.

Artigo 23

Nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção.

Artigo 24

Os pedidos, comunicações e outros documentos serão enviados na língua original à Autoridade Central do Estado requerido e acompanhados de una tradução na língua oficial, ou numa das línguas oficiais, desse Estado, ou, quando tal tradução for dificilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês.

No entanto, um Estado Contratante poderá, fazendo a reserva prevista no Artigo 42, opor-se à utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos, em todo pedido, comunicação ou outro documento enviado à respectiva Autoridade Central.

Artigo 25

Os nacionais de um Estado Contratante e as pessoas que habitualmente residam nesse Estado terão direito, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da presente Convenção, à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam.

Artigo 26

Cada Autoridade Central deverá arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção.

A Autoridade Central e os outros serviços públicos dos Estados Contratuais não deverão exigir o pagamento de custas pela apresentação de pedidos feitos nos termos da presente Convenção. Não poderão, em especial, exigir do requerente o pagamento de custos e despesas relacionadas ao processo ou, eventualmente, decorrentes da participação de advogado ou de consultor jurídico. No entanto, poderão exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança.

Todavia, qualquer Estado Contratante poderá, ao fazer a reserva prevista no Artigo 42, declarar que não se obriga ao pagamento dos encargos previstos no parágrafo anterior, referentes à participação de advogado ou de consultor jurídico ou ao pagamento dos custos judiciais, exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica.

Ao ordenar o retorno da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de vista o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança.

Artigo 27

Quando for constatado que as condições exigidas pela presente Convenção não se encontram preenchidos ou que o pedido não tem fundamento, a Autoridade Central não será obrigada a recebê-lo. Nesse caso, a Autoridade Central informará de imediato o requerente ou, se for o caso, a Autoridade Central que haja remetido o pedido das suas razões.

Artigo 28

A Autoridade Central poderá exigir que o pedido seja acompanhado de uma autorização escrita dando-lhe poderes para agir em nome do requerente ou para nomear um representante habitado a agir em seu nome.

Artigo 29

A Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação

do direito de guarda ou de visita, nos termos dos Artigos 3 ou 21, de dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes, ao abrigo ou não das disposições da presente Convenção.

Artigo 30

Todo o pedido apresentado às autoridades centrais ou diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante nos termos da presente Convenção, bem como qualquer documento ou informação a ele anexado ou fornecido por uma Autoridade Central, deverá ser admissível para os tribunais ou para as autoridades administrativas dos Estados Contratantes.

Artigo 31

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou mais sistemas de direito aplicáveis em diferentes unidades territoriais:

a) qualquer referência à residência habitual nesse Estado significa residência habitual numa unidade territorial desse Estado;

b) qualquer referência à lei do Estado de residência habitual corresponde à lei da unidade territorial onde a criança tenha a sua residência habitual.

Artigo 32

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou vários sistemas de direito aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, qualquer referência à lei desse Estado corresponderá a referência ao sistema legal definido pelo direito deste Estado.

Artigo 33

Um Estado no qual diferentes unidades territoriais tenham as suas próprias regras de direito em matéria de guarda de criança não será obrigado a aplicar a presente Convenção nos casos em que outro Estado com um sistema de direito unificado não esteja obrigado a aplicá-la.

Artigo 34

Nas matérias às quais se aplique a presente Convenção, esta prevalecerá sobre a Convenção de 5 de outubro de 1961 Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, no caso dos Estados Partes a ambas Convenções. Por outro lado, a presente Convenção não impedirá que outro instrumento internacional em vigor entre o Estado de origem e o Estado requerido ou que o direito não convencional do Estado requerido sejam invocados para obter o retorno de uma criança que tenha sido ilicitamente transferida ou retida, ou para organizar o direito de visita.

Artigo 35

Nos Estados Contratantes, a presente Convenção aplica-se apenas às transferências ou às retenções ilícitas ocorridas após sua entrada em vigor nesses Estados.

Caso tenham sido feitas as declarações previstas nos Artigos 39 ou 40, a referência a um Estado Contratante feita no parágrafo anterior corresponderá a referência à unidade ou às unidades territoriais às quais a Convenção se aplica.

Artigo 36

Nenhuma disposição da presente Convenção impedirá que dois ou mais Estados Contratantes, com o objetivo de reduzir as restrições a que poderia estar sujeito o retorno da criança, estabeleçam entre si um acordo para derrogar as disposições que possam implicar tais restrições.

Capítulo VI

Cláusulas Finais

Artigo 37

A Convenção é aberta à assinatura dos Estados que eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado quando de sua 14ª sessão.

A Convenção será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 38

Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção.

O instrumento de adesão será depositado junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

A Convenção entrará em vigor, para o Estado aderente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito de seu instrumento de adesão.

A adesão apenas produzirá efeito nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que tenham declarado aceitar essa adesão. Esta declaração deverá ser igualmente feita por qualquer Estado membro que ratifique, aceite ou aprove a Convenção após tal adesão. Esta declaração será depositada junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, que, por via diplomática, enviará uma cópia autenticada a cada um dos Estados Contratantes.

A Convenção entrará em vigor entre o Estado aderente e o Estado que tenha declarado aceitar essa adesão no primeiro dia do terceiro mês após o depósito da declaração de aceitação.

Artigo 39

Qualquer Estado poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, declarar que a Convenção será aplicável ao conjunto dos territórios que internacionalmente representa ou apenas a um ou mais deles. Essa declaração produzirá efeito no momento em que a Convenção entrar em vigor para esse Estado.

Tal declaração, bem como qualquer extensão posterior, será notificada

ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 40

O Estado Contratante que compreenda duas ou mais unidades territoriais nas quais sejam aplicáveis diferentes sistemas de direito em relação às matérias reguladas pela presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, que a presente Convenção deverá aplicar-se a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas, e poderá, a qualquer momento, modificar essa declaração apresentando outra substituição.

Tais declarações serão notificadas ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, e mencionarão expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção será aplicável.

Artigo 41

Quando o Estado Contratante possua um sistema de Governo em virtude do qual os poderes executivo, judiciário e legislativo sejam partilhados entre autoridades centrais e outras autoridades desse Estado, a assinatura, ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou adesão a esta, ou a declaração feita nos termos do Artigo 40, não trarão qualquer conseqüência quanto à partilha interna de poderes nesse Estado.

Artigo 42

Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quando de uma declaração feita nos termos dos Artigos 39 e 40, fazer uma ou ambas reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo. Nenhuma outra reserva será admitida.

Qualquer Estado poderá, a qualquer momento, retirar uma reserva que haja feito. A retirada deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação mencionada no parágrafo anterior.

Artigo 43

A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão previsto nos Artigos 37 e 38.

Em seguida, a Convenção entrará em vigor:

1) para cada Estado que a ratifique, aceite, aprove ou a ela adira posteriormente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do respectivo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

2) para os territórios ou unidades territoriais onde a Convenção tenha sido tornada extensiva nos termos dos Artigos 39 ou 40, no primeiro dia do terceiro mês após a notificação prevista nesses Artigos.

Artigo 44

A Convenção terá uma duração

de cinco anos a partir da data da sua entrada em vigor, em conformidade com o primeiro parágrafo do Artigo 43, mesmo para os Estados que tenham ratificado, aceito, aprovado ou a ela aderido posteriormente.

A Convenção será tacitamente renovada de cinco em cinco anos, salvo denúncia.

A denúncia deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos pelo menos 6 meses antes de expirar-se o período de cinco anos. A denúncia poderá limitar-se a certos territórios ou unidades territoriais onde a Convenção vigore.

A denúncia só produzirá efeito em relação ao Estado que a tenha notificado. A Convenção permanecerá em vigor para os outros Estados Contratantes.

Artigo 45

O Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos notificará os membros da Conferência, bem como os Estados que a ela tenham aderido em conformidade com as disposições contidas no Artigo 38:

1) das assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações referidas no Artigo 37;

2) das adesões referidas no Artigo 38;

3) da data em que a Convenção entrará em vigor, de acordo com o Artigo 43;

4) das extensões referidas no Artigo 39;

5) das declarações mencionadas nos Artigos 38 e 40;

6) das reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo, e das retiradas de reservas previstas no Artigo 42;

7) das denúncias referidas no Artigo 44.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados, assinaram a presente Convenção.

Feita na Haia, em 25 de outubro de 1980, em francês e em inglês, sendo ambos os textos igualmente originais, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos e do qual será remetida, por via diplomática, uma cópia certificada conforme a cada um dos Estados Membros da conferência da Haia de Direito Internacional Privado à data da sua 14ª Sessão.

-:::-

DECRETO Nº 3.474, DE 19 DE MAIO DE 2000

- Regulamenta a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, que institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 42 da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999,

DECRETA:

Capítulo I

Das Definições

Art. 1º. Este Decreto regulamenta o tratamento jurídico diferenciado assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte, em conformidade com o que dispõe a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, bem como, no campo tributário, em consonância com a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Art. 2º. Para os efeitos da Lei nº 9.841, de 1999, e deste Decreto, considera-se:

I - ano-calendário, como o período de cálculo para determinação da receita bruta anual;

II - receita bruta, como o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia, não incluídos as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou prestador dos serviços seja mero depositário;

III - primeiro ano de atividade, como o de início ou de reinicio de atividades da pessoa jurídica ou firma mercantil individual que as tenha interrompido.

Capítulo II

Do Registro, do Enquadramento e do Reenquadramento

Art. 3º. É facultado o registro como microempresa e empresa de pequeno porte à pessoa jurídica ou à firma mercantil individual que preencha os requisitos legais.

Parágrafo único. O registro, que constitui prova bastante da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, é indispensável para assegurar a garantia dos direitos previstos na Lei nº 9.841, de 1999, e nas demais normas aplicáveis à espécie, exceto para apoio creditício à exportação.

Art. 4º. A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte poderá ser efetuada mediante:

I - apresentação de original ou cópia autenticada da comunicação registrada, de que trata o art. 5º deste Decreto, ou de certidão em que conste a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, expedida pelo órgão de registro competente;

II - acesso, pelo próprio órgão concedente do benefício, à informação do órgão de registro sobre a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Parágrafo único. Os órgãos e as entidades interessados no acesso às

informações, a que se refere o inciso II, poderão celebrar convênio com os órgãos de registro para esta finalidade.

Art. 5º. O registro será efetuado, conforme o caso, pelas Juntas Comerciais ou pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, à vista de comunicação, em instrumento específico para essa finalidade, procedida pela firma mercantil individual ou pessoa jurídica interessada, inclusive daquelas que preenchiam os requisitos da Lei nº 9.841, de 1999, mesmo antes de sua promulgação, para enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 1º. A comunicação a que se refere este artigo conterá obrigatoriamente:

I - nome, endereço, número e data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ da comunicante;

II - declaração do titular ou de todos os sócios, inclusive acionistas e cooperados, de que:

a) a pessoa jurídica ou a firma mercantil individual se enquadra na situação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, nos termos da Lei nº 9.841, de 1999;

b) o valor da receita bruta anual não excedeu o limite legal fixado para a categoria em que pretender ser enquadrada;

c) a pessoa jurídica ou firma mercantil individual não se enquadra em qualquer das hipóteses de exclusão relacionadas no art. 3º da Lei nº 9.841, de 1999.

§ 2º. A pessoa jurídica e a firma mercantil individual que efetuar, no ano de sua constituição, a comunicação a que se refere o parágrafo anterior, dela fará constar:

I - nome e endereço e, no caso das que não fizerem a comunicação juntamente com a sua constituição, também o número e data de registro do ato constitutivo e o número de inscrição no CNPJ;

II - declaração do titular ou de todos os sócios, inclusive acionistas ou cooperados, de que:

a) se enquadra na situação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

b) o valor da receita bruta anual da empresa não excederá o limite fixado no inciso I ou II do art. 2º, conforme o caso;

c) não se enquadra em qualquer das hipóteses de exclusão relacionadas no art. 3º da Lei nº 9.841, de 1999.

§ 3º. A pessoa jurídica e a firma mercantil individual já enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte no regime jurídico da Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984, ou da Lei nº 8.864, de 28 de março de 1994, ficam dispensadas de novo registro.

Art. 6º. Ocorrendo uma das situações excludentes da possibilidade de enquadramento mencionadas no art. 3º da Lei nº 9.841, de 1999, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual deverá comunicar a sua exclusão do regime daquela Lei ao órgão de registro competente, no prazo de trinta dias, a contar da data da ocorrência.

Art. 7º. Quando a pessoa jurídica ou a firma mercantil individual não tiver interesse em continuar na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, comunicará este fato ao órgão de registro competente.

Art. 8º. A devolução dos documentos registrados ou a comunicação de eventuais exigências para a efetivação do registro das microempresas e empresas de pequeno porte poderão ser feitas também por via postal simples, com comprovante de entrega.

Capítulo III

Do Regime Previdenciário e Trabalhista

Art. 9º. Além das dispensas previstas na Lei nº 9.841, de 1999, ficam também exoneradas as microempresas e empresas de pequeno porte do cumprimento de quaisquer obrigações acessórias, relativas à fiscalização do trabalho, instituídas em atos normativos emanados de autoridades administrativas de qualquer espécie ou hierarquia, salvo as que, em ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, sejam consideradas imprescindíveis à proteção do trabalhador.

Art. 10. As normas de caráter geral, constantes de atos normativos emanados de autoridades administrativas, editadas após a vigência deste Decreto, que criem obrigações acessórias relativas à fiscalização do trabalho, só serão aplicáveis às microempresas e empresas de pequeno porte se assim dispuserem expressamente.

Capítulo IV

Do Apoio Creditício

Art. 11. As instituições financeiras oficiais que operam com crédito para o setor privado deverá informar os valores das aplicações previstas para o ano seguinte, por setor e fonte de recursos, destacando a participação das microempresas e empresas de pequeno porte, devendo constar expressamente nos documentos de planejamento o montante estimado e suas condições de acesso, que serão amplamente divulgados.

§ 1º. No conjunto das demonstrações anuais das instituições financeiras oficiais, deverá ser informado o montante de recursos aplicados, para capital de giro e para financiamento de investimento, em microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 2º. As instituições financeiras oficiais criarão relatório específico, a ser editado anualmente, onde constem o montante previsto pelo planejamento para as microempresas e empresas de pequeno porte, o montante efetivamente por elas utilizado e análise do desempenho alcançado.

§ 3°. As instituições financeiras oficiais divulgarão os relatórios de que trata este artigo pela Internet, sendo facultativa a publicação em outros meios de comunicação.

Art. 12. O apoio creditício à exportação, previsto no art. 17 da Lei nº 9.841, de 1999, será concedido independentemente do registro a que se refere o art. 5° deste Decreto, observadas as exclusões para fins do enquadramento a que se refere o art. 3° daquela Lei.

Art. 13. Para fins do apoio creditício à exportação, considera-se:

I - microempresa industrial, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que exerçam atividade industrial e que tiverem receita bruta anual igual ou inferior a R$ 720.440,00 (setecentos e vinte mil, quatrocentos e quarenta reais);

II - microempresa comercial ou de serviços, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que exerçam atividade de comércio ou de serviços e que tiverem receita bruta anual igual ou inferior a R$ 360.220,00 (trezentos e sessenta mil, duzentos e vinte reais);

III - empresa de pequeno porte industrial, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que exerçam atividade industrial e que tiverem receita bruta anual igual ou inferior a R$ 6.303.850,00 (seis milhões, trezentos e três mil, oitocentos e cinqüenta reais);

IV - empresa de pequeno porte comercial ou de serviços, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que exerçam atividade de comércio ou de serviços e que tiverem receita bruta anual igual ou inferior a R$ 2.701.650,00 (dois milhões, setecentos e um mil, seiscentos e cinqüenta reais).

§ 1°. No primeiro ano de atividade, os limites da receita bruta anual de que tratam os incisos I, II, III e IV serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica ou firma mercantil individual tiver exercido atividade, desconsideradas as frações de mês.

§ 2°. O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior atualizará os valores constantes dos incisos I, II, III e IV, segundo o porte e o ramo de atividade, com base nos parâmetros de classificação de empresas aprovados pelo Mercado Comum do Sul - MERCOSUL.

Capítulo V

Do Desenvolvimento Empresarial

Art. 14. Os órgãos e as entidades da Administração Pública que atuem nas áreas tecnológicas de metrologia e certificação de conformidade, em articulação com as entidades de apoio e de representação das microempresas e empresas de pequeno porte, promoverão programas de capacitação de recursos humanos orientados para a gestão da qualidade e do aumento da produtividade.

Art. 15. Os órgãos e as entidades da Administração Pública, em

conjunto com as entidades de apoio e de representação das microempresas e empresas de pequeno porte, deverão desenvolver programas de fomento, cujas metas tenham por finalidade o treinamento, o desenvolvimento gerencial e a capacitação tecnológica, articulados com as operações de financiamento.

Art. 16. Os órgãos e as entidades da Administração direta e indireta intervenientes nas atividades de controle das importações e exportações observarão, para as microempresas e empresas de pequeno porte, os seguintes benefícios:

I - tratamento automático no Registro de Exportadores e Importadores;

II - liberação das mercadorias enquadradas no regime simplificado de exportação nos prazos máximos abaixo indicados, salvo quando depender de providência a ser cumprida pelo próprio exportador:

a) quarenta e oito horas, no caso de mercadoria sujeita a análise material ou emissão de certificados por parte dos órgãos anuentes;

b) vinte e quatro horas, nos demais casos;

III - não-pagamento de encargos, exceto tributos, cobrados a título de expedição de certificados de produtos, vistos em documentos e autorizações para registro ou licenciamento, necessários às operações de exportação e importação.

Parágrafo único. A contagem dos prazos de que trata o inciso II deste artigo ocorrerá a partir da hora de início do expediente do dia seguinte ao da entrega da documentação exigida para a operação.

Art. 17. As microempresas e empresas de pequeno porte serão identificadas pelo Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, de modo a lhes conferir tratamento simplificado nas operações de comércio exterior.

Art. 18. As remessas postais enviadas ao exterior por microempresas e empresas de pequeno porte serão objeto de procedimentos simplificados de despacho aduaneiro, nos termos e nas condições fixados pela Secretaria da Receita Federal.

Art. 19. Compete ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior propor a regulamentação de programas de capacitação, em colaboração com entidades de representação do setor privado, cujas metas tenham por finalidade priorizar o engajamento de microempresas e empresas de pequeno porte no comércio internacional.

Parágrafo único. Os programas a que se refere o *caput* deste artigo serão desenvolvidos em parceria com órgãos e entidades dos setores público e privado, compreendendo as seguintes ações:

I - capacitação das empresas referidas no *caput* deste artigo, direcionada para o desenvolvimento integrado de habilidades básicas, específicas e de gestão;

II - formação da Rede Nacional de Agentes de Comércio Exterior, com o objetivo de disseminar conhecimentos e técnicas inerentes ao comércio exterior;

III - promoção de atividades de treinamento em comércio exterior, voltadas para o aperfeiçoamento de profissionais que atuem nesse segmento;

IV - elaboração, edição e distribuição de material técnico para orientação ao exportador;

V - realização de encontros setoriais, com o objetivo de desenvolver estratégias de estímulo, de sensibilização e de informação nas áreas mercadológicas e tecnológicas.

Capítulo VI

Da aplicação das penalidades

Art. 20. O cancelamento de ofício do registro de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos do inciso I do art. 32 da Lei nº 9.841, de 1999, será efetivado pelo órgão de registro competente, nos seguintes casos:

I - verificação de que a pessoa jurídica ou firma mercantil individual não preenche as condições legais;

II - mediante solicitação apresentada por qualquer outra instituição pública ou privada, contendo a descrição dos fatos e a motivação legal, juntando as provas que justifiquem o cancelamento.

§ 1º. O órgão de registro dará à microempresa ou empresa de pequeno porte ciência prévia dos fatos, das provas e da motivação legal que servir ao cancelamento, assegurando-se à interessada o amplo direito de defesa.

§ 2º. O cancelamento do registro de microempresa e de empresa de pequeno porte não extingue a pessoa jurídica ou a firma mercantil individual, que continua a existir sem os benefícios da Lei nº 9.841, de 1999.

Capítulo VII

Das disposições finais e transitórias

Art. 21. As microempresas e empresas de pequeno porte sujeitas ao controle do Ministério da Agricultura e do Abastecimento ou do Ministério da Saúde, antes de entregar sua documentação no órgão fiscalizador de registro de produtos, deverão ter suas instalações e seus equipamentos aprovados pelos órgãos competentes.

Art. 22. Quando o registro de produto requeira a anuência de mais de um Ministério, o prazo de trinta dias, de que trata o art. 34 da Lei nº 9.841, de 1999, é contado para cada um deles.

Art. 23. O requerimento de baixa de que trata o art. 35 da Lei nº 9.841, de 1999, deverá ser instruído com a documentação exigida pelo órgão de registro competente, acompanhada de declaração, firmada pelo titular ou por todos os sócios, inclusive acionistas e cooperados, sob as penas da lei, da qual conste:

I - nome, endereço, número e data do registro do ato constitutivo da pessoa jurídica ou firma mercantil individual;

II - que a pessoa jurídica ou a firma mercantil individual não exerce atividade econômica de qualquer espécie há mais de cinco anos, indicando o ano da paralisação;

III - que, no exercício anterior ao do início da inatividade, o volume da receita bruta anual da empresa não excedeu, conforme o caso, o limite fixado nos incisos I ou II do art. 2º da Lei nº 9.841, de 1999;

IV - que a pessoa jurídica ou firma mercantil individual não se enquadra em qualquer das hipóteses de exclusão relacionadas no art. 3º da Lei nº 9.841, de 1999.

Parágrafo único. Os órgãos de registro, tão logo procedam às respectivas baixas, deverão informar à Fazenda Nacional, ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e ao órgão gestor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS o deferimento e arquivamento da solicitação.

Art. 24. Fica criado o Fórum Permanente da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com a finalidade de orientar e assessorar na formulação e coordenação da política nacional de desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte, bem como acompanhar e avaliar a sua implantação.

Art. 25. O Fórum Permanente da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte tem as seguintes atribuições:

I - acompanhar a implantação efetiva do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, sua regulamentação, atos e procedimentos decorrentes;

II - assessorar na formulação das políticas governamentais de apoio e fomento às microempresas e empresas de pequeno porte;

III - promover a articulação e a integração entre os diversos órgão governamentais, as entidades de apoio, de representação e da sociedade civil organizada que atuem no segmento das microempresas e empresas de pequeno porte;

IV - articular as ações governamentais voltadas para as microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive no campo da legislação, propondo atos e medidas necessárias;

V - propor os ajustes e aperfeiçoamentos necessários à implantação da política de fortalecimento e desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte;

VI - promover ações que levem á consolidação e articulação dos diversos programas de apoio às microempresas e empresas de pequeno porte.

Art. 26. O Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte será coordenado pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento,

Indústria e Comércio Exterior, com a participação dos órgãos governamentais, entidades de apoio com expressão nacional e de representação, que atuam neste segmento, e preencham os requisitos estabelecidos no regimento interno daquele Colegiado.

§ 1°. O Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior presidirá o Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

§ 2°. O Presidente do Fórum, em suas faltas e impedimentos, será substituído pelo Secretário-Executivo do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

§ 3°. O regimento interno do Fórum será baixado em portaria de seu Presidente.

§ 4°. Fica autorizada a criação, no âmbito do Fórum, de Comitês Temáticos.

§ 5°. Os Comitês Temáticos terão como objetivo a articulação, o desenvolvimento de estudos, a elaboração de propostas e o encaminhamento dos temas específicos que deverão compor a agenda de trabalho do Fórum.

§ 6°. Os Comitês Temáticos poderão ser assessorados por grupos compostos por especialistas nas matérias tratadas.

§ 7°. O Fórum contará com uma Secretaria Técnica, a ser exercida pela Secretaria responsável pelas microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

§ 8°. O Fórum reunir-se-á ordinariamente a cada quatro meses e, em caráter extraordinário, mediante convocação do seu Presidente.

Art. 27. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 28. Fica revogado o Decreto nº 90.880, de 30 de janeiro de 1985.

Brasília, 19 de maio de 2000, 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Alcides Lopes Tápias

-:::-

DECRETO Nº 3.516, DE 20 DE JUNHO DE 2000

- Regulamenta o parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, para os efeitos de ressarcimento fiscal pela propaganda partidária gratuita relativamente ao ano-calendário de 2000 e aos subseqüentes.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995,

DECRETA:

Art. 1°. A partir do ano-calendário de 2000, as emissoras de rádio e televisão obrigadas à divulgação da propaganda partidária gratuita, nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, poderão excluir do lucro líquido, para efeito de determinação do lucro real, valor correspondente a oito décimos do resultado da multiplicação do preço do espaço comercializável pelo tempo que seria efetivamente utilizado pela emissora em programação destinada à publicidade comercial, no período de duração daquela propaganda.

§ 1°. O preço do espaço comercializável é o preço de propaganda da emissora comprovadamente vigente no mês corrente em que tenha realizado a propaganda partidária.

§ 2°. O tempo efetivamente utilizado em publicidade pela emissora não poderá ser superior a vinte e cinco por cento do tempo destinado à propaganda partidária gratuita, relativo às transmissões em bloco, em rede nacional e estadual, bem assim aos comunicados, instruções e a outras requisições da Justiça Eleitoral, conforme estabelece a Lei nº 9.096, de 1995.

§ 3°. Considera-se efetivamente utilizado em cem por cento o tempo destinado às inserções de trinta segundos e de um minuto, transmitidas nos intervalos da programação normal das emissoras.

§ 4°. O valor apurado poderá ser deduzido da base de cálculo dos recolhimentos mensais de que trata o art. 2° da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1995, bem como da base de cálculo do lucro presumido.

§ 5°. As empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações, obrigadas ao tráfego gratuito de sinais de televisão e rádio, poderão fazer a exclusão prevista neste artigo, limitada a oito décimos do valor que seria cobrado das emissoras de rádio e televisão pelo tempo destinado à propaganda partidária gratuita e aos comunicados, instruções e a outras requisições da Justiça Eleitoral, nos termos da Lei nº 9.096, de 1995.

Art. 2°. Fica o Ministro de Estado da Fazenda autorizado a expedir os atos normativos complementares à execução deste Decreto.

Art. 3°. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de junho de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Pedro Malan

-:::-

DECRETO Nº 3.517, DE 20 DE JUNHO DE 2000

- Promulga a Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, concluída em Nova York, em 18 de dezembro de 1979, com a reserva prevista no parágrafo 2º do art. 16.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição;

Considerando que a Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns foi concluída em Nova York, em 18 de dezembro de 1979;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o ato multilateral em epígrafe por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 26 de janeiro de 2000, com a reserva prevista no parágrafo 2º do art. 16;

Considerando que o ato em tela entrou em vigor internacional em 3 de junho de 1983;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Adesão à referida Convenção em 8 de março de 2000, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 7 de abril de 2000 com a reserva prevista no parágrafo 2º do art. 16;

DECRETA:

Art. 1º. A Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, concluída em Nova York em 18 de dezembro de 1979, com a reserva prevista no parágrafo 2º do art. 16, apensa por cópia a este Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nele se contém.

Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data da publicação.

Brasília, 20 de junho de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Luiz Felipe Lampreia

CONVENÇÃO INTERNACIONAL CONTRA A TOMADA DE REFÉNS

Os Estados Partes da presente Convenção,

Conscientes das finalidades e dos princípios da Carta das Nações Unidas, no que se refere à manutenção da paz e da segurança internacionais, bem como à promoção de relações de amizade e cooperação entre os Estados,

Reconhecendo, em particular, que todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, como estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,

Reafirmando o princípio de igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração sobre Princípios do Direito Internacional, que dizem respeito às Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, assim como em outras deliberações relevantes da Assembléia Geral,

Considerando que a tomada de reféns constitui crime que preocupa gravemente a comunidade internacional, e que, em conformidade com os dispositivos da presente Convenção, toda pessoa que venha a cometer o referido crime deverá responder a ação penal ou de extradição,

Convencidos de que urge desenvolver uma cooperação internacional entre os Estados, com vistas à elaboração e a adoção de medidas eficazes para a prevenção, a repressão e a punição de quaisquer atos de tomada de reféns, enquanto manifestações de terrorismo internacional,

Acordaram o seguinte:

Artigo 1

1. Toda pessoa, que prender, detiver ou ameaçar matar, ferir ou continuar a deter outra pessoa (daqui por diante, denominada "refém"), com a finalidade de obrigar terceiros, a saber, um Estado, uma organização intergovernamental, uma pessoa física ou jurídica, ou um grupo de pessoas, a uma ação ou omissão como condição explícita ou implícita para a libertação do refém, incorrerá no crime de tomada de refém, dentro das finalidades da presente Convenção.

2. Toda pessoa que:

a) tentar tomar refém, ou

b) agir como cúmplice de alguém que tome ou tente tomar refém, estará, igualmente, incorrendo em crime, dentro das finalidades da presente Convenção.

Artigo 2

Todo Estado Parte deverá estabelecer, para os crimes previstos no artigo 1º, penas apropriadas e proporcionais à gravidade dos mesmos.

Artigo 3

1. O Estado Parte, em cujo território o refém se encontra detido pelo autor do crime, deverá tomar todas as medidas que julgar apropriadas para remediar a situação do refém, em particular, assegurar a sua libertação, e, depois desta, se necessário, facilitar a sua partida.

2. Qualquer objeto que o autor do crime houver obtido em conseqüência da tomada de reféns, e do qual um Estado Parte venha a apoderar-se,

deverá ser devolvido pelo mesmo, dentro do mais breve prazo de tempo possível, ao refém ou aos terceiros mencionados no artigo 1, conforme o caso, ou às autoridades competentes destes últimos.

Artigo 4

Os Estados Partes deverão cooperar para a prevenção dos crimes previstos no artigo 1°, em particular:

a) tomar todas as medidas ao seu alcance para impedir que, em seus respectivos territórios, realizem-se preparativos para a perpetração daqueles crimes, dentro ou fora de seus territórios, inclusive medidas que proíbam, dentro de seus territórios, as atividades ilegais de pessoas, grupos e organizações que encorajam, fomentam, organizam ou perpetram atos de tomada de reféns;

b) trocar informações e coordenar a adoção de medidas administrativas e outras, conforme proceda, para impedir a perpetração de tais crimes.

Artigo 5

1. Todo Estado Parte deverá tomar as medidas necessárias para estabelecer a sua jurisdição sobre quaisquer crimes, previstos no artigo 1, cometidos:

a) em seu território ou a bordo de navio ou aeronave nele registrados;

b) por qualquer de seus nacionais, ou, se o Estado assim o entender, por apátridas que residam habitualmente em seu território;

c) com a finalidade de obrigar o Estado a uma ação ou omissão; ou

d) contra a pessoa de um de seus nacionais, se o Estado assim entender.

2. Todo Estado Parte deverá, igualmente, tomas as medidas necessárias para estabelecer a sua jurisdição sobre os crimes previstos no artigo 1, caso o autor presumido do crime encontre-se em seu território, e o referido Estado não proceda à extradição do mesmo para nenhum dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente artigo.

3. A presente Convenção não exclui a jurisdição criminal exercida em conformidade com a respectiva legislação dos Estados Partes.

Artigo 6

1. Se entender que as circunstâncias assim o justificam, todo Estado Parte, em cujo território encontrar-se o autor presumido do crime, deverá proceder, em conformidade com sua legislação, à detenção do mesmo, ou tomar outras medidas para garantir a sua presença durante o prazo necessário para a instauração de processo penal ou de extradição. O respectivo Estado Parte deverá proceder imediatamente a um inquérito preliminar, com vistas a estabelecer a verdade dos fatos.

2. A detenção, ou outras medidas referidas no parágrafo 1 do presente artigo, deverá ser comunicada sem dilação, diretamente ou por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas:

a) ao Estado em que foi cometido o crime;

b) ao Estado que foi objeto de coerção ou de tentativa de coerção;

c) ao Estado cujo nacional, em sua pessoa física ou jurídica, foi objeto de coerção, ou tentativa de coerção;

d) ao Estado cujo nacional foi tomado como refém, ou em cujo território este habitualmente reside;

e) ao Estado cujo nacional é o autor presumido do crime, ou, se tratar de uma pessoa apátrida, em cujo território esta habitualmente reside;

f) à organização intergovernamental internacional que foi objeto de coerção ou de tentativa de coerção;

g) a todos os demais Estados interessados.

3. Toda pessoa contra a qual sejam tomadas as medidas enumeradas no parágrafo 1 do presente artigo terá o direito de:

a) comunicar-se, sem dilação, com o representante competente mais próximo do Estado de que é nacional, ou do Estado a que, por outras razões, compete estabelecer tal comunicação, ou, se tratar-se de pessoa apátrida, do Estado em cujo território esta habitualmente reside;

b) receber a visita de um representante daquele Estado.

4. Os direitos referidos no parágrafo 3 do presente artigo deverão ser exercidos em conformidade com as leis e regulamentações do Estado em cujo território o autor presumido do crime encontra-se, sob condição, entretanto, de que as leis e regulamentações aludidas permitam o pleno cumprimento das finalidades a que se conformam os direitos previstos no parágrafo 3 do presente artigo.

5. Os dispositivos dos parágrafos 3 e 4 do presente artigo não implicam prejuízo do direito de todo Estado Parte de reivindicar a sua jurisdição, em conformidade com o parágrafo 1 b) do artigo 5, a fim de convidar o Comitê da Cruz Vermelha Internacional a comunicar-se com o autor presumido do crime ou a visitá-lo.

6. O Estado que proceder ao inquérito preliminar previsto no parágrafo 1 do presente artigo deverá relatar imediatamente as suas conclusões aos Estados ou organizações referidos no parágrafo 2 do presente artigo, e indicar-lhes se tenciona exercer a sua jurisdição.

Artigo 7

O Estado Parte onde o autor presumido do crime responde a ação penal deverá, em conformidade com a respectiva legislação, comunicar o resultado final do processo ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que transmitirá a informação aos outros Estados e organizações intergovernamentais internacionais interessados.

Artigo 8

1. O Estado Parte em cujo território o autor presumido do crime encontra-se, se não proceder à extradição do mesmo, obrigar-se-á, sem qualquer exceção, quer o crime tenha sido cometido em seu território ou não, a submeter o caso às autoridades deverão competentes, para fins de instauração de processo penal, em conformidade com o disposto na respectiva legislação. As referidas autoridades deverão observar, em suas decisões, os mesmos critérios aplicáveis aos crimes comuns de natureza grave previstos na legislação vigente.

2. Toda pessoa contra a qual foi instaurado um processo relacionado a um dos crimes previstos no artigo 1 deverá receber garantias de tratamento eqüitativo em todas as etapas do processo, inclusive o gozo de todos os direitos e garantias contemplados pela legislação do Estado em cujo território a mesma se encontre.

Artigo 9

1. Não se deferirá pedido de extradição de um autor presumido do crime, nos termos da presente Convenção, se a parte solicitada tiver razões bem fundadas para julgar que:

a) o pedido de extradição relativo a um crime previsto no artigo 1 foi dirigido com a finalidade de processar ou punir uma pessoa em razão de sua raça, religião, nacionalidade, origem étnica ou opinião política;

b) a pessoa em questão seja objeto de preconceito em virtude da posição que ocupa;

i) por qualquer das razões mencionadas na alínea a) do presente parágrafo, ou

ii) pela razão de que as autoridades competentes do Estado a que compete exercer os direitos de proteção não podem se comunicar com ela.

2. Quanto aos crimes, tal como definidos pela presente Convenção, os dispositivos de todos os tratados e acordos de extradição aplicáveis entre os Estados Partes são modificados entre os mesmos, na medida em que sejam incompatíveis com a presente Convenção.

Artigo 10

1. Os crimes previstos no artigo 1 serão considerados incluídos entre os crimes passíveis de extradição em qualquer tratado de extradição celebrado entre os Estados Partes. Os Estados Partes comprometem-se a incluir os referidos crimes entre aqueles passíveis de extradição em qualquer tratado de extradição que venham a celebrar no futuro.

2. Se um Estado Parte, o qual condiciona a extradição a existência de um tratado, receber um pedido de extradição de outro Estado Parte, com o qual não mantém tratado de extraído, a parte solicitada poderá, a seu juízo, tomar a presente Convenção como fundamento legal para a extradição, no que diz respeito aos crimes previstos

no artigo 1. A extradição estará sujeita às demais condições estipuladas pela legislação do Estado solicitado.

3. Os Estados Partes que não condicionem a extradição à existência de um tratado compreenderão os crimes previstos no artigo 1 como passíveis de extradição entre eles, estando a mesma sujeita às condições estipuladas pela legislação do Estado solicitado.

4. Os crimes previstos no artigo 1 serão considerados, para fins de extradição entre os Estados Partes, como tendo sido cometidos não somente no lugar onde ocorreram, mas também nos territórios dos Estados Partes obrigados a estabelecer a sua jurisdição, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 5.

Artigo 11

1. Os Estados Partes deverão prestar-se a maior ajuda possível, no que diz respeito aos processos penais relativos a um crime previsto no artigo 1, inclusive a apresentação de todas as provas necessárias ao processo de que disponham.

2. Os dispositivos do parágrafo 1 do presente artigo não atingirão as obrigações relativas à cooperação judicial estipuladas em qualquer outro tratado.

Artigo 12

Na medida em que as Convenções de Genebra, de 1949, para a proteção das vítimas de guerra, ou os Protocolos Adicionais às mesmas sejam aplicáveis a um determinado ato de tomada de refém, e na medida em que os Estados Partes da presente Convenção obrigam-se, em virtude dessas convenções, a processar ou a entregar o autor da tomada de refém, a presente Convenção não será aplicada a um ato de tomada de refém cometido no curso de conflitos armados, no âmbito das Convenções de Genebra de 1949 e de seus protocolos, inclusive os conflitos armados mencionados no artigo 1, parágrafo 4, do Protocolo Adicional I de 1977, em que os povos se levantam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira, e contra regimes racistas, exercendo o seu direito à autodeterminação, como consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração sobre Princípios do Direito Internacional, que dizem respeito às Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.

Artigo 13

A presente Convenção não se aplica caso o crime seja cometido dentro do território de um único Estado, o refém e o autor presumido do crime forem nacionais daquele Estado, e o autor presumido do crime encontrar-se no território desse Estado.

Artigo 14

Nada, na presente Convenção, deverá ser interpretado de modo a constituir justificativa para a violação da integridade territorial ou da independência política de um Estado, contrariando o que se acha disposto na Carta das Nações Unidas.

Artigo 15

Os dispositivos da presente Convenção não atingirão a aplicação dos tratados de asilo vigentes na data de adoção da presente Convenção, no que diz respeito aos Estados Partes dos referidos tratados; todavia, um Estado Parte da presente Convenção não poderá invocar tais tratados com relação a outro Estado Parte da presente Convenção que não seja parte deles.

Artigo 16

1. Toda controvérsia entre dois ou mais Estados Partes, relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção, caso não seja resolvida pela via da negociação, deverá, por solicitação de uma das partes, ser submetida à arbitragem. Se, dentro do prazo de seis meses da data de solicitação da arbitragem, as partes não chegarem a um acordo quanto à forma da arbitragem, qualquer das partes poderá submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, mediante solicitação, em conformidade com o Estatuto da Corte.

2. Todo Estado poderá, por ocasião da assinatura ou ratificação da presente Convenção, ou de sua adesão a ela, declarar que não se considera obrigado pelos dispositivos do parágrafo 1 do presente artigo. Os demais Estados Partes não estarão obrigados pelos referidos dispositivos com respeito a qualquer Estado Parte que tenha formulado esta reserva.

3. Todo Estado Parte que tiver formulado a reserva prevista no parágrafo 2 do presente artigo poderá retirá-la, a qualquer momento, mediante notificação dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 17

1. A presente Convenção está aberta à assinatura de todos os Estados até o dia 31 de dezembro de 1980, na Sede das Nações Unidas, em Nova York.

2. A presente Convenção deverá ser ratificada. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

3. A presente Convenção está aberta à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 18

1. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a contar da data de depósito do vigésimo segundo instrumento de ratificação ou adesão junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

2. Para todo Estado que ratificar a Convenção, ou a ela aderir, depois do depósito do vigésimo segundo instrumento de ratificação ou adesão, a presente Convenção entrará em vigor depois do trigésimo dia da data do depósito dos instrumentos de ratificação ou adesão pelos respectivos Estados.

Artigo 19

1. Todo Estado Parte poderá denunciar a presente Convenção, mediante notificação por escrito dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

2. A denúncia entrará em vigor um ano após a data do recebimento da notificação pelo Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 20

A presente Convenção, cujos textos em árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol fazem igualmente fé, será depositada junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Cópias da mesma, devidamente autenticadas, serão transmitidas por este último a todos os Estados signatários.

Em fé do que, os abaixo-assinados, devidamente autorizados a isso por seus respectivos Governos, firmaram a presente Convenção, aberta para assinatura em Nova York, no dia 18 de dezembro de 1979.

-:::-

DECRETO Nº 3.518, DE 20 DE JUNHO DE 2000

- Regulamenta o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pelo art. 12 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, e dispõe sobre a atuação da Polícia Federal nas hipóteses previstas nos arts. 2º, § 2º; 4º, § 2º; 5º, § 3º; e 15 da referida Lei.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, em especial seu art. 12,

DECRETA:

Capítulo I

Do Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas

Art. 1º. O Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pelo art. 12 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, no âmbito da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, consiste no conjunto de medidas adotadas pela União com o fim de proporcionar proteção e assistência a pessoas ameaçadas ou coagidas em virtude de colaborarem com a investigação ou o processo criminal.

Parágrafo único. As medidas do Programa, aplicadas isolada ou cumulativamente, objetivam garantir a integridade física e psicológica das pessoas a que se refere o *caput* deste artigo e a cooperação com o sistema de

justiça, valorizando a segurança e o bem-estar dos beneficiários, e consistem, dentre outras, em:

I - segurança nos deslocamentos;

II - transferência de residência ou acomodação provisória em local sigiloso, compatível com a proteção;

III - preservação da identidade, imagens e dados pessoais;

IV - ajuda financeira mensal;

V - suspensão temporária das atividades funcionais;

VI - assistência social, médica e psicológica;

VII - apoio para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam comparecimento pessoal; e

VIII - alteração de nome completo, em casos excepcionais.

Art. 2°. Integram o Programa:

I - o Conselho Deliberativo Federal;

II - o Órgão Executor Federal; e

III - a Rede Voluntária de Proteção.

Art. 3°. Podem ser admitidas no Programa as pessoas que, sendo vítimas ou testemunhas de crime, sofram ameaça ou coação, em virtude de colaborarem com a produção da prova, desde que aceitem e cumpram as normas de conduta estabelecidas em termo de compromisso firmado no momento de sua inclusão.

§ 1°. O cônjuge, companheiro ou companheira, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha podem, conforme a gravidade do caso, ser admitidos no Programa, sujeitando-se às mesmas condições estabelecidas no *caput* deste artigo.

§ 2°. A admissão no Programa será precedida de avaliação da gravidade da coação ou ameaça à integridade física ou psicológica da pessoa, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

§ 3°. O descumprimento das normas estabelecidas no termo de compromisso constitui conduta incompatível do protegido, acarretando sua exclusão do Programa.

Art. 4°. Não podem ser admitidas no Programa as pessoas cuja personalidade ou conduta sejam incompatíveis com as restrições de comportamento necessárias à proteção, os condenados que estejam cumprindo pena e os indiciados ou acusados sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades.

Parágrafo único. O cônjuge, companheiro ou companheira, ascendentes, descendentes e dependentes

que tenham convivência habitual com as pessoas a que se refere o *caput* deste artigo, que estejam coagidos ou expostos a ameaça, podem ser admitidos no Programa, sujeitando-se às mesmas condições estabelecidas no *caput* do artigo anterior.

Art. 5°. Poderão solicitar a admissão no Programa:

I - o próprio interessado ou seu representante legal;

II - o representante do Ministério Público;

III - a autoridade policial que conduz a investigação criminal;

IV - o juiz competente para a instrução do processo criminal; e

V - os órgãos públicos e as entidades com atribuições de defesa dos direitos humanos.

Parágrafo único. Os pedidos de admissão no Programa devem ser encaminhados ao Órgão Executor, devidamente instruídos com:

I - qualificação da pessoa cuja proteção se pleiteia;

II - breve relato da situação motivadora da ameaça ou coação;

III - descrição da ameaça ou coação sofridas;

IV - informações sobre antecedentes criminais e vida pregressa da pessoa cuja proteção se pleiteia; e

V - informação sobre eventuais inquéritos ou processos judiciais em curso, em que figure a pessoa cuja proteção se pleiteia.

§ 1°. O Ministério Público manifestar-se-á sobre todos os pedidos de admissão, antes de serem submetidos à apreciação do Conselho.

§ 2°. O Conselho poderá solicitar informações adicionais dos órgãos de segurança pública.

§ 3°. Se a decisão do Conselho for favorável à admissão, o Órgão Executor providenciará a inclusão do beneficiário na Rede Voluntária de Proteção.

Seção I

Do Conselho Deliberativo Federal

Art. 6°. Ao Conselho Deliberativo Federal, instância de direção superior, compete:

I - decidir sobre os pedidos de admissão e exclusão do Programa;

II - solicitar às autoridades competentes medidas de proteção;

III - solicitar ao Ministério Público as providências necessárias à obtenção de medidas judiciais acautelatórias;

IV - encaminhar as pessoas que devem ser atendidas pelo Serviço de

Proteção ao Depoente Especial, de que trata o Capítulo II deste Decreto;

V - adotar as providências necessárias para a obtenção judicial de alteração da identidade civil;

VI - fixar o valor máximo da ajuda financeira mensal aos beneficiários da proteção; e

VII - deliberar sobre questões relativas ao funcionamento e aprimoramento do Programa.

§ 1°. As decisões do Conselho são tomadas pela maioria dos votos de seus membros.

§ 2°. O Presidente do Conselho, designado pelo Ministro de Estado da Justiça dentre seus membros, pode decidir, em caráter provisório, diante de situações emergenciais e na impossibilidade de imediata convocação de reunião do Colegiado, sobre a admissão e a adoção de medidas assecuratórias da integridade física e psicológica da pessoa ameaçada.

Art. 7°. O Conselho é composto pelos seguintes membros, designados pelo Ministro de Estado da Justiça:

I - um representante da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos;

II - um representante da Secretaria Nacional de Segurança Pública;

III - um representante da Secretaria Nacional de Justiça;

IV - um representante do Departamento de Polícia Federal;

V - um representante do Ministério Público Federal;

VI - um representante do Poder Judiciário Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; e

VII - um representante de entidade não-governamental com atuação na proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas, indicado pelo Secretário de Estado dos Direitos Humanos.

Parágrafo único. Os membros do Conselho têm mandato de dois anos, sendo permitida a recondução.

Seção II

Do Órgão Executor Federal

Art. 8°. Compete ao Órgão Executor Federal adotar as providências necessárias à aplicação das medidas do Programa, com vistas a garantir a integridade física e psicológica das pessoas ameaçadas, fornecer subsídios ao Conselho e possibilitar o cumprimento de suas decisões, cabendo-lhe, para tanto:

I - elaborar relatório sobre o fato que originou o pedido de admissão no Programa e a situação das pessoas que buscam proteção, propiciando elementos para a análise e deliberação do Conselho;

II - promover acompanhamento jurídico e assistência social e psicológica às pessoas protegidas;

III - providenciar apoio para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal dos indivíduos admitidos no Programa;

IV - formar e capacitar equipe técnica para a realização das tarefas desenvolvidas no Programa;

V - requerer ao Serviço de Proteção ao Depoente Especial a custódia policial, provisória, das pessoas ameaçadas, até a deliberação do Conselho sobre a admissão no Programa, ou enquanto persistir o risco pessoal e o interesse na produção da prova, nos casos de exclusão do Programa;

VI - promover o traslado dos admitidos no Programa;

VII - formar a Rede Voluntária de Proteção;

VIII - confeccionar o Manual de Procedimentos do Programa;

IX - adotar procedimentos para a preservação da identidade, imagem e dados pessoais dos protegidos e dos protetores;

X - garantir a manutenção de arquivos e bancos de dados com informações sigilosas;

XI - notificar as autoridades competentes sobre a admissão e a exclusão de pessoas do Programa; e

XII - promover intercâmbio com os Estados e o Distrito Federal acerca de programas de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas.

Parágrafo único. As atribuições do Órgão Executor serão exercidas pela Secretaria de Estado dos Direitos Humanos.

Seção III

Da Rede Voluntária de Proteção

Art. 9°. A Rede Voluntária de Proteção é o conjunto de associações civis, entidades e demais organizações não-governamentais que se dispõem a receber, sem auferir lucros ou benefícios, os admitidos no Programa, proporcionando-lhes moradia e oportunidades de inserção social em local diverso de sua residência.

Parágrafo único. Integram a Rede Voluntária de Proteção as organizações sem fins lucrativos que gozem de reconhecida atuação na área de assistência e desenvolvimento social, na defesa de direitos humanos ou na promoção da segurança pública e que tenham firmado com o Órgão Executor ou com entidade com ele conveniada termo de compromisso para o cumprimento dos procedimentos e das normas estabelecidos no Programa.

Capítulo II

Do Serviço de Proteção ao Depoente Especial

Art. 10. Entende-se por depoente especial:

I - o réu detido ou preso, aguardando julgamento, indiciado ou acusado sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades, que testemunhe em inquérito ou processo judicial, se dispondo a colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração possa resultar a identificação de autores, co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com sua integridade física preservada ou a recuperação do produto do crime; e

II - a pessoa que, não admitida ou excluída do Programa, corra risco pessoal e colabore na produção da prova.

Art. 11. O Serviço de Proteção ao Depoente Especial consiste na prestação de medidas de proteção assecuratórias da integridade física e psicológica do depoente especial, aplicadas isoladas ou cumulativamente, consoante as especificidades de cada situação, compreendendo, dentre outras:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança ostensiva nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; e

V - medidas especiais de segurança e proteção da integridade física, inclusive dependência separada dos demais presos, na hipótese de o depoente especial encontrar-se sob prisão temporária, preventiva ou decorrente de flagrante delito.

§ 1º. A escolta de beneficiários do Programa, sempre que houver necessidade de seu deslocamento para prestar depoimento ou participar de ato relacionado a investigação, inquérito ou processo criminal, será efetuada pelo Serviço de Proteção.

§ 2º. Cabe ao Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Justiça, o planejamento e a execução do Serviço de Proteção, para tanto podendo celebrar convênios, acordos, ajustes e termos de parceria com órgãos da Administração Pública e entidades não-governamentais.

Art. 12. O encaminhamento das pessoas que devem ser atendidas pelo Serviço de Proteção será efetuado pelo Conselho e pelo Ministro de Estado da Justiça.

Parágrafo único. O atendimento pode ser dirigido ou estendido ao cônjuge ou companheiro, descendente ou ascendente e dependentes que tenham convivência habitual com o depoente especial, conforme o especificamente necessário em cada caso.

Art. 13. A exclusão da pessoa atendida pelo Serviço de Proteção poderá ocorrer a qualquer tempo:

I - mediante sua solicitação expressa ou de seu representante legal;

II - por decisão da autoridade policial responsável pelo Serviço de Proteção; ou

III - por deliberação do Conselho.

Parágrafo único. Será lavrado termo de exclusão, nele constando a ciência do excluído e os motivos do ato.

Art. 14. Compete ao Serviço de Proteção acompanhar a investigação, o inquérito ou processo criminal, receber intimações endereçadas ao depoente especial ou a quem se encontre sob sua proteção, bem como providenciar seu comparecimento, adotando as medidas necessárias à sua segurança.

Capítulo III

Do Sigilo e da Segurança da Proteção

Art. 15. O Conselho, o Órgão Executor, o Serviço de Proteção e demais órgãos e entidades envolvidos nas atividades de assistência e proteção aos admitidos no Programa devem agir de modo a preservar a segurança e a privacidade dos indivíduos protegidos.

Parágrafo único. Serão utilizados mecanismos que garantam a segurança e o sigilo das comunicações decorrentes das atividades de assistência e proteção.

Art. 16. Os deslocamentos de pessoas protegidas para o cumprimento de atos decorrentes da investigação ou do processo criminal, assim como para compromissos que impliquem exposição pública, são precedidos das providências necessárias à proteção, incluindo, conforme o caso, escolta policial, uso de colete à prova de balas, disfarces e outros artifícios capazes de dificultar sua identificação.

Art. 17. A gestão de dados pessoais sigilosos deve observar, no que couber, as medidas de salvaguarda estabelecidas pelo Decreto nº 2.910, de 29 de dezembro de 1998.

§ 1º. O tratamento dos dados a que se refere este artigo deve ser processado por funcionários previamente cadastrados e seu uso, autorizado pela autoridade competente, no objetivo de assegurar os direitos e as garantias fundamentais do protegido.

§ 2º. Os responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais dos indivíduos protegidos, assim como as pessoas que, no exercício de suas funções, tenham conhecimento dos referidos dados, estão obrigados a manter sigilo profissional sobre eles, inclusive após o seu desligamento dessas funções.

§ 3º. Os responsáveis por tratamento de dados a que se refere este artigo devem aplicar as medidas técnicas e de organização adequadas para a proteção desses dados contra a destruição, acidental ou ilícita, perda, alteração, divulgação ou acesso não autorizado.

Capítulo IV

Das Disposições Gerais

Art. 18. Os servidores públicos, profissionais contratados e voluntários que, de algum modo, desempenhem funções relacionadas ao Programa ou ao Serviço de Proteção devem ser periodicamente capacitados e informados acerca das suas normas e dos seus procedimentos.

Art. 19. Os beneficiários do Programa devem ter prioridade no acesso a programas governamentais, considerando a especificidade de sua situação.

Art. 20. As despesas decorrentes da aplicação da Lei nº 9.807, de 1999, obedecem a regime especial de execução e são consideradas de natureza sigilosa, sujeitando-se ao exame dos órgãos de controle interno e externo, na forma estabelecida pela legislação que rege a matéria.

Art. 21. Para a aplicação deste Decreto, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos poderá celebrar convênios, acordos, ajustes e termos de parceria com Estados, Distrito Federal, Municípios, órgãos da Administração Pública e entidades não-governamentais, cabendo-lhe a supervisão e fiscalização desses instrumentos.

Art. 22. O Ministro de Estado da Justiça poderá baixar instruções para a execução deste Decreto.

Art. 23. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de junho de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

-:::-

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28, DE 25 DE MAIO DE 2000

- Dá nova redação ao inciso XXIX do art. 7º e revoga o art. 233 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;" (NR)

"a) (Revogada)".

"b) (Revogada)".

Art. 2º. Revoga-se o art. 233 da Constituição Federal.

Art. 3º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 25 de maio de 2000.

Mesa da Câmara dos Deputados

Deputado MICHEL TEMER
Presidente

Deputado HERÁCLITO FORTES
1º Vice-Presidente

Deputado SEVERINO CAVALCANTI
2º Vice-Presidente

Deputado UBIRATAN AGUIAR
1º Secretário

Deputado NELSON TRAD
2º Secretário

Deputado JAQUES WAGNER
3º Secretário

Deputado EFRAIM MORAIS
4º Secretário

Mesa do Senado Federal

Senador ANTONIO CARLOS MAGALHÃES
Presidente

Senador GERALDO MELO
1º Vice-Presidente

Senador ADEMIR ANDRADE
2º Vice-Presidente

Senador RONALDO CUNHA LIMA
1º Secretário

Senador CARLOS PATROCÍNIO
2º Secretário

Senador NABOR JÚNIOR
3º Secretário

Senador CASILDO MALDANER
4º Secretário

-:::-

LEI Nº 9.975, DE 23 DE JUNHO DE 2000

- Acrescenta artigo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. A Seção II - Dos Crimes em Espécie - do Capítulo I do Título VII do Livro II da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 244-A:

"Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:" (AC)

"Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa" (AC).

"§ 1º. Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo" (AC).

"§ 2º. Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento" (AC).

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de junho de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Gregori

-:::-

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.940-22, DE 26 DE MAIO DE 2000

- Altera dispositivos do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, da Lei nº 5.627, de 1º de dezembro de 1970, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º. Os arts. 20, 26, 84 e 90 do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 20. (...)

Parágrafo único. Não se aplica à União a obrigatoriedade estatuída na alínea *h* deste artigo". (NR)

"Art. 26. As sociedades seguradoras não poderão requerer concordata e não estão sujeitas à falência, salvo, neste último caso, se decretada a liquidação extrajudicial, o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar". (NR)

"Art. 84. (...)

§ 1º. O patrimônio líquido das sociedades seguradoras não poderá ser inferior ao valor do passivo não operacional, nem ao valor mínimo decorrente do cálculo da margem de solvência, efetuado com base na regulamentação baixada pelo CNSP.

§ 2º. O passivo não operacional será constituído pelo valor total das obrigações não cobertas por bens garantidores.

§ 3º. As sociedades seguradoras deverão adequar-se ao disposto neste artigo no prazo de um ano, prorrogável por igual período e caso a caso, por decisão do CNSP". (NR)

"Art. 90. (...)

Parágrafo único. Aplica-se à intervenção a que se refere este artigo o disposto nos arts. 55 a 62 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977". (NR)

Art. 2º. Fica restabelecido o art. 33 do Decreto-lei nº 73, de 1966, com a seguinte redação:

"Art. 33. O CNSP será integrado pelos seguintes membros:

I - Ministro de Estado da Fazenda, ou seu representante;

II - representante do Ministério da Justiça;

III - representante do Ministério da Previdência e Assistência Social;

IV - Superintendente da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP;

V - representante do Banco Central do Brasil;

VI - representante da Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

§ 1º. O CNSP será presidido pelo Ministro de Estado da Fazenda e, na sua ausência, pelo Superintendente da SUSEP.

§ 2º. O CNSP terá seu funcionamento regulado em regimento interno". (NR)

Art. 3º. Às sociedades seguradoras de capitalização e às entidades de previdência privada aberta aplica-se o disposto nos arts. 2º e 15 do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, 1º a 8º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997 e, no que couber, nos

arts. 3° a 49 da Lei n° 6.024, de 13 de março de 1974.

Parágrafo único. As funções atribuídas ao Banco Central do Brasil pelas Leis referidas neste artigo serão exercidas pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, quando se tratar de sociedades seguradoras, de capitalização ou de entidades de previdência privada aberta.

Art. 4°. Aplica-se às entidades de previdência privada aberta o disposto no art. 84 do Decreto-lei n° 73, de 1966.

Art. 5°. O art. 56 da Lei n° 6.435, de 15 de julho de 1977, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 56. (...)

§ 3°. A decretação da intervenção não afetará o funcionamento da entidade nem o curso regular de seus negócios.

§ 4°. Na hipótese de indicação de pessoa jurídica para gerir a sociedade em regime de intervenção, esta poderá, em igualdade de condições com outros interessados, participar de processo de aquisição do controle acionário da sociedade interventiva". (NR)

Art. 6°. O art. 9° da Lei n° 5.627, de 1° de dezembro de 1970, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9°. (...)

Parágrafo único. Excepcionalmente, e em prazo não superior a um ano, prorrogável por uma única vez e por igual prazo, e a critério da SUSEP, poderá ser autorizada a transferência de controle acionário de sociedades de seguros às pessoas jurídicas indicadas neste artigo". (NR)

Art. 7°. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória n° 1.940-21, de 27 de abril de 2000.

Art. 8°. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9°. Fica revogado o art. 3° da Lei n° 7.682, de 2 de dezembro de 1988.

Brasília, 26 de maio de 2000; 179° da Independência e 112° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Pedro Malan

-:::-

MEDIDA PROVISÓRIA N° 1.949-24, DE 26 DE MAIO DE 2000

- Acrescenta dispositivo à Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1°. A Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

"Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

§ 1°. O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no *caput* possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre:

I - o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais;

II - o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período;

III - a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas;

IV - as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas;

V - o valor da multa de que trata o inciso anterior não poderá ser superior ao valor do investimento previsto;

VI - o foro competente para dirimir litígios entre as partes.

§ 2°. No tocante aos empreendimentos em curso até o dia 30 de março de 1998, envolvendo construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, a assinatura do termo de compromisso deverá ser requerida pelas pessoas físicas e jurídicas interessadas, até o dia 31 de dezembro de 1998, mediante requerimento escrito protocolizado junto aos órgãos competentes do SISNAMA, devendo ser firmado pelo dirigente máximo do estabelecimento.

§ 3°. Da data da protocolização

do requerimento previsto no parágrafo anterior e enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de compromisso, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa à celebração do instrumento, a aplicação de sanções administrativas contra a pessoa física ou jurídica que o houver firmado.

§ 4°. A celebração do termo de compromisso de que trata este artigo não impede a execução de eventuais multas aplicadas antes da protocolização do requerimento.

§ 5°. Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior.

§ 6°. O termo de compromisso deverá ser firmado em até noventa dias, contados da protocolização do requerimento.

§ 7°. O requerimento de celebração do termo de compromisso deverá conter as informações necessárias à verificação da sua viabilidade técnica e jurídica, sob pena de indeferimento do plano.

§ 8°. Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato". (NR)

Art. 2°. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória n° 1.949-23, de 27 de abril de 2000.

Art. 3°. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de maio de 2000; 179° da Independência e 112° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Sarney Filho

-:::-

MEDIDA PROVISÓRIA N° 2.026, DE 4 DE MAIO DE 2000

- Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1°. Para aquisição de bens e serviços comuns, a União poderá adotar licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Medida Provisória.

§ 1°. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de

desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

§ 2°. O regulamento disporá sobre os bens e serviços comuns de que trata este artigo.

Art. 2°. Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Parágrafo único. Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

Art. 3°. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão promotor da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, cuja atribuição inclui o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Art. 4°. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso no *Diário Oficial da União*, em jornais de grande circulação e, facultativamente, por meios eletrônicos;

II - do aviso constarão a definição do objeto, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital e recebidas as propostas;

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do artigo anterior e as normas que disciplinarem o procedimento;

IV - cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta;

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a oito dias úteis;

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII - a habilitação far-se-á com declaração do próprio licitante de que está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS -, bem como de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

VIII - aberta a sessão, os interessados entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

IX - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até dez por cento superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

X - não havendo pelo menos três ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das três melhores propostas oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

XI - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XII - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XIII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas e da documentação exigida no edital, que incluirá certidões de regularidade perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o FGTS, bem como a negativa de falência e concordata;

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF -, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV - no caso de inabilitação do proponente que tiver apresentado a melhor oferta, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante atenda às condições fixadas no instrumento convocatório;

XVI - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVII - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a preclusão do direito de recurso e adjudicação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação ao licitante vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVII.

Art. 5º. É vedada a exigência de:

I - garantia de proposta;

II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e

III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica.

Art. 6º. O prazo de validade das propostas será de sessenta dias, se outro não estiver fixado no edital.

Art. 7º. Quem fizer declaração falsa ou deixar de apresentar a documentação exigida para o certame ficará impedido de contratar com a União, e, se for o caso, será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos,

sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais.

Art. 8°. Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 9°. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de maio de 2000; 179° da Independência e 112° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Martus Tavares

-:::-

MEDIDA PROVISÓRIA N° 2.027-38, DE 4 DE MAIO DE 2000

- Acresce e altera dispositivos do Decreto-lei n° 3.365, de 21 de junho de 1941, das Leis n°s 4.504, de 30 de novembro de 1964, 8.177, de 1° de março de 1991, e 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1°. O Decreto-lei n° 3.365, de 21 de junho de 1941, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 10. (...)

Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público". (NR)

"Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

§ 1°. Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.

§ 2°. Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero.

§ 3°. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também às ações

ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença.

§ 4°. Nas ações referidas no parágrafo anterior, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação". (NR)

"Art. 15-B. Nas ações a que se refere o artigo anterior, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1° de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição". (NR)

"Art. 27. (...)

§ 1°. A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4° do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais).

(...)

§ 3°. O disposto no § 1° deste artigo se aplica:

I - ao procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária;

II - às ações de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta.

§ 4°. O valor a que se refere o § 1° será atualizado, a partir de maio de 2000, no dia 1° de janeiro de cada ano, com base na variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA - do respectivo período". (NR)

Art. 2°. A Lei n° 4.504, de 30 de novembro de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 6°. (...)

§ 1°. Para os efeitos da Reforma Agrária, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA - representará a União nos acordos, convênios ou contratos multilaterais referidos neste artigo.

§ 2°. A União, mediante convênio, poderá delegar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o cadastramento, as vistorias e avaliações de propriedades rurais situadas no seu território, bem como outras atribuições relativas à execução do Programa Nacional de Reforma Agrária, observados os parâmetros e critérios estabelecidos nas leis e nos atos normativos federais.

§ 3°. O convênio de que trata o *caput* será celebrado com os Estados, com o Distrito Federal e com os Municípios que tenham instituído órgão colegiado, com a participação das organizações dos agricultores familiares e trabalhadores rurais sem terra, mantida a paridade de representação entre o Poder Público e a sociedade civil organizada, com a finalidade de formular propostas para a adequada implementação da política agrária.

§ 4°. Para a realização da vistoria e avaliação do imóvel rural para fins de reforma agrária, poderá o Estado utilizar-se de força policial.

§ 5°. O convênio de que trata o *caput* deverá prever que a União poderá utilizar servidores integrantes dos quadros de pessoal dos órgãos e das entidades da Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a execução das atividades referidas neste artigo". (NR)

"Art. 95-A. Fica instituído o Programa de Arrendamento Rural, destinado ao atendimento complementar de acesso à terra por parte dos trabalhadores rurais qualificados para participar do Programa Nacional de Reforma Agrária, na forma estabelecida em regulamento.

Parágrafo único. Os imóveis que integrarem o Programa de Arrendamento Rural não serão objeto de desapropriação para fins de reforma agrária enquanto se mantiverem arrendados, desde que atendam aos requisitos estabelecidos em regulamento". (NR)

Art. 3°. A Lei n° 8.177, de 1° de março de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 5°. (...)

§ 3°. A partir de 5 de maio de 2000, os Títulos da Dívida Agrária - TDA emitidos para desapropriação terão as seguintes remunerações:

I - três por cento ao ano para indenização de imóvel com área de até setenta módulos fiscais;

II - dois por cento ao ano para indenização de imóvel com área acima de setenta e até cento e cinqüenta módulos fiscais; e

III - um por cento ao ano para indenização de imóvel com área acima de cento e cinqüenta módulos fiscais.

§ 4°. Os TDA emitidos até 4 de maio de 2000 e os a serem emitidos para aquisição por compra e venda de imóveis rurais destinados à implantação de projetos integrantes do Programa de Nacional de Reforma Agrária, nos termos das Leis n°s 4.504, de 30 de novembro de 1964, e 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, serão remunerados a seis por cento ao ano.

§ 5°. Os TDA a que se referem os §§ 3° e 4° terão remuneração anual ou fração *pro rata*, mantido o seu poder liberatório nos termos da legislação em vigor, podendo, a partir de seu vencimento, ser utilizados na aquisição de ações de empresas estatais incluídas no

Programa Nacional de Desestatização". (NR)

Art. 4°. A Lei n° 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 2°. (...)

§ 2°. Para os fins deste artigo, fica a União, através do órgão federal competente, autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, mediante comunicação escrita ao proprietário, preposto ou representante.

§ 3°. Na ausência do proprietário, do preposto ou do representante, a comunicação será feita mediante edital, a ser publicado, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação na capital do Estado de localização do imóvel.

§ 4°. Não será considerada, para os fins desta Lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2° e 3°.

§ 5°. No caso de fiscalização decorrente do exercício de poder de polícia, será dispensada a comunicação de que tratam os §§ 2° e 3°.

§ 6°. O imóvel rural objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado nos dois anos seguintes à desocupação do imóvel.

§ 7°. Na hipótese de reincidência da invasão, computar-se-á em dobro o prazo a que se refere o parágrafo anterior.

§ 8°. A entidade, a organização, a pessoa jurídica, o movimento ou a sociedade de fato que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, auxiliar, colaborar, incentivar, incitar, induzir ou participar de invasão de imóveis rurais ou de bens públicos, ou em conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, não receberá, a qualquer título, recursos públicos.

§ 9°. Se, na hipótese do parágrafo anterior, a transferência ou repasse dos recursos públicos já tiverem sido autorizados, assistirá ao Poder Público o direito de retenção, bem assim o de rescisão do contrato, convênio ou instrumento similar". (NR)

"Art. 2°-A. Na hipótese de fraude ou simulação de esbulho ou invasão, por parte do proprietário ou legítimo possuidor do imóvel, para os fins dos §§ 6° e 7° do artigo anterior, o órgão executor do Programa Nacional de Reforma Agrária aplicará pena administrativa de cinqüenta mil a quinhentas mil UFIR e o cancelamento do cadastro do imóvel no Sistema Nacional de Cadastro Rural, sem prejuízo das demais sanções penais e civis cabíveis". (NR)

"Art. 5°. (...)

§ 3°. (...)

I - do segundo ao décimo quinto ano, quando emitidos para indenização de imóvel com área de até setenta módulos fiscais;

II - do segundo ao décimo oitavo ano, quando emitidos para indenização de imóvel com área acima de setenta e até cento e cinqüenta módulos fiscais; e

III - do segundo ao vigésimo ano, quando emitidos para indenização de imóvel com área superior a cento e cinqüenta módulos fiscais". (NR)

"Art. 6°. (...)

§ 3°. (...)

V - as áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes, tecnicamente conduzidas e devidamente comprovadas, mediante documentação e Anotação de Responsabilidade Técnica. (...)" (NR)

"Art. 7°. (...)

IV - haja sido aprovado pelo órgão federal competente, na forma estabelecida em regulamento, no mínimo seis meses antes da comunicação de que tratam os §§ 2° e 3° do art. 2°. (...)" (NR)

"Art. 11. Os parâmetros, índices e indicadores que informam o conceito de produtividade serão ajustados, periodicamente, de modo a levar em conta o progresso científico e tecnológico da agricultura e o desenvolvimento regional, pelos Ministros de Estado do Desenvolvimento Agrário e da Agricultura e do Abastecimento, ouvido o Conselho Nacional de Política Agrícola". (NR)

"Art. 12. Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:

I - localização do imóvel;

II - aptidão agrícola;

III - dimensão do imóvel;

IV - área ocupada e ancianidade das posses;

V - funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

§ 1°. Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA.

§ 2°. Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel.

§ 3°. O Laudo de Avaliação será subscrito por Engenheiro Agrônomo com registro de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, respondendo o subscritor, civil, penal e administrativamente, pela superavaliação comprovada ou fraude na identificação das informações". (NR)

"Art. 17. O assentamento de trabalhadores rurais deverá ser realizado em terras economicamente úteis, de preferência na região por eles habitada, observado o seguinte:

I - a obtenção de terras rurais destinadas à implantação de projetos de assentamento integrantes do programa de reforma agrária será precedida de estudo sobre a viabilidade econômica e a potencialidade de uso dos recursos naturais;

II - os beneficiários dos projetos de que trata o inciso anterior manifestarão sua concordância com as condições de obtenção das terras destinadas à implantação dos projetos de assentamento, inclusive quanto ao preço a ser pago pelo órgão federal executor do programa de reforma agrária e com relação aos recursos naturais;

III - nos projetos criados será elaborado Plano de Desenvolvimento de Assentamento - PDA, que orientará a fixação de normas técnicas para a sua implantação e os respectivos investimentos;

IV - integrarão a clientela de trabalhadores rurais para fins de assentamento em projetos de reforma agrária somente aqueles que satisfizerem os requisitos fixados para seleção e classificação, bem como as exigências contidas nos arts. 19, incisos I a V e seu parágrafo único, e 20 desta Lei;

V - a consolidação dos projetos de assentamento integrantes dos programas de reforma agrária dar-se-á com a concessão de créditos de instalação e a conclusão dos investimentos, bem como com a outorga do instrumento definitivo de titulação (...)". (NR)

"Art. 18. (...)

§ 1°. O título de domínio de que trata este artigo conterá cláusulas resolutivas e será outorgado ao beneficiário do programa de reforma agrária, de forma individual ou coletiva, após a realização dos serviços de medição e demarcação topográfica do imóvel a ser alienado.

§ 2°. Na implantação do projeto de assentamento, será celebrado com o beneficiário do programa de reforma agrária contrato de concessão de uso, de forma individual ou coletiva, que conterá cláusulas resolutivas, estipulando-se os direitos e as obrigações da entidade concedente e dos concessionários, assegurando-se a estes o direito de adquirir, em definitivo, o título de domínio, nas condições previstas no parágrafo anterior, computado o período da concessão para fins da inegociabilidade de que trata este artigo.

§ 3°. O valor da alienação do imóvel será definido por deliberação

do Conselho Diretor do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, cujo ato fixará os critérios para a apuração do valor da parcela a ser cobrada do beneficiário do programa de reforma agrária.

§ 4°. O valor do imóvel fixado na forma do parágrafo anterior será pago em prestações anuais pelo beneficiário do programa de reforma agrária, amortizadas em até vinte anos, com carência de três anos e corrigidas monetariamente pela variação do Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna - IGP-DI, da Fundação Getúlio Vargas.

§ 5°. Será concedida ao beneficiário do programa de reforma agrária a redução de cinqüenta por cento da correção monetária incidente sobre a prestação anual, quando efetuado o pagamento até a data do vencimento da respectiva prestação.

§ 6°. Os valores relativos às obras de infra-estrutura de interesse coletivo, aos custos despendidos com o plano de desenvolvimento do assentamento e aos serviços de medição e demarcação topográficos são considerados não reembolsáveis, sendo que os créditos concedidos aos beneficiários do programa de reforma agrária serão excluídos do valor das prestações e amortizados na forma a ser definida pelo órgão federal executor do programa.

§ 7°. O órgão federal executor do programa de reforma agrária manterá atualizado o cadastro de áreas desapropriadas e de beneficiários da reforma agrária". (NR)

"Art. 26-A. Não serão cobradas custas ou emolumentos para registro de títulos translativos de domínio de imóveis rurais desapropriados para fins de reforma agrária" (NR).

Art. 5°. Fica criado o Programa "Nossa Terra - Nossa Escola", mediante incentivo financeiro a ser concedido às famílias dos trabalhadores rurais beneficiárias dos projetos de assentamento integrantes do programa de reforma agrária, que mantenham todos os seus filhos com idade entre sete e catorze anos na escola, em ensino regular de primeiro grau.

Parágrafo único. O incentivo de que trata este artigo será concedido a cada família beneficiária do programa, sob forma de redução na proporção de cinqüenta por cento do valor da parcela anual do imóvel a esta alienado.

Art. 6°. O órgão federal executor do programa de reforma agrária fica autorizado a baixar atos normativos internos disciplinando a aplicação dos arts. 17 e 18 da Lei n° 8.629, de 1993.

Art. 7°. Caberá ao Departamento de Polícia Federal, inclusive mediante o desforço necessário, coibir a turbação e o esbulho possessórios dos bens e dos próprios da União e das entidades integrantes da Administração Federal indireta, sem prejuízo da responsabilidade das Polícias Militares dos Estados pela manutenção da ordem pública.

Art. 8°. Fica criada a Divisão de Conflitos Agrários e Fundiários, no

âmbito do Departamento de Polícia Federal, com sede na unidade central e representação nas unidades descentralizadas, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Caberá à Divisão de que trata este artigo a coordenação, o acompanhamento e a instauração dos inquéritos relacionados aos conflitos agrários ou fundiários e os deles decorrentes, quando se tratar de crime de competência federal, bem assim a responsabilidade pela prevenção e repressão desses crimes, além de outras atribuições que lhe forem cometidas em regulamento.

Art. 9°. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória no 1.997-37, de 11 de abril de 2000.

Art. 10. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Fica revogada a Medida Provisória n° 1.997-37, de 11 de abril de 2000.

Brasília, 4 de maio de 2000; 179° da Independência e 112° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Gregori
Francisco Dornelles
José Sarney Filho
Raul Belens Jungmann Pinto
Pedro Parente

-:::-

MEDIDA PROVISÓRIA N° 2.029, DE 20 DE JUNHO DE 2000

- Institui o Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP, suspende temporariamente o registro de arma de fogo e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1°. Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP, com o objetivo de apoiar projetos de responsabilidade dos Governos dos Estados e do Distrito Federal, na área de segurança pública, e dos Municípios, onde haja guardas municipais.

Art. 2°. Constituem recursos do FNSP:

I - os consignados na Lei Orçamentária Anual e nos seus créditos adicionais;

II - as doações, auxílios e subvenções de entidades públicas ou privadas;

III - os decorrentes de empréstimo;

IV - as receitas decorrentes das aplicações de seus recursos orçamentários e extra-orçamentários, observada a legislação aplicável; e

V - outras receitas.

Art. 3°. O FNSP será administrado por um Conselho Gestor, com a seguinte composição:

I - dois representantes do Ministério da Justiça, um dos quais será o seu presidente;

II - um representante de cada órgão a seguir indicado:

a) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

b) Casa Civil da Presidência da República;

c) Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

d) Procuradoria-Geral da República.

Parágrafo único. As decisões do Conselho Gestor serão aprovadas pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 4°. O FNSP apoiará projetos na área de segurança pública, destinados, dentre outros, a:

I - reequipamento das polícias estaduais;

II - treinamento e qualificação de polícias civis e militares e de guardas municipais;

III - sistemas de informações e estatísticas policiais;

IV - programas de polícia comunitária; e

V - polícia técnica e científica.

§ 1°. Os projetos serão examinados e aprovados pelo Conselho Gestor.

§ 2°. Na avaliação dos projetos, o Conselho Gestor priorizará, dentre outros aspectos, o ente federado ou Município que se comprometer com os seguintes resultados:

I - redução do índice de criminalidade;

II - aumento do índice de apuração de crimes sancionados com pena de reclusão;

III - desenvolvimento de ações integradas das polícias civil e militar; e

IV - aperfeiçoamento do contingente policial ou da guarda municipal, em prazo preestabelecido.

§ 3°. Só terão acesso aos recursos do FNSP o ente federado que tenha instituído, em seu âmbito, plano de segurança pública, ou o Município que mantenha guarda municipal, visando à obtenção dos resultados a que se refere o parágrafo anterior.

§ 4°. Os projetos habilitados a

receber recursos do FNSP não poderão ter prazo superior a dois anos.

Art. 5°. Os entes federados e os Municípios, no que couber, beneficiados com recursos do FNSP prestarão, periodicamente, ao Conselho Gestor, informações, em planilha própria, sobre o desempenho de suas ações de segurança pública, especialmente quanto ao treinamento, controles e resultados.

Art. 6°. Fica suspenso, até 31 de dezembro de 2000, o registro de arma de fogo a que se refere o art. 3° da Lei n° 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, salvo para:

I - as Forças Armadas;

II - os órgãos de segurança pública federais e estaduais, as guardas municipais e o órgão de inteligência federal;

III - as empresas de segurança privada regularmente constituídas, nos termos da legislação específica.

Art. 7°. As vedações temporárias, de qualquer natureza, constantes de lei não incidirão na transferência voluntária de recursos da União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados aos Municípios, destinados a garantir a segurança pública, a execução da Lei Penal, a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem assim a manutenção do sistema penitenciário.

Art. 8°. O Arquivo Nacional e a Imprensa Nacional passam a integrar a estrutura básica da Casa Civil da Presidência da República.

§ 1°. Ficam transferidos para a Casa Civil da Presidência da República o quadro de servidores e o acervo patrimonial dos órgãos referidos neste artigo.

§ 2°. É o Poder Executivo autorizado a remanejar, transpor, transferir ou utilizar as dotações orçamentárias aprovadas na Lei Orçamentária de 2000, em favor dos órgãos de que trata o *caput*, mantidos os respectivos detalhamentos por esfera orçamentária, grupos de despesas, fontes de recursos, modalidades de aplicação e identificadores de uso.

Art. 9°. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de junho de 2000; 179° da Independência e 112° da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Gregori

-:::-

DO ESTADO

DECRETO Nº 41.025, DE 27 DE ABRIL DE 2000

- Altera a Consolidação da Legislação Tributária Administrativa 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 de atribuição que lhe confere o artigo 90, inciso VII, da Constituição do Estado, e tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 226, da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, e no artigo 6º da Lei nº 13.435, de 30 de dezembro de 1999.

DECRETA:

Art. 1º - O artigo 163 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto nº 23.780, de 10 de agosto de 1984, passa a vigorar acrescido dos parágrafos 1º e 2º, com a seguinte redação:

"Art. 163 - (...)

§ 1º - Durante a vigência do parcelamento, o débito apurado estará sujeito a 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 a substituí-la.

§ 2º - O parcelamento poderá ser concedido, excepcionalmente, em prazo superior a 60 (sessenta) meses".

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 27 de abril de 2000.

Itamar Franco
Henrique Eduardo Ferreira Hargreaves
José Augusto Trópia Reis

-:::-

DECRETO Nº 41.026, DE 27 DE ABRIL DE 2000

- Altera o Anexo XXI do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 38.104, de 28 de junho de 1996.

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 29, § 8º, da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975,

DECRETA:

Art. 1º - Os dispositivos abaixo relacionados do Anexo XXI do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 38.104, de 28 de junho de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 5º - (...)

I - Nas hipóteses dos artigos 1º e 2º, apresentar ao chefe da fiscalização de sua circunscrição, relativamente a cada período de apuração em que tenha sido constatado saldo credor, até o dia 10 (dez) do período subseqüente, ou até o primeiro dia útil seguinte, demonstrativo do valor do saldo credor e da parcela a ser utilizada ou transferida, elaborado de acordo com instrução normativa, da Superintendência de Legislação e Tributação;

(...)

§ 3º - O chefe da fiscalização de circunscrição do contribuinte poderá requisitar documentos e informações complementares para verificação da regularidade dos valores lançados no demonstrativo.

(...)

§ 5º - Nas hipóteses dos artigos 1º e 2º, o valor autorizado deverá ser utilizado ou transferido até o último dia do mês subseqüente ao período em que se apurou o saldo credor, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte.

(...)

Art. 20 - (...)

II - não implica o reconhecimento da legitimidade dos créditos nem a homologação dos lançamentos efetuados pelo contribuinte".

Art. 2º - O artigo 5º do Anexo XXI do RICMS fica acrescido dos §§ 6º, 7º e 8º, com a seguinte redação:

"§ 6º - Na impossibilidade de utilização ou transferência do crédito, no todo ou em parte, até a data estabelecida no parágrafo anterior, o contribuinte poderá utilizar ou transferir a parcela autorizada, ou valor remanescente, após o prazo, desde que possua saldo credor suficiente em sua escrita fiscal, observado o seguinte:

1) o crédito não utilizado ou não transferido até a referida data será considerado normalmente pelo contribuinte na apuração do imposto, e, na hipótese de apuração de novo saldo credor, para sua utilização ou transferência nos termos dos artigos 1º e 2º, deverá o contribuinte proceder a outro demonstrativo, nos termos do inciso I deste artigo;

2) no demonstrativo de que trata o item anterior, relativo ao novo período, para o cálculo da parcela a ser utilizada ou transferida, deverão ser deduzidos os valores não utilizados ou não transferidos relativos ao período anterior;

3) a parcela do saldo credor a ser utilizada ou transferida corresponderá ao somatório da parcela do período anterior, ou valor remanescente, autorizada e não utilizada ou não transferida e daquela relativa ao novo período, desde que o contribuinte possua saldo credor suficiente em sua escrita fiscal;

4) o procedimento previsto neste parágrafo aplica-se sucessivamente,

sempre que não for possível, até a data prevista no § 5° deste artigo, a utilização ou a transferência de parcela já autorizada, relativa a período anterior, desde que o período subseqüente apresente saldo credor.

§ 7° - A parcela do saldo credor acumulada em razão de operações e prestações diversas daquelas de que tratam os artigos 1° e 2° será considerada normalmente pelo contribuinte na apuração do imposto no período subseqüente e, apurado novo saldo credor, será considerada no cálculo da parcela a ser utilizada ou transferida relativa ao respectivo período.

§ 8° - Para efeito do disposto no *caput* do artigo 4°, na hipótese de contribuinte em início de atividade ou início de operação de que tratam os artigos 1° e 2°, bem como de contribuinte que não apresenta situação ininterrupta de saldo credor do imposto, o demonstrativo de que trata o inciso I deste artigo será entregue após o encerramento do terceiro período consecutivo de saldo credor e deverá abranger os 3 (três) períodos de apuração".

Art. 3° - Ficam sem efeito:

I - as autorizações para utilização ou transferência de crédito, relativamente aos valores remanescentes, deferidas segundo as normas anteriores ao Decreto n° 40.872, de 12 de janeiro de 2000, e não efetivadas pelo contribuinte até 31 de janeiro de 2000;

II - os pedidos de utilização ou transferência de crédito pendentes de solução, protocolizados até 31 de janeiro de 2000, com base nas regras anteriores ao Decreto n° 40.872, de 12 de janeiro de 2000.

Art. 4° - Para a elaboração do demonstrativo de que trata o artigo 5°, inciso I, do Anexo XXI do RICMS, relativo ao período de apuração de abril, o contribuinte deverá elaborar novos demonstrativos dos períodos de janeiro, fevereiro e março, caso tenham apresentado saldo credor, ajustados às disposições deste Decreto.

Parágrafo único - Os novos demonstrativos de janeiro, fevereiro e março, independentemente de apresentação anterior, serão entregues juntamente com o de abril e serão utilizados exclusivamente para aferição do valor da parcela do saldo credor eventualmente autorizada e não utilizada ou não transferida a ser considerada no demonstrativo relativo ao período de apuração de abril.

Art. 5° - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos, quanto aos artigos 1° e 2°, a 13 de janeiro de 2000.

Art. 6° - Revogam-se as disposições em contrário. Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 27 de abril de 2000.

Itamar Franco
Henrique Eduardo Ferreira Hargreaves
José Augusto Trópia Reis

-:::-

LEI N° 13.495, DE 5 DE ABRIL DE 2000

- Institui o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas de Infrações Penais.

O povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, aprovou, e eu, em seu nome, nos termos do § 8° do art. 70 da Constituição do Estado de Minas Gerais, promulgo a seguinte lei:

Art. 1°. Fica instituído o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas de Infrações Penais.

Art. 2°. O Programa de que trata esta lei tem como objetivo garantir proteção para as pessoas que estejam sendo ou possam vir a ser coagidas ou ameaçadas por sua colaboração direta ou indireta em investigação criminal ou processo penal.

§ 1°. A proteção de que trata esta lei poderá ser dirigida ou estendida:

I - ao agente público encarregado de serviço especial relacionado a investigação criminal ou processo penal, nos termos do regulamento;

II - ao cônjuge ou companheiro, aos parentes consangüíneos, afins ou por adoção e aos dependentes da vítima, da testemunha ou do agente público envolvido em investigação criminal ou processo penal, conforme a necessidade apurada em cada caso.

§ 2°. Em situações excepcionais, mediante solicitação assinada por, pelo menos, três das autoridades relacionadas no art. 7° desta lei, poderá o Conselho Deliberativo permitir o ingresso, no Programa, de pessoa não incluída nas hipóteses mencionados neste artigo.

Art. 3°. A proteção concedida pelo Programa e as medidas dela decorrentes serão compatíveis com a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a importância da pessoa para a produção da prova.

Art. 4°. O ingresso no Programa, as restrições de segurança e a adoção das demais medidas nele constantes ficam condicionados à anuência da pessoa protegida ou de seu representante legal.

Art. 5°. O Programa será dirigido por um Conselho Deliberativo composto:

I - pelo Secretário Adjunto de Estado de Direitos Humanos, que o presidirá;

II - por um membro do Ministério Público;

III - por um membro da Magistratura;

IV - por um Delegado de Polícia;

V - por um membro da Fundação Movimento Direito e Cidadania.

Art. 6°. O Conselho Deliberativo decidirá sobre:

I - o ingresso da pessoa no Programa e a sua exclusão;

II - as medidas de proteção necessárias e a sua duração.

§ 1º. As deliberações do Conselho serão tomadas pela maioria absoluta de seus membros.

§ 2º. O Conselho poderá solicitar, para subsidiar suas deliberações, documentos ou informações comprobatórios de identidade, situação profissional, patrimônio, grau de instrução e pendência de obrigações civis, administrativas, fiscais, financeiras ou penais do interessado, bem como exames ou pareceres técnicos sobre a sua personalidade e estado físico ou psicológico.

§ 3º. As deliberações do Conselho serão tomadas em prazo compatível com a urgência da proteção solicitada.

Art. 7º. A solicitação de ingresso no Programa, feita pessoalmente ou por procurador, poderá ser encaminhada ao Conselho Deliberativo:

I - por membro do Ministério Público;

II - pela autoridade policial que conduz a investigação criminal;

III - pelo Juiz competente para a instrução do processo criminal;

IV - pelo Ouvidor da Polícia;

V - por membro do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos.

Parágrafo único. A solicitação de que trata este artigo será instruída com a qualificação da pessoa a ser protegida e com informações sobre o fato delituoso e a coação ou ameaça que a motivam.

Art. 8º. Será considerado oficialmente encaminhado ao Conselho Deliberativo o pedido de proteção protocolizado na Secretaria de Estado da Justiça e Direitos Humanos por qualquer das autoridades a que se refere o art. 7º.

Art. 9º. A pessoa protegida poderá ser excluída do Programa a qualquer tempo:

I - por solicitação própria;

II - por decisão do Conselho Deliberativo.

Art. 10. Em caso de urgência e levando-se em consideração a procedência, a gravidade e a iminência da coação ou ameaça, a pessoa poderá ficar provisoriamente sob a custódia de órgão policial, por indicação de uma das autoridades a que se refere o art. 7º, enquanto aguarda a decisão do Conselho Deliberativo.

Parágrafo único. Os membros do Conselho Deliberativo e o Ministério Público serão imediatamente informados da custódia provisória concedida nos termos deste artigo.

Art. 11. A proteção de que trata esta lei compreende, entre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, para fins de trabalho ou para prestação de depoimentos inclusive;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, caso a pessoa protegida fique impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou não disponha de fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo de vencimentos ou vantagens, quando servidor público;

VII - apoio e assistência jurídica, até mesmo para que se concedam medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção;

VIII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

IX - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

X - apoio dos órgãos executores do Programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal;

XI - apoio a programas sociais e pedagógicos de readaptação da pessoa protegida.

Parágrafo único. O Conselho Deliberativo fixará, no início de cada exercício financeiro, o limite máximo para a ajuda mensal a que se refere o inciso V deste artigo.

Art. 12. As medidas de proteção definidas pelo Conselho Deliberativo serão executadas pelos órgãos e instituições públicas por ele indicados, com a colaboração das entidades privadas que se oferecerem para tal.

Art. 13. A proteção oferecida terá a duração máxima de dois anos, prorrogáveis excepcionalmente por decisão do Conselho Deliberativo, no caso de, findo esse período, perdurarem os motivos que autorizaram a inclusão da pessoa no Programa.

Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar convênios com a União, os municípios e as entidades públicas e privadas para o cumprimento do disposto nesta lei.

Art. 15. O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de cento e oitenta dias.

Art. 16. Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 17. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Palácio da Inconfidência, em Belo Horizonte, aos 5 de abril de 2000.

Deputado Anderson Adauto - Presidente

Deputado Dilzon Melo - 1º Secretário

Deputado Gil Pereira - 2º Secretário

-:::-

LEI Nº 13.514, DE 7 DE ABRIL DE 2000

- Dispõe sobre o fornecimento de informações para a defesa de direitos e o esclarecimento de situações.

O povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, aprovou, e eu, em seu nome, nos termos do § 8º do art. 70 da Constituição do Estado de Minas Gerais, promulgo a seguinte lei:

Art. 1º. O Poder Público fornecerá a qualquer pessoa informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, para a defesa de direitos e o esclarecimento de situações, no prazo de até quinze dias contados da data do pedido.

§ 1º. A informação a ser prestada poderá consistir em cópia de qualquer documento ou registro sob a guarda do Poder Público.

§ 2º. O indeferimento do requerimento para obtenção de informação será motivado, com a indicação expressa da necessidade do sigilo da informação, fundamentada em fatores de risco à segurança da sociedade ou do Estado.

§ 3º. O não-cumprimento dos prazos ou condições estabelecidos nesta lei para o fornecimento de informações implica a responsabilização do agente público incumbido de fazê-lo.

Art. 2º. O interessado esclarecerá, no requerimento de informações, os fins e as razões do pedido.

Parágrafo único. O esclarecimento de que trata este artigo é dispensável, caso a informação solicitada seja de interesse exclusivo do requerente.

Art. 3º. Os órgãos e entidades da administração pública estadual manterão afixados em suas dependências, em local de fácil visibilidade, cartazes com o inteiro teor desta lei.

Art. 4º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º. Revogam-se as disposições em contrário. Palácio da Inconfidência, em Belo Horizonte, aos 7 de abril de 2000.

Deputado Anderson Adauto - Presidente

Deputado Dilzon Melo - 1º Secretário

Deputado Gil Pereira - 2º Secretário

-:::-

LEI Nº 13.515, DE 7 DE ABRIL DE 2000

- Contém o Código de Defesa do Contribuinte do Estado de Minas de Gerais.

O povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, aprovou, e eu, em seu nome, nos termos do § 8º do art. 70 da Constituição do Estado de Minas Gerais, promulgo a seguinte lei:

Seção I

Dos Princípios

Art. 1º. Esta lei contém o Código de Defesa do Contribuinte de Minas Gerais - CDC-MG -, de ordem pública e interesse social.

Art. 2º. São objetivos do Código:

I - promover o bom relacionamento entre o fisco e o contribuinte, baseado na cooperação, no respeito mútuo e na parceria, visando a fornecer ao Estado recursos necessários ao cumprimento de suas atribuições;

II - proteger o contribuinte contra o exercício abusivo do poder de fiscalizar, de lançar e de cobrar tributo instituído em lei;

III - assegurar a ampla defesa dos direitos do contribuinte no âmbito dos processos administrativos;

IV - prevenir e reparar os danos patrimoniais e morais decorrentes de abuso de poder por parte do Estado na fiscalização, no lançamento e na cobrança de tributos de sua competência;

V - assegurar a adequada e eficaz prestação de serviços gratuitos de orientação aos contribuintes.

Art. 3º. Para efeito do disposto neste Código, contribuinte é a pessoa física ou jurídica que a lei obriga ao cumprimento de obrigação tributária e que, independentemente de estar inscrita como tal, pratique ações que se enquadrem como fato gerador de tributos de competência do Estado.

Seção II

Dos Direitos do Contribuinte

Art. 4º. São direitos do contribuinte:

I - a igualdade de tratamento, com respeito e urbanidade, em qualquer repartição administrativa ou fazendária do Estado;

II - o acesso aos dados e informações de seu interesse registrados nos sistemas de tributação, arrecadação e fiscalização, e o fornecimento de certidões, se solicitadas;

III - a adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral e, em especial, daqueles prestados pelos órgãos e unidades da Secretaria de Estado da Fazenda;

IV - a efetiva educação tributária

e a orientação sobre procedimentos administrativos;

V - a identificação do servidor nas repartições administrativas e fazendárias e nas ações fiscais;

VI - a apresentação de ordem de serviço nas ações fiscais, dispensada essa nos casos de controle do trânsito de mercadorias, flagrantes e irregularidades constatadas pelo fisco, nas correspondentes ações fiscais continuadas nas empresas inclusive;

VII - o recebimento de comprovante detalhado dos documentos, livros e mercadorias entregues à fiscalização ou por ela apreendidos;

VIII - a recusa a prestar informações por requisição verbal, se preferir intimação por escrito;

IX - a informação sobre os prazos de pagamento e reduções de multa, quando autuado;

X - a exigência de mandado judicial para permitir busca em local que não contenha mercadoria ou documento de interesse da fiscalização, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

XI - a não-obrigatoriedade de pagamento imediato de qualquer autuação e o exercício do direito de defesa, se assim o desejar;

XII - a faculdade de, independentemente do pagamento de taxas, apresentar petição aos órgãos públicos para defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

XIII - a obtenção de certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de seu interesse, observado o prazo de quinze dias pela autoridade competente para fornecimento das informações e certidões solicitadas;

XIV - a observância, pela Administração Pública, dos princípios da legalidade, igualdade, anterioridade, irretroatividade, publicidade, capacidade contributiva, impessoalidade, uniformidade, não-diferenciação e vedação de confisco;

XV - a faculdade de se comunicar com seu advogado ou entidade de classe quando sofrer ação fiscal, sem prejuízo da continuidade desta;

XVI - a proteção contra o exercício arbitrário ou abusivo do Poder Público nos atos de constituição e cobrança de tributo;

XVII - a ampla defesa no âmbito do processo administrativo e judicial e a reparação dos danos causados aos seus direitos;

XVIII - a fiscalização dos valores que servirem de base à instituição de taxas.

Parágrafo único. Na hipótese de recusa da exibição de mercadorias, livros e documentos, a fiscalização poderá lacrar os móveis ou depósitos em

que possivelmente eles estejam, lavrando termo desse procedimento, do qual deixará cópia com o contribuinte, solicitando, de imediato, à autoridade administrativa a que estiver subordinada as providências necessárias para que se faça a exibição judicial.

Art. 5º. O contribuinte tem direito de gerir seu próprio negócio, sob o regime da livre iniciativa, sendo vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios e atividades.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo os casos previstos no art. 199 do Código Tributário Nacional e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

Art. 6º. O contribuinte poderá recompor sua conta gráfica quando for detectado erro que não resulte em recolhimento atrasado de imposto, bem como escriturar créditos a que tiver direito, não apropriados na época própria.

Art. 7º. O contribuinte terá acesso pleno às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e empresariais a seu respeito na repartição fazendária e no Departamento de Trânsito de Minas Gerais - DETRAN-MG -, bem como sobre as suas respectivas fontes.

Art. 8º. Os cadastros de que trata o art. 7º serão objetivos, claros, atualizados e escritos em linguagem de fácil compreensão.

Parágrafo único. A Administração Pública não poderá impor ao contribuinte obrigações que decorram de fatos alcançados pela prescrição.

Art. 9º. O contribuinte, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados cadastrais à qual não deu causa, poderá exigir sua imediata correção, sem quaisquer ônus, devendo o órgão competente providenciá-la no prazo de quarenta e oito horas e comunicar a alteração ao requerente no prazo de cinco dias.

Art. 10. Consumada a prescrição relativa aos créditos tributários e a outros débitos de responsabilidade do contribuinte, as repartições fazendárias, de ofício, excluirão de seus sistemas quaisquer referências a eles.

Art. 11. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções, da legislação ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades competentes, bem como os que derivem da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Seção III

Da Proteção, da Informação e da Orientação ao Contribuinte

Art. 12. O Estado estabelecerá normas e rotinas de atendimento nas repartições administrativas e fazendárias, que permitam ao contribuinte:

I - o acesso imediato aos superiores hierárquicos, quando considerar violados seus direitos;

II - a ampla defesa de seus direitos, nos processos administrativos e tributários, com o acesso a todas as informações que serviram de base para a autuação;

III - a proteção contra o exercício abusivo do poder de cobrança de tributo;

IV - o sigilo sobre sua condição de contribuinte pontual ou inadimplente, para com a Administração Fazendária, vedada a divulgação, nos meios de comunicação, de dados sobre seus débitos;

V - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais ou coletivos, na forma da lei, decorrentes da violação dos seus direitos.

Art. 13. Cabe ao Estado:

I - implantar, no prazo de cento e oitenta dias contados da data de publicação desta lei, um serviço gratuito e permanente de orientação e informação ao contribuinte, subordinado à Secretaria de Estado da Fazenda, na forma que dispuser o regulamento;

II - realizar, anualmente, no âmbito da Secretaria de Estado da Casa Civil e Comunicação Social, campanha educativa com o objetivo de orientar o contribuinte sobre seus direitos e deveres;

III - implantar programa permanente de educação tributária, bem como programa permanente de treinamento para os servidores das áreas de arrecadação e fiscalização.

Art. 14. Do produto da arrecadação das taxas de expediente relativas a atos de autoridade administrativa da Secretaria da Fazenda, de que trata o item 2 da Tabela A anexa à Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, serão aplicados, no mínimo, 20% (vinte por cento) para a efetivação do disposto no art. 13 desta lei.

Seção IV

Das Vedações

Art. 15. É vedado ao Estado, sem prejuízo das garantias asseguradas ao contribuinte e do disposto no art. 150 da Constituição da República, no art. 18, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, e na legislação complementar específica:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território estadual, ou que implique distinção ou preferência em relação a um município em detrimento de outro admitida a concessão de incentivo fiscal destinado a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do Estado;

II - estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Art. 16. A concessão de benefícios e incentivos fiscais atenderá aos princípios da legalidade e da igualdade entre os contribuintes, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, *g*, da Constituição da República.

§ 1º. Os benefícios e incentivos fiscais assegurados às empresas em implantação no Estado serão estendidos àquelas já existentes, desde que comprovem a execução de projetos para a geração de novos empregos.

§ 2º. O benefício ou incentivo para a implantação ou manutenção de empresa no Estado só poderá ser concedido mediante garantia de permanência e funcionamento da beneficiária nas novas instalações pelo dobro do tempo relativo à percepção dos benefícios.

§ 3º. O não-cumprimento do disposto no § 2º deste artigo implicará a reposição aos cofres públicos do montante correspondente ao benefício ou incentivo fiscal recebido pela empresa.

Art. 17. É vedado ao Estado impor restrição à fruição de qualquer benefício ou incentivo fiscal ao contribuinte por motivo de litígio em processo administrativo ou judicial, antes da coisa julgada administrativa ou de sentença transitada em julgado.

Art. 18. É vedada a inscrição de crédito tributário em dívida ativa sem a prévia intimação do contribuinte.

Parágrafo único. Fica suspensa a inscrição em dívida ativa, até final do julgamento, de crédito tributário garantido por depósito judicial no valor total do tributo exigido, objeto de ação que vise a anular ou desconstituir o crédito ou o seu lançamento.

Art. 19. Não será exigida certidão negativa quando o contribuinte se dirigir à repartição fazendária competente para formular consultas e requerer regime especial de tributação, celebração de termo de acordo e restituição de impostos, resguardado à Fazenda Pública o indeferimento da concessão em caso de constatação de descumprimento de obrigação de natureza tributária.

Seção V

Das Normas e das Práticas Abusivas

Art. 20. São nulas de pleno direito as exigências administrativas que:

I - estabeleçam obrigações com base em presunção não prevista na legislação tributária;

II - infrinjam ou possibilitem a violação de normas de bom relacionamento entre o Fisco e o contribuinte;

III - estejam em desacordo com o sistema de proteção do contribuinte;

IV - obriguem à renúncia do direito de indenização.

Art. 21. Considera-se abusiva, entre outros casos, a exigência que:

I - estabeleça obrigações incompatíveis com a boa-fé, a eqüidade e os bons costumes;

II - ofenda os princípios fundamentais do sistema jurídico;

III - seja excessivamente onerosa para o contribuinte, ultrapassando sua capacidade econômica e financeira e reduzindo sua competitividade no seu ramo de atividade;

IV - interfira nas decisões gerenciais dos negócios do contribuinte, fora do âmbito tributário.

Art. 22. É vedado à autoridade administrativa, tributária e fiscal, sob pena de responsabilidade:

I - condicionar a prestação de serviço ao cumprimento de exigências burocráticas, sem previsão legal;

II - fazer exigência ao contribuinte de obrigação não prevista na legislação tributária ou criá-la fora do âmbito de sua competência;

III - recusar atendimento às petições do contribuinte de forma a restringir-lhe as operações;

IV - negar ao contribuinte a autorização para impressão de documentos fiscais, usando como argumento a existência de débito de obrigação principal ou acessória;

V - criar ou fazer exigências burocráticas ilegais;

VI - impor ao contribuinte a cobrança ou induzir a autodenúncia de débito cujo fato gerador não tenha sido devidamente apurado e demonstrado;

VII - arbitrar o valor da operação ou prestação presumindo circunstâncias não comprovadas em relação ao estabelecimento autuado, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas;

VIII - fazer-se acompanhar de força policial nas ações fiscais, apenas para efeito coativo, em estabelecimentos comerciais e industriais, sem que tenha sofrido nenhum embaraço ou desacato, sem prejuízo das demais ações fiscais em que a requisição de força policial é necessária à efetivação de medidas previstas na legislação tributária;

IX - determinar agência bancária para o pagamento de tributos;

X - repassar informação depreciativa referente a ato praticado pelo contribuinte no exercício de sua atividade econômica;

XI - bloquear, suspender ou cancelar inscrição do contribuinte sem motivo fundamentado ou comprovado por agente do Fisco;

XII - recusar-se a se identificar quando solicitado;

XIII - inscrever o crédito tributário em dívida ativa ou ajuizar ação executiva fiscal quando souber indevida;

XIV - submeter o contribuinte inadimplente a qualquer tipo de constrangimento ilegal na cobrança de débitos.

XV - exigir honorários advocatícios na cobrança de crédito tributário antes de ajuizada a ação, ainda que inscrito em dívida ativa;

XVI - utilizar-se dos dados cadastrais para dificultar o exercício dos direitos assegurados no art. 4º desta lei.

Seção VI

Do Sistema Estadual de Defesa do Contribuinte

Art. 23. Fica instituído o Sistema Estadual de Defesa do Contribuinte - SISDECON -, composto pela Câmara de Defesa do Contribuinte - CADECON - e pelos Serviços de Proteção dos Direitos do Contribuinte - DECON.

Art. 24. A CADECON é composta por representantes dos Poderes Públicos e das entidades empresariais e de classe, com atuação em defesa dos direitos do contribuinte, na forma desta lei e conforme dispuser o regulamento.

§ 1º. Os representantes, indicados por seus respectivos órgãos e entidades serão nomeados, no prazo de trinta dias contados da data de publicação desta lei, pelo Governador do Estado, para um mandato de dois anos, permitida a recondução.

§ 2º. Os membros da CADECON não serão remunerados, e suas funções são consideradas serviço público relevante.

Art. 25. Integram a CADECON representantes dos seguintes órgãos e entidades:

I - Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais;

II - Ministério Público;

III - Secretaria de Estado da Fazenda;

IV - Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN -;

V - Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas de Minas Gerais - FCDL - MG -;

VI - Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Minas Gerais - SEBRAE -;

VII - Organização das Cooperativas do Estado de Minas Gerais - OCEMG -;

VIII - Federação da Agricultura do Estado de Minas Gerais - FAEMG -;

IX - Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais - FIEMG -;

X - Federação das Associações Comerciais do Estado de Minas Gerais;

XI - Federação das Empresas de Transporte de Carga do Estado de Minas Gerais - FETCEMG -;

XII - União dos Varejistas de Minas Gerais - UVMG -;

XIII - Sindicato dos Fiscais e Agentes Fiscais de Tributos do Estado de Minas Gerais - SINDIFISCO -;

XIV - Associação dos Funcionários Fiscais do Estado de Minas Gerais - AFFEMG -;

XV - Conselho Regional de Contabilidade de Minas Gerais - CRC-MG -;

XVI - Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais - OAB-MG -;

XVII - Federação do Comércio do Estado de Minas Gerais.

§ 1º. No prazo de cento e vinte dias contados da data de publicação desta lei, os representantes das entidades mencionadas neste artigo reunir-se-ão para escolher o Presidente, o Vice-Presidente e o Secretário do SISDECON, bem como para elaborar e aprovar o seu regimento.

§ 2º. Os órgãos e as entidades relacionados neste artigo bem como outros órgãos e entidades que se interessarem em atuar na defesa dos direitos do contribuinte poderão implantar DECONs, desde que credenciados pela CADECON.

Art. 26. Compete à CADECON:

I - credenciar os Serviços de Proteção dos Direitos do Contribuinte - DECON -;

II - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual de proteção ao contribuinte;

III - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por contribuintes ou entidades representativas dos contribuintes;

IV - prestar orientação permanente ao contribuinte sobre seus direitos e garantias;

V - atuar como assistente nos processos administrativos e no processo disciplinar.

Seção VII

Das Sanções

Art. 27. Constatada infração ao disposto neste Código, o contribuinte poderá apresentar reclamação fundamentada e instruída, quando possível, à CADECON ou aos DECONs.

Art. 28. Julgada procedente a reclamação do contribuinte, a CADECON, diretamente ou provocada pelo DECON, com vistas a coibir novas infrações ao disposto neste Código ou garantir o direito do contribuinte, tomará as seguintes providências:

I - reapresentar contra o servidor responsável ao órgão competente, devendo ser imediatamente aberta sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa;

II - dar conhecimento à autoridade competente que, até que seja sanada a irregularidade, suspenderá os efeitos ou executará o ato administrativo, nas seguintes hipóteses:

a) recusa de autorização para impressão de documentos fiscais a contribuinte regularmente inscrito;

b) cancelamento, de ofício sem motivo fundamentado ou comprovado, de inscrição de contribuinte que se encontre no exercício regular de suas atividades;

c) lavratura de Termo de Ocorrência ou Auto de Infração sem indicação dos procedimentos realizados para levantamento, sem a descrição dos fatos que conduziram à autuação ou baseada em informações falsas, incorretas ou enganosas;

d) inscrição indevida de crédito tributário em dívida ativa;

e) adoção de procedimento de cobrança que interfira na administração do estabelecimento;

f) impedimento ou dificultação de acesso do contribuinte às informações sobre sua empresa, constantes em banco de dados, fichas e registros;

g) não-correção de informação inexata, a que o contribuinte não tenha dado causa, no prazo de quarenta e oito horas contado da reclamação.

Parágrafo único. Na hipótese do não-atendimento do disposto no inciso II deste artigo, a autoridade administrativa dará conhecimento à CADECON, com as justificativas de sua decisão.

Art. 29. A iniciativa de propositura da ação reparatória ou \outro procedimento judicial pertinente será sempre do contribuinte, facultado ao DECON intervir no processo como assistente, na forma processual civil.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se às entidades de classes, associações e cooperativas de contribuintes, que poderão agir em nome coletivo na defesa dos direitos dos contribuintes e até mesmo propor ação reparatória ou outro procedimento judicial cabível.

Seção VIII

Das Disposições Gerais

Art. 30. A antecipação da data de recolhimento de tributo de competência do Estado surtirá efeito noventa dias após a data de publicação do instrumento modificativo.

Art. 31. Ressalvadas as normas contidas nos arts. 111 e 112 do Código Tributário Nacional, a interpretação e a aplicação da legislação tributária atenderão, sempre que for possível, aos princípios de continuidade das empresas e de manutenção dos empregos.

Art. 32. O valor da taxa cobrada pelos serviços públicos não ultrapassará seu efetivo custo, e o seu recebimento não estará vinculado ao pagamento de qualquer outro tributo.

Art. 33. A Secretaria de Estado da Fazenda adotará providências para ampliar a rede de estabelecimentos autorizados a arrecadar tributos estaduais e para combater as medidas restritivas dos bancos.

Art. 34. Não será exigido visto prévio no Documento de Arrecadação

Estadual para pagamento de imposto fora do prazo, responsabilizando-se o contribuinte pela exatidão dos cálculos e pelo pagamento de eventuais diferenças, com os acréscimos legais.

Art. 35. Fica assegurada ao contribuinte a possibilidade de liquidação antecipada, total ou parcial, do crédito tributário parcelado, com redução proporcional dos juros e demais acréscimos incidentes sobre a parcela remanescente.

Art. 36. A norma que estabeleça condição mais favorável ao contribuinte será aplicada ao parcelamento de crédito tributário já deferido ou que se encontre em tramitação.

Art. 37. Em qualquer fase do processo tributário administrativo em que for juntado documento novo, o contribuinte será intimado e terá o prazo de cinco dias para se manifestar.

Parágrafo único. O contribuinte, pessoalmente ou por seu representante legal, terá direito de requisitar cópia de inteiro teor do processo tributário administrativo em que figure como parte.

Art. 38. Em cada sede das Superintendências Regionais da Fazenda funcionará uma Auditoria Fiscal do Conselho de Contribuintes, à qual caberá o saneamento, a instrução, o parecer de mérito e o julgamento de questões que não envolvam o mérito da exigência tributária, sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem conferidas, encaminhando em seguida o processo tributário administrativo para julgamento do Conselho de Contribuintes.

Parágrafo único. As atribuições de saneamento, instrução e parecer de mérito não serão exercidas pela Auditoria Fiscal na fase de impugnação de PTA submetido ao rito sumário.

Art. 39. O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de sessenta dias contados da data de sua publicação.

Art. 40. Esta lei entra vigor na data de sua publicação.

Art. 41. Revogam-se as disposições em contrário. Palácio da Inconfidência, em Belo Horizonte, aos 7 de abril de 2000.

Deputado Anderson Adauto - Presidente

Deputado Dilzon Melo - 1° Secretário

Deputado Gil Pereira - 2° Secretário

-:::-

RESOLUÇÃO N° 693/2000

- A Secretária de Estado da Justiça e de Direitos Humanos no uso de suas atribuições tendo em vista o que estabelecem as Leis n°s 11.374, de 30/12/93, e 11.713, de 23/12/94, e ainda a Lei n° 8.069, de 13/07/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e

CONSIDERANDO:

Que o artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê as medidas aplicáveis ao adolescente nos casos de prática de ato infracionais;

Que dentre elas é destacada a internação como medida privativa de liberdade sujeita a princípios e limitada pelo respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

Que a internação deve ser cumprida em entidade exclusiva para adolescente e este tem direito a alojamento em condições adequadas;

Que na estrutura estadual incumbe à Secretaria de Estado da Justiça e de Direitos Humanos administrar os dois tipos de estabelecimento para atender os adolescentes a saber: CIA (Centro de Internação do Adolescente), criado pela Lei n° 11.374, de 30/12/93, e o CEIP (Centro de Internação Provisória do Adolescente), criado pela Lei n° 11.713, de 23/12/94;

Que em obediência ao Estatuto da Criança e do Adolescente é absolutamente inaceitável a internação de menores além da capacidade daqueles estabelecimentos;

E que nesse caso é imprescindível manter as internações dentro dos limites dos estabelecimentos bem como adotar medidas de integração e troca de comunicações entre a Superintendência de Atendimento e Reeducação do Menor Infrator - SAREMI - e as autoridades judiciárias das Varas da Infância e da Juventude;

Finalmente que as medidas ora concretizadas têm por objetivos manter as internações dentro da estrita possibilidade e capacidade dos estabelecimentos.

RESOLVE:

Art. 1°. Os internamentos de adolescentes no CEIP e no CIA só serão efetivados quando o estabelecimento dispuser das vagas dentro da sua capacidade estabelecida.

Art. 2°. O CEIP e o CIA farão comunicações diárias à SAREMI sobre o fluxo dos adolescentes internados e a Superintendência criará um canal de comunicação com as autoridades judiciárias que serão informadas diariamente da disponibilidade de vagas nos estabelecimentos.

Art. 3°. Nenhum estabelecimento procederá à internação de adolescentes sem o respectivo encaminhamento escrito do Juiz da Vara da Infância e da Juventude.

Art. 4°. NA hipótese do não-cumprimento das diretrizes ora estabelecidas os estabelecimentos não procederão à internação dos adolescentes que serão reencaminhados à autoridade judiciária competente oficiadas as razões do não-atendimento.

Art. 5°. Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 6°. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Publique-se, registre-se e cumpra-se.

Secretária de Estado da Justiça e de Direitos Humanos em Belo Horizonte aos três dias do mês de abril de 2000.

Ângela Maria Prata Pace Silva de Assis - Secretária de Estado da Justiça de Direitos Humanos

-:::-

RESOLUÇÃO Nº 694/2000

- Dispõe sobre a remessa e recebimento de correspondência por presos.

A Secretária de Estado da Justiça e de Direitos Humanos no uso de suas atribuições legais;

CONSIDERANDO os princípios constitucionais visando os direitos e garantias individuais;

CONSIDERANDO o direito do apenado disposto no artigo 151 do Código Penal e no artigo 41 inciso XV parágrafo único da Lei de Execuções Penais;

CONSIDERANDO a necessidade de o Estado acautelar-se com a segurança no âmbito dos Estabelecimentos Penitenciários.

Determina:

1 - É vedada violação de toda e qualquer correspondência do interesse dos presos;

2 - As correspondências recebidas pelos presos serão examinadas externamente;

3 - Havendo suspeita ou constatada anormalidade na correspondência o servidor comunicara a chefia imediata que providenciara a abertura e inspeção do conteúdo na presença do preso a quem se destina a correspondência mantendo-se a inviolabilidade do escrito.

4 - Comprovado o uso da correspondência para fins ilícitos serão tomadas as medidas penais e disciplinares cabíveis.

Cumpra-se.

Belo Horizonte, 04 de abril de 2000. - *Ângela Maria Prata Pace Silva de Assis* - Secretária de Estado.

-:::-

Índice Numérico

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

RECURSO	COMARCA	RELATOR: DES.	PÁG.
	1. CORTE SUPERIOR		
Ag. Regimental nº 179.606-9/01	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson	71
Conf. Comp. nº 171.887-3/00	Belo Horizonte	Lúcio Urbano	75
Dúv. Com. nº 153.355-3/00	Ouro Branco	Francisco Figueiredo	78
Dúv. Com. nº 168.582-5/00 (em conexão com as de nºs 168.596-5/00, 168.598-1/00, 168.604-7/00, 168.610-4/00, 168.616-1/00, 168.619-5/00, 168.624-5/00, 168.643-5/00, 168.681-5/00, 168.698-9/00, 168.706-0/00, 168.719-3/00, 168.731-8/00, 168.735-9/00, 168.738-3/00, 168.742-5/00, 168.828-2/00, 168.833-2/00, 168.858-9/00, 168.870-4/00, 168.876-1/00, 168.903-3/00, 168.916-5/00, 168.922-3/00, 168.929-8/00, 168.938-9/00, 168.951-2/00, 168.964-5/00, 168.968-6/00, 168.973-6/00, 168.991-8/00, 168.994-2/00, 168.996-7/00, 169.003-1/00, 169.018-9/00, 169.037-9/00, 169.059-3/00, 169.070-0/00, 169.081-7/00, 169.092-4/00 e 169.310-0/00)	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	80

Dúv. Com. nº 172.404-6/00	Pouso Alegre	Francisco Figueiredo	84
Dúv. Com. nº 174.340-0/00	Passos	Francisco Figueiredo	88
Dúv. Com. nº 175.096-7/00	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	98
Dúv. Com. nº 175.149-4/00	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	101
Dúv. Com. nº 177.092-4/00	Caratinga	Francisco Figueiredo	103
Mand. Inj. nº 171.705-7/00	Belo Horizonte	Lúcio Urbano	105
Mand. Seg. nº 152.275-4/00	Belo Horizonte	Campos Oliveira	108
Emb. Decl. nº 152.275-4/01	Belo Horizonte	Campos Oliveira	130
Rec. contra Ato nº 156.601-7/00	Belo Horizonte	Gomes Lima	135

2. GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS

Súmulas Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais			137
Rev. Crim. nº 91.897-9/00	Belo Horizonte	Luiz Carlos Biasutti	142
Rev. Crim. nº 160.541-9/00	Pará de Minas	Kelsen Carneiro	152

3. CÂMARAS ISOLADAS

3.1. JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Agravo nº 143.318-4/00	Capinopólis	Pinheiro Lago	153
Agravo nº 144.386-0/00	Belo Horizonte	Pinheiro Lago	157
Agravo (de Instr.) nº 144.531-1/00	Juiz de Fora	Schalcher Ventura	159
Agravo (de Instr.) nº 149.774-2/00	Contagem	Schalcher Ventura	160
Agravo (de Instr.) nº 161.717-4/00	Belo Horizonte	Isalino Lisbôa	163
Agravo (de Instr.) nº 162.517-7/00	São João Del-Rei	Isalino Lisbôa	164
Agravo (de Instr.) nº 168.515-5/00	Pouso Alegre	Corrêa de Marins	166
Agravo nº 172.396-4/00	Contagem	Aloysio Nogueira	168
Agravo (de Instr.) nº 172.922-7/00	Guaxupé	Antônio Hélio Silva	170
Agravo (de Instr.) nº 173.775-8/00	Lagoa da Prata	Páris Peixoto Pena	171
Agravo (de Instr.) nº 174.671-8/00	Caldas	Carreira Machado	174
Agravo (de Instr.) nº 178.428-9/00	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	176
Agravo (de Instr.) nº 179.974-1/00	Belo Horizonte	Antônio Hélio Silva	179
Agravo nº 183.360-7/00	Nova Lima	Hugo Bengtsson	181
Agravo Reg. nº 184.351-5/01	Belo Horizonte	Campos Oliveira	183
Ap. Cív. nº 127.887-8/00	Caratinga	Pinheiro Lago	186
Ap. Cív. nº 130.835-2/00	Uberlândia	Bady Curi	188
Ap. Cív. nº 133.068-7/00	Belo Horizonte	Sérgio Lellis Santiago	213
Ap. Cív. nº 137.649-0/00	Belo Horizonte	Sérgio Lellis Santiago	217
Ap. Cív. nº 141.879-7/00	Santa Luzia	Sérgio Lellis Santiago	222
Ap. Cív. nº 144.469-4/00	Mutum	Aluízio Quintão	225
Ap. Cív. nº 144.674-9/00 (em conexão com as de nº 143.621-1/00 e 144.643-1/00)	Muriaé	Hugo Bengtsson	227
Ap. Cív. nº 147.107-7/00	Pedro Leopoldo	Almeida Melo	231
Ap. Cív. nº 148.177-9/00	Belo Horizonte	Rubens Xavier Ferreira	242
Ap. Cív. nº 149.930-0/00	Belo Horizonte	Abreu Leite	244

Ap. Cív. nº 150.058-6/00	Belo Horizonte	Abreu Leite	260
Ap. Cív. nº 151.836-4/00	Abaeté	José Antonino Baía Borges	263
Ap. Cív. nº 153.473-4/00	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	267
Ap. Cív. nº 153.847-9/00	Belo Horizonte	José Antonino Baía Borges	272
Ap. Cív. nº 154.590-4/00	Belo Horizonte	Rubens Xavier Ferreira	275
Ap. Cív. nº 155.746-1/00	Ipatinga	Aloysio Nogueira	280
Ap. Cív. nº 155.807-1/00	Nanuque	Rubens Xavier Ferreira	282
Ap. Cív. nº 156.475-6/00	Uberlândia	Aluízio Quintão	284
Ap. Cív. nº 156.732-0/00	Belo Horizonte	Almeida Melo	287
Ap. Cív. nº 156.878-1/00	Belo Horizonte	Garcia Leão	295
Ap. Cív. nº 156.935-9/00	Belo Horizonte	Lúcio Urbano	298
Ap. Cív. nº 158.482-0/00	Contagem	Garcia Leão	301
Ap. Cív. nº 158.513-2/00	Uberaba	José Antonino Baía Borges	303
Ap. Cív. nº 158.561-1/00	Nova Era	Isalino Lisbôa	304
Ap. Cív. nº 158.740-1/00	Belo Horizonte	Corrêa de Marins	306
Ap. Cív. nº 159.770-7/00	Belo Horizonte	Aloysio Nogueira	312
Ap. Cív. nº 160.299-4/00	Monte Azul	Cláudio Costa	315
Ap. Cív. nº 161.192-0/00	Guaxupé	Almeida Melo	320
Ap. Cív. nº 161.210-0/00	Belo Horizonte	Bady Curi	327
Ap. Cív. nº 162.103-6/00	Muriaé	José Brandão de Resende	333
Ap. Cív. nº 162.970-8/00	Belo Horizonte	Abreu Leite	337
Ap. Cív. nº 163.148-0/00	Belo Horizonte	Reynaldo Xim. Carneiro	340
Ap. Cív. nº 164.584-5/00	Belo Horizonte	José Brandão de Resende	344
Ap. Cív. nº 164.758-5/00	Belo Horizonte	Lucas Sávio Gomes	346
Ap. Cív. nº 165.146-2/00	Contagem	Bady Curi	349
Ap. Cív. nº 167.411-8/00	Uberlândia	Campos Oliveira	353
Ap. Cív. nº 167.953-9/00	Belo Horizonte	Lucas Sávio Gomes	357
Ap. Cív. nº 168.284-8/00	Belo Horizonte	Lucas Sávio Gomes	360
Ap. Cív. nº 168.290-5/00	Belo Horizonte	Corrêa de Marins	364
Ap. Cív. nº 169.467-8/00	Arinos	José Brandão de Resende	365
Ap. Cív. nº 170.600-1/00	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	367
Ap. Cív. nº 171.313-0/00	Conc. Alagoas	Carreira Machado	370
Ap. Cív. nº 171.328-8/00	S. Rita Sapucaí	Lúcio Urbano	374
Ap. Cív. nº 171.405-4/00	Betim	José Francisco Bueno	378
Ap. Cív. nº 171.718-0/00	Belo Horizonte	Campos Oliveira	380
Ap. Cív. nº 172.118-2/00	Belo Horizonte	Célio César Paduani	384
Ap. Cív. nº 172.642-1/00	Belo Horizonte	Páris Peixoto Pena	388
Ap. Cív. nº 172.715-5/00	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson	393
Ap. Cív. nº 173.041-5/00	Machado	Célio César Paduani	396
Ap. Cív. nº 173.144-7/00	Itajubá	Hyparco Immesi	403
Ap. Cív. nº 173.835-0/00	Teófilo Otoni	Célio César Paduani	406
Ap. Cív. nº 173.969-7/00	Guarani	Antônio Hélio Silva	411
Ap. Cív. nº 174.165-1/00	Belo Horizonte	José Francisco Bueno	413
Ap. Cív. nº 174.322-8/00	Poços de Caldas	José Francisco Bueno	417
Ap. Cív. nº 175.550-3/00	Ouro Fino	Cláudio Costa	420
Ap. Cív. nº 176.904-1/00	Belo Horizonte	Cláudio Costa	423
Ap. Cív. nº 178.103-8/00	Uberlândia	Orlando Carvalho	425

Ap. Cív. nº 179.726-5/00	Itajubá	Orlando Carvalho	428
Conf. Neg. Comp. nº 137.177-2/00	Belo Horizonte	Schalcher Ventura	430
Conf. Neg. Comp. nº 163.898-0/00	Belo Horizonte	Garcia Leão	432
Emb. Decl. nº 161.362-9/01 (na AC nº 161.362-9/00)	Três Corações	Páris Peixoto Pena	434
Emb. Inf. nº 130.835-2/00	Uberlândia	Carreira Machado	202
Emb. Inf. nº 146.851-1/01	Belo Horizonte	Lúcio Urbano	439
Mand. Seg. nº 174.353-3/00	S. João Del-Rei	Hyparco Immesi	442

3.2 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Ap. Crim. nº 135.228-5/00	Patos de Minas	Paulo Tinôco	445
Ap. Crim. nº 140.668-5/00	Cel. Fabriciano	Herculano Rodrigues	448
Ap. Crim. nº 150.982-7/00	Belo Horizonte	Gomes Lima	453
Ap. Crim. nº 152.814-0/00	Pouso Alegre	Mercêdo Moreira	458
Ap. Crim. nº 162.180-4/00	Divino	Paulo Tinôco	461
Ap. Crim. nº 162.490-7/00	Belo Horizonte	Kelsen Carneiro	465
Ap. Crim. nº 163.771-9/00	Belo Horizonte	Guido de Andrade	470
Ap. Crim. nº 164.210-7/00	Barbacena	Guido de Andrade	474
Ap. Crim. nº 165.098-5/00	Conselheiro Pena	Mercêdo Moreira	476
Ap. Crim. nº 165.101-7/00	Resplendor	Odilon Ferreira	479
Ap. Crim. nº 166.659-3/00	São Lourenço	Odilon Ferreira	483
Ap. Crim. nº 167.423-3/00	Divino	Odilon Ferreira	486
Ap. Crim. nº 167.634-5/00	Machado	Reynaldo Xim. Carneiro	490
Ap. Crim. nº 167.729-3/00	Capinópolis	José Arthur	503
Ap. Crim. nº 168.145-1/00	Sabinópolis	Roney Oliveira	507
Ap. Crim. nº 168.383-8/00	Pará de Minas	Kelsen Carneiro	508
Ap. Crim. nº 168.910-8/00	Belo Horizonte	Edelberto Santiago	511
Ap. Crim. nº 170.735-5/00	Monte Sião	Edelberto Santiago	516
Ap. Crim. nº 171.801-4/00	Malacacheta	Zulman Galdino	519
Ap. Crim. nº 172.803-9/00	Belo Horizonte	José Arthur	522
Ap. Crim. nº 173.534-9/00	Lambari	Roney Oliveira	525
Ap. Crim. nº 174.843-3/00	Araxá	Gomes Lima	529
Ap. Crim. nº 175.748-3/00	Belo Horizonte	Zulman Galdino	531
Ap. Crim. nº 179.710-9/00	Manhumirim	Kelsen Carneiro	535
Ap. Crim. nº 179.880-0/00	Sto. Ant. Monte	Herculano Rodrigues	539
Ap. Crim. nº 180.669-4/00	Pouso Alegre	Reynaldo Xim. Carneiro	543
Ap. Crim. nº 180.698-3/00	Belo Horizonte	Luiz Carlos Biasutti	546
Ap. Crim. nº 183.574-3/00	Sabará	Edelberto Santiago	550
CNJ nº 166.850-8/00	Cons. Lafaiete	José Arthur	552
Emb. Inf. nº 139.615-9/01 (segue Ap. Cív. nº 139.615-9/00)	Itaúna	Roney Oliveira	555
HC nº 182.597-5/00	Alfenas	Zulman Galdino	565
HC nº 182.918-3/00	Uberlândia	Gudesteu Biber	567
HC nº 191.473-8/00	Juiz de Fora	Gudesteu Biber	573
Rec. Agravo nº 168.580-9/00	Sete Lagoas	Paulo Tinôco	575
Rec. Agravo nº 174.312-9/00	Belo Horizonte	Herculano Rodrigues	578
Rec. Agravo nº 179.845-3/00	Novo Cruzeiro	Gudesteu Biber	584

Rec. Agravo nº 180.083-8/00	Belo Horizonte	Luiz Carlos Biasutti	588
Rec. Agravo nº 180.385-7/00	Caldas	Luiz Carlos Biasutti	590
Rec. S. Est. nº 156.242-0/00	Guaxupé	Mercêdo Moreira	592
Rec. S. Est. nº 161.624-2/00	Araçuaí	Gomes Lima	594
Rec. S. Est. nº 165.887-1/00	S. Gonç. Sapucaí	Guido de Andrade	598

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO	RELATOR: MINISTRO	PÁG.
HC nº 11.176-SP	Eduardo Ribeiro	603
REsp nº 60.778-SP	Aldir Passarinho Júnior	604
REsp nº 94.449-RJ	Ari Pargendler	606
REsp nº 108.140-BA	Barros Monteiro	608
REsp nº 111.748-MG	Jorge Scartezzini	612
REsp nº 195.527-SP	Carlos Alberto Menezes Direito	616
REsp nº 247.284-MG	Garcia Vieira	619
Rec. Ord. em *HC* nº 9.396-MG	Jorge Scartezzini	621

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSO	RELATOR: MINISTRO	PÁG.
Ag. Reg. Ag. Inst. nº 186.929/1-MG	Néri da Silveira	627
HC nº 74.305/6-SP	Moreira Alves	630
HC nº 74.415/0-MG	Maurício Corrêa	643
Rec. Extr. nº 182.362/3-DF	Moreira Alves	646
Rec. Extr. nº 204.625/6-RS	Octavio Gallotti	649
Rec. Extr. nº 213.631/0-MG	Ilmar Galvão	654
Rec. Extr. nº 235.736/7-MG	Ilmar Galvão	679
Rec. Ord. em *HC* nº 79.783/1-RJ	Maurício Corrêa	681

LEGISLAÇÃO

DA UNIÃO

Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000 685
Decreto nº 3.474, de 19 de maio de 2000 696
Decreto nº 3.516, de 20 de junho de 2000 704
Decreto nº 3.517, de 20 de junho de 2000 706
Decreto nº 3.518, de 20 de junho de 2000 713
Emenda Constitucional nº 28, de 2000 720
Lei nº 9.975, de 23 de junho de 2000 722
Medida Provisória nº 1.940-22, de 26 de maio de 2000 722
Medida Provisória nº 1.949-22, de 26 de maio de 2000 724
Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000 726
Medida Provisória nº 2.027-38, de 4 de maio de 2000 730
Medida Provisória nº 2.029, de 20 de junho de 2000 737

DO ESTADO

Decreto nº 41.025, de 27 de abril de 2000 740
Decreto nº 41.026, de 27 de abril de 2000 740
Lei nº 13.495, de 5 de abril de 2000 743
Lei nº 13.514, de 7 de abril de 2000 746
Lei nº 13.515, de 7 de abril de 2000 747
Resolução nº 693/2000 757
Resolução nº 694/2000 758

-:::-

Índice Alfabético e Remissivo

- A -

ABUSO DE AUTORIDADE - Caracteriza delito de abuso de autoridade, previsto no art. 4º, *b*, da Lei nº 4.898/65, a exposição de preso em praça pública, submetendo-o a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei. - Direito do preso **503**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - V. **Competência** **84**

- A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade, não sendo o Ministério Público, ademais, parte legítima para pretender a defesa de interesses individuais do sujeito passivo da relação tributária.

- Não cabe ao Judiciário ampliar o campo de atuação de determinado instrumento processual, ainda mais quando existir a previsão expressa de outro para o fim almejado.

- V.v.: - Em virtude do disposto no art. 129, III, da Carta Federal, está o Ministério Público autorizado a ajuizar ação civil pública com o escopo de impedir a cobrança de taxa ilegal, sendo viável, em processo de ação civil pública, a recusa da aplicação de norma jurídica que afronta a Constituição, uma vez que o ordenamento positivo admite o controle difuso de constitucionalidade. - Tributo **188**

- Quando se tratar de matéria tributária, manifesta é a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública, uma vez que indiscutível é a circunstância de que o beneficiário não é mais o consumidor, porém, e tão-só, o contribuinte, não se podendo, ademais, admitir a utilização da ação civil pública para declarar ou não a inconstitucionalidade de ato normativo.

- V.v.: - O fato de o Código do Consumidor ter introduzido normas pertinentes a ações coletivas, das quais um dos titulares pode ser o Ministério Público, não as reduz à relação de consumo, mas as transporta para a ação civil pública. Sendo a ação civil pública ação constitucional e havendo a Carta Federal inserido, entre suas finalidades, a proteção dos interesses coletivos, sem os restringir, não é possível à norma infraconstitucional, nem ao intérprete, diminuir o coletivo constitucional, em detrimento das funções institucionais do Ministério Público e do esforço no sentido de reduzir a multiplicação de processos repetitivos, que é uma das causas mais

importantes da demora da prestação jurisdicional. O mecanismo da coisa julgada, na ação civil pública, não induz litispendência, não prejudica direitos individuais, nem reduz a possibilidade da ação individual ou da advocacia. - Tributo **202**

- O prefeito municipal só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas civis, que são julgadas por juiz de direito. Assim, tratando-se de ação civil pública de reparação de danos, o prefeito não faz jus à prerrogativa de foro previsto no art. 29, X, da Constituição da República.

- A simples presunção de lesividade não autoriza a procedência do pedido inicial de ação civil pública, na hipótese de não haver prova efetiva de dano ao erário municipal. - Prefeito - Competência - Ministério Público - Agente político - Deputado Estadual - Juiz - Sentença **231**

- Verificada a possibilidade de lesão ao patrimônio público, como conseqüência de recebimento pelo ex-agente político de remuneração excessiva, cabível a ação civil pública a cargo do Ministério Público, para a devolução dos valores recebidos irregularmente, visto que ao mesmo é reconhecida legitimidade ativa para, por via da referida ação, proteger os danos cometidos contra o patrimônio público, por meio de ações ilícitas dos agentes públicos (interpretação do art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, em combinação com o art. 25, inciso IV, *b*, da Lei nº 8.625/93, e do art. 129, III, da Constituição Federal. - Ressarcimento de danos ao erário - Ato ilícito de agente público - Prova pericial **320**

- Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros das sociedades, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva.

- Recurso não conhecido. (STF) **654**

AÇÃO PENAL - V. **Nulidade processual** **535**

- V. ***Habeas corpus*** **567**

ACERVO QUE SE ENRIQUECE, UM - Des. Walter Veado - Memória do Judiciário Mineiro **7**

ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM VENCIMENTOS - Como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, citando precedentes, esta Corte já firmou o entendimento de que "a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição Federal, art. 37, XVI e XVII, art. 95, parágrafo único, inciso I".

- Recurso extraordinário conhecido e provido. (STJ) **646**

ADOÇÃO - Superada a questão acerca do consentimento da mãe biológica do adotando e demonstrando as provas dos autos que a adoção vem ao encontro dos legítimos interesses e direitos da criança, defere-se o pedido de adoção, restando prejudicado o de destituição do pátrio poder. **280**

- Admite-se a revogação das adoções ocorridas antes da vigência do art. 227, § 6º, da Constituição Federal/88, e do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em face do princípio do *tempus regit actum* e do da irretroatividade da lei nova, mormente porque a norma anterior, que regia a espécie, não vedava a revogabilidade da adoção comum. **298**

ADVOGADO - Consoante previsto no Estatuto da Advocacia - Lei nº 8.906, de 04/07/94, se existirem nos autos documentos originais, de difícil restauração, ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, devidamente reconhecida pela autoridade através de despacho fundamentado prolatado de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada, fica expressamente vedado ao advogado ter vista dos processos judiciais fora de cartório. - Despacho **157**

- V. **Sindicato** **315**

AGENTE POLÍTICO - Os agentes políticos, por terem plena liberdade funcional, ficam a salvo de responsabilização por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grave, má-fé ou abuso do poder. - Ação civil pública - Prefeito - Ministério Público - Agente político - Competência - Deputado Estadual - Juiz - Sentença **231**

AGRAVANTES - Quando uma das circunstâncias agravantes funciona como elementar ou como circunstância qualificadora do tipo, como ocorre na hipótese do art. 10, § 3º, inc. IV, da Lei nº 9.437/97, que trata do porte ilegal de arma, não se aplica a agravação do art. 61 do CP, não podendo valer-se o julgador dessa circunstância para majorar a reprimenda, sob pena de se consagrar o *bis in idem*. - Testemunho de policiais **483**

AGRAVO - O agravo previsto no art. 197 da LEP (Lei nº 7.210/84) deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias e terá o procedimento previsto para o recurso em sentido estrito. - Trabalho externo **584**

AGRAVO DE INSTRUMENTO - A exigência do art. 526 do Código de Processo Civil é uma faculdade conferida à parte para tentar reverter a decisão hostilizada pelo exercício do juízo de retratação em primeira instância. O seu descumprimento não impede o conhecimento do recurso. - Concordata - Apelação **168**

- A parte que interpuser recurso de agravo de instrumento de modo temerário, manifestamente infundado, ficará sujeita à pena de multa, de 1 a 10% do valor da causa corrigido, que reverterá em favor do agravado. Trata-se de medida inibitória tendente a evitar a interposição irresponsável do agravo de caráter protelatório. - Inspeção judicial - Cerceamento de defesa **174**

- A ausência de autenticação das peças juntadas nos autos do recurso de agravo de instrumento não leva ao não-conhecimento do mesmo, mormente se os documentos em questão nada mais forem do que cópias de folhas do processo principal, cuja eventual falsificação pode ser provada facilmente pela parte contrária.

- Não há que se falar em cerceamento do direito de resposta do agravado, em razão da retirada dos autos, pelo agravante, da secretaria do juízo, uma vez que o agravo não suspende a normal tramitação do processo no qual foi proferida a decisão recorrida, *ex vi* do artigo 497 do Código de Processo Civil. - Curatela provisória - Interdição **176**

- As peças que instruem o agravo de instrumento deverão ser autenticadas, conforme dispõe o art. 365, III, do CPC, providência que deverá ser tomada pelo próprio agravante, sob pena do não-conhecimento do recurso. **184**

ALIMENTOS - O direito de alimentos e sua revisão não resultam de sentença anterior, representando, pelo contrário, um direito autônomo, razão por que, nas ações a eles relativas, afasta-se a norma do art. 108 do CPC, não se configurando a prevenção, mormente se já se encontrar encerrada a fase instrutória, sob pena de ofensa ao instituto do art. 132 do mesmo diploma legal, firmando-se a competência no art. 100, inciso II, do referido Código. **160**

- O fato de já ter o filho, beneficiário de alimentos, alcançado a maioridade e estar exercendo atividade laborativa não implica, por si, desmerecimento pensionário, correta se mostrando a decisão que, diante da ausência, nos autos da ação de exoneração proposta pelo pai, de bases concretas para tanto e em primeira análise, indeferiu a tutela antecipada, para cuja concessão se exige razoável expectativa de uma futura conversão da satisfação provisória em satisfação definitiva. - Decisão - Nulidade **164**

- Correta é a decisão que fixa pensão alimentícia em 30% dos ganhos líquidos do alimentante, incluído o 13° salário, quando comprovado que o alimentado padece da síndrome do pânico, portador de personalidade frágil, como demonstrado na perícia a que fora submetido e no quadro fático levado aos autos, com rejeição do pai desde o nascimento, que apenas compulsoriamente cumprira seu dever com o reconhecimento judicial da paternidade, e, destarte, ante tal quadro circunstancial, não se pode afirmar que esteja o mesmo curado e não necessite mais do amparo dos genitores. - Síndrome do pânico **242**

- Inexiste interesse de agir por parte dos alimentados em proporem ação de prestação de contas em face do alimentante, pois eventual dúvida quanto aos reais rendimentos do responsável pelo pagamento da pensão alimentícia pode ser afastada no bojo da própria ação de alimentos ou na respectiva execução. - Prestação de contas **303**

- Não há falar em débito alimentar se o devedor de alimentos, com o consentimento tácito dos credores, procede a descontos na pensão alimentícia acordada - para cobrir despesas escolares efetuadas com os mesmos, não vislumbrando qualquer prejuízo aos alimentados, na medida em que suas necessidades estão sendo supridas satisfatoriamente.

- Reduzido o *quantum* alimentício por via de acordo celebrado em posterior revisional, sem qualquer referência a débito pretérito, dita circunstância faz presumir, quanto a tal matéria, incontestável concordância dos credores.

- No momento em que os credores aceitaram a forma de pagamento diversa da pactuada, inviabiliza-se a execução alimentícia pretérita, pois a liquidez da condenação aos alimentos desaparece, sendo certo que o processo executório exige título líquido e certo. **439**

- V. **Prisão civil** **565**

- É da jurisprudência que não se decreta a prisão tendente a forçar o pagamento de alimentos, quando o credor deixa acumular numerosas prestações, fazendo com que o débito se torne especialmente elevado. Em tal caso, a coerção se referirá apenas às três últimas.

- Entendimento que não é de aplicar-se, entretanto, quando não se verifica inércia do credor que, para receber o devido, se vê forçado a movimentar sucessivas execuções, dada a atitude do alimentante, recusando-se a cumprir o determinado. (STJ) **606**

- I - A obrigação de prestar alimentos pode surgir como decorrência do concubinato. Precedentes do STJ.

- II - Recurso especial conhecido e provido, para afastar a extinção do processo e determinar o prosseguimento da ação. (STJ) **608**

ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO - V. **Menor** **442**

AMEAÇA - Não se acolhe a alegação da defesa de não-configuração da conduta de ameaça, tipificada no art. 147 do CP e caracterizadora do ato infracional do menor, se existem nos autos declarações da vítima neste sentido. Ademais, o cerco feito pelo adolescente infrator, acompanhado de sua turma, em volta da vítima, ainda que não houvesse palavras ameaçadoras, configura por si só a conduta tipificada no referido dispositivo. - Representação - Nulidade processual - Ministério Público - Menor - Recurso adesivo - Medida socioeducativa - Estatuto da Criança e do Adolescente - Legitimidade *ad causam* - Ato infracional **516**

- V. **Tóxico** **543**

APELAÇÃO - O art. 207 da Lei Falimentar prevê que o processo e os prazos da apelação e do agravo de instrumento são os do Código de Processo Civil, sendo que a regra, no referido estatuto processual, é que a apelação seja recebida em seu duplo efeito. As únicas exceções previstas são as elencadas no art. 520, do citado diploma legal, que são inaplicáveis à espécie, pelo que se autoriza o recebimento no efeito suspensivo da apelação aviada em ação de restituição de bens contra concordatária. - Concordata - Agravo de instrumento **168**

- V. **Júri** **519**

APOSENTADORIA - V. **Servidor público estadual** **267**

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA - V. **Serventuário de cartório extrajudicial** **108**

APOSTILAMENTO - O ocupante de cargo de magistério com tempo suficiente que lhe permita a aquisição da estabilidade anômala, garantida pelo art. 19 do ADT da Constituição Federal não faz jus à pretensão de apostilamento no cargo de diretor, exercido em comissão, e ao recebimento de diferença salarial, quando a lei local (art. 34 da Lei n° 1.206/92, do Município de Nanuque) só reconhece tal direito ao servidor efetivo, que retorna ao cargo de que é titular, após o exercício da função comissionada, satisfeitos os requisitos do tempo exigido. **282**

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - A existência de defensoria pública e de assistência judiciária gratuita na comarca não retira da parte necessitada o direito ao benefício contido no art. 4° da Lei n° 1.060/50, sendo-lhe assegurado, ainda, o direito de constituir, para patrociná-la em juízo, advogado particular de sua confiança, o que, por outro lado, não obsta à concessão da justiça gratuita. **181**

Para o requerimento dos benefícios da assistência judiciária, o advogado tem

que apresentar procuração com poderes específicos para tanto, em razão de suas implicações, inclusive de natureza penal, consoante inteligência do art. 1° da Lei n° 7.115/83. 183

ATO ADMINISTRATIVO - A atuação do Poder Judiciário, no controle dos atos administrativos, cinge-se aos aspectos da legalidade e da moralidade, sendo vedado adentrar no âmbito do mérito administrativo. - Razões recursais - Princípio da instrumentalidade das formas - Condescendência criminosa - Processo administrativo - Recurso 396

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (CONSTITUIÇÃO FEDERAL) - Art. 19 282

ATO ILÍCITO - Não há falar-se em falta de consciência da ilicitude do fato quando o agente realiza ação típica e ilícita, tendo ou podendo ter a consciência da ilicitude de sua conduta, e ainda assim a pratica. - Crime contra as relações de consumo..... 522

ATO ILÍCITO DE AGENTE PÚBLICO - V. **Ação civil pública e Ressarcimento de danos ao erário** 320

ATO INFRACIONAL - V. **Estatuto da Criança e do Adolescente** 516

AUTARQUIA - A autarquia, como pessoa jurídica de direito público, responde pelos próprios atos, e apenas no caso de exaustão de seus recursos é que irromperá a responsabilidade do Estado, subsidiária, portanto. - Servidor autárquico - Servidor público estadual - Vencimentos 388

AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - V. **Nulidade processual** 535

AUTORIDADE POLICIAL - V. **Tóxico** 543

- B -

BANCO - É da União a competência para legislar sobre o funcionamento de instituição bancária, agindo com abuso de poder o município que edita lei impondo limite máximo de tempo ao atendimento aos clientes. Em que pese à previsão do art. 30, I, da Constituição Federal, não pode o interesse local, ainda que existente, suplantar o interesse do Estado, violando o princípio da isonomia de tratamento. - Competência legislativa 378

BEM PÚBLICO - Em se tratando de imóvel de propriedade da municipalidade, adquirido por via de processo expropriatório, eventual posse de particulares sobre o mesmo não gera qualquer direito, visto inexistir, no ordenamento jurídico atual, possibilidade de se usucapir bens públicos, não dispondo aqueles, portanto, de legitimidade ativa para pleitear, em juízo, a sustação e subseqüente demolição de obras executadas pela Administração municipal no terreno em questão. - Desapropriação - Usucapião - Legitimidade ativa 304

- V. **Usucapião** 393

- C -

CARÊNCIA DA AÇÃO - V. **Sindicato** 315

- Não há que se falar em carência de ação baseada na impossibilidade de comprovação da efetiva prestação de serviço pessoal pelos sócios, se o direito líquido e certo foi comprovado de plano com a demonstração do preenchimento dos requisitos da lei, em face dos serviços prestados. - Mandado de segurança preventivo - Decadência - Isenção fiscal - ISSQN 327

CAUTELAR - Provados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o poder cautelar do juízo é um direito subjetivo do postulante, não mera faculdade judicial, não uma concessão graciosa do Judiciário. - Liminar - Dano ambiental 159

- V. **Concubinato** 166

CERCEAMENTO DE DEFESA - V. **Inspeção judicial** 174

- O magistrado não fica adstrito à fundamentação do pedido, podendo julgar a ação procedente ou improcedente por outros fundamentos que não aqueles invocados pelo autor ou réu, certo que tal procedimento não implica cerceamento de defesa ou violação do princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte, só não se admitindo que o julgador se afaste dos limites em que foi proposta a controvérsia e conceda o que não foi solicitado ou condene em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi requerido. - Permissão de serviço público - Indenização - Tarifa - Honorários de advogado 217

- Implica cerceamento de defesa o indeferimento, sem justificativa objetiva e aceitável, de prova testemunhal requerida pela defesa, ainda que sob pretexto de que os fatos provandos já estariam comprovados por peças documentais. - Sindicato - CPI - Prova testemunhal - Ilegitimidade de parte - Carência da ação - Extinção do processo - Advogado - Mandato - Coisa julgada 315

- Não se vislumbra prejuízo à defesa se dos autos ressai haver sido a defesa técnica cientificada em tempo hábil da expedição das precatórias para a oitiva das testemunhas que arrolara, o que afasta a alegação de cerceamento, sobretudo porque as testemunhas ouvidas não eram de vista, e sim testemunhas de informação. - Embriaguez voluntária - Pena-base - Qualificadora - Defesa 470

- V. **Sustentação oral obstada** 681

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - A presunção de liquidez e certeza da CDA não pode ser ilidida por meras alegações, sendo necessária prova inequívoca e irrefutável produzida pelo contribuinte para desfazer o crédito constituído. - ICMS - Nota fiscal - Crédito fiscal 349

CIRURGIA PELO SUS - V. **Saúde** 413

COAÇÃO IRRESISTÍVEL - V. **Tóxico** 543

COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - O caso em questão não admite a possibilidade de coação da vítima. E isso em razão do motivo ensejador do crime - o inconformismo com a separação judicial. Do contrário, admitindo-o, estaríamos diante de grande anomalia segundo a qual a vítima figuraria como responsável pelo infortúnio de ser eliminada, sob o argumento de que seu algoz estaria coagido a tal atitude em razão da não-aceitação de sua separação.

- Apenas *ad argumentandum*, comungo entre aqueles que entendem, excepcionalmente em alguns casos, ser possível que a vítima seja o próprio coator. Contudo, registre-se não ser o caso do pedido ora examinado. Neste, especificamente, a coação moral nem de longe se caracterizou.

- Por tais fundamentos, conheço do recurso pela alínea *c* e lhe dou provimento para restabelecer a decisão condenatória proferida em primeiro grau em razão da impossibilidade, no caso, de a vítima ser a própria coatora. (STJ) 616

CÓDIGO CIVIL
- Art. 159 284
- Art. 240, parágrafo único 186
- Art. 737, I 135
- Art. 1.316 425
- Art. 1.537, II 406

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
- Art. 20, *caput* 306/307
- Art. 20, § 4° 417
- Art. 20, § 5° 406
- Art. 20, § 26 306
- Art. 100, II 160/161
- Art. 108 ..... 161/432
- Art. 132 161
- Art. 135, V 154
- Art. 267 425
- Art. 267, VI 315
- Art. 273 e incisos 163
- Art. 320, II 296
- Art. 330, I 320
- Art. 365, III 184
- Art. 458 393
- Art. 497 176
- Art. 520 168
- Art. 526 168
- Art. 535 130
- Art. 584 88
- Art. 744 374
- Art. 794, I e II 306
- Art. 896 340
- Art. 1.177 177

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
- Art. 41 525
- Art. 209, *caput* 531/532
- Art. 320 397
- Art. 475 479
- Art. 484, II 511
- Art. 571, V 453/512
- Art. 571, VIII 453
- Art. 581, X 594
- Art. 593, § 3° 519/520
- Art. 798, § 1° 479

CÓDIGO PENAL
- Art. 13, § 1° 529
- Art. 22 543
- Art. 28, II e seus parágrafos 470
- Art. 33 539
- Art. 38 503
- Art. 44 465
- Art. 44, II 539
- Art. 51 88
- Art. 59 ..... 453/465/520/532
- Art. 61 483
- Art. 147 ..... 516/517
- Art. 180, §§ 1° e 2° 490/491
- Art. 203 546
- Art. 299 ..... 486/546
- Art. 329 461
- Art. 331 526
- Art. 339 598

CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO - Art. 306 ..... 525/526

COISA JULGADA - A coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença, não sobre seus motivos ou sobre questão prejudicial. - Sentença *extra petita* - Mandado de segurança - IPTU - Taxa inconstitucional 287

- A coisa julgada, como é de conhecimento geral, alcança apenas as partes em litígio, e não terceiros que nela não figuraram a qualquer título processual, ressalvadas as ações de estado e aquelas coletivas ou civis públicas e as ações que versem sobre direito individual homogêneo, previstas no Código de Defesa do Consumidor. - Sindicato - CPI - Prova testemunhal - Ilegitimidade de parte - Carência da ação - Extinção do processo - Advogado - Mandato - Cerceamento de defesa 315

COMPETÊNCIA - Escolhendo o autor o Juizado Especial, no momento do aforamento da ação, é nele que deve ser exaurida a prestação jurisdicional, sendo que a adoção de rito diverso daquele preconizado para exercitamento no Juizado Especial não tem prerrogativa de deslocar a competência para o âmbito da Justiça comum, pela simples razão de faltar previsão legal.

- A Lei nº 9.099/95 não oferece a perspectiva do manejo de eventual declinação de competência, e apenas indica como solução para qualquer questionamento processual de competência a extrema e sumária medida de extinção do processo.

- O Tribunal de Alçada, pela obviedade que cerca suas atribuições, não guarda competência para apreciar recursos oriundos do Colegiado Especial do Juizado Especial.

- É competente a Turma Recursal de Conselheiro Lafaiete para exame de recurso de apelação interposto em ação monitória, proposta no Juizado Especial da Comarca de Ouro Branco. - Juizados Especiais 78

- Inexistindo posicionamento de qualquer outro tribunal acerca da matéria, dando-se por competente ou incompetente, não há como se instaurar a dúvida de competência.

- Se o que se discute é qual a Justiça competente para julgar um recurso inominado oferecido pelo Ministério Público, em face de despachos proferidos por juízes auditores militares que não acataram a exceção de incompetência argüida pelo *Parquet*, deve o tema, por medida de praticidade, ser tratado como conflito de competência.

- Existindo crime único, embora com pluralidade de autores, há conexão, e, havendo como co-partícipe um deputado federal e também dois deputados estaduais, a competência para o julgamento de todos é do Supremo Tribunal Federal, visto que, na determinação da competência por conexão, havendo concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação, estendendo-se tal competência aos demais co-réus, que não gozam de prerrogativa de foro, até porque, só em casos de competência do Júri, cuja competência é prevista na própria Constituição Federal, permite-se o desmembramento do processo. - Conexão 80

- Se a ação civil visa evitar lesão ao patrimônio do município, na medida em que busca o ressarcimento de verba ilicitamente desfalcada do erário, a competência fixa-se em razão do interesse direto do município de receber tais valores, que lhe são indisponíveis, interesse este que advém das próprias conseqüências que resultarão da decisão proferida no feito. Assim sendo, a despeito de não figurar no processo, visto que proposta a ação pelo Ministério Público, evidenciado o interesse do município, que figurará no pólo ativo como litisconsorte, compete ao Tribunal de Justiça o exame, em face do disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual.

- A ocorrência de eventuais equívocos, que permitiram ao Tribunal de Alçada examinar o mesmo feito quanto à preliminar de ilegitimidade do Ministério Público e inclusive afastá-la, não o torna competente para o julgamento do feito, no seu mérito, uma vez que a competência do Tribunal de Justiça é expressa e absoluta, porque funcional, e, portanto, não sujeita a modificações. - Ação civil pública - Interesse do município 84

- Se a execução promovida pelo Ministério Público, com fulcro no art. 584, inciso

II, do CPC, c/c o 164 da Lei de Execuções Penais, em face do inadimplemento voluntário, o foi no juízo cível e se contra aquela decisão que afirmou a sua ilegitimidade se apela, compete ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal de Alçada, por uma de suas Câmaras Cíveis, examinar a matéria cujo entendimento do Superior Tribunal de Justiça exclui aquela legitimidade, por entendê-la da Fazenda Pública.

- Se a ação foi promovida no juízo cível, como execução fiscal, sendo o objeto do recurso de apelação a decisão prolatada pelo Juízo da Vara Cível e não tendo o Tribunal de Alçada competência para exame de recursos de matéria fiscal, e nenhuma Câmara Criminal, seja do Tribunal de Justiça ou do de Alçada, competência para julgar apelações oriundas do juízo cível, deve-se dar pela competência de uma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, para exame da matéria. - Pena pecuniária - Ministério Público **88**

- O agravo contra decisão proferida em ação cautelar, com pedido de arresto de bens de ex-administradores, em tema de liquidação extrajudicial, fundada na Lei nº 6.024/74, é da competência do Tribunal de Alçada, visto que o art. 106, II, da Constituição Estadual, enumerou, expressamente, num sistema de *numerus clausus*, a competência do Tribunal de Justiça, não relacionando nas hipóteses ali elencadas a matéria da liquidação extrajudicial.

- Ainda que se guarde certa similitude entre um processo falimentar e uma liquidação extrajudicial para fins de competência recursal, tal similitude é juridicamente irrelevante para o fim de estabelecer ou fixar a competência do órgão recursal, visto que somente o legislador constituinte poderia - mas não o fez - inserir no elenco do precitado art. 106, II, da CEMG, a hipótese de liquidação extrajudicial. Assim, o fato de a ação ter sido proposta na Vara de Falências, por força da disposição contida no art. 45 da Lei nº 6.024/74, não transmuda em falencial a matéria tratada nos autos. Ela diz respeito, sim, à liquidação de estabelecimento bancário, sendo competente para apreciá-la o egrégio Tribunal de Alçada, considerando sua competência residual, determinada no art. 108, II, da Constituição Estadual. - Liquidação extrajudicial **98**

- A matéria relativa à nulidade de testamento, sem dúvida, é questão pertinente à matéria sucessória, uma vez que ser ou não herdeiro é matéria de sucessão. Ajuizada uma ação de anulação de testamento, poderá, sem sombra de dúvida, esta ação, se julgada procedente, modificar as coordenadas da partilha. Assim, se o testamento determina uma qualidade de herdeiro, só pode decorrer da lei que rege as sucessões, restando claro que a matéria se insere no art. 106, II, *c*, da Constituição Estadual, que atribui a competência ao Tribunal de Justiça, nas causas relativas à sucessão. - Testamento **101**

- Emergindo claro dos autos que a matéria não se refere à união estável de que tratam as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, relativamente à entidade familiar, mas sim de uma alegada sociedade fática, na qual o autor, segundo afirma, prestava serviços diversos na propriedade rural do *de cujus*, contribuindo para o aumento do patrimônio comum, revestindo-se, portanto, de nítido caráter patrimonial, inserindo-se, inequivocamente, no âmbito do Direito Obrigacional, não havendo, tampouco, que se falar em sucessão hereditária, visto que não provada a pretensão discutida, releva-se a dúvida e se reconhece a competência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais para conhecimento e julgamento. - Sociedade de fato **103**

- O fato de a sentença ter sido publicada quando o juiz prolator já havia sido promovido, estando em outra comarca, não anula a decisão por incompetência daquele, se à época da prolação do decisório era o juiz da comarca da ação e estava investido da jurisdição necessária ao julgamento da lide. - Ação civil pública - Ministério Público - Agente político - Prefeito - Deputado Estadual - Juiz - Sentença **231**

- Intervindo o Estado de Minas Gerais em processo que tenha curso perante vara cível da Capital, desloca-se o feito para uma das varas da Fazenda Pública e Autarquias, já que aquele possui foro privativo, não se alterando a competência de foro já definida, nos termos do art. 65 da Lei Complementar nº 38/95, não havendo que se falar, na espécie, em *perpetuatio jurisdictionis*, que não prevalece ante a incompetência absoluta. **430**

- Competente para processar e julgar ação de modificação de cláusula ajustada em separação judicial finda é o juiz da causa principal, tendo em vista o disposto no artigo 108 do Código de Processo Civil, bem como em observância ao princípio da economia processual e por razões de ordem prática. **432**

- V. **Crime contra a organização do trabalho** **546**

COMPETÊNCIA CRIMINAL - Motivo íntimo é qualquer motivo que o juiz não queira ou talvez nem possa ou deva revelar, e do qual é ele o único árbitro. Nessas hipóteses, mandam as leis de organização judiciária que o juiz afirme sua incompatibilidade ou suspeição, remetendo os autos ao seu substituto legal e comunicando o motivo a órgão disciplinar superior. Nesse caso, por se tratar de razão de foro íntimo, não pode o juiz a quem o processo é remetido fazer apreciação sobre a razão da suspeição, inviabilizando, desta maneira, a suscitação do conflito negativo de competência. - Suspeição - Incompatibilidade **552**

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA - V. **Taxa** **333**

- V. **Banco** **378**

COMPETÊNCIA RECURSAL - V. **Competência**

CONCORDATA - V. **Apelação** **168**

CONCUBINATO - Admissível o pedido de afastamento do concubino da residência comum dos companheiros, não como cautelar de separação de corpos, mas como cautelar inominada, competindo a quem o requerer a demonstração da fumaça do bom direito e do perigo da demora. - Separação de corpos - Cautelar **166**

- V. **União estável** **370**

- Tendo ocorrido, com a separação de fato, um lapso de tempo suficiente, de muito ultrapassante ao necessário para autorizar o pleito da separação judicial ou do divórcio, não há por que não se conferirem à relação da embargada e do *de cujus* os fins legais contemplados no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, uma vez que a conversão em casamento não teria sido um ato impossível de ocorrer, se não fosse a morte deste; encontrando tal caso amparo não

apenas na doutrina e jurisprudência, mas também no art. 5° da LICC, refletindo o verdadeiro objetivo do § 3° do art. 226 da CF. - Sentença 434

- V. **Alimentos** (STJ) 608

CONCURSO DE AGENTES - V. **Denúncia** 592

CONCURSO DE PESSOAS - V. **Falsidade ideológica** 490

CONCURSO FORMAL - V. **Crime contra a organização do trabalho** 546

CONDENAÇÃO - V. **Confissão espontânea** 535

CONDESCENDÊNCIA CRIMINOSA - V. **Processo administrativo** 396

CONDIÇÕES DA AÇÃO - V. **Preclusão.** 374

CONEXÃO - V. **Competência** 80

CONFISSÃO ESPONTÂNEA - Não se reconhece a atenuante de confissão espontânea, se a pena-base foi fixada em seu mínimo legal. - Pena - Funcionário público - Peculato - Sentença 465

- V. **Pena** 531

- A confissão livre, espontânea e não colocada em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, principalmente quando corroborada por outros elementos. - Ação penal - Pena - Crime hediondo - Condenação - Auto de prisão em flagrante - Nulidade processual - Tóxico - Laudo pericial 535

CONSELHEIRO TUTELAR - A função de conselheiro tutelar, prestada a título de colaboração cívica, tem caráter especial e transitório, sendo a remuneração facultativa, por se tratar de um múnus público, não se compatibilizando com este a busca de vantagens pecuniárias desmedidas e a insistência na obtenção de direitos trabalhistas que a lei confere aos servidores públicos e trabalhadores privados. - Mandado de segurança 222

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - A teor do disposto no art. 896, parágrafo único, do CPC, se o consignado fundamentar sua defesa na insuficiência do depósito, cabe a ele indicar o montante que entende devido para a quitação da dívida, a fim de que seja lícito ao consignante, ante a intimação expressa do juízo, fazer a complementação do depósito.

- No âmbito da ação de consignação em pagamento, é lícita a discussão do valor das prestações da casa própria financiada pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH), mormente se o fundamento da demanda reside justamente no critério de reajuste das referidas prestações, não podendo o juiz ceifar a ação por insuficiência de depósito, devendo julgar o mérito da *quaestio juris*, com a análise da matéria de fundo, dada a relevância da mesma, porquanto concernente a financiamento habitacional, que, a par de ser regulamentado por legislação eminentemente protetiva, é imbuído de forte caráter social.

- Datando o financiamento habitacional de muitos anos, não é razoável exigir-se que o mutuário, na ação de consignação em pagamento, deposite o *quantum* exato das parcelas, devendo haver maior flexibilidade, já que o mais importante é a apuração do valor das prestações e sua respectiva forma de calcular, transmudando-se a ação consignatória em ação de conteúdo declaratório, devendo o valor referente ao depósito ser apurado posteriormente, no momento do julgamento do mérito, segundo o que restar estabelecido relativamente ao critério de reajuste do referido financiamento. - Sistema Financeiro de Habitação 340

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL
- Art. 106, II 98
- Art. 106, II, *a* 85
- Art. 106, II, *c* 101
- Art. 108, II 98

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- Art. 1°, IV 679
- Art. 5°, XIII 679
- Art. 5°, XXXVI 267/679
- Art. 5°, LXI 474
- Art. 5°, LXXV 337
- Art. 8°, VIII 648
- Art. 19 do ADCT 282
- Art. 21 e art. 22 333
- Art. 29, X 189/232/320
- Art. 30, I 378
- Art. 37, § 5° 320
- Art. 37, § 6° 245/321
- Art. 37, VI 648
- Art. 37, X 388
- Art. 37, XI 370
- Art. 37, XVI e XVII 646
- Art. 39, § 2° 648
- Art. 40, § 1°, II 108
- Art. 40, § § 3°, 5°, 7° 367/368
- Art. 40, II 108
- Art. 41 648
- Art. 95, parágrafo único, I 646
- Art. 100 295
- Art. 102, I, *a* 654
- Art. 102, III, *a* 627
- Art. 125, § 2° 654
- Art. 129, III 189/232/320
- Art. 150, VI, *c* 272
- Art. 155, § 3° 333
- Art. 155, II 364
- Art. 156 ..... 287/288
- Art. 170, IV e V 679
- Art. 173, § 4° 679
- Art. 182 ..... 287/288/679
- Art. 183, § 3° 394
- Art. 206, I 365
- Art. 208, I 365
- Art. 226, § 3° 166/435
- Art. 227, § 6° 299
- Art. 236 e §§ 108

CONTRATO DE MÚTUO - V. **Tutela antecipada** 163

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - V. **Servidor público estadual** 267

CORREÇÃO MONETÁRIA - V. **Desapropriação** 227

CPI - Aplicam-se ao processo investigatório das CPIs os princípios inerentes ao processo legal, compreendendo citação prévia, contraditoriedade e ampla defesa, constituindo nulidade a falta de reprodução, no processo administrativo, em forma contraditória, de prova colhida unilateralmente por CPI. - Sindicato - Prova testemunhal - Ilegitimidade de parte - Carência da ação - Extinção do processo - Advogado - Mandato - Coisa julgada - Cerceamento de defesa 315

CRÉDITO FISCAL - V. **ICMS** 349

CRÉDITO TRABALHISTA - Os créditos trabalhistas não são suscetíveis de verificação do juízo falimentar, bastando a sua apresentação ao síndico para habilitação no quadro geral de credores. - Nulidade - Sentença - Falência 301

CRIME CONTINUADO - Se, em face da primeira decisão, o Ministério Público se conformou com o *quantum* de pena

resultante da continuidade delitiva, não pode agora, depois de ter sido aquela sentença anulada por recurso exclusivo da defesa, pretender qualquer majoração de reprimenda. A tanto se opõe a proibição da *reformatio in pejus* indireta. - Peculato 476

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - Para a caracterização do delito contra a ordem tributária, exige-se o elemento subjetivo do injusto, não restando dúvida de que o mesmo está expresso no *caput* do art. 1° da Lei n° 8.137/90, que abrange todas as condutas previstas nos incisos que ele congrega, pois o sistema pátrio, com a reforma do Código Penal de 1984 e a promulgação da Constituição de 1988, expurgou de vez a responsabilidade criminal objetiva.

- O princípio da responsabilidade subjetiva determina que só deve responder pela prática de infração quem tenha agido com dolo ou culpa em sentido estrito, não bastando que alguém seja sócio ou diretor de uma empresa para responder criminalmente pelos atos praticados no exercício das atividades da mesma. 448

CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO - A competência para processamento e julgamento de feitos relativos a frustração fraudulenta de direito trabalhista de determinado empregado é da Justiça comum.

- O empregador que, fraudulentamente, viola direito trabalhista de determinado empregado, consignando na sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (documento público) apenas parte do salário recebido, fazendo declaração falsa, com a intenção de frustrar a incidência de encargos sociais, impostos e direitos trabalhistas, comete os delitos previstos no art. 203 do CP (crime contra a organização do trabalho) e no art. 299 do mesmo Código (falsidade ideológica), em concurso formal. - Competência - Falsidade ideológica - Concurso formal 546

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO - Responde por crime contra as relações de consumo, previsto no art. 7°, inciso IX, da Lei n° 8.137/90, aquele que vende gêneros alimentícios com data de validade vencida. - Ato ilícito 522

CRIME DE RESPONSABILIDADE - V. **Infração político-administrativa** 594

CRIME DE TRÂNSITO - Comprovada a prática do delito previsto no art. 306 do Código Nacional de Trânsito, não se pode falar em absolvição, nem há como decotar da condenação a pena específica e cumulativa de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, imposta pela legislação para o mencionado crime. - Denúncia - Desacato 525

CRIME DOLOSO - V. **Reincidência** 539

CRIME HEDIONDO - Consoante pacífica jurisprudência, inclusive do STF, aos crimes hediondos diversos da tortura é inaplicável o art. 1°, § 7°, da Lei n° 9.455/97.

- Na hipótese de crime hediondo é impossível conceder-se a progressão de regime prisional, com fulcro no art. 10 da Lei n° 9.034/94 (Lei das Organizações Criminosas), pois, a par de tal dispositivo não ter derrogado a Lei n° 8.072/90, neste particular, não se pode conferir ao

texto explícito elasticidade que o mesmo não tem e nem autoriza melhor hermenêutica. Outrossim, é inadmissível generalizar os efeitos de uma lei de caráter especial como a de n° 9.034/95, que dispõe apenas sobre crimes de quadrilha ou bando. - Preclusão - Pena-base - Reincidência 453

- V. **Tóxico** 535

- V. **Pena** 588

- V. **Regime prisional** 590

CRIME SOCIETÁRIO - V. **Denúncia (STJ)** 603

CRISTOVAM BREINER, Desembargador - Des. Walter Veado - Memória do Judiciário Mineiro 11

CULPA CONSCIENTE - Não se revelando inequívoca a atitude psíquica do agente, ou havendo irredutível dúvida sobre se houve, ou não, aceitação do risco, a solução, de acordo com *in dubio pro reo*, deve ser no sentido do reconhecimento da culpa consciente, isto é, da hipótese mais favorável. - *In dubio pro reo* - Pena - Crime doloso - Regime prisional - Reincidência - Dolo eventual 539

CURATELA PROVISÓRIA - A nomeação de curador provisório, nos autos da interdição, pode recair sobre pessoa estranha, em detrimento de parente próximo do interditando, desde que se encontre presente motivo que legitime a medida, não se podendo falar em ofensa ao disposto no artigo 1.177 do Código de Processo Civil. - Interdição - Agravo de instrumento 176

CURSO DE SUPLÊNCIA - V. **Pena** 578

- D -

DANO AMBIENTAL - Em se tratando de riscos a bens naturais, os dois requisitos ensejadores do deferimento de liminares estarão sempre presentes, devendo ser mantidos os impedimentos provisórios de destruição do meio ambiente até a fase final instrutória, sob pena de ocorrência de danos irreversíveis, com conseqüências gravíssimas. - Cautelar - Liminar 159

DANO ESTÉTICO - V. **Dano moral** 244

DANO MATERIAL E DANO MORAL - A teor do Enunciado n° 37 da Súmula do STJ, são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo do fato, tendo também o Supremo Tribunal Federal consagrado a cumulatividade da reparação do dano moral com a do material. - Indenização por ato ilícito - Pensão - Responsabilidade civil do Estado - Honorários de advogado 406

DANO MORAL - O dano moral e o dano estético não constituem pagamento da dor, mas tão-somente forma limitada de se procurar reparar o mal causado, de modo material e pecuniário, servindo muito mais como advertência ao responsável pelo dano, para que não venha a produzir outros mais graves no porvir.

- É admissível a cumulação do dano moral puro com o dano estético. - Responsabilidade civil do Estado - Honorários de advogado - Indenização - Denunciação da lide - Dano estético 244

- O dano moral está cabalmente demonstrado desde que a parte foi submetida à prisão em uma cela pública injustamente, humilhada e acusada de um crime

que não cometeu, descabendo questionar estar ou não caracterizado o dano moral em situações em que a ilegalidade e arbitrariedade do ato do qual resultou a prisão da parte está demonstrada.

- O arbitramento da verba reparatória deve atender às circunstâncias da intensidade ofensiva e motivo, não podendo ser arbitrada em termos de enriquecimento do ofendido, observando-se compensar o mal sofrido sem onerar excessivamente o causador do dano. Inobservados tais critérios, deve-se reduzir o valor que foi exageradamente fixado. - Responsabilidade objetiva - Erro judiciário - Indenização - Prisão ilegal 337

DECADÊNCIA - V. **Mandado de segurança preventivo** 327

DECISÃO - Não há que se falar em nulidade, se, embora sucinta, a decisão se encontra fundamentada, mostrando-se os seus elementos suficientes à compreensão da parte, para o manejo do competente recurso. - Nulidade - Alimentos 164

DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - Somente a decisão totalmente divorciada do conjunto probatório é passível de cassação. - Confissão espontânea - Reincidência - Nulidade - Júri - Testemunha - Pena 531

DECRETO ESTADUAL - Nº 36.829, de 1995 388

DECRETO FEDERAL
- Nº 3.226, de 1999 - Art. 2º 588
- Nº 3.413, de 2000 685
- Nº 3.474, de 2000 696
- Nº 3.516, de 2000 704
- Nº 3.517, de 2000 706
- Nº 3.518, de 2000 713
- Nº 41.025, de 2000 740
- Nº 41.026, de 2000 740

DECRETO-LEI FEDERAL
- Nº 201, de 1967- Art. 1º 595
- Nº 201, de 1967 - Art. 4º 595
- Nº 201, de 1967 - Art. 4º, VIII e X .. 594
- Nº 406, de 1968 - Art. 9º, § 2º .. 260/261
- Nº 406, de 1968 - Art. 9º, § 3º 327
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 75 428
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 82 346
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 207 168

DEFESA - Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, constitui tática muitas vezes adequada de defesa e também de acusação deixarem os advogados os argumentos de que dispõem para apresentação em plenário. Assim, não há que se falar em deficiência de defesa, pois, como se sabe, o grau de comprometimento da garantia constitucional deve ser avaliado em cada caso, tendo em vista os elementos de que dispunha o defensor e as perspectivas do julgador. - Pena-base - Cerceamento de defesa - Embriaguez - Qualificadora 470

DENÚNCIA - Não é inepta a denúncia que descreve o fato delituoso e suas circunstâncias, de modo a possibilitar o exercício da defesa aos acusados.

- A circunstância de a inicial não descrever a conduta individualizada de cada um dos acusados não a torna imprestável, sabendo-se que o "crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa. - Prostituição 508

- Não é inepta a denúncia que contém todos os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, e na qual está exposto de forma criteriosa o fato criminoso, de modo a ensejar a mais ampla defesa do denunciado. - Crime de trânsito - Desacato 525

- A denúncia não prescinde nunca da existência de um mínimo ético de provas a embasá-la, sob pena de perseguir fato atípico, resultado de criação mental do denunciante. Simples conjecturas, simples conclusões de ordem subjetiva, por mais bem apanhadas que sejam, não são suficientes para outorgar ao Ministério Público, no Estado de Direito, a movimentação da máquina punitiva contra o cidadão, não bastando a denúncia dizer que determinado fato tenha ocorrido no mundo fenomênico, sendo necessário que o fato descrito se ajuste aos contornos de uma ação típica. - Ação penal - Ministério Público - Tóxico - Tráfico - *Habeas corpus* 567

- Não sendo o delito de autoria coletiva - quando se admite, por exceção, a narrativa genérica do crime -, é indispensável que a denúncia, no caso de concurso de autores, individualize a conduta específica de cada agente, em atenção ao princípio da ampla defesa. Declarada a inépcia da denúncia na sentença, anula-se o processo *ab initio*. - Nulidade processual - Direito de defesa - Concurso de agentes 592

- Nos crimes societários é necessário que a denúncia descreva, pelo menos, o modo como os co-autores concorreram para o crime.

- A responsabilidade penal não é objetiva e, em razão disso, o simples fato de constar o nome do réu no contrato social, por si só, não é suficiente para ensejar a persecução criminal.

- Recurso provido para excluir da denúncia a paciente. (STJ) 603

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA - V. **Queixa-crime subsidiária** 598

DENUNCIAÇÃO DA LIDE - Versando a ação indenizatória sobre responsabilidade objetiva do Poder Público, inexiste qualquer vedação legal para que este exercite o direito de denunciação à lide, nos moldes estabelecidos na lei processual, hipótese em que, nesta segunda lide, se cogitará da demonstração de culpa do denunciado em sentido amplo. - Responsabilidade civil do Estado - Indenização - Dano moral - Dano estético - Verbas reparatórias - Honorários de advogado 244

DEPOIMENTO PESSOAL - As declarações prestadas pelo réu de que teria "apanhado" dos policiais e sofrido ameaças por um deles não merecem guarida, se estiverem divorciadas das provas carreadas aos autos. - Resistência - Pena 461

DEPÓSITO ELISIVO - V. **Falência 420**

DEPUTADO ESTADUAL - O deputado estadual é parte passiva ilegítima para a causa, na ação civil ajuizada em defesa da moralidade administrativa (art. 11 da Lei nº 8.429/92), na hipótese de a petição inicial não descrever a prática de ato de improbidade pelo parlamentar, mas, sim, que este poderia vir a se beneficiar de ato ilícito do Chefe do Poder Executivo Municipal. - Ação civil pública - Prefeito - Ministério Público - Agente político - Competência - Deputado estadual - Juiz - Sentença 231

DESACATO - A atitude do pai, que reage à apreensão irregular e arbitrária de seu filho menor por comissário de menores,

protestando contra o ato ilegal e abusivo deste, com ânimo exaltado, mas dentro dos limites do tolerável e sem a vontade de ofender, humilhar, menosprezar ou desprestigiar aquele funcionário público, não pode ser caracterizada como crime de desacato. - Menor 474

- Não há que se falar em desacato se o agente estava em completo estado de embriaguez, a ponto de não ter a mínima consciência dos atos que praticava, o que afasta o dolo específico exigido para a configuração do delito em questão. - Denúncia - Crime de trânsito 525

DESAPROPRIAÇÃO - Cabe ao juiz avaliar a necessidade de nova perícia, podendo ele indeferir o pedido de sua realização, se a matéria lhe parecer suficientemente esclarecida.

- O município não pode alterar, unilateralmente, aprovação de loteamento, por via de decreto, sem o devido processo legal.

- Se o Poder Público deu à área desapropriada destinação de utilidade pública, ainda que não seja especificamente aquela constante do respectivo ato administrativo, descabe falar-se em retrocessão.

- O laudo oficial é peça indispensável e de suma importância em desapropriação, já que elaborado por profissional de confiança do juízo e eqüidistante dos interesses em conflito, apenas devendo ser afastado ante a presença de melhor e segura prova em sentido contrário.

- Em desapropriação, são devidos os juros compensatórios, à taxa de 12% a. a., contados da prévia imissão na posse, e os moratórios, à taxa de 6% a. a., a partir do trânsito em julgado da sentença.

- Nas desapropriações é devida a incidência de correção monetária, por fazer parte do conceito de justa indenização, já que não constitui um *plus*, mas mera atualização do poder aquisitivo da moeda, devendo incidir desde a data do laudo avaliatório. - Laudo pericial - Juros compensatórios - Juros moratórios - Correção monetária 227

- V. **Bem público** 304

- A percepção dos juros compensatórios pelo expropriado é direito que deflui diretamente do de propriedade e lhes são devidos pela simples perda do imóvel, a qual, *per se*, possui conteúdo econômico, prescindindo-se da prova de ser o bem rentável.

- Em não prevalecendo o valor indenizatório indicado na inicial pelo expropriante, não se caracteriza a sucumbência recíproca, devendo o requerente responder integralmente pelos ônus sucumbenciais. - Juros compensatórios - Laudo pericial - Sucumbência recíproca 360

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - V. **Júri** 519

DESPACHO - É irrecorrível o despacho indeferitório de pedido de atribuição de efeito ativo ao agravo. - Advogado 157

DIREITO DE DEFESA - V. **Denúncia** 592

DIREITO DO PRESO - Consoante disposição contida no art. 38 do CP, conserva o preso todos os direitos não alcançados pela perda de sua liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. É direito fundamental do homem o de não ser humilhado, quando detido, ainda que definitivamente condenado. - Abuso de autoridade 503

DIRIGENTE SINDICAL - A condição de dirigente ou representante sindical não impede a exoneração do servidor público estatutário, regularmente reprovado em estágio probatório (artigos 8º, VIII; 37, VI; 39, § 2º; e 41 da Constituição, em seu texto original). (STF) 648

DIVÓRCIO - V. **Partilha de imóvel adquirido pelo varão antes do casamento pelo Sistema Financeiro da Habitação** (STJ) 612

DOLO EVENTUAL - Para caracterização do dolo eventual, não é suficiente que o agente atue consciente do nível de possibilidades de concretização do resultado. Se o dolo é formado pela conjugação da consciência e da vontade, o dolo eventual, como espécie daquele, não pode admitir o desprezo do momento volitivo do agente na ação, detectando-se numa especial relação de vontade entre o resultado ocorrido e o agente. - *In dubio pro reo* - Pena - Crime doloso - Regime prisional - Culpa consciente - Reincidência 539

DOUTRINA - A incapacidade penal do menor no Direito Comparado - Dr. Tarcísio José Martins Costa 23

- O processo penal brasileiro e o novo impulso pela sua modernização - Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira 15

- Os impostos sobre o consumo e o comércio de produtos digitais - Dra. Flávia de Vasconcellos Lanari 55

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - V. **Competência.**

- E -

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Ante a ausência da omissão e da contradição previstas no art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração devem ser rejeitados, requisitos que devem estar presentes, mesmo que tenham como finalidade o prequestionamento.

- Ainda que houvesse contradição entre a ementa e o acórdão, o que não é o caso, não estaria a desafiar embargos de declaração, pois a ementa não integra o acórdão. 130

EMBARGOS DE RETENÇÃO - V. **Sentença** 374

EMBARGOS DO DEVEDOR - V. **Execução** 179

EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA - A embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade do apelante, bem como não permite a redução da pena, nos termos do art. 28, inc. II, e seus parágrafos, do Código Penal. - Pena-base - Cerceamento de defesa - Qualificadora - Defesa 470

EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL
- Nº 20, de 1998 108
- Nº 28, de 2000 720

ENERGIA ELÉTRICA - V. **Taxa** 333

ENSINO - O art. 206, I, da CF/88, garante a igualdade de acesso ao ensino, sendo que este acesso, a teor do art. 208, I, da mesma Constituição, é direito garantido àqueles que não estudaram em idade própria.

- É inadmissível que a implantação de projetos que têm como objetivo básico a

aceleração de estudos do ensino médio venha a proceder exatamente em sentido contrário, prejudicando a efetivação de matrícula de alunos que não se enquadrem dentro de suas determinações. 365

ENSINO SUPERIOR - A jurisprudência deste egrégio Tribunal tem autorizado a transferência de aluno aprovado em concurso público que venha a exercer suas funções no local para onde foi nomeado, equiparando-o ao servidor público removido no interesse da Administração.

- Recurso provido. (STJ) **623**

ERRO JUDICIÁRIO - V. **Responsabilidade objetiva** **337**

ERRO MATERIAL - Os erros materiais existentes na sentença de pronúncia, como de qualquer outra decisão judicial, não transitam materialmente em julgado, podendo ser revistos a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

- Nada impede que o Ministério Público ofereça libelo correto se houve erro material ou datilográfico na sentença de pronúncia. Cabe ao juiz, ao receber ou rejeitar o libelo, reconhecer o erro material, evitando-se assim futura alegação de nulidade.

- Muito embora o *habeas corpus* não seja substituto de recurso e não se preste, em tese, a remendos de erros materiais de caráter exclusivamente formal, pode ser usado com tal finalidade para ajustar a conclusão do decisório à sua parte expositiva e à sua fundamentação, com base no princípio da utilidade prática do processo. - Recurso - *Habeas corpus* - Pronúncia - Libelo - Ministério Público - Pronúncia **573**

ESPÓLIO - V. **Sonegação** **411**

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - O ECA, com uma sistemática própria, não faz distinção entre infrações definidas como de ação pública e de ação privada, pois o menor, por ser inimputável, não comete crime, mas sim ato infracional, e o Ministério Público, conforme determinam os artigos 180 e 182 do referido estatuto, tem legitimidade para fazer a representação, sendo irrelevante a iniciativa do ofendido. Daí por que descabe a nulidade do processo sob o fundamento de inexistência de representação exigida no parágrafo único do art. 147 do CP.

- Tratando-se de ato infracional que o ECA definiu, em seu art. 103, como sendo a conduta descrita como crime ou contravenção, as normas processuais a serem seguidas, para fins de recurso, devem ser as do Código de Processo Penal, que não prevê o recurso adesivo. Assim sendo, não se pode conhecer do recurso adesivo, nesta circunstância, interposto pelo Ministério Público, visando combater a decisão monocrática, que julgou procedente representação, reconhecendo ato infracional praticado pelo apelante, aplicando-lhe pena de advertência, com a qual não concorda. - Recurso adesivo - Medida socioeducativa - Menor - Ministério Público - Nulidade processual - Representação - Legitimidade *ad causam* - Ameaça - Ato infracional **516**

EXECUÇÃO - A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá em hipóteses excepcionais, quando for evidente a ausência de título ou houver flagrante causa de nulidade da execução, ou, ainda, quando manifesta a prescrição do título ou induvidosa a prova da quitação do crédito exeqüendo; fora desses casos, impõe-se a oposição de embargos do devedor. - Pré-executividade - Embargos do devedor **179**

EXECUÇÃO PENAL - Ainda que na comarca não exista prédio próprio para cumprimento da pena no regime semi-aberto, é ilegal a decisão que concede ao réu que se encontra cumprindo pena naquele regime o direito de assinar diariamente livro próprio na cadeia pública, justificando as suas atividades, não se coadunando tal decisão com o sistema de progressão prisional que busca a sua ressocialização, equivalendo tal benefício a um verdadeiro *bill* de indenidade em relação ao crime por ele praticado.

- V.v.: - É direito do réu permanecer em regime aberto, quando da progressão para o semi-aberto, enquanto não existir estabelecimento prisional adequado na comarca. - Progressão prisional - Regime prisional **575**

EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO REPROVADO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO - V. **Dirigente sindical** (STF) **648**

EXTINÇÃO DO PROCESSO - Satisfeita a obrigação em decorrência de transação entre as partes, deve o processo ser extinto sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 794, I e II, do CPC. - Honorários de advogado **306**

- V. **Sindicato** **315**

- F -

FALÊNCIA - V. **Crédito trabalhista** **301**

- V. **Habilitação de crédito** **346**

- A ausência de identificação do nome da pessoa física que recebeu a intimação do protesto ou sua realização por via de edital, quando comprovada a mudança de endereço da empresa, não apresentam relevância para invalidação do ato, se preenchidos todos os requisitos exigidos para sua formalização.

- V.v.: - Cabe à credora verificar se o protesto foi tirado regularmente, identificando-se a pessoa que recebeu a intimação, formalidade sem a qual não há como se caracterizar a impontualidade necessária ao decreto de falência. - Protesto **353**

- Se a sentença extinguiu o processo falimentar, tendo em vista o pagamento integral do débito, não há que se falar em nulidade da mesma, ao argumento de não se ter julgado expressamente elidida a falência.

- Não há falar-se em complementação do depósito elisivo da falência com o pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, se tais parcelas foram computadas no depósito efetuado, tendo sido recebidas pelo credor, sem que houvesse qualquer impugnação de sua parte acerca dos valores arbitrados, significando ter concordado com os mesmos.

- É possível a extinção do processo falimentar com o depósito do principal, computando-se as despesas processuais e os honorários de advogado, podendo ser elidida a falência, ainda que não incluídos os juros moratórios, correção monetária e despesas de protesto no depósito, se o mesmo não for impugnado pelo credor, ao qual, todavia, fica assegurado o direito de cobrar tais parcelas, que são devidas, através da via executiva e nos próprios autos da falência. - Depósito elisivo **420**

- Nos termos do art. 75 da Lei de Falências, encerra-se o processo de falência decretada se nenhum dos credores aceitar o encargo de síndico e não forem encontrados bens a serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, inclusive os encargos do síndico. 428

FALSIDADE IDEOLÓGICA - Havendo atestação não verdadeira, em ato formalmente verdadeiro, de fato, cuja verdade o documento deveria provar, configurado resta o delito tipificado no art. 299 do Código Penal, com a majorante do parágrafo único, por se tratar o réu de funcionário público, no exercício de suas funções.

- Sendo o delito previsto no art. 299 do Código Penal crime formal, não é exigida a ocorrência de dano para a sua caracterização, sendo suficiente que a conduta se apresente capaz de produzir prejuízo a terceiro. - Pena pecuniária 486

- Caracteriza a tipicidade indireta da falsidade ideológica por intermédio da norma de extensão do concurso de pessoas, o agente que conscientemente, de comum acordo com o autor, contribui materialmente para o falso. - Pena - Concurso de pessoas - Intimação - Retratação - Receptação qualificada - *Sursis* processual - Nulidade processual - Suspensão condicional do processo 490

- V. **Crime contra a organização do trabalho** 546

FAZENDA PÚBLICA - V. **Monitória** 295

FLÁVIA DE VASCONCELLOS LANARI, Dra. - Os impostos sobre o consumo e o comércio de produtos digitais - Doutrina 55

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - Com o advento da Lei nº 6.799/80, consideram-se funcionários públicos, enquanto sujeitos ativos de crimes, não só as pessoas pertencentes à Administração Direta, mas, também, os funcionários de entidades paraestatais, de que são espécies as empresas públicas, as fundações instituídas pelo Poder Público e as sociedades de economia mista. - Peculato - Confissão espontânea - Pena - Sentença 465

- G -

GRAVAÇÃO MAGNÉTICA DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS - V. **Prova** 170

GUARDA DE MENOR - Nas ações judiciais atinentes à guarda de menor, deve-se ater ao princípio que estabelece o prevalecimento de seu interesse (dele, menor) sobre qualquer outro. Se o menor, sem hesitar, afirma adaptar-se melhor ao pai, tem-se por justificada *salienter tantum* a transferência do encargo de guarda antes atribuído à mãe. 403

- H -

HABEAS CORPUS - Admite-se a impetração de *habeas corpus* para trancamento de ação penal por falta de justa causa para a persecução criminal quando, nem mesmo em tese, o fato constituir crime ou quando se puder verificar, *prima oculi*, que o paciente não teve qualquer participação, direta ou indireta, no fato tido como delituoso, independente de apreciação mais dilargada da prova. - Ação penal - Ministério Público - Denúncia - Tóxico - Tráfico 567

- V. **Erro material** 573

- V. **Infração político-administrativa** 594

- V. **Recurso em sentido estrito** 594

- 1. O Tribunal de Justiça, ao julgar a apelação interposta pela paciente, não cuidou das questões argüidas neste *habeas corpus*: não pode ser ele considerado coator nem, em conseqüência, o Supremo Tribunal Federal competente para processar e julgar o pedido; caso contrário, haveria supressão de instância.

- 2. *Habeas corpus* não conhecido e determinada a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para proceder como entender de direito. (STF) 643

HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - É dever do credor provar a origem do crédito que almeja habilitar no processo falimentar, em razão das disposições do art. 82 da Lei de Falências, mesmo que o seu crédito esteja representado por cheques dotados de autonomia cambiária, a qual é restringida pelo mencionado preceito normativo, cujo alcance social visa à proteção da massa e dos credores, em detrimento do interesse individual do particular. - Falência 346

HERANÇA JACENTE - V. **Inventário** 610

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Nas causas de pequeno valor, os honorários advocatícios podem ser fixados acima do valor atribuído a elas, especialmente quando este não corresponder à realidade. - Permissão de serviço público - Tarifa - Indenização - Cerceamento de defesa 217

- Em ação de indenização, afigura-se correta a fixação das verbas reparatórias e de honorários de advogado, se as mesmas obedeceram a critério seguro e equilibrado, que deve nortear a espécie em referência. - Responsabilidade civil do Estado - Indenização - Denunciação da lide - Dano moral - Dano estético - Verbas reparatórias 244

- Não é devida a verba honorária, se no acordo entre as partes ficou estabelecido somente o pagamento das despesas processuais, visto que o CPC distingue despesas judiciais de honorários advocatícios, segundo o que se verifica em seus arts. 20, *caput* e § 2º, e 26, conforme precedentes do STJ. - Extinção do processo 306

- V. **Indenização por ato ilícito** 406

- Sucumbindo-se o Poder Público em ação indenizatória, a verba honorária deve ser fixada, consoante o que dispõe o artigo 20, § 4º, do CPC. - Indenização - Legislativo municipal - Ministério Público - Legitimidade processual 417

- I -

ICMS - A declaração de inidoneidade de notas fiscais emitidas por empresa inexistente produz efeitos *ex tunc*, não se podendo aproveitar como crédito fiscal o imposto nelas destacado, de forma que, ocorrida a apropriação do crédito anteriormente à declaração de inidoneidade, deverá o mesmo ser estornado - salvo prova concludente de que o ICMS devido foi integralmente pago -, sob pena de se impor ao Fisco ônus que não lhe compete. - Crédito fiscal - Nota fiscal - Certidão de dívida ativa 349

- Estabelecendo a Constituição Federal/88,

art. 155, II, a tributação sobre circulação de mercadorias, subentendendo-se a ocorrência de operação mercantil, a mercadoria dada em bonificação não altera o preço da operação, eis que não orienta a base tributária. 364

ILEGITIMIDADE DE PARTE -V. **Sindicato** 315

ILUMINAÇÃO PÚBLICA - V. **Ação civil pública** (STF) 654

IMPOSTOS - Os impostos sobre o consumo e o comércio de produtos digitais - Dra. Flávia de Vasconcellos Lanari - Doutrina 55

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - Se uma das finalidades de sociedade educacional é a formação de sacerdotes, da qual faz parte a residência fora do ambiente familiar, de forma comunitária, em local próprio, tem-se que a destinação de imóvel de propriedade da entidade em questão para moradia de aspirantes à vida sacerdotal constitui utilização relacionada com atividade essencial da mesma, configurando-se, assim, a imunidade de que trata o art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal. - IPTU 272

IN DUBIO PRO REO - V. **Culpa consciente** 539

INCAPACIDADE PENAL DO MENOR NO DIREITO COMPARADO, A - Dr. Tarcísio José Martins Costa - Doutrina 23

INCOMPATIBILIDADE - V. **Competência criminal** 552

INCOMPETÊNCIA - Nula é a sentença que reconhece a competência do juízo para o julgamento de dois crimes conexos, considerando-se incompetente para o julgamento do terceiro crime, ao fundamento de ter este se consumado em outra comarca.

- A incompetência em razão do lugar, sendo relativa, é prorrogada na ausência da argüição pela parte interessada. Somente a incompetência absoluta é que pode ser suscitada em qualquer tempo e instância. Assim, não pode o juiz declará-la de ofício, por ocasião da sentença, se, na espécie, acusação e defesa não levantaram a questão, estando de acordo com a competência do juiz-sentenciante. 458

INDENIZAÇÃO - Não há que se falar em direitos indenizatórios, se as permissionárias do serviço público de transporte coletivo de passageiros foram remuneradas por tarifas fixadas para o respectivo período, pelo órgão competente, na forma da outorga efetivada e da legislação em vigor. - Permissão de serviço público - Cerceamento de defesa - Tarifa - Honorários de advogado 217

- V. **Responsabilidade civil do Estado** 244

- V. **Dano moral** 337

- Legítima se afigura a pretensão indenizatória fundada em contrato celebrado entre o Poder Público e o particular, revelando abusiva qualquer alteração que, ensejando descumprimento do pactuado, implique prejuízo para a parte contratada. - Honorários de advogado - Ministério Público - Legislativo municipal - Legitimidade processual 417

INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - Nas ações de indenização por ato ilícito, na forma estatuída no art. 20, § 5º, do Código de Processo Civil, o valor da condenação, a título de honorários advocatícios, será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas. - Pensão - Dano material e dano moral - Responsabilidade civil do Estado - Honorários de advogado 406

INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA - Descabe impetração de *habeas corpus* visando ao trancamento de processo político-administrativo, pois o remédio heróico tem fulcro precípuo de garantir a liberdade de ir e vir do cidadão, não servindo para trancamento de processo cuja conseqüência é a cassação ou a perda de mandado eletivo.

- Se a causa de pedir, contida na denúncia, se assenta expressamente no art. 4º, incisos VIII e X, do Dec.-lei nº 201/67, cuja correspondência com a conduta atribuída ao prefeito constitui assunto de alta indagação e depende de discussão de prova, tal é incompatível com *habeas corpus*.

- A infração do inciso VIII do art. 4º do Dec.-lei nº 201/67 pode ocorrer, em tese, se o prefeito deixar de agir, quando, por lei, for obrigado, ou se descuidar ou se desinteressar em fazê-lo.

- Quando um prefeito, em sua vida privada, social e funcional, procede de maneira escandalosa, de modo que seus atos provoquem imediata repulsa dos cidadãos, verifica-se o cometimento de infração político-administrativa, que poderá render a cassação do seu mandato eletivo.

- Se a narrativa da denúncia encampa fatos que podem ou devem ser investigados, em tese, embora não todos, a título de infração político-administrativa, cabido é o processo.

- Em processo por infração político-administrativa, ainda que uma ou outras das infrações imputadas ao prefeito possa configurar crime comum segundo o Código Penal, ou crime de responsabilidade, conforme definição do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67, tal não leva ao trancamento do processo mediante *habeas corpus*, pois cabe ao prefeito articular e sustentar, nos autos, essa verdadeira matéria de defesa.

- Na sistemática do Dec.-lei nº 201/67, podem ocorrer infrações concorrentes, conexas, tendo-se então um mesmo fato com duplo enquadramento, gerando dois procedimentos simultâneos: um, a título de crime de responsabilidade de prefeito (art. 1º), perante o Poder Judiciário; e o outro, a título de infração político-administrativa (art. 4º), perante a Câmara de Vereadores. - *Habeas corpus* - Recurso em sentido estrito - Prefeito - Crime de responsabilidade 594

INSPEÇÃO JUDICIAL - Fica à inteira discrição do juiz proceder ou não à inspeção judicial, não constituindo cerceamento de defesa o seu indeferimento. - Agravo de instrumento - Cerceamento de defesa 174

INTERDIÇÃO - V. **Curatela provisória** 176

INTERESSE DO MUNICÍPIO - V. **Competência** 84

INTERESSE PROCESSUAL - Evidenciada nos autos a necessidade da parte de se utilizar da via judicial para resguardar eventual direito, resulta patente o seu interesse processual. - Mandado de segurança - Liminar 357

INTIMAÇÃO - V. **Nulidade processual** 490

INVENTÁRIO - Tratando-se de herança jacente, o inventário dos bens do *de cujus* deve aguardar o julgamento final da ação de dissolução de sociedade de fato proposta pela companheira.

- Recurso especial conhecido, mas não provido. (STJ) **610**

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - O pedido de desistência de ação de investigação de paternidade, manifestado pela mãe do menor, não implica trancamento do feito, que deve prosseguir em seu curso, por versar sobre direito indisponível. - Ministério Público **263**

- 1. Com a ressalva do entendimento do Relator, o filho nascido na constância do casamento pode buscar o seu verdadeiro pai em ação de investigação de paternidade.

- 2. Recurso especial não conhecido. (STJ) **620**

IPTU - V. **Imunidade tributária** **272**

- O art. 156 da Constituição da República, que versa sobre os impostos dos municípios, está vinculado ao art. 182, inserido no capítulo constitucional da política urbana, e restringe o caráter progressivo do IPTU à garantia do cumprimento da função social da propriedade, sendo inadmissível a progressividade com base na capacidade econômica do contribuinte.

- Sendo a base de cálculo do IPTU o valor venal do imóvel e a da taxa de limpeza pública a área do imóvel, que compõe o valor venal, há a coincidência (parcial) vedada pela Constituição Federal. - Mandado de segurança - Coisa julgada - Taxa inconstitucional - Sentença *extra petita* **287**

ISENÇÃO FISCAL - O § 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68 encontra-se recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois não se trata de isenção de tributo concedida pela União, mas mera fixação de limites para o exercício do poder de tributar, perfeitamente adequado ao sistema constitucional vigente. - Mandado de segurança preventivo - Decadência - ISSQN - Carência de ação **327**

- A isenção tributária se concede apenas por lei, não valendo aquela reconhecida por convênio aprovado por resoluções da Assembléia e da Câmara Municipal, isentando o Município de Belo Horizonte do pagamento dos tributos municipais.

- V.v.: - Se o convênio foi firmado dentro da legalidade e da legitimidade, visando ao interesse público, uma prestação de serviço essencial que é direito do cidadão e dever do Estado, tendo o ato se revestido de todas as formalidades legais, inclusive recebendo a aprovação da Assembléia Legislativa e Câmara dos Vereadores através de resoluções, ainda que não sujeito ao critério de prévia autorização legislativa, critério da legalidade formal, deve ser considerado válido, em razão de sua natureza e da legitimidade de sua formalização. **380**

ISS - Ilegal e inconstitucional é a lei municipal que determina a inclusão, na base de cálculo do ISS na prestação de serviços de construção civil, do valor das parcelas de materiais fornecidos pelo prestador de serviço e das parcelas correspondentes ao valor das subempreitadas, porquanto, a par de elas já se encontrarem anteriormente tributadas, o § 2º do artigo 9º do Decreto-lei nº 406/68, recepcionado pela atual Carta Magna, ainda em vigor e com força de

lei complementar, ordena a dedução daquelas parcelas da base de cálculo do imposto em referência. **260**

ISSQN - Não pode a lei municipal definir a base de cálculo do ISSQN de forma contrária ao estabelecido pelo Decreto-lei nº 406/68. - Decadência - Mandado de segurança preventivo - Isenção fiscal - Carência de ação **327**

- J -

JUIZ - V. **Competência** **231**

JUIZADOS ESPECIAIS - V. **Competência** **78**

JURADO - A simples indicação do jurado como testemunha não é o bastante para impedi-lo, legalmente, de julgar, notadamente se não houve impugnação oportuna e se a participação do dito impedido se mostrou desinfluente no resultado da votação. - Prova nova - Recurso - Prazo **479**

JÚRI - Inocorre nulidade de julgamento, em face da quesitação sobre agravante não contida no libelo, se aquela resultou dos debates, consoante previsão do art. 484, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Penal.

- Se a defesa, em momento algum, contestou a rubrica do Oficial de Justiça lançada na certidão que atesta a incomunicabilidade dos jurados, não há falar-se em nulidade do julgamento, por esta falta.

- Só se licencia a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos, quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório.

- A utilização de peças não submetidas ao contraditório, se foram juntadas ao processo por tempo mais que suficiente para a defesa apreciá-las e rebatê-las, não enseja nulidade do julgamento.

- A ausência, em plenário, de objetos apreendidos, na qual a defesa alega a ocorrência de prejuízo, não pode ser acolhida, se não argüida a eventual nulidade no momento processual oportuno, isto é, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes, conforme dispõe o inciso V do art. 571 do Código de Processo Penal, restando preclusa a matéria. - Quesito - Preclusão - Pena - Nulidade **511**

- Conforme expresso no art. 593, § 3º, parte final, do CPP, em tema de julgamento do Júri não se admite segunda apelação pelo mérito, seja de que parte for.

- Os jurados, ao responderem, afirmativamente, ao quesito da tentativa, afastaram a desistência voluntária. Teria sido reconhecida a desistência voluntária, se o Conselho de Sentença tivesse negado o quesito correspondente à tentativa. Neste caso, dar-se-ia a desclassificação do crime, respondendo a acusada somente pelos atos já praticados. - Desistência voluntária - Apelação - Quesito - Tentativa **519**

- Se não foi constatada nenhuma anormalidade durante a distribuição das cédulas, tendo os senhores jurados afirmado que a atitude do promotor de justiça, alegada pela defesa, em nada influenciou suas decisões, não se acolhe a preliminar de nulidade do julgamento por constrangimento causado aos jurados. - Confissão espontânea - Reincidência - Nulidade - Testemunha - Decisão contrária à prova dos autos - Pena **531**

- Negada pelo Conselho de Sentença a necessidade do meio empregado ou a

moderação no revide, é de se questionar o elemento subjetivo determinador do excesso na legítima defesa, sob pena de nulidade absoluta por supressão de quesito obrigatório. (Súmula nº 156 do STF) - Quesito - Nulidade - Legítima defesa 550

- O juiz-presidente do Tribunal do Júri não está obrigado, na formulação dos quesitos, a deferir todos aqueles propostos pelas partes, principalmente quando não tiverem a menor relação com a hipótese *sub judice*. Assim, não é nulo o julgamento no curso do qual foi indeferido quesito referente à modalidade culposa da imperícia, ainda que a tese da defesa tenha sido no sentido da desclassificação para homicídio culposo, se, diante das peculiaridades do caso concreto, aquele não possuía qualquer pertinência com a conduta ilícita perpetrada pelo agente criminoso, entendendo-se por imperícia a ausência de conhecimento teórico ou prático que, no exercício de arte ou profissão, lesiona interesse jurídico alheio.

- V.v.: - Se a defesa desenvolve, em Plenário do Júri, tese desclassificatória, invocando a ocorrência das três modalidades culposas, não pode o juiz-presidente indeferir uma das quesitações, por julgá-la inadequada à espécie, sob pena de nulidade do julgamento. - Quesito - Nulidade 555

JUROS COMPENSATÓRIOS - V. **Desapropriação** 227

- A Medida Provisória nº 1.774-25, de 06/05/99, no seu art. 15-A, limita os juros compensatórios a 6% ao ano, e, tendo a mesma natureza de ordem pública e estando em vigor, os seus efeitos alcançam os processos em andamento, exigindo sua aplicação, mesmo de ofício, no sentido de reduzir os juros fixados em outro patamar. - Desapropriação - Laudo pericial - Sucumbência recíproca 360

JUROS MORATÓRIOS - V. **Desapropriação** 227

- L -

LAUDO PERICIAL - Caso a parte resolva impugnar o laudo pericial, deve apresentar motivos sérios, substanciais, que realmente permitam pôr em dúvida o resultado obtido, não sendo o mero inconformismo razão suficiente para que seja determinada a repetição da prova, que teria apenas o caráter de protelar o feito, mormente se não se constatou nenhuma irregularidade, omissão ou inexatidão no laudo apresentado. 171

- V. **Desapropriação** 227

- Somente o magistrado, ao qual é dirigida a prova coligida no processo, poderá definir o seu alcance e a sua validade, sendo razoável que, existindo divergências entre o laudo oficial, cujos elementos se mostram convincentes, e o do assistente técnico, o julgador acate o do perito por ele indicado, por ser de sua confiança pessoal, bem como por estar acima dos interesses controversos dos litigantes no feito, situação esta que não é vivenciada pelo assistente da parte, de quem não se exige imparcialidade na elaboração do seu trabalho. - Desapropriação - Juros compensatórios - Sucumbência recíproca 360

- Não se reveste de importância o fato de o laudo elaborado a partir do exame de dependência toxicológica haver afirmado ser o réu usuário de maconha, se este mesmo documento concluiu que, ao tempo da ação, possuía ele a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato que praticou e de determinar-se de acordo com este entendimento, concluindo, ainda, que o mesmo sequer era dependente de drogas. - Ação penal - Pena - Crime hediondo - Condenação - Auto de prisão em flagrante - Confissão espontânea - Nulidade processual - Tóxico 535

LEGISLATIVO MUNICIPAL - Inobstante possuir o Legislativo municipal autonomia administrativa e financeira, falece-lhe, outrossim, personalidade jurídica própria e, por via de conseqüência, legitimidade processual para responder judicialmente por dívidas. - Honorários de advogado - Indenização - Ministério Público - Legitimidade processual 417

LEGÍTIMA DEFESA - V. **Júri** 550

LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* - V. **Estatuto da Criança e do Adolescente** 516

LEGITIMIDADE ATIVA - V. **Bem público** 304

LEGITIMIDADE PROCESSUAL - V. **Legislativo municipal** 417

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL - Nº 38, de 1995 - Art. 65 430

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL
- Art. 5º 435
- Art. 6º 267

LEI DELEGADA ESTADUAL - Nº 39, de 1998 388

LEI ESTADUAL
- Nº 12.278, de 1996 267
- Nº 12.727, de 1997 - Art. 24, II 135
- Nº 13.441, de 2000 267

LEI FEDERAL
- Nº 1.060, de 1950 - Art. 4º 182
- Nº 1.533, de 1951 71
- Nº 4.898, de 1965 - Art. 4º, *b* 503
- Nº 6.024, de 1974 98
- Nº 6.024, de 1974 - Art. 45 98
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 12 ..... 567/568
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 16 ..... 445/446
- Nº 6.799, de 1980 465
- Nº 6.830, de 1980 88
- Nº 6.978, de 1995 - Art. 4º, § 1º 679
- Nº 7.115, de 1983 - Art. 1º 183/184
- Nº 7.209, de 1984 453
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 67 89
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 126 578
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 164 88
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 197 .... 584/585
- Nº 7.347, de 1985 232
- Nº 7.347, de 1985 - Art. 1º, IV 320
- Nº 8.069, de 1990 298
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 48 299
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 103 517
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 106 474
- Nº 8.069, de 1990 - Arts. 180 e 182 517
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 230 474
- Nº 8.072, de 1990 453
- Nº 8.078, de 1990 232
- Nº 8.137, de 1990 - *caput* do art. 1º 448
- Nº 8.137, de 1990 - Art. 7º, IX 522/523
- Nº 8.429, de 1992 - Art. 11 232
- Nº 8.625, de 1993 - Art. 25, IV, *b*... 232/320
- Nº 8.625, de 1993 - Art. 129, III 320
- Nº 8.906, de 1994 157
- Nº 8.971, de 1994 103
- Nº 9.034, de 1995 453
- Nº 9.034, de 1994 - Art. 10 453
- Nº 9.096, de 1995 - Art. 52, parágrafo único 704
- Nº 9.099, de 1995 78
- Nº 9.099, de 1995 - Art. 89 630
- Nº 9.268, de 1996 88
- Nº 9.278, de 1996 103
- Nº 9.437, de 1997 - Art. 10, § 3º, IV .. 483
- Nº 9.455, de 1997 - Art. 1º, § 7º 453

- Nº 9.492, de 1997 - Art. 14 353
- Nº 9.975, de 2000 722
- Nº 13.495, de 2000 743
- Nº 13.515, de 2000 747

LEI MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE - Nº 6.810, de 1994 327

LEI MUNICIPAL DE NANUQUE - Nº 1.206, de 1992 - Art. 34 282

LIBELO - V. **Erro material** 573

LIMINAR - V. **Dano ambiental** 159

- V. **Mandado de segurança** 357

LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - V. **Competência** 98

- M -

MANDADO DE INJUNÇÃO - O mandado de injunção é meio hábil apenas para regulamentar direito assegurado pela Constituição no que concerne às liberdades e às prerrogativas de nacionalidade, soberania ou cidadania, impresta-vel, pois, para regulamentar norma de natureza infraconstitucional que cuide tão-somente de anistia fiscal. 105

MANDADO DE SEGURANÇA - A decisão que concede, ou não, liminar, em ação mandamental, é irrecorrível, como ato discricionário do relator, somente existindo recurso quando a lei determinar.

- VV.vv.: - Cabe recurso contra decisão que indefere liminar em mandado de segurança, visto se tratar de um direito natural, que só pode ser afastado por norma expressa, e também porque a omissão da Lei nº 1.533/51 autoriza aplicar o CPC, que vem reafirmando a possibilidade de interposição de agravo contra decisões interlocutórias, vigendo, ademais, nos tribunais inferiores, o princípio da colegialidade. 71

- O mandado de segurança não pode ser utilizado para fins patrimoniais pretéritos, não sendo substitutivo de ação de cobrança. - Conselheiro tutelar 222

- Sendo o IPTU imposto que pode ser pago de maneira parcelada, há renovação mensal da oportunidade para interposição de mandado de segurança contra a cobrança reputada ilegal. - IPTU - Taxa inconstitucional - Coisa julgada - Sentença *extra petita* 287

- Se no momento da prolação da hipotética decisão liminar não mais existem condições fáticas sobre as quais poderia surtir efeito a sua concessão, resta o pedido prejudicado.

- É possível que as informações prestadas pela autoridade coatora sejam veiculadas no *mandamus* através de peça assinada somente pelo seu procurador, desde que este esteja munido de instrumento de mandato com poderes para o foro em geral, visto se tratar o mandato de instituto que permite a terceiro a prática eficaz de atos jurídicos em nome de outrem. - Liminar - Interesse processual 357

- V. **Saúde** 413

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - Sendo o mandado de segurança interposto em caráter preventivo, para obstar à aplicação de lei contestada, e não em virtude de ato já praticado pela autoridade dita coatora, descabe a preliminar de decadência. - Decadência - Isenção fiscal - ISSQN - Carência de ação 327

MANDATO - V. **Sindicato** 315

- De um mandato extinto não pode surgir substabelecimento.

- Falecendo o autor antes de proposta a ação, é de se reconhecer a extinção do mandato judicial, nos termos do art. 1.316 do Código Civil.

- A inexistência de parte autora no feito e a irregularidade na representação processual ocasionam a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. .. 425

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - V. **Estatuto da Criança e do Adolescente** 516

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO - Desembargador Cristovam Breiner - Des. Walter Veado 11

- Um acervo que se enriquece - Des. Walter Veado 7

MENOR - Não viola direito líquido e certo o ato de autoridade judiciária que, no exclusivo escopo do resguardo da ordem e proteção de menores - posto à mostra *salienter tantum* -, cassa alvará de autorização de permanência de menores de dezoito anos em bailes populares de clube socioesportivo que, além de negligenciar no controle dos excessos praticados por menores em seu recinto, não consegue nele impedir o consumo de substâncias entorpecentes. - Alvará de autorização 442

- Privar criança ou adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita de autoridade, é conduta que viola o art. 5º, LXI, da CF, bem como o art. 106 da Lei nº 8.069/90 e está prevista como crime no art. 230 deste mesmo diploma legal, sendo punível com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. - Desacato 474

- V. **Estatuto da Criança e do Adolescente** 516

MINISTÉRIO PÚBLICO - O inciso I do art. 129 da Constituição Federal determina a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal, sendo um contra-senso retirar dele a competência para executar o julgado, tornando letra morta o referido dispositivo constitucional, ao menos no que se refere à pena de multa criminal. Além disto, tal retirada viola o disposto no artigo 67 da Lei de Execuções Penais, visto que o Ministério Público é parte indispensável na execução do título executivo criminal. - Competência - Pena pecuniária 88

- O Ministério Público é parte ativa legítima para ajuizar ação civil pública, com o escopo do ressarcimento ao erário municipal das conseqüências dos atos de improbidade administrativa, que afetam o patrimônio público (Constituição da República, art. 129, III; Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, *b*). Deste modo, o fato de a Lei nº 7.347/85, com a redação da Lei nº 8.078/90, ter reproduzido o texto constitucional, que se refere, expressamente, à proteção do patrimônio público, não afasta a incidência superior da Constituição e da Lei nº 8.625/93. - Ação civil pública - Prefeito - Competência - Agente político - Juiz - Sentença 231

- Oficiando, em processos, como parte ou como fiscal da lei, tem o Ministério Público legitimidade para recorrer. - Investigação de paternidade 263

- A questão da desnecessidade de intervenção

do órgão ministerial, não configurando qualquer prejudicialidade, torna-se, em conseqüência, desinfluente como preliminar argüida. - Honorários de advogado - Indenização - Legislativo municipal - Legitimidade processual **417**

- V. **Estatuto da Criança e do Adolescente** **516**

- V. **Denúncia** **567**

- V. **Erro material** **573**

- V. **Ação civil pública** (STF) **654**

MONITÓRIA - É possível o manejamento da ação monitória em face da Fazenda Pública, pretendendo o pagamento de soma em dinheiro, desde que haja prova escrita sem eficácia de título executivo, sendo-lhe facultada a oposição de embargos contra o mandado de pagamento, o que possibilita a cognição plena, garantindo-lhe o contraditório.

- V.v.: - Inadmite-se o manejo da ação monitória em face da Fazenda Pública, diante das características do regime de execução contra a mesma, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória (CF, art. 100), o que não existiria no caso de ação monitória não embargada. Outrossim, tem a Fazenda Pública garantia do duplo grau de jurisdição obrigatório e contra ela não produz o efeito da revelia a confissão ficta (art. 320, II, do CPC), descabendo, portanto, a propositura da referida ação, sobretudo quando a pretensão deduzida for a de pagamento em dinheiro, uma vez que contra a Fazenda Pública não se admite ordem de pagamento, como não se admite penhora, devendo haver processo de conhecimento puro. - Fazenda Pública **295**

MUNICÍPIO - V. **Saúde** **413**

- N -

NOME - V. **Registro civil** **423**

NOTA BIOGRÁFICA - Desembargador Walter Machado **3**

NOTA FISCAL - V. **ICMS** **349**

NOTÁRIO - V. **Serventuário de cartório extrajudicial** **108**

NULIDADE - V. **Decisão** **164**

- A ausência do nome das partes na sentença não implica nulidade, mas mera irregularidade, se não ocasionou dúvida quanto às partes litigantes. - Sentença - Crédito trabalhista - Falência **301**

- V. **Sentença** **393**

- V. **Júri** **511/531/550/555**

- V. **Erro material** **573**

NULIDADE PROCESSUAL - Não procede o pedido de nulidade do processo por falta de intimação do patrono do agente, se a intimação, ao contrário do afirmado, de fato ocorreu, principalmente quando não ocorreu prejuízo, porque havia sido o patrono intimado em audiência realizada, tendo sido nomeado o defensor substituto diante da inércia do constituído em apresentar as razões recursais.

- A suscitação de nulidade do processo por falta de prova da origem criminosa do objeto material não pode prosperar diante do boletim de ocorrência da Polícia Militar que noticia o crime de roubo e da notas fiscais das *res furtiva*, que demonstram a origem e a lesão, além de declarações da vítima que teve a carga roubada. - Pena - Concurso de pessoas - Intimação - Retratação - Falsidade ideológica - *Sursis* processual - Receptação qualificada - Suspensão condicional do processo **490**

- V. **Rito processual** **507**

- V. **Estatuto da Criança e do Adolescente** **516**

- Eventuais irregularidades ocorridas no auto de prisão em flagrante não contaminam a ação penal, não levando, portanto, à nulidade do processo. - Ação penal - Pena - Crime hediondo - Condenação - Auto de prisão em flagrante - Tóxico - Laudo pericial - Confissão espontânea **535**

- V. **Denúncia** **592**

- O -

OFICIAL DE REGISTRO - V. **Serventuário de cartório extrajudicial** **108**

- P -

PARTILHA DE IMÓVEL ADQUIRIDO PELO VARÃO ANTES DO CASAMENTO PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - Reconhecido pelo v. acórdão que a aquisição do imóvel se dera com a contribuição, direta ou indireta, de ambos os cônjuges, justo e razoável que a mulher fique com o direito à metade dos valores pagos na constância da sociedade conjugal, acrescido das benfeitorias realizadas nesse período, respeitado o direito de propriedade do varão.

- Pretensão do recorrente de modificar a base fática da lide, ao sustentar que a unidade habitacional tivera sido comprada com recursos exclusivamente seus. Incidência do Verbete sumular nº 07-STJ.

- Inocorrência de contrariedade à lei federal e não-demonstração do dissídio pretoriano.

- Recurso especial não conhecido. (STJ) **612**

PATRONÍMICO - A mulher, ao se casar, poderá adotar os apelidos do marido, devendo, contudo, conservar ao menos um dos próprios patronímicos, sendo-lhe vedada a total exclusão dos apelidos de sua família, conforme interpretação do disposto no parágrafo único do artigo 240 do CCB. **186**

PECULATO - Para a configuração do crime de peculato, o fato de os réus não terem a detenção direta do numerário desviado, que se encontrava depositado em uma instituição financeira, não é relevante. O que importa é que eles tinham o poder de dispor do mesmo, podendo desviá-lo para suas contas, quando lhes aprouvesse. - Pena - Funcionário público - Sentença **465**

- V. **Crime continuado** **476**

PEDIDO DE LICENÇA PARA INSTALAÇÃO DE POSTO DE REVENDA DE COMBUSTÍVEIS - Incisos XXII e XXIII do artigo 5º não prequestionados.

- Requerimento de licença que gerou mera expectativa de direito, insuscetível - segundo a orientação assentada na jurisprudência do STF - de impedir a incidência das novas exigências instituídas por lei superveniente, inspiradas não no propósito de estabelecer reserva de mercado, como sustentado, mas na necessidade de ordenação física e social da ocupação do solo no perímetro urbano e de controle de seu uso em atividade geradora de risco, atribuição que se insere na legítima competência constitucional da Municipalidade.

- Recurso não conhecido. (STF) 679

PENA - Se a pena fixada na sentença foi corretamente aplicada e suficientemente fundamentada, sendo o seu *quantum* necessário e bastante para a reprovação e prevenção do fato delituoso imputado ao réu, não procede o pedido de redução. - Depoimento pessoal - Resistência 461

- Se os réus preenchem todos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, são primários, de bons antecedentes e têm a seu favor todas as circunstâncias do art. 59 do CP, improcede a reclamação a respeito da substituição da pena corporal pela restritiva de direito. - Peculato - Funcionário público - Pena - Sentença 465

- V. **Receptação qualificada** 490

- A pena deve tender para o mínimo legal, quando o réu for primário e de bons antecedentes. - Preclusão - Quesito - Júri - Nulidade 511

- Se a pena foi imposta segundo os critérios do art. 59 do CP, tendo sido compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nenhum reparo merece ser feito quanto à sua fixação. - Confissão espontânea - Reincidência - Nulidade - Júri - Testemunha - Decisão contrária à prova dos autos 531

- V. **Tóxico** 535

- V. **Reincidência** 539

- Deve-se conceder a remição da pena do sentenciado que comprove freqüência a curso de suplência, oferecido pelo estabelecimento prisional, desde que aferido o aproveitamento do condenado-estudante e de acordo com a carga horária do curso, seguindo-se os mesmos critérios da remição por dia trabalhado, pois, além de a tanto não se opor o sistema de execução penal pátrio, o artigo 126 da LEP (Lei nº 7.210/84) não distingue a natureza do trabalho, para fins de se remir o tempo de execução da pena. - Remição - Curso de suplência 578

- Não obstante a aplicação da comutação de pena fixada para os condenados por delito elencado dentre os hediondos encontre óbice no próprio texto do Decreto nº 3.226/99 (art. 7º, inciso I), em se tratando de recurso interposto em favor do condenado, há que persistir, em obediência ao princípio da *ne reformatio in pejus*, a comutação operada.

- A redução da pena, operada em razão da comutação prevista no art. 2º do Decreto nº 3.226/99, há de ser feita levando-se em conta o total da reprimenda imposta, e não o montante da pena ainda não cumprida, ainda que se trate de reeducando condenado por crime tido por hediondo, visto inexistir no mencionado dispositivo legal qualquer restrição no que concerne à natureza do delito, não cabendo ao julgador restringir onde a lei não o fez. - Recurso - Crime hediondo 588

- V. **Regime prisional** 590

PENA-BASE - Se a culpabilidade do réu, *lato sensu*, integra o rol das circunstâncias judiciais expostas no art. 59 do Código Penal, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 7.209/84, deve, pois, o juiz introduzi-la no exame determinante da pena-base, não havendo, portanto, que se falar em exacerbação da pena ou em ofensa ao conceito do dolo natural como elemento subjetivo integrante do tipo criminoso, conforme doutrina finalista. - Reincidência - Preclusão - Crime hediondo 453

- Tratando-se de homicídio triplamente qualificado, não merece reparo a pena-base fixada em quinze anos de reclusão e a sua diminuição em seis meses, por força da confissão espontânea, reconhecida pelo Conselho. - Cerceamento de defesa - Embriaguez - Defesa - Qualificadora 470

PENA PECUNIÁRIA - Segundo a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, desde o advento da Lei nº 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a pena de multa será reputada dívida de valor, devendo ser inscrita em dívida ativa, competindo ao Estado, através do procedimento previsto pela Lei nº 6.830/80, através de seus procuradores, cobrar a dívida correspondente àquela pena de multa imposta em processo criminal, carecendo o Ministério Público de legitimidade para promover tal cobrança.

- A execução da pena de multa resultante de sentença condenatória criminal era e continua sendo do juízo das execuções penais. Ao editar a Lei nº 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 de alterar a competência, retirando-a do juízo criminal e passando-a para o juízo cível. A única intenção 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 art. 51 do Código Penal, com a nova redação da referida lei, 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", ficando explicitado que o procedimento a ser adotado no juízo da execução é o mesmo que se adota para as execuções fiscais. O fato de a lei ter considerado a pena de multa como dívida de valor não implicou alteração de seu caráter, que continua sendo penal, e não fiscal. - Competência - Ministério Público 88

- A pena - sobretudo a de natureza pecuniária - não pode ser estabelecida em patamares tímidos; ao contrário, tem que ser aplicada em limites suficientes para que o infrator se sinta realmente punido. Assim, se a decisão se acha em estrita consonância com a capacidade econômica do acusado, atingindo os efeitos preventivo e educativo, como também o caráter aflitivo (retributivo) da sanção, deve ser mantida. - Falsidade ideológica 486

PENSÃO - Impõe-se o pensionamento durante a provável sobrevida da vítima em decorrência da norma insculpida no art. 1.537, II, do Código Civil, a qual é devida desde a data do evento até quando a mesma viesse a completar sessenta e cinco anos. - Dano material e dano moral - Indenização por ato ilícito - Pensão - Responsabilidade civil do Estado - Honorários de advogado 406

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - Se a *Lex Major*, em seu art. 40, §§ 3º e 7º, estabelece que a pensão por morte deve igualar-se à totalidade dos proventos do servidor falecido, vedado é fixá-la em nível inferior ao constitucionalmente assegurado. *Per altera facie*, segundo o entendimento do Sumo Pretório, o art. 40, § 5º, da vigente Lei Fundamental da

República, tem eficácia *self-executing*, isto é, não depende de regulamentação, sendo, pois, auto-aplicável. 367

PERÍCIA - V. **Perito** 153

PERITO - Os motivos de impedimento e suspeição do juiz se aplicam também ao perito, pessoa de conhecimento técnico que assiste o juiz quando necessário se faça a prova pericial. O interesse (art. 135, V, do CPC) pode-se manifestar das formas mais diversas, mas deve ser reconhecido com fundamento em dados concretos e objetivos, enquadráveis nas previsões legais. O simples fato de que poderá haver interesse do perito no desate da questão, em face da prestação de serviço de contabilidade para a empresa do réu, sem qualquer outro elemento probatório capaz de definir a suspeição, não poderá ser indicativo de procedência desta.

- Não cuidando a parte de demonstrar de forma adequada o motivo de sua impugnação à nomeação do perito em termos capazes de desabonar sua qualificação, deve ser indeferida a pretensão de anulação da perícia. - Perícia 153

PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - Tendo a permissão caráter de ato discricionário, precário e unilateral, as condições da outorga podem e devem ser alteradas pela Administração, sempre que o exigir o interesse público. - Tarifa - Indenização - Cerceamento de defesa - Honorários de advogado 217

POSTO DE GASOLINA - V. **Pedido de licença de instalação de posto de revenda de combustíveis** (STF) 679

PRAZO - Na contagem do tríduo previsto no art. 475 do CPP, não se aplica a regra do § 1º do art. 798 do CPP, incluindo-se, portanto, o dia do começo. Este será aquele em que despachada ou protocolada a petição instruída com as peças cuja leitura se pretenda em plenário do Tribunal do Júri. - Recurso - Prova nova - Jurado 479

PRECLUSÃO - Tratando-se de condições da ação, não há que se falar em preclusão, e, uma vez suscitada a questão, cabe ao juiz enfrentá-la, necessariamente, ainda que de ofício. - Sentença - Embargos de retenção - Retenção - Condições da ação 374

- A ausência de protesto para que constasse da ata indeferimento do pedido formulado pela defesa visando fosse adiado o julgamento torna preclusa a matéria, que, se fosse alegada em tempo oportuno, poderia ser examinada como preliminar da apelação, conforme dispõe o art. 571, VIII, do CPP, combinado com o inciso V do mesmo artigo e código. - Reincidência - Pena-base - Crime hediondo 453

- V. **Júri** 511

PRÉ-EXECUTIVIDADE - V. **Execução** 179

PREFEITO - V. **Ação civil pública** 231

- V. **Infração político-administrativa** 594

PRESTAÇÃO DE CONTAS - V. **Alimentos** 303

PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - V. **Recurso** 396

PRISÃO CIVIL - Não há que se falar em prestações pretéritas, tampouco em perda do caráter alimentar da obrigação, uma vez que a diligência da requerente e a demora em se decretar a prisão civil, em virtude do lento desenrolar do processo executivo, são circunstâncias que não favorecem o paciente. - Alimentos 565

- V. **Alimentos** (STJ) 606

PRISÃO ILEGAL - V. **Responsabilidade objetiva - Dano moral** 337

PROCESSO ADMINISTRATIVO - A composição da comissão processante por servidores comissionados apenas macula o processo administrativo quando a lei municipal exigir a integração da comissão por funcionários estáveis ou se tiver havido prejuízo para a defesa do acusado.

- A instauração do processo administrativo disciplinar, com a conseqüente aplicação da penalidade cabível, se for o caso, decorre do poder hierárquico e disciplinar da Administração Pública, sendo obrigatória, sob pena de incidência em crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do Código Penal. - Razões recursais - Princípio da instrumentalidade das formas - Condescendência criminosa - Recurso - Ato administrativo 396

PROCESSO PENAL - O processo penal brasileiro e o novo impulso pela sua modernização - Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Doutrina 15

PRODUTOS DIGITAIS - Os impostos sobre o consumo e o comércio de produtos digitais - Dra. Flávia de Vasconcellos Lanari - Doutrina 55

PROGRESSÃO PRISIONAL - V. **Execução penal** 575

PRONÚNCIA - V. **Erro material** 573

PROSTITUIÇÃO - O funcionamento de casa de prostituição em local apropriado, ou seja, na zona de baixo meretrício, com a tolerância das autoridades, afasta a configuração do crime, pela ocorrência de erro de fato, pois não é possível, nestes casos, exigir de pessoas sem qualquer instrução que concluam estar cometendo um ato contra a lei. - Denúncia 508

PROTESTO - V. **Falência** 353

PROVA - A gravação magnética de ligações telefônicas, feita clandestinamente, não é meio legal nem moralmente legítimo, não servindo como prova lícita a ensejar pretensão judicial, tendo em vista a inobservância do princípio do contraditório e a violação da privacidade alheia. - Gravação magnética de ligações telefônicas 170

PROVA NOVA - A apresentação de prova nova em plenário, desde que encartada nos autos com antecedência de três dias, para ciência da parte contrária, nos termos do que determina o art. 475 do CPP, não enseja nulidade do julgamento. - Recurso - Jurado - Prazo 479

PROVA PERICIAL - Quando não há fatos em dúvida, tratando-se de matéria exclusivamente jurídica, a ausência de prova pericial requerida, quando não justificada a sua necessidade, mediante fatos concretos e a demonstração de elementos objetivos, não configura cerceamento de defesa, em face do disposto no art. 330, I, do CPC. - Ação civil pública - Ressarcimento de danos ao erário - Ato ilícito de agente público 320

PROVA TESTEMUNHAL - V. **Cerceamento de defesa** **315**

PROVENTOS - V. **Acumulação de proventos com vencimentos** (STF) **646**

- Q -

QUALIFICADORA - Se o acusado agiu insidiosamente, de forma inesperada, empregando meio extremamente violento, infligindo à vítima martirizante padecimento físico, acha-se em plena consonância com a prova dos autos o reconhecimento, pelo Júri, das qualificadoras de motivo torpe, meio cruel e emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, capituladas na denúncia e na pronúncia. - Defesa - Pena-base - Cerceamento de defesa - Embriaguez **470**

QUEIXA-CRIME SUBSIDIÁRIA - Tendo o Promotor de Justiça, titular da ação penal pela prática do crime previsto no art. 339 do Código Penal (denunciação caluniosa), se manifestado expressamente quando do pedido de arquivamento do inquérito instaurado contra a pretensa vítima da denunciação, no sentido de que não vislumbrara a ocorrência do aludido delito, não há que se falar em inércia ou desídia de sua parte, a autorizar o oferecimento de queixa-crime subsidiária. - Denunciação caluniosa **598**

QUESITO - V. **Júri** **511/519/550/555**

- R -

RAZÕES RECURSAIS - V. **Recurso** **396**

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA - Na receptação qualificada (art. 180, §§ 1° e 2°, do Código Penal), o elemento normativo "deve saber" ser produto de crime integra a culpabilidade como a potencial consciência da ilicitude a ser valorada na fixação da pena, não o dolo eventual que pertence à ação. - Pena - Concurso de pessoas - Intimação - Retratação - Nulidade processual - Falsidade ideológica - *Sursis processual* - *Suspensão condicional do processo* ***490***

RECURSO - O fato de o apelante se haver limitado a apresentar razões recursais não leva, por si só, ao não-conhecimento do apelo, se o arrazoado contém pedido certo e possibilita a defesa do recorrido bem como a análise e o julgamento pelo Tribunal *ad quem*, atendendo-se ao princípio processual da instrumentalidade das formas. - Razões recursais - Princípio da instrumentalidade das formas - Condescendência criminosa - Processo administrativo - Ato administrativo **396**

- Sendo tempestivo o recurso, a apresentação das razões fora do prazo é considerada mera irregularidade; diante disso não há como desconsiderá-las, ainda mais se tratando de recurso ministerial, que, uma vez interposto, não se pode falar em desistência do mesmo. - Prova nova - Jurado - Prazo **475**

- V. **Erro material** **573**

- V. **Pena** **588**

RECURSO ADESIVO - V. **Estatuto da Criança e do Adolescente** **516**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - Da sentença que extingue o processo e indefere pedido de ordem de *habeas corpus* cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, X, do CPP. - *Habeas corpus* - Infração político-administrativa - Prefeito - Crime de responsabilidade **594**

REGIME PRISIONAL - V. **Reincidência** **539**

- V. **Execução penal** **575**

- Se a sentença condenatória transitada em julgado fixou o regime prisional simplesmente como "fechado" para o cumprimento da pena, sem dizer, contudo, que nesta condição seria "integralmente" cumprida, é possível a progressão do regime fechado para o aberto, mesmo em se tratando de crime hediondo, uma vez que a execução se faz com base no título executivo judicial, ressaltando-se, outrossim, que, havendo dúvida a respeito do regime prisional imposto na sentença passada em julgado, a mesma deve ser interpretada em favor do condenado, consoante disposição contida na Súmula n° 50 da jurisprudência predominante na Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. - Crime hediondo - Sentença condenatória **590**

REGISTRO CIVIL - Não merece reforma a sentença que indefere alteração do nome da mãe, no registro civil do filho, para figurar neste seu nome de solteira, como conseqüência de divórcio. - Nome **423**

REINCIDÊNCIA - A inclusão da reincidência no raciocínio da fixação da pena, sem que fosse requerida pela acusação e nem incluída no quesito, embora possa consistir em *error in procedendo*, não contraria a decisão dos jurados ou lei expressa, já que constitui mera irregularidade técnica que, entretanto, não compromete a validade da sentença, pois pode a segunda instância decotar da condenação a figura da reincidência. - Pena-base - Preclusão - Crime hediondo **453**

- V. **Pena** **531**

- Sendo o réu reincidente, não se admite, tendo em vista as disposições do art. 33 e seus parágrafos do Código Penal, o regime aberto para início do cumprimento da pena, afigurando-se também inadmissível, se se tratar de reincidência em crime doloso, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, dado o óbice do art. 44, II, do mencionado diploma legal, não havendo, da mesma forma, como conceder o *sursis*. - *In dubio pro reo* - Pena - Crime doloso - Regime prisional - Culpa consciente - Dolo eventual **539**

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE - Não se distingue entre causa e condição, sendo que ambas se equivalem, já que sem uma delas o fato penal não ocorreria, daí por que todos os fatos que concorrem para a eclosão do evento criminal devem ser considerados causa destes. Basta que a ação tenha sido condição para o resultado, mesmo que tenham concorrido para o evento outros fatos, a ação é causa e o agente é o causador dele.

- Se a vítima foi atingida em órgãos vitais, tendo sido atendida, mas seu estado clínico piorado, vindo a falecer em decorrência de septicemia, não se pode ter a septicemia como causa relativamente independente, como quer o § 1° do art. 13 do CP, pois o nexo causal entre a ação em sentido amplo e o evento não é interrompido pela interferência cooperante de outras causas. **529**

REMIÇÃO - V. **Pena** **578**

REPARAÇÃO DE DANO - A responsabilidade civil, da qual nasce o dever de reparação, tem como base a noção de ilícito preconizada no artigo 159 do Código Civil, de que são elementos a antijuridicidade, a culpabilidade, o dano e o nexo causal.

- Conquanto indiscutível o resultado lesivo, é de se dar pela improcedência de ação de reparação de danos proposta em decorrência de acidente de veículo se o autor não logra demonstrar com eficiência e segurança, como lhe compete, a culpa do condutor do veículo envolvido no evento danoso, e, ao contrário, o conjunto probatório revela e sinaliza, de forma notória e insofismável, pela imprudência e culpa exclusiva da vítima pela ocorrência do acidente.

- Em ação de reparação de danos em decorrência de acidente automobilístico, é irrelevante a circunstância de haver o réu arcado com as despesas do funeral da vítima.

- O Poder Público municipal não é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de reparação de danos por acidente de veículos se o fato ocorrera em rodovia federal, e, ainda que se conclua pela sua *legitimatio*, a prova da existência de passarela próxima ao local do evento é suficiente para afastar a responsabilidade do município por omissão. **284**

REPRESENTAÇÃO - V. **Estatuto da Criança e do Adolescente** **516**

RESISTÊNCIA - Contém os elementos constitutivos do tipo previsto no art. 329 do CP a conduta do agente que, opondo-se, mediante ameaça, à ordem legal recebida de policiais, recusa-se a entregar arma de fogo encontrada em seu poder e a aponta em direção a um deles, caracterizando-se o crime de resistência.

- Para a configuração do crime de resistência é irrelevante o momento em que tenha sido dada a "voz de prisão", se antes ou se depois de superada a resistência do agente, pois ela não é necessária para que fique caracterizado o delito, sendo suficiente, por si só, a desobediência, mediante ameaça, à ordem legal. - Depoimento pessoal - Pena **461**

RESPONSABILIDADE CIVIL - V. **Reparação de dano** **284**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Estando provado que o homicídio, tendo como vítima o filho dos autores, foi cometido por foragido do sistema penitenciário, tem-se como inequívoco o nexo de causalidade existente entre o ato por ele praticado e a falha na atuação da Administração, que, por meio de seus agentes, haveria de manter sob constante vigilância os detentos, do que decorre a responsabilidade objetiva do Estado, acarretando-lhe a obrigação de reparar os danos causados, nos termos da legislação vigente, não se podendo, contudo, admitir que o infortúnio sirva de pretexto para a condenação em quantias exacerbadas, que impliquem enriquecimento sem causa. **213**

- Em face de sua responsabilidade objetiva, estabelecida no § 6º do art. 37 da CF/88, é o Estado parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de indenização, visando ao ressarcimento de danos causados a paciente, em razão de cirurgia realizada em hospital público, com médicos pertencentes ao quadro de servidores públicos, estatutários ou contratados, ou autônomos autorizados a nele prestar serviços, sendo devida a indenização pleiteada, máxime quando provado que as lesões, graves e irreversíveis, sofridas pelo paciente, foram resultantes de erro cirúrgico proveniente de defeitos nos equipamentos fornecidos pelo Estado. - Verbas reparatórias - Honorários de advogado - Denunciação da lide - Dano moral - Dano estético - Indenização **244**

- É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da responsabilidade da Administração pela morte de detento recolhido em estabelecimento prisional, ainda que em cela da Delegacia de Polícia, que veio a sofrer agressão à integridade física que lhe causou o óbito, praticado por companheiro de presídio, porque a hipótese configura culpa *in vigilando*, caracterizando a responsabilidade objetiva do Estado. - Indenização por ato ilícito - Pensão - Dano material e dano moral - Responsabilidade civil do Estado - Honorários de advogado **406**

RESPONSABILIDADE OBJETIVA - Com o advento da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade objetiva estatal ficou claramente estabelecida pelo art. 5º, inc. LXXV, no tocante aos atos praticados pelo Poder Judiciário, não havendo como negar a legitimidade passiva do Estado, em face do encarceramento por mais de 24 (vinte e quatro) horas da parte, decorrente de homonímia, constituindo tal em erro judiciário grave, suficiente para vincular o Estado no pólo passivo da demanda. - Dano moral - Indenização - Prisão ilegal - Erro judiciário **337**

RESPONSABILIDADE PENAL - V. **Denúncia** (STJ) **603**

RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO - A ressalva que a Constituição Federal faz, na parte final do § 5º do art. 37, importa considerar que à lei não é permitido fixar prescrição para a ação de ressarcimento em que a pessoa de direito público ocupe o pólo ativo e o agente público o pólo passivo, devendo ser interpretado tendo a mesma razão do § 6º do mesmo artigo. É imprescritível a ação.

- A ação de ressarcimento não é toda ação de cobrança da Fazenda Pública, mas a que decorre de ato ilícito por dolo ou culpa do agente. Não faz sentido que a pessoa fique insegura e vitaliciamente sob a ameaça de uma ação civil, se não concorre para o locupletamento indevido. Assim, não se tratando de ação de ressarcimento por ilícito, doloso ou culposo, não recai a imprescritibilidade. - Ação civil pública - Ato ilícito de agente público - Prova pericial **320**

RETENÇÃO - O simples detentor ou possuidor de posse precária não faz jus à retenção e/ou indenização por acréscimos ao imóvel que nessa condição ocupa. - Preclusão - Sentença - Embargos de retenção - Condições da ação **374**

RETRATAÇÃO - V. **Suspensão condicional do processo** **490**

REVISÃO CRIMINAL - A revisão criminal não se presta à mera reapreciação de prova já exaustivamente examinada pelo Tribunal do Júri e confirmada neste Juízo recursal, exigindo, pois, que o requerente apresente elementos probatórios e que desfaçam o fundamento da condenação. Compete ao peticionário comprovar suas alegações de forma cabal, de modo a redimir eventual erro judiciário.

- V.v.: - Inexistindo realidade, materialidade

e certeza sobre a morte da vítima, uma vez que ninguém disse ou provou onde a vítima foi atingida; ninguém disse ou provou que a vítima morreu; tudo que as testemunhas e autoridades disseram e provaram foi criar e alimentar dúvidas e incertezas, não se explicando e nem se justificando condenação nessas circunstâncias, é de se julgar procedente o pedido revisional com fundamento na verificação de fato novo, cassando-se a pronúncia, a sentença condenatória e o v. acórdão que a manteve. **142**

- Se o peticionário, pretendendo a revisão de seu processo, sustenta que, por falta de experiência, deixou de arrolar testemunhas em sua defesa, que se encontravam presentes no local dos fatos, deverá ajuizar, perante o Juízo de primeiro grau, a competente justificativa judicial, quando poderá produzir as provas que entender necessárias. Somente após promovida a justificação é que poderá o peticionário acionar este Tribunal, caso seja de seu interesse. **152**

RITO PROCESSUAL - É nulo o processo que seguiu o rito sumário, quando deveria ter seguido o rito ordinário, causando evidentes prejuízos para a defesa. **507**

- S -

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Ministro - O processo penal brasileiro e o novo impulso pela sua modernização - Doutrina **15**

SAÚDE - Sendo preceito constitucional que a assistência à saúde é direito de todos e dever do Estado, não pode o SUS (Sistema Único de Saúde) recusar-se a prosseguir tratamento médico iniciado através de plano de saúde privado, sob pena de ferir direito líquido e certo à saúde, constitucionalmente garantido a todo cidadão. - SUS **344**

- A autoridade municipal de saúde, encarregada de gerir o SUS, no âmbito do município, competindo-lhe autorizar internações hospitalares e fiscalizar as contas dos procedimentos, legitima-se para responder, em mandado de segurança, por ato próprio tendente a negar autorização para o procedimento cirúrgico indicado ou glosar a conta respectiva, imputando-a ao usuário.

- O princípio constitucional do direito à vida e à saúde e do dever do Estado de oferecer sua prestação não devem ser considerados em planos inferiores aos dos casuísmos normativos, nem à burocracia estatal, revelando-se direito líquido e certo da impetrante, amparável na via do *writ*, a realização da cirurgia indicada, em situação de emergência. - Município - Cirurgia pelo SUS - Mandado de segurança **413**

SENTENÇA - V. **Competência** **231**

- V. **Nulidade** **301**

- A distinção entre sentença executiva e sentença que demanda instauração de processo de execução não tem o condão de estorvar o uso dos embargos de retenção, sendo lógico que a simples providência da emissão, quer nos interditos, quer na reivindicatória, já se acoberta na previsão dos embargos a que se refere o art. 744 do CPC.

- É princípio de processualística que os motivos sobre os quais se alicerça a sentença até fazem coisa julgada quando também dispõem. Sendo o pronunciamento da posse precária dos ocupantes em decisões anteriores fundamento, cuja abstração torna o julgamento

outro, faz ele parte do dispositivo da sentença que deve ser considerada, visto que indiscutível pelos efeitos da coisa julgada. - Preclusão - Embargos de retenção - Retenção - Condições da ação **374**

- A assinatura do magistrado autentica o ato processual, portanto a sentença não assinada é inexistente, com o realce de que não pode ser convalidada com a baixa dos autos para posterior assinatura. Sequer a publicação regular da sentença não assinada lhe imprime o comando de ato processual, pouco importando que as partes que dela recorreram não tivessem notado a ausência da assinatura do sentenciante. **384**

- Contendo a sentença todos os requisitos estatuídos no art. 458 do CPC, não há que se falar em defeito jurídico que a contamine de nulidade. - Nulidade - Bem público - Usucapião **393**

- O dispositivo da sentença não é a referência do artigo da lei em que se funda, mas o seu comando, o acolhimento ou rejeição parcial ou total do pedido. - Concubinato **434**

- A sentença condenatória que deixa de fixar a pena é nula. **445**

- Se na sentença está dito tudo o que era indispensável dizer, tendo o juiz exposto com clareza o seu raciocínio, de modo a possibilitar às partes saber o que hostilizar em eventual recurso, não há falar-se em anulação da sentença por falta de fundamentação. - Pena - Peculato - Funcionário público **465**

SENTENÇA CONDENATÓRIA - V. **Regime prisional** **590**

SENTENÇA *EXTRA PETITA* - Se a determinação contida na sentença é consectário lógico do pedido formulado, não há falar-se em providência *extra petita*. - Taxa inconstitucional - Mandado de segurança - IPTU - Coisa julgada **287**

SEPARAÇÃO DE CORPOS - V. **Concubinato** **166**

SERVENTIA EXTRAJUDICIAL - V. **Serventuário de cartório extrajudicial** **108**

SERVENTUÁRIO DE CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL - Em sua atribuição de fiscalizar a regularidade da prática dos atos dos notários e registradores, tem o diretor do foro competência para declarar o afastamento dos mesmos, se a delegação tiver caducado, pois são funcionários públicos *lato sensu*.

- Sendo ocupante de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado, mesmo remunerado diretamente pela parte (emolumentos fixados por lei), e agora provido por concurso público, está o serventuário sujeito à aposentadoria compulsória por implemento de idade (artigos 40, II, e 236 e seus parágrafos da Carta de 1988).

- V.v.: - As serventias notariais e registradoras são serviços públicos delegados a particulares pelo Poder Executivo, ao qual compete nomear e declarar a vacância dos respectivos cargos, sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário.

- Segundo normas constitucionais e legais vigentes, com realce da redação dada ao art. 40, § 1º, inciso II, da CF, pela EC nº 20/98, os titulares das serventias extrajudiciais não estão sujeitos à aposentadoria compulsória, mas, a ser admitida a possibilidade desta, mesmo à

sombra da antiga redação daquela disposição, a competência para tanto é do Poder delegante.

- Manchada de nulidade, por incompetência da autoridade, é, pois, a portaria da Corregedoria de Justiça, que, por implemento da idade de setenta anos, afastou tabelião da titularidade do cargo de oficial do Registro de Protestos. - Notário - Serventia extrajudicial - Aposentadoria compulsória - Tabelião - Oficial de registro 108

SERVIDOR AUTÁRQUICO - V. **Vencimentos** 388

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - O ex-servidor público estadual, dito inativo ou aposentado do Poder Executivo, ficou sujeito passivo da contribuição social/previdenciária, instituída pela Lei nº 12.278/96, nos termos da faculdade concedida aos Estados e Municípios pela Constituição Federal, para custeio do sistema de previdência e assistência social por todos os servidores, sem distinção entre servidor em atividade e ex-servidor ou aposentado, tal como vinha sendo reconhecido pelo Tribunal de Justiça.

- A alteração da Lei nº 12.278/96 e de outras de idêntico conteúdo para os outros Poderes, com a superveniência da Lei nº 13.441, de 05/01/2000, tem eficácia *ex nunc*, não podendo retroagir a situações anteriores reguladas por dispositivos legais que foram considerados regulares e constitucionais, sendo inadmissível, portanto, a sua aplicação para afastar descontos anteriores procedidos nos proventos de servidores aposentados por força da referida Lei nº 12.278/96, ressaltando-se, ademais, que tais descontos, por terem constituído atos jurídicos perfeitos, em favor do Estado, não podem ser prejudicados por lei posterior, sob pena de ofensa ao princípio constitucional contido no inciso XXXVI do art. 5º da CF, bem como ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. - Aposentadoria - Contribuição previdenciária 267

- Devida a averbação, junto à Administração estadual, de tempo de serviço prestado à municipalidade, sendo ilegítima a exigência de certidão de recolhimento de contribuição previdenciária para o INSS, se o regime jurídico era o estatutário, decorrendo do só exercício da função o direito à pretendida contagem, ficando a compensação futura do Estado de Minas Gerais, no caso de virem os servidores a se aposentar no respectivo quadro, a cargo do órgão que se beneficiou dos serviços, cujo tempo computou e certificou. 312

-V. **Vencimentos** 388

SINDICATO - Sendo o mandato, anteriormente cassado pela entidade sindical, restabelecido com poderes de ratificação de atos processuais já praticados, legítima torna-se a intervenção profissional da procuradora, e com ela tempestiva a interposição do recurso.

- Em ação movida por sindicato, extingue-se o processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC) em relação a servidores não sindicalizados e aos que, embora sindicalizados, não receberão os efeitos do julgamento da medida judicial.

- É de se rejeitar a preliminar de carência da ação por ilegitimidade ativa do sindicato sob a alegação de que o direito judicialmente reivindicado pertence a uma "parcela de filiados", e não à categoria em si mesma, porquanto a CF/88 não estabeleceu essa restrição, sendo

desnecessário que os interesses sejam obrigatoriamente coletivos e que abranjam, indistintamente, como uma unidade incidível, todos os associados. - Ilegitimidade de parte - Carência de ação - Extinção do processo - Advogado - Mandato - Coisa julgada - Cerceamento de defesa - CPI - Prova testemunhal 315

SÍNDROME DO PÂNICO - V. **Alimentos** 242

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - V. **Consignação em pagamento** 340

SOCIEDADE DE FATO - V. **Competência** 103

- V. **Inventário** (STJ) 610

SONEGAÇÃO - O que caracteriza a sonegação é a prova de que tenha havido posse, ocultação e recusa de entrega de bens do espólio, com o único propósito de prejudicar os herdeiros; caso contrário, não pode ser aplicada a pena prevista no Código Civil. - Espólio 411

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - V. **Desapropriação** 360

SÚMULAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS 137

***SURSIS* PROCESSUAL** - V. **Suspensão condicional do processo** 490

SUS - V. **Saúde** 344

SUSPEIÇÃO - V. **Competência criminal** 552

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - É válido e eficaz o ato homologatório de retratação do acordo de suspensão condicional do processo, visto que ao réu deve ser assegurado o direito de ampla defesa para a busca da absolvição no julgamento final, sem a necessidade de atender às restrições inerentes ao ato transacional.

- A recusa na oferta da suspensão condicional do processo (*sursis* processual) não gera presunção de inocência, haja vista que a sua aceitação prescinde de culpa. - Pena - Concurso de pessoas - Intimação - Retratação - Receptação qualificada - Nulidade processual - Falsidade ideológica 490

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95) - Os limites da aplicação retroativa da *lex mitior* vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação de fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído.

- Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal.

- *Habeas corpus* indeferido. (STF) 630

SUSTENTAÇÃO ORAL OBSTADA - 1. Embora a sustentação oral seja mera faculdade deferida à defesa, se o defensor manifesta expressamente seu interesse em valer-se desse ato facultativo e tal oportunidade lhe é obstada, tem-se configurado o cerceamento de defesa. Precedentes.

- 2. Recurso de *habeas corpus* provido. (STF) 681

- T -

TABELIÃO - V. **Serventuário de cartório extrajudicial** 108

TARCÍSIO JOSÉ MARTINS COSTA, Dr. - A incapacidade penal do menor no Direito Comparado - Doutrina 23

TARIFA - O reajuste de tarifas em índices elevados, para o atendimento de interesse da permissionária, não se identifica com a finalidade do instituto, que gira em torno da utilidade pública. - Permissão de serviço público - Indenização - Cerceamento de defesa - Honorários de advogado 217

TAXA - É inconstitucional e não pode ser cobrada a taxa instituída por lei municipal que tem como fato gerador serviços relacionados com instalação e distribuição de energia elétrica, pois, a teor dos artigos 21 e 22 da Constituição Federal, a competência para legislar sobre tal matéria é da União, e não do Município, o qual não pode instituir o referido tributo, por força, ainda, do § 3º do art. 155 da mesma Carta Maior, sendo inadmissível que a municipalidade, em nome de sua autonomia política, de auto-organização, venha ditar preceitos colidentes com o texto constitucional. - Energia elétrica - Competência legislativa 333

TAXA FLORESTAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Recurso extraordinário inadmitido. 2. Taxa Florestal do Estado de Minas Gerais. 3. A competência da União sobre florestas não exclui a competência tributária dos Estados-membros. 4. Interesse comum na preservação das florestas. 5. Apelo extremo fundado, tão-somente, na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal não autoriza o exame da controvérsia atinente ao julgamento de validade de lei local contestada em face da Constituição, hipótese da alínea *c*. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF) 627

TAXA INCONSTITUCIONAL - É inexigível o pagamento de taxa inconstitucional. - Mandado de segurança - IPTU - Coisa julgada - Sentença *extra petita* 287

TENTATIVA - V. **Júri** 519

TESTAMENTO - V. **Competência** 101

TESTEMUNHA - O art. 209, *caput*, do CPP, dispõe que o juiz poderá ouvir testemunhas, o que pressupõe poder de direção do processo, no sentido de apuração da verdade substancial e busca da verdade real, não estando ele adstrito à impugnação da parte que sequer arrolou testemunha. - Confissão espontânea - Reincidência - Nulidade - Júri - Pena - Decisão contrária à prova dos autos 531

TESTEMUNHO DE POLICIAL - Não podem ser inquinadas de suspeição, na aferição do acervo probatório, as palavras dos policiais que não restaram isoladas nos autos, mas, ao contrário, vieram informadas por outros elementos de prova. Ademais, conforme lição doutrinária, a natureza clandestina de certos crimes, ou a forma pela qual é possível a repressão de outros delitos, sem testemunhas, fazem dos policiais suas testemunhas naturais e únicas, cujos depoimentos não podem ser arredados, sob pena de prejudicar a repressão. - Agravantes 483

TÓXICO - Operada a desclassificação do delito de tráfico para o delito previsto no artigo 16 da Lei Antitóxicos, na fase decisória final do processo, a oportunidade de vista ao Ministério Público para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo é inviável, encontrando-se preclusa, pois a ação penal já terminou. - Sentença 445

- O critério quantitativo não é o único usado para se aferir se o agente é traficante ou viciado. Existindo provas da existência do tráfico, pouco ou nada importa que tenha sido pequena a quantidade de droga apreendida.

- Incabível o pedido de substituição de pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, não só nos crimes de tráfico, como também em todos aqueles tidos como hediondos.

- Sob pena de se ferir o princípio da proporcionalidade, conduta daquele que, para conseguir um pouco de droga para o seu próprio uso, a pedido e com o dinheiro de outro usuário, vai até o traficante fazer a compra não pode jamais ser equiparada ao tráfico. - Ação penal - Pena - Crime hediondo - Condenação - Auto de prisão em flagrante - Laudo pericial - Confissão espontânea - Nulidade processual 535

- As ameaças feitas por preso durante visitas à cadeia podem e devem ser levadas ao conhecimento da autoridade policial, não podendo servir para afastar o crime de tráfico ilícito de entorpecentes cometido nas imediações do presídio, nem de justificativa para prática do delito sob orientação do preso, não consistindo, portanto, em coação irresistível, pois esta deve ser de tal natureza que a pessoa fique fragilizada e não tenha meios de evitar a prática do ato que não desejava realizar. - Ameaça - Autoridade policial - Coação irresistível 543

- O próprio bom senso está a sinalizar que não pode ser tachado de traficante de drogas o farmacêutico que, em caso de urgência comprovada, conhecendo o médico e o cliente, entrega a este caixa de medicamento controlado, na certeza de receber a receita especial que realmente foi expedida por aquele. - Ação penal - Ministério Público - Denúncia - *Habeas corpus* 567

TRABALHO EXTERNO - Malgrado a regra legal, é possível a autorização para o trabalho externo do condenado no regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de um sexto da pena, diante do critério da razoabilidade de que sempre deve incidir na adaptação das normas de execução penal à realidade social e à sua própria finalidade, ajustando-as ao caso concreto. - Agravo 584

TRÁFICO - V. **Tóxico** 567

TRANSFERÊNCIA DE ALUNO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO - V. **Ensino superior** (STJ) 623

TRIBUTO - V. **Ação civil pública** 188/202
(STF) 654

TUTELA ANTECIPADA - Justificável a concessão da tutela antecipada, nos autos da ação de conteúdo declaratório proposta contra o BDMG, para a correção das prestações, relativas a contrato de mútuo habitacional firmado entre as partes, pelo INPC, índice menos oneroso e que, hodiernamente, vem refletindo com maior precisão a variação inflacionária, bem como para a permanência do mutuário no imóvel objeto do financiamento, mostrando-se indiscutível a reversibilidade das medidas pretendidas. - Contrato de mútuo **163**

- U -

UNIÃO ESTÁVEL - O concubinato impuro não exclui, por si só, a possibilidade de um dos conviventes vir a ser indenizado pelo outro, em decorrência de serviços prestados.

- Se, durante a união estável, ambos os companheiros trabalharam em proveito da manutenção do lar e da própria subsistência, inexistindo constituição patrimonial conjunta, sequer enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra pelos serviços prestados, não há dever de ressarcimento, pois ausente o fundamento da indenização, que é a existência de prejuízo. - Concubinato **370**

USUCAPIÃO - V. **Bem público** **304**

- Não comprovando a parte que a área objeto do pedido de usucapião não é bem público, mas particular, e, ao contrário, ressaltando da prova que referida área passou a integrar o domínio público, em face da aprovação de um loteamento onde o proprietário deve destinar parte da área bruta à municipalidade para constituição de área verde, sendo que a aprovação do loteamento com a determinação em planta destas áreas demonstra a transferência para a municipalidade, descabe a pretensão, porquanto, a teor do art. 183, § 3º, da Constituição Federal, os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. - Sentença - Bem público - Nulidade **393**

USUFRUTO - A cessação do usufruto por causa natural, como a morte, que é prevista no artigo 739, inciso I, do Código Civil, não acrescenta valor algum ao bem que o suportou temporariamente, inexistindo qualquer tipo de relação negocial a justificar emolumentos sobre valor patrimonial pela averbação cartorária, diferentemente da instituição do direito real em questão, tendo inteira pertinência a aplicação do artigo 24, inciso II, da Lei Estadual nº 12.727/97. ..... **135**

- V -

VENCIMENTOS - Havendo o Decreto nº 36.829/95 concedido revisão geral de vencimentos, em percentual, aos servidores estaduais, a sua não-extensão aos servidores de autarquia estadual alcançados pelo referido diploma legal importa violação ao art. 37, X, da Constituição Federal.

- Com a superveniente edição da Lei Delegada nº 39/98, que expressamente concedeu novo reajuste aos servidores da Administração indireta, fixando, em valores, os vencimentos dos diversos cargos, à revelia daqueles por eles anteriormente percebidos, incabível se mostra, a partir da vigência dos novos valores, a incorporação do percentual fixado no Decreto nº 36.829/95.

- A iniciativa de projeto de lei que vise a aumento de remuneração de servidores públicos da Administração direta e autárquica é privativa do Chefe do Poder Executivo, sendo vedado ao Judiciário arvorar-se em legislador para o fim de determinar aumento de vencimentos. - Servidor autárquico - Servidor público estadual - Autarquia .. **388**

- V. **Acumulação de proventos com vencimentos** (STF) **646**

VERBAS REPARATÓRIAS - V. **Honorários de advogado** **244**

- W -

WALTER MACHADO, Desembargador - Nota biográfica **3**

WALTER VEADO, Des. - Desembargador Cristovam Breiner - Memória do Judiciário Mineiro **11**

- Um acervo que se enriquece - Memória do Judiciário Mineiro **7**

-:::-

IMPRENSA OFICIAL MINAS GERAIS

Av. Augusto de Lima 270 - Centro - Fone: (031) 237-3400
Internet: http://www.iof.mg.gov.br

Revisão: Responsabilidade do Encomendante