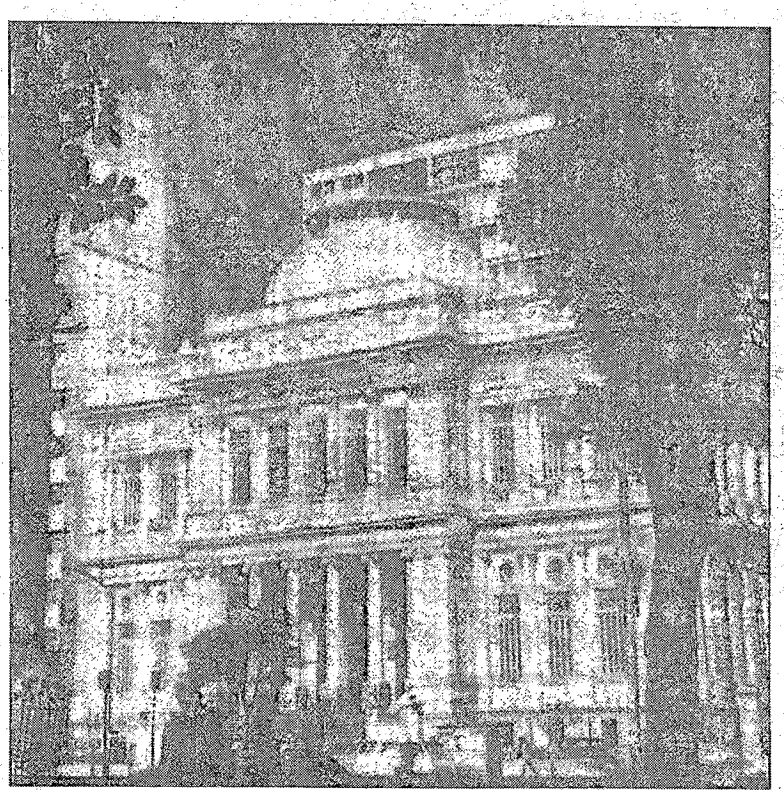
ISSN 0447-1768

Jurisprudência Mineira 63

Jurisprudência Mineira



VOLUME 163 - JANEIRO A MARÇO DE 2003 - ANO 54

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. 54	nº 163	jan. a mar. 2003

ENVIAMOS EM PERMUTA

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 nº 1 1950-2003
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Trimestral.

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

CDU 340.142(815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Presidente: Desembargador
GUDESTEU BIBER SAMPAIO

Primeiro Vice-Presidente: Desembargador
HUGO BENGTSSON JÚNIOR

Segundo Vice-Presidente: Desembargador
BADY RAIMUNDO CURI

Terceiro Vice-Presidente: Desembargador
ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Corregedor-Geral de Justiça: Desembargador
ISALINO ROMUALDO DA SILVA LISBÔA

COMPOSIÇÃO DE CÂMARAS E GRUPOS - DIAS DE SESSÃO

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

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - Terças-feiras
Desembargadores
Francisco de Assis **Figueiredo** - Presidente
Geraldo de **Abreu Leite**
Nilson Reis
José Altivo **Brandão Teixeira**
Caetano Levi Lopes

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

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras
Desembargadores
Nilo **Schalcher Ventura** - Presidente
Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes
Kildare Gonçalves **Carvalho**
Lamberto de Oliveira **Sant'Anna**
Rosauro Vieira Júnior (a partir de 26.02.2003)

QUARTA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras
Desembargadores
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins** - Presidente
Mário Lúcio **Carreira Machado**
José Tarcízio de **Almeida Melo**
Hyparco de Vasconcellos **Immesi**
Luiz **Audebert Delage** Filho

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

QUINTA CÂMARA CÍVEL - Quintas-feiras
Desembargadores
Cláudio Renato dos Santos **Costa** - Presidente
Aluízio Alberto da Cruz **Quintão**
José Francisco Bueno
Dorival Guimarães Pereira
Maria Elza de Campos Zettel

SEXTA CÂMARA CÍVEL - Segundas-feiras
Desembargadores
Sérgio Lellis Santiago - Presidente
Célio César Paduani
Jarbas de Carvalho **Ladeira** Filho
José Domingues Ferreira Esteves
Ernane Fidélis dos Santos

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

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

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

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

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

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

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

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA
(Sessão na 1ª segunda-feira do mês)
Desembargadores
Gudesteu Biber Sampaio - Presidente
Hugo Bengtsson Júnior - Primeiro Vice-Presidente
Bady Raimundo **Curi** - Segundo Vice-Presidente
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa** - Corregedor-Geral de Justiça

Antônio Hélio Silva - Terceiro Vice-Presidente
José Antonino Baía Borges
Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes
José Francisco Bueno
Célio César Paduani
Hyparco de Vasconcellos **Immesi**
Kildare Gonçalves **Carvalho**

CORTE SUPERIOR
(Sessões nas 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)
Desembargadores
Gudesteu Biber Sampaio - Presidente
Sérgio Lellis Santiago
Francisco de Assis **Figueiredo**
Bady Raimundo **Curi** - Segundo Vice-Presidente
Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins**
Hugo Bengtsson Júnior - Primeiro Vice-Presidente
Orlando Adão de **Carvalho**
Antônio Hélio Silva - Terceiro Vice-Presidente e Presidente do TRE
Cláudio Renato dos Santos **Costa** - Vice-Presidente do TRE
Odilon Ferreira da Silva
Petrônio José **Garcia Leão**
Kelsen do Prado **Carneiro**
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa** - Corregedor-Geral de Justiça
Sérgio Antônio de **Resende**
Armando **Pinheiro Lago**
Roney Oliveira
Zulman da Silva **Galdino**
Nilo **Schalcher Ventura**
Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**
Joaquim **Gomes Lima** Filho
Luiz Carlos Biasutti
Aluízio Alberto da Cruz **Quintão**
Reynaldo Ximenes Carneiro
José Tarcízio de **Almeida Melo**
Joaquim **Herculano Rodrigues**

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

Revista Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes"

Superintendente
Des. BADY RAIMUNDO CURI
Segundo Vice-Presidente do TJMG e Superintendente da
Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes"

Superintendente-Adjunto
Des. SÉRGIO ANTÔNIO DE RESENDE

Comissão de Divulgação e Jurisprudência
Desembargadores
Hugo Bengtsson Júnior - Presidente
Petrônio José **Garcia Leão**
Geraldo de **Abreu Leite**
Caetano Levi Lopes
José Tarcízio de **Almeida Melo**
Aluízio Alberto da Cruz **Quintão**
Sérgio Lellis Santiago
Antônio Marcos **Alvim Soares**
Silas Rodrigues **Vieira**
Zulman da Silva **Galdino**
Sérgio Antônio de **Resende**
Antônio Augusto **Mercêdo Moreira**

Diretor-Geral da Secretaria do TJMG
Luiz Carlos Gonçalo Elói

Diretora Executiva da Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes"
Rosana de Mont'Alverne Neto

Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada
Maria Helena Duarte

Assessora Jurídica
Maria da Consolação Santos

Coordenação de Comunicação Técnica

Eliana Whately Moreira - Coordenadora
Eudes José da Silva Melo (até 21.03.2003)
Maria Célia da Silveira
Maria de Fátima Almeida Machado (até 14.02.2003)
Maria Mônica Ribeiro Rocha
Marisa Martins Ferreira
Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá
Pedro Jorge Fonseca
Sávio Capanema Ferreira de Melo
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Valeriani Nastasity Martha
Vera Lúcia Camilo Guimarães

ESCOLA JUDICIAL
"DESEMBARGADOR EDÉSIO FERNANDES" - EJEF
Rua Guajajaras, 40 - 17º andar - Centro - Ed. Mirafiori
Belo Horizonte - 30180-100 - MG - Brasil
Telefone: (31) 3224-0065
www.tjmg.gov.br/ejef
ejef@tjmg.gov.br

Sumário

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Antônio Arnaldo de Oliveira - Nota biográfica **03**

Nota histórica: a origem do Supremo Tribunal Federal **05**

DOUTRINA

Justiça eleitoral e improbidade administrativa **07**

Simulação no novo Código Civil **33**

A antecipação da tutela jurisdicional **39**

NOTAS E COMENTÁRIOS

Eleição direta para o STF?! **63**

A linguagem do juiz **67**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

I CORTE SUPERIOR

Crime contra a honra de funcionário público - *Propter officium* - Legitimidade para a ação penal pública - Ministério Público - Ação penal pública condicionada - Ofendido - Ação penal privada - Admissibilidade - Parlamentar - Opiniões, palavras e votos - Imunidade material - Subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política - Ofensas verbais no exercício de mandato - Queixa-crime - Rejeição **73**

Competência recursal - Sobrepartilha - Omissão dolosa ou fraudulenta de bens no divórcio consensual - Recurso - Competência do Tribunal de Justiça **81**

Concurso público - Serviços notariais e de registros públicos - Laudo médico - Assinatura - Papel timbrado - Inscrição - Indeferimento - Mandado de segurança - Concessão da ordem **83**

Competência originária - Execução fiscal entre as Fazendas Públicas estadual e municipal - Inexistência - Inteligência do art. 106, I, letra *j*, da Constituição do Estado de Minas Gerais **88**

Competência recursal - Contribuição sindical - Caráter não fiscal - Recurso - Competência do Tribunal de Alçada **91**

Competência recursal - Ação civil pública - Irregularidades em contrato firmado entre município e empresa particular - Ressarcimento de danos ao erário - Interesse do município - Recurso - Competência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual - Aplicabilidade **93**

Concurso público - Notários e registradores - Título - Carreira jurídica - Conceituação dada pela comissão examinadora - Fato ocorrido posteriormente à publicação do edital - Inalterabilidade - Legalidade - Mandado de segurança - Ausência de direito líquido e certo - Ordem denegada **96**

Competência recursal - Ação cautelar de busca e apreensão proposta pelo Ministério Público contra delegado de polícia - Atos praticados em nome do Estado - Interesse público - Agravo de instrumento - Conhecimento e julgamento - Competência do Tribunal de Justiça - Art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual - Aplicabilidade **103**

Competência recursal - Ação de indenização - Estado de Minas Gerais - Exclusão da lide - Ausência de interesse estatal na demanda - Recurso - Conhecimento e julgamento - Competência do Tribunal de Alçada - Inteligência do art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual **105**

Competência recursal - Mandado de segurança - Evidente interesse público - Competência do Tribunal de Justiça **107**

Competência recursal - Ação de indenização movida contra espólio - Matéria estranha ao direito sucessório - Apelação - Julgamento - Competência do Tribunal de Alçada **108**

Competência recursal - Ação de reintegração de posse ajuizada contra o município - Interesse público - Embargos de terceiro - Agravo de instrumento - Processo e julgamento - Competência do Tribunal de Justiça - Inteligência do art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual **110**

Competência recursal - Ação de indenização contra oficial de cartório - Não-participação do Estado na demanda - Ausência de interesse público - Apelação - Conhecimento e julgamento - Competência do Tribunal de Alçada **112**

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação rescisória - Investigação de paternidade cumulada com petição de herança - Acórdão - Erro de fato **114**

Desapropriação indireta - Indenização - Valor do bem - Laudo oficial - Ausência de erro - Adoção pelo julgador **134**

Tombamento - Processo administrativo - Irregularidades formais e materiais - Nulidade - Indenização - Possibilidade - Julgamento *extra* e *ultra petita* - Ocorrência - Reexame necessário **142**

Município - Desmembramento - Celebração de contrato de financiamento pelo município-mãe para realização de obras no município novo - Pagamento de ônus contratuais - Responsabilidade **170**

Servidor estável - Demissão imotivada - Ausência de processo administrativo - Ilegalidade - Art. 5º, LV, da Carta Magna - Reintegração - Obrigatoriedade **174**

ICMS - Energia elétrica - Serviços de comunicação - Aproveitamento de crédito - Lei Complementar nº 102, de 11.7.2000 - Decreto Estadual nº 41.218, de 23.8.2000 ..... **177**

Falência - Crédito tributário - Multa de revalidação - Pena pecuniária por infração da lei administrativa - Cobrança da massa falida - Impossibilidade - Art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências - Débitos fiscais - Juros de mora - Inteligência do art. 26 do Decreto-lei nº 7.661/45 - Taxa Selic - Honorários de advogado **180**

Mandado de segurança - Pretensão de efeitos declaratórios - Impossibilidade **188**

Militar - Pena disciplinar de exclusão - Competência do comandante-geral - Admissibilidade - Competência da Justiça Militar em casos de crimes militares - Inobservância ao devido processo legal - Nulidade da pena - Medida incidental na segunda instância **191**

Magistério - Professora gestante - Férias coletivas - Coincidência com o período de licença-maternidade - Impossibilidade legal de remunerar os dois períodos coincidentes - Duplo benefício vedado **196**

ICMS - Chester - Ave abatida, temperada, congelada e embalada - Produto *in natura* - Operação interna - Alíquota aplicável - Sujeito passivo omisso - Invocação do art. 148 do CTN - Fazenda Pública - Parte vencida na ação - Honorários de advogado - Fixação em percentual sobre o valor da causa **200**

Imunidade tributária - Entidade de ensino - Limites constitucionais do benefício - Execução fiscal - IPTU e taxa de serviços urbanos (TSU) **206**

Falência - Sócio que contrai dívida em benefício próprio com utilização do nome da sociedade - Não-responsabilidade desta pela dívida - Inviabilidade da pretensão do credor de sujeitar a sociedade à falência por impontualidade no pagamento **210**

Duplo grau de jurisdição - Causa cujo valor não ultrapassa 60 (sessenta) salários mínimos - § 2º do art. 475 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 10.352/2001 - Reexame necessário - Não-sujeição **212**

Servidor - Função pública - Estabilidade sindical - Direito não reconhecido - Incompatibilidade entre os institutos **214**

Energia elétrica - Ação civil pública - Inadimplência do consumidor - Suspensão do fornecimento - Apelação do Ministério Público - Legitimidade da medida impugnada - Inteligência das normas constantes das Leis nºs 8.078/90, 8.987/95, 9.427/96 e art. 1.092 do Código Civil **217**

Nunciação de obra nova - Edificação de muro em terreno da municipalidade - Legitimidade do município para a propositura da ação **221**

Ato administrativo - Autorização - Licença para funcionamento de feiras - Conveniência e oportunidade da administração - Pressupostos - Interesse público - Legalidade - Decretos Municipais nºs 10.243/00 e 10.282/00 - Fazenda Pública - Intimação - Prazo recursal - Cômputo **223**

Responsabilidade civil do município - Acidente de trânsito - Semáforo com defeito - Não-colocação de agente controlador do tráfego no local até o seu conserto - Omissão do Poder Público - Negligência configurada - Ônus indenizatório **227**

IPTU - Progressividade fiscal - Impossibilidade - Valor venal do imóvel - Base de cálculo - Majoração por decreto - Inadmissibilidade - Arts. 156, I, § 1º, e 182, § 4º, II, da CF - Inteligência do art. 97, II, §§ 1º e 2º, do CTN **232**

Embargos de terceiro - Sócio-cotista - Dívida da sociedade - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça **237**

Indenização - Acidente de trânsito - Seguradora - Ajuizamento da ação em face do Estado - Carro oficial - Agente público - Danos causados ao segurado - Sub-rogação - Prova - Inexistência de apólice - Irrelevância - Oitiva do segurado como informante - Possibilidade - Responsabilidade objetiva do Estado - Condenação - Valor - Honorários de advogado - Fixação **242**

Execução fiscal - ICMS - Mercadoria adquirida de outro Estado - Diferença de alíquota - Princípio da não-cumulatividade - Aproveitamento de crédito - Lei Complementar nº 87/96 - Aplicação - ICMS e ISSQN - Fatos geradores - Contribuintes **246**

Responsabilidade civil do município - Buraco em via pública - Ausência de sinalização - Indenização - Danos morais - Verba devida **250**

Consignação em pagamento - ISSQN - Duplicidade de cobrança - Art. 164, III, do CTN - Exigência do imposto por dois municípios - Acordo ou convênio celebrado para ratear o tributo - Ilegalidade - Juízo *a quo* - Declinação da sua competência para a instância superior - Extinção da obrigação sem declarar o verdadeiro sujeito ativo do tributo - Sentença - Nulidade **253**

Responsabilidade civil - Incorreção no registro de nascimento - Danos - Indenização - Co-responsabilidade do Estado - Legitimidade passiva - Culpa concorrente da vítima - Inexistência - Fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor - Ônus da prova - Art. 333, II, CPC - Dano moral - Fixação **258**

Demolitória - Construção em desacordo com as normas municipais - Laudo pericial - Inexistência de risco de colapso - Desnecessidade de interdição ou demolição - Regularização do imóvel fixada por sentença - Melhor solução do ponto de vista jurídico, social e econômico - Litisconsórcio necessário - Revelia - art. 320, I, do CPC - Recurso interposto por um dos litisconsortes -

Art. 509 do CPC - Intempestividade de contestação - Irrelevância **266**

Educação - Ensino fundamental - Menor de 7 (sete) anos de idade - Matrícula na primeira série - Resolução da Secretaria de Estado da Educação - Indeferimento - Inadmissibilidade **270**

Nunciação de obra nova - Cumulação com demolitória - Construção em faixa *non aedificandi* - Rodovia estadual - Interesse público - Cabimento - Prova pericial - Laudo do *expert* **274**

Permissão - Serviço público - Ato negocial - Unilateralidade - Precariedade - Discricionariedade da Administração - Princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos - Inaplicabilidade **277**

Erro material - Acórdão - Correção - Procedimento - Legitimidade..... **281**

Divórcio indireto - Descumprimento de obrigação assumida no acordo da separação judicial - Partilha de bens - Efetivação - Imprescindibilidade **283**

Execução fiscal - Crédito tributário - Depósito do montante - Art. 151, II, do CTN - Título inexigível - Inteligência do art. 618, I, do CPC - Nulidade da execução - Exceção de pré-executividade - Admissibilidade **286**

Concessão - Serviço público - Revogação - Alegação de interesse público - Ausência de prova do motivo determinante - Rescisão do contrato - Nulidade - Princípio da hierarquia das leis **290**

Investigação de paternidade - DNA - Recusa do investigado a se submeter ao exame **292**

Falência - Habilitação de crédito - Termo de confissão de dívida assinado pelo falido em período anterior à quebra e notas promissórias a ele vinculadas - Prova da origem do crédito - Art. 82 da Lei de Falências **298**

IPTU - Impostos - Mudança da base de cálculo - Elevação - Impossibilidade - Código Tributário Nacional **300**

Inventário - Documentação inicialmente apresentada - Possibilidade de prosseguimento do feito na forma dos arts. 999 e seguintes do CPC - Petição inicial - Indeferimento - Extinção do processo - Inadmissibilidade **302**

Prestação de contas - Sindicato de servidores municipais - Ação ajuizada em face da municipalidade - Fiscalização e controle das contas e recursos geridos pelo município - Competência do Legislativo local com o auxílio do Tribunal de Contas - Art. 31 da CF - Ilegitimidade ativa *ad causam* **305**

Falência - Habilitação de créditos - Juros de mora - Taxa de 12% ao ano não expressamente pactuada - Taxa legal de 6% ao ano - Incidência - Inteligência do art. 1.062 do Código Civil - Honorários do síndico - Litigante que decaiu de parte mínima de sua pretensão - Exclusão **308**

Retrocessão - Imóvel expropriado - Destinação pública diversa daquela do objetivo inicial da desapropriação - Permanência do interesse público - Desvio de finalidade - Inocorrência - Improcedência do pedido **311**

Investigação de paternidade - Exame de DNA - Realização - Recusa do réu - Condução coercitiva - Inadmissibilidade **313**

Imposto de transmissão *causa mortis* - Fato gerador - Lançamento - Abertura do inventário - Avaliação dos bens do espólio - Homologação do cálculo - Momento da exigência do tributo - Prazo - Decadência - Prescrição **315**

Depósito judicial remunerado - Efetivação por força de cautelar judicial requerida - Ilegitimidade passiva do depositante - Reconhecimento posterior - Levantamento total da quantia depositada com os acréscimos remuneratórios legais - Direito incontestável **318**

IPTU - Majoração - Decreto - Impossibilidade **322**

Registro de imóveis - Duplicidade - Cancelamento - Escritura pública - Nulidade - Procedimento previsto nos arts. 213 a 216 da Lei nº 6.015/73 - Coisa julgada material - Inexistência **326**

Registro civil - Nascimento - Desconstituição de filiação - Processo contencioso - Necessidade - Formulação de pedido em sede de jurisdição voluntária - Impossibilidade - Inteligência do art. 113 da Lei nº 6.015/73 ..... **329**

IPTU - Planta genérica de valores - Fixação por decreto - Possibilidade - Taxa de coleta de resíduos sólidos - Legalidade e constitucionalidade da Lei nº 8.147/00, do Município de Belo Horizonte - Mandado de segurança - Prova pré-constituída **337**

Concurso público - Decreto anulatório - Revigoramento por outro, seguido de terceiro que o homologa - Quarto ato da mesma natureza, revogando os dois últi-

mos - Invalidade - Art. 2º, § 3º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) - Mandado de segurança - Recurso - Pessoa jurídica de direito público - Legitimidade ativa - Informações prestadas por procurador - Possibilidade **342**

Saúde - Internação hospitalar - Portador de TCE e hemiplegia - Direito subjetivo constitucional - Garantia **345**

Sociedade de fato - Dissolução - Modificação de cláusula - Foro competente - Domicílio da mulher **348**

Registro civil - Estatuto de sociedades - Briga de galos - Atividade ilícita - Art. 115 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) - Vedação **350**

Investigação de paternidade - DNA - Exame realizado a partir da amostra de mucosa oral salivar - Segurança científica e jurídica **358**

Responsabilidade objetiva - Administração - Empregadora - Acidente de trabalho - Doenças do grupo LER/DORT - Danos morais e materiais - Nexo causal entre o fato lesivo e os danos - Indenização **362**

Cautelar - Separação de corpos - Jurisdição de aparência - Liminar **364**

Execução fiscal - Serviços de água e esgoto - Taxa - Natureza - Serviço essencial - Interrupção - Necessidade de propositura de ação própria - Procedimento administrativo anterior - Desnecessidade - Inteligência do art. 202, V, do CTN **366**

Competência - Ação de usucapião e de desapropriação - Conexão - Inexistência - Inteligência do art. 34 c/c art. 35, ambos do Dec.-lei nº 3.365/41 ..... **370**

Usucapião ordinário - Promessa de compra e venda - Justo título - Procedência da ação **373**

Paternidade - Reconhecimento - Ato irrevogável e irretratável - Ausência de vício na declaração de vontade - Anulação - Impossibilidade **376**

Investigação de paternidade - Repetição de ação anteriormente ajuizada - Improcedência por falta de provas - Coisa julgada - Mitigação - Direito de Família - Evolução **379**

ICMS - Ação declaratória - Art. 4º do CPC - Hipóteses previstas - Admissibilidade restrita - Base de cálculo - Imposto estimado - Cobrança definitiva - Valor pago a maior - Restituição **383**

Tutela antecipada - Liminar - Concessão contra o Poder Público - Possibilidade - Suspensão de eventos em locais desprovidos de aparatos contra poluição sonora e com sério risco de incêndio **388**

Convênio - Celebração entre a União e o Município - Liberação de verba depositada pela União na Caixa Econômica Federal em favor do Município - Exigência da Lei Complementar nº 101/00 ..... **390**

Água - Serviço público essencial - Fornecimento - Suspensão - Impossibilidade - Art. 22 do Código de Defesa do Consumidor - Tarifas em atraso - Recebimento - Ameaça e constrangimento - Ilegalidade - Art. 42 da Lei nº 8.078/90 - Mandado de segurança - Legitimidade passiva do ente público - Autoridade coatora - Representante da pessoa jurídica de direito público **393**

Ressarcimento de danos - Erário municipal - Desvio de finalidade - Prejuízo - Ausência de prova - Verba vinculada a convênio firmado entre o Município e o Estado - Prestação de contas - Competência do Estado **399**

Casamento - Menor tutelada - Regime de bens - Comunhão universal - Anulação - Possibilidade - Consentimento do tutor - Irrelevância - Violação de norma de ordem pública - Art. 258, parágrafo único, III, do Código Civil - Inépcia da exordial - Inexistência - Pacto antenupcial - Natureza não contratual - Inocorrência de decadência - Legitimidade ativa *ad causam* **402**

Servidor concursado - Transferência para local diverso daquele em que foi lotado - Desobediência aos princípios da impessoalidade e da motivação - Ausência de interesse público - Ato administrativo - Invalidade - Duplo grau de jurisdição - Remessa oficial - Conhecimento **407**

Prescrição - Ação pessoal da Fazenda Pública - Convênio - Supostas irregularidades - Prestação de contas - Obrigatoriedade **409**

Servidão administrativa - Indenização - Juros moratórios e compensatórios - Cabimento - Percentual - Momento da incidência - Honorários de advogado - Fixação - Dec.-lei nº 3.365/41 modificado pela MP nº 2.183-56/01 ..... **414**

Registro público - Cessão de direito de preferência de pesquisa e lavra de minas e jazidas feita em 1957 - Averbação - Impossibilidade - Disposições legais impeditivas - Oficial de registro de imóveis - Legitimidade passiva - Matéria puramente de direito - Revelia - Efeitos - Reconhecimento - Inocuidade **418**

Responsabilidade civil do Estado - Menor morto em unidade da Febem - Indenização - Fixação **425**

Mandado de segurança - Apelação - Recebimento - Efeito devolutivo - Art. 475, II, do CPC - Lei nº 9.469/97 - Inaplicabilidade **428**

Atentado - Liminar - Inadmissibilidade - Inexistência de relação entre o objeto da ação cautelar e o da ação principal - Ausência dos requisitos essenciais da ação - Não-configuração de inovação ilegal no estado de fato que atente contra a ação principal - Indeferimento da inicial - Extinção do processo sem julgamento do mérito **430**

Concurso público - Secretaria de Estado da Educação - Professor e auxiliar de secretaria - Erro na correção de prova de títulos - Mandado de segurança - Efeitos patrimoniais pretéritos - Substituição de ação de cobrança - Inadmissibilidade - Legitimidade passiva *ad causam* - Autoridade coatora - Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração - Diretor do Instituto Mineiro de Administração Municipal-Imam **434**

Investigação de paternidade - Direito surgido apenas na égide da Lei nº 8.560, de 29.12.92, quando já em vigência a regra do art. 27 da Lei 8.069/90 (ECA) - Inteligência dos dispositivos e das normas - Inaplicabilidade do art. 178, § 9º, III, do Código Civil - Hipótese singular de imprescritibilidade - Sentença cassada **442**

Sociedade de fato - Patrimônio adquirido com o esforço comum - Partilha - Serviços domésticos - Prestação no âmbito do lar - Indenização - Inadmissibilidade **446**

Honorários de advogado - Execução - Causídico que recebe substabelecimento após o encerramento da ação - Legitimidade ativa *ad causam* **449**

Pensão - Servidor falecido - Proventos - Remuneração do servidor da ativa - Paridade - Previsão constitucional - Incidência imediata - Defesa do réu - Alegação de fato extintivo do direito do autor - Ônus da prova - Coisa julgada - Não-caracterização **450**

IPTU - Imóvel desapropriado por entidade da Administração indireta - Isenção - Benefício indevido - Limpeza pública - Serviço de caráter genérico e indivisível - Taxa - Fato gerador - Inexistência - Cobrança - Ilegalidade e inconstitucionalidade - Crédito tributário - Prescrição **455**

Responsabilidade tributária - Sucessão de empresas - Reconhecimento - Comprovação - Prova indiciária - Admissibilidade - Remoção de bens - Aplicação do art. 620 do CPC **459**

Aposentadoria por invalidez - Servidor temporário - Possibilidade - Contribuição para custeio de aposentadoria **464**

Direitos hereditários - Cessão - Cessionários condôminos - Preempção - Art. 1.139 do Código Civil **471**

Denúncia espontânea - Certidão de Dívida Ativa - Presunção de certeza e liquidez - Parcelamento da dívida - Lei nº 6.830/80, art. 3º - CTN, arts. 138 e 204 ..... **474**

Promessa de compra e venda - Promitente-comprador - Inadimplência - Descumprimento de cláusula contratual - Ação reintegratória de posse cumulada com rescisão de contrato - Ocupação ilegítima - Inexistência de composse ou ato praticado pelo casal - Participação do cônjuge - Dispensabilidade - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência **478**

Alimentos - Revisional - Ajuizamento de novo pedido - Possibilidade apenas diante de outra e nova causa de pedir - Mesmos fatos anteriormente ajuizados - Impossibilidade **484**

Responsabilidade civil do Estado - Fuga de preso - Homicídio por ele cometido - Indenização a descendente da vítima - Sentença - Erro material - Nulidade - Inexistência **487**

Aposentadoria - Servidor do foro extrajudicial - Equiparação à de escrivão judicial, com fulcro no Decreto Estadual nº 21.204/81 - Impossibilidade **491**

Pensão previdenciária - Companheira - Concubinato impuro - Concubino casado, a conviver com a família **495**

IPTU - Remessa da guia de recolhimento para endereço errado - Não-recebimento de notificação - Irrelevância - Falta da providência prevista no art. 28 do Decreto Municipal nº 10.106/99 - Declaração de inexistência de multa por atraso no pagamento - Improcedência - Denúncia espontânea não caracterizada - Lançamento já efetuado - Inversão do ônus da prova - Impossibilidade **499**

Ação declaratória - Honorários de advogado - Fixação com base no art. 20, § 4º, do CPC **502**

Usucapião - Bem móvel - Veículo - Suspeita de furto - Licenciamento na repartição de trânsito - Ausência de irregularidade administrativa - Procedência da ação **504**

Aposentadoria - Regente de classe - Professor - Direito adquirido e pleiteado antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98 - Férias-prêmio - Contagem em dobro nos termos da legislação anterior - Proventos atrasados - Juros - Correção monetária **507**

Concurso público - Policial militar - Exame psicotécnico - Legalidade - Tutela antecipada - Ausência dos requisitos inseridos no art. 273 do CPC - Concessão - Impossibilidade **515**

Assistência judiciária - Comprovação de rendimentos - Declaração do advogado de que está atuando na causa sem receber honorários - Desnecessidade **521**

Depósito judicial - Levantamento antecipado pelo Estado de Minas Gerais - Depósito efetuado antes da vigência da Lei nº 14.062/01 - Impossibilidade **523**

Petição inicial - Inépcia - *Fax* - Necessidade de juntada de originais de documentos - Inteligência dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.800/99 ..... **527**

Câmara municipal - Capacidade processual limitada à defesa de suas prerrogativas institucionais - Ação de indenização - Ilegitimidade passiva *ad causam* **530**

Ação civil pública - Contas do prefeito - Ônus da prova - Inversão **532**

Assistência judiciária - Pessoa jurídica - Estado de pobreza - Não-comprovação - Indeferimento **535**

Competência - Causas que envolvem sociedades de economia mista integrantes da Administração indireta - Processo e julgamento - Competência do juiz da Vara de Fazenda Pública e Autarquias **537**

Ensino - Estabelecimento público - Matrícula - Taxa - Ilegalidade **541**

Concurso público - Carreiras da Polícia Civil - Médico-legista - Limite de idade - Restrição inconstitucional **543**

Execução fiscal - CDA - Valor englobando IPTU e taxas - Ausência de especificação das taxas cobradas - Nulidade **547**

Honorários de advogado - Execução - Legitimidade e competência **551**

Servidor apostilado - Cargo público - Extinção - Modificação da nomenclatura - Revisão de remuneração - Redução dos valores remuneratórios - Ausência de processo administrativo e do direito à ampla defesa - Inadmissibilidade **553**

Fundo de Participação dos Municípios - Bloqueio e separação de dinheiro público - Impossibilidade - Art. 100 da Constituição Federal e art.730 do CPC **556**

Contrato bancário - Mútuo - Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) - Inaplicabilidade - Juros - Limites - Lei nº 4.595/64 - Súmula 596 do STF - Cláusula penal - Inteligência do art. 9º do Decreto nº 22.626/33 - Pedido implícito - Apreciação - Impossibilidade **559**

Pensão - Ipsemg - Filha de servidor falecido - Dependência caracterizada - Alegação de ocorrência de união estável - Ônus da prova - Instituto previdenciário - Suspensão do pagamento do benefício - Ilegalidade - Demanda - Interesse público - Ausência - Ministério Público - Intimação - Desnecessidade **564**

Indenização - Citação equivocada de homônimo do devedor tributário em execução fiscal - Mero aborrecimento - Dano moral afastado **568**

Saúde - Paciente - Risco de vida - Ausência de vaga em hospital conveniado com o SUS - Pedido de internação em hospital particular - Mandado de segurança - Ação movida em face do município - Direito líquido e certo comprovado - Segurança concedida - Preliminares argüidas - Incompetência do juízo - Ilegitimidade passiva - Litisconsórcio passivo necessário - Impossibilidade jurídica do pedido - Rejeição **573**

Registro de imóveis - Propriedade rural - Averbação de área de reserva legal - Inexistência de florestas e de vegetação nativas - Descabimento - Provimento nº 50 da Corregedoria-Geral de Justiça **578**

Vice-prefeito - Acumulação remunerada do cargo eletivo com o cargo em comissão de secretário municipal - Vedação constitucional - Inteligência dos arts. 29, V, e 38, II, da Constituição Federal **584**

Defensor público - Lei nº 11.711/94 - Adicional de atividade específica - Cobrança com base em período anterior à revogação do art. 273 da Constituição Mineira - Extensão **588**

IPTU - Leis nºs 7.242/96 e 7.633/98 do Município de Belo Horizonte - Imóvel não edificado - Alíquotas seletivas - Constitucionalidade - Certidão de dívida ativa - Requisitos legais - Presença - Validade **594**

Mandado de segurança - Concurso público - Policial militar - Exames psicológicos - Candidatos "não indicados" - Exclusão do certame - Impetração anos após a ocorrência do ato a que se imputa ilegalidade ou arbitrariedade - Alegada edição da Lei Complementar Estadual nº 62/01, versando sobre requisito de escolaridade - Abertura de novo prazo para impetração - Impossibilidade - Decadência **601**

ICMS - Derivados de petróleo - Operações interestaduais - Exigência do recolhimento antecipado - Substituição tributária - Legalidade - Constitucionalidade **609**

Responsabilidade objetiva do Estado - Acidente de trânsito - Danos morais e materiais - Indenização **612**

ISSQN - Serviços de provedor de acesso à Internet - Não-incidência - Inteligência dos arts. 155, II, 156, III, e 146, III, *a*, da CF, da Lei Complementar nº 87/96 e do Dec.-lei nº 406/68 ..... **617**

SUS - Atendimento médico-hospitalar - Parceria entre município e entidade filantrópica - Inadimplemento contratual - Equilíbrio econômico-financeiro - Validade das cláusulas pactuadas **622**

3 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Prefeito - Peculato-desvio (art. 1º, I, do Dec.-lei nº 201/67) - Rejeição parcial da denúncia - Concurso de agentes - Possibilidade, em tese - Inviabilidade no caso concreto - Inépcia da inicial **627**

Prefeito - Crime de responsabilidade - Art. 1º, XIII, Decreto-lei nº 201/67 - Contratação de celetista - Necessidade premente do município - Desconfiguração do delito - Falta de repasse de contribuições previdenciárias - Atipicidade da conduta - Denúncia - Recebimento parcial **632**

Júri - Causa supralegal de exclusão da culpabilidade - Tese defensiva - Submissão aos jurados - Obrigatoriedade - Cerceamento de defesa - Caracterização - Nulidade - Legítima defesa putativa - Excesso doloso - Reconhecimento - Quesitos relativos a qualificadoras e a legítima defesa de terceiros - Formulação - Necessidade **638**

Queixa-crime - Oferecimento por procurador sem poderes especiais - Mandato sem menção ao fato criminoso e ao nome do querelado - Vício de representação - Nulidade **644**

Roubo qualificado - Emprego de arma - Circunstância qualificadadora que não constitui crime autônomo - Inépcia da denúncia - Inexistência - Atuação da defesa - Técnica correta - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Arma de brinquedo - Violência real contra pessoa - Desclassificação para furto - Impossibilidade - Concurso de pessoas - Responsabilidade solidária - Art. 29 do CP - Crime de bagatela - Inadmissibilidade - Corrupção de menores - Caracterização - Crime continuado **646**

Execução penal - Transferência de preso de uma comarca para outra - Competência **652**

Prefeito - Contratação de procurador municipal sem licitação - Serviços técnicos especializados - Advogado - Notória especialidade - Dispensa de licitação - Atipicidade da conduta - Prestação de serviços particulares ao prefeito - Defesa em processo-crime - Interesse da municipalidade - Proteção ao prestígio do cargo de chefe do Executivo - Conduta ilícita - Inexistência **657**

Medida socioeducativa - Regressão - Súmula 265 do STJ - Prévia oitiva do menor - Imprescindibilidade - Decretação sumária - Inadmissibilidade **660**

Desaforamento - Art. 424 do CPP - Medida excepcional - Quebra da imparcialidade do Júri - Ausência de prova - Informações do juiz - Relato pessoal - Inexistência - Indeferimento do pedido **663**

Auto-acusação falsa - Delito de trânsito - Agente que se faz passar falsamente pelo condutor - Inexistência do crime de cuja prática o agente se acusa - Irrelevância - Provocação da atividade policial ou judiciária - Crime previsto no art. 341 do CP - Consumação **668**

Denunciação caluniosa - Ausência de comprovação do elemento subjetivo - Inocorrência **671**

Revisão criminal - Amplitude - Art. 621 do CPP - Matéria já apreciada em primeiro grau - Rediscussão - Impossibilidade - Contrariedade a dispositivo expresso de lei ou evidência dos autos - Inocorrência **674**

Roubo - Extorsão mediante seqüestro - Resistência - Concurso material - Reincidência - Crime hediondo - Regime prisional **687**

Tortura - Crime próprio - Sujeito ativo - Funcionário público - Convenções internacionais de direitos humanos - Interpretação - Pessoa que inflige ofensas físicas contra criança que esteja sob sua guarda - Desclassificação para maus-tratos - *Emendatio libelli* na segunda instância - Possibilidade **695**

Peculato - Tabelião - Apropriação de valores do ITBI - Dolo - Configuração do delito - Ressarcimento da quantia apropriada antes da denúncia - Extinção da punibilidade - Impossibilidade - Crime continuado - Ausência - *Emendatio libelli* - Aplicação dos arts. 383 e 384 do CPP - Pena mais grave - Possibilidade - Crime cometido antes da Lei nº 9.714/98 - Lei mais benéfica - Aplicação **703**

Contravenção penal - Falta de habilitação para dirigir veículo - Perigo de dano - Ausência - Fato atípico - Infração penal - Inocorrência - Art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro **709**

Júri - Homicídio simples - Co-autoria **710**

Estelionato - Ato preparatório - Fato atípico não punível - Falsificação de documento - Talão de estacionamento da BHTrans - Requisito da *imitatio veri* - Ausência - Descaracterização do delito - Uso de documento falso - Crime não configurado **713**

Corrupção de menores - Crime de natureza material - Efetivo estado de corrupção da vítima - Inexistência - Delito não configurado - Representação - Validade - Decadência - Inocorrência **715**

Livramento condicional - Crime hediondo e não hediondo - Pena - Cálculo de liquidação **718**

Prefeito - Crime de responsabilidade - Duodécimo constitucional - Repasse fora do prazo, parcelado e a menor - Acordo ajustado com o presidente da câmara - Ausência de dolo - Inexistência de prejuízo ao erário - Delito previsto no art. 1º, XIV, 1ª parte, do Decreto-lei nº 201/67 - Não-configuração **721**

Falsidade - Delito do art. 311 do CP - Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Não-configuração - Desclassificação para o art. 336 do Código Penal - *Emendatio libelli* em segundo grau - Possibilidade - Furto mediante fraude - Delito configurado - Desclassificação para estelionato - Impossibilidade - Trânsito - Art. 309 da Lei 9.503/97 - Ausência de perigo de dano - Crime não configurado **725**

Homicídio tentado - Ineficácia relativa do meio empregado - Tentativa punível - Crime impossível - Afastamento **735**

Pronúncia - Tentativa de homicídio - Excludente de ilicitude - Versões conflitantes - Dúvidas - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Pleito alternativo - Desclassificação da tentativa de homicídio para porte ilegal de arma ou para homicídio privilegiado - Impossibilidade - Crime conexo - Impronúncia - Descabimento - Decisão - Competência do Tribunal do Júri **738**

Homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor - Uso de documento falso - Concurso material - Crime doloso e crime culposo - Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Desconsideração da pena imposta ao crime culposo - Requisitos legais atendidos - Concessão do benefício - Capitulação do crime na denúncia - *Emendatio libelli* - Pena mais grave - Possibilidade - Sentença *extra petita* - Inocorrência **746**

Incêndio qualificado - Art. 250, § 1º, inciso II, letra *h*, do Código Penal - Acusado que ateia fogo em moita de capim atingindo área de pastagem e postes de luz e telefone - Local habitado - Trânsito de animais e pessoas - Existência de perigo comum e de dolo - Delito caracterizado **749**

Decreto-lei nº 201/67 - Prefeito - Aquisição de mercadoria pela Administração municipal - Superfaturamento não demonstrado - Dolo inexistente - Condenação - Impossibilidade **752**

Júri - Nulidades - Inocorrência - Irregular formação do Conselho de Sentença - Participação de estagiária auxiliar do juízo - Possibilidade, desde que a mesma não tenha atuado anteriormente no processo - Vício do questionário - Inexistência - Legítima defesa putativa - Tese repudiada pelos jurados - Preliminares rejeitadas **756**

Tóxico - Tráfico - Associação - Prova da autoria - Indícios e presunções concordantes com os demais elementos contidos nos autos - Validade - Crime hediondo - Pena - Cumprimento integralmente em regime fechado - Súmula nº 46 do TJMG **760**

Prisão domiciliar - Regime aberto - Inexistência de casa de albergado na comarca - Ausência de vaga - Casos não previstos no art. 117 da Lei nº 7.210/84 - Filho menor - Adolescente amparado por parentes da condenada - Ausência de necessidade de cuidados elementares da mãe - Inteligência do art. 117, III, da Lei de Execução Penal - Impossibilidade de concessão do benefício **767**

Homicídio - Réu semi-imputável - Pena privativa de liberdade - Substituição, na segunda instância, por medida de segurança - Possibilidade - Segunda apelação pelo mérito - Inadmissibilidade - § 3° do art. 593 do CPC **769**

Estatuto da Criança e do Adolescente - Remissão - Concessão pelo Ministério Público - Cumulação com advertência - Impossibilidade - Juiz - Concessão de remissão e aplicação de medida socioeducativa antes da audiência de apresentação - Inadmissibilidade - Oitiva do menor e do Ministério Público - Necessidade **772**

Atentado violento ao pudor - Vítima menor de quatorze anos filha do réu - Violência presumida - Crime hediondo - Cumprimento da pena integralmente em regime fechado - Palavra da vítima - Credibilidade - Tentativa de estupro - Inocorrência **776**

Prisão em flagrante - Presença dos requisitos da prisão preventiva - Liberdade provisória - Impossibilidade - Auto de prisão em flagrante - Registro da informação ao réu das suas garantias constitucionais - Nulidade - Inocorrência - Inquérito policial - Defesa - Contraditório - Descabimento - *Habeas corpus* - Exame aprofundado de provas - Inadmissibilidade - Constrangimento ilegal - Ausência - Ordem denegada **780**

Habeas corpus **786**

Pena - Comutação - Base de cálculo - Condenado que não cumpriu 1/4 (um quarto) das penas aplicadas - Ausência do requisito objetivo previsto nos Decretos 3.226/1999 e 3.667/2000 - Concessão do benefício - Impossibilidade - Unificação de penas - Efeito **787**

Falsidade documental - Falsificação de cheque subtraído de terceiro - Prova insuficiente **791**

Lesão corporal grave - Aditamento da denúncia - Lesão corporal seguida de morte - Semi-imputabilidade - Laudo pericial - Validade - Pena - Dosimetria - Adequação **796**

Habeas corpus preventivo - Salvo-conduto - Autoridade coatora - Inadequação - Inteligência do art. 5°, XXXV, da CF - Conhecimento - Inexistência de ameaça ao direito de locomoção - Desconstituição de decisões judiciais - Bem móvel - Veículo - Constrição - Denegação da ordem **801**

Atentado violento ao pudor - Violência presumida - Crime hediondo - Cumprimento da pena integralmente em regime fechado - Benefício do art. 117 da Lei n° 7.210/84 - Inadmissibilidade **806**

Prisão preventiva - Decreto - Fundamentação sucinta - Requisitos justificadores da prisão - Prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria - Primariedade - Bons antecedentes - Residência no distrito da culpa - Irrelevância **808**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constitucional e Administrativo - Servidor público - Titular de cartório - Aposentadoria compulsória - Art. 40, II, da Carta Magna **813**

Criminal - *HC* - Roubo qualificado - Latrocínio - Continuidade delitiva - Impossibilidade - Delitos de espécies distintas - Concurso material - Precedentes - Ordem denegada **817**

Criminal - *HC* - Atentado violento ao pudor - Deficiência na dosimetria da pena - Relações domésticas do réu com a família da vítima consideradas para majorar a pena-base e como agravante genérica - *Bis in idem* evidenciado - Ordem concedida **820**

Administrativo - Dano ambiental - Sanção administrativa - Imposição de multa - Execução fiscal **824**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Reclamação - Impossibilidade de convocação de juízes de direito na hipótese de impedimento/suspeição de desembargadores - Deslocamento, para o Supremo Tribunal Federal, da competência originária para julgar a causa (CF, art. 102, I, *n*) - Medida que deixou de ser observada pelo tribunal de origem - Usurpação da competência - Reclamação procedente **833**

Habeas corpus - Penal - Processo penal - Estupro - Ação penal - Legitimidade do Ministério Público - Prova de miserabilidade - Descaracterização do estupro como crime hediondo - Pedido de progressão de regime **841**

Constitucional - Tributário - Correção monetária: índices - Princípios da irretroatividade e da anterioridade - CF: art. 150, III, *a* e *b* **847**

Recurso extraordinário - Crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98 - Competência da Justiça estadual comum 850

ÍNDICES

Índice numérico 859

Índice alfabético e remissivo 865

-:::-



Desembargador ANTÔNIO ARNALDO DE OLIVEIRA

Memória do Judiciário Mineiro

NOTA BIOGRÁFICA (*)

DESEMBARGADOR ANTÔNIO ARNALDO DE OLIVEIRA

Político, magistrado, advogado, promotor e jornalista, nasceu em Ouro Preto, Província de Minas Gerais, em 11 de outubro de 1846, e faleceu em Belo Horizonte, MG, em 13 de fevereiro de 1931. Filho do Tenente-Coronel da Guarda Nacional Cândido Teodoro de Oliveira e de Luísa Maria de Oliveira. Casado com Lívia Vaz de Melo.

Fez os estudos secundários no Liceu Mineiro, em sua terra natal, e bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de São Paulo (FDSP) em 1868.

Começou a carreira em Minas Gerais como Promotor Público, inicialmente na Comarca do Paraibuna, com sede em Juiz de Fora, e, em seguida, em Ouro Preto. Depois de exercer o Juizado Municipal em Ubá, em 1874 ali passou a advogar.

Ingressando, então, na política, elegeu-se Deputado Provincial para a 22ª e a 23ª Legislaturas (1878-1881). Nomeado Chefe de Polícia da Província do Rio Grande do Sul em 1882, desempenhou as funções até janeiro de 1884.

Em fevereiro do mesmo ano, assumiu o Juizado de Direito da Comarca mineira de Passos, para o qual estava nomeado desde 1883. Quando deixou o posto que ocupava no Rio Grande do Sul, foi agraciado com o oficialato imperial da Ordem da Rosa, por serviços prestados à Nação.

Chefe de Polícia da Província de São Paulo a partir de julho de 1884, demitiu-se em abril de 1885 para assumir o cargo de Juiz de Direito da Comarca de São José dos Campos.

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

Nomeado, posteriormente, Chefe de Polícia da Província do Rio de Janeiro, em novembro de 1889 foi destituído pelo Governo Provisório estabelecido após a queda do regime monárquico.

Juiz em disponibilidade, com residência em Ouro Preto, submeteu-se ao primeiro concurso para a Magistratura realizado no Brasil, em 1892. Voltou, assim, à judicatura, que exerceu sucessivamente nas Comarcas de Caldas, Manhuaçu, Palmira (atual Santos Dumont), Mar de Espanha e São José d'Além-Paraíba (hoje Além-Paraíba). Promovido ao Tribunal da Relação em 1909, aposentou-se como Desembargador em junho de 1919.

Foi, ainda, Inspetor da Instrução em Barbacena e Ubá, redator dos periódicos *O Liberal de Minas* (Ouro Preto), *O Palmirense* e *O Além Paraíba*, e colaborador de *Liberdade*, que se publicou no Rio de Janeiro sob a responsabilidade de seu irmão, Conselheiro Cândido de Oliveira.

-:::-

NOTA HISTÓRICA

A ORIGEM DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (*)

A Constituição Política Brasileira, promulgada em 25 de março de 1824, criou o Poder Judiciário sobre diversas bases, prescrevendo em seu art. 163: "*Na Capital do Império, além da Relação que deve existir, assim como nas demais províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades e serão condecorados com o título de Conselheiro. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir*".

Em execução desse preceito constitucional, a lei de 18 de setembro de 1828 organizou o Supremo Tribunal de Justiça, composto de dezessete juízes letrados tirados das Relações por suas antiguidades, com as atribuições fixadas no art. 164 da mesma Constituição. Os seus membros eram condecorados com o título de Conselheiro, usavam beca e capa e tinham o tratamento de Excelência.

Em decreto de 2 de janeiro de 1829, determinou D. Pedro I que se instalasse no dia 9 do mesmo mês o aludido Tribunal. No dia 8, compareceu no Paço da Boa Vista o Conselheiro José Albano Fragoso, escolhido presidente do Tribunal, e nas mãos do Imperador prestou o juramento do cargo. Achava-se presente o Ministro da Justiça, Conselheiro Lúcio Soares Teixeira de Gouvêa, que assinou o respectivo termo, tendo servido de testemunhas o gentil-homem da Casa Imperial João José de Andrade Pinto e o Conselheiro João Valentim de Faria Souza Lobato, porteiro da Imperial Câmara. Nesse mesmo dia, foi baixado um decreto dando por empossado o presidente do Supremo Tribunal para receber o juramento dos mais ministros e exercer as funções do cargo. Os ministros foram empossados pelo Presidente Conselheiro Albano Fragoso no dia 9 de janeiro de 1829, conforme estava determinado.

Com a denominação Supremo Tribunal de Justiça, funcionou o mais alto tribunal do Brasil até 11 de outubro de 1890, data do Decreto nº 848, organizan-

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

do a Justiça Federal, e pelo qual esse elevado órgão passou a denominar-se Supremo Tribunal Federal.

Nota complementar: o Supremo Tribunal Federal, pela Constituição de 16 de julho de 1934 recebeu a denominação de "Corte Suprema", que prevaleceu por pouco tempo, resgatando o nome original pela Constituição de 10 de novembro de 1937.

-:::-

Doutrina

JUSTIÇA ELEITORAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rogério Medeiros Garcia de Lima (*)

A proximidade de mais um pleito nacional , quando os brasileiros elegerão o Presidente da República, governadores e parlamentares federais e estaduais, inspira algumas considerações sobre o papel a ser desempenhado pela Justiça Eleitoral.

Preponderantemente no exercício da jurisdição eleitoral, os magistrados devem estar atentos à observância dos princípios e regras constitucionais e do ordenamento infraconstitucional. Mais, devem considerar o clamor social por probidade na Administração Pública. Entre nós, essa reflexão não tem merecido a devida atenção.

Bilac Pinto estabeleceu arguta correlação entre improbidade administrativa e eleições (1960:17):

"*O dinheiro roubado ao povo, por via da corrupção passiva, é o instrumento de que se utilizam para se perpetuarem no poder, mediante a compra de votos e a manutenção das máquinas políticas*".

Igualmente, o renomado constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho[1]:

"*Enquanto modelo ideal, a democracia pressupõe que o povo escolha pelo voto os seus representantes, que irão governá-lo. Pretende que nessa escolha o eleitor não leve em conta senão as qualidades do candidato e seu programa de*

(*) Juiz da 2ª Vara de Sucessões e Ausência de Belo Horizonte - MG. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais e de graduação do Centro Universitário Newton Paiva.

[1] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Corrupção e democracia". Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*, v. 226, outubro-dezembro de 2001. p. 214-218.

atuação. Reclama que o eleito aja em vista exclusivamente do interesse geral, doa o que doer, custe o que custar. E tanto povo, como governante, nada devem esperar em troca de sua participação, exceto a satisfação do dever cumprido.

É elevado demais o plano? É irrealista?

Talvez o seja, mas é o padrão proposto para a conduta política.

Na vida cotidiana das democracias, entretanto, a corrupção se insinua, seja no processo de escolha dos governantes-o processo eleitoral; seja no processo de atuação dos mesmos - o processo governamental. (...)

Assim, há corrupção, seja quando se usa desse recurso para a obtenção do poder, seja quanto se utiliza do poder para lograr proveito financeiro. Num caso, o dinheiro - use-se o nome - é meio ilícito para fim lícito, no segundo é o objetivo ilícito de uma conduta. (...)

Considere-se, indo um pouco mais fundo na análise, a corrupção no processo eleitoral.

Sem dúvida, há de reconhecer-se como corrupção a compra de votos, o suborno dos membros de mesas receptoras de votos, ou apuradoras dos resultados. Nisto o elemento dinheiro, atua diretamente.

Mas a isto se assimila, por exemplo, o abuso do poder econômico. Este envolve o emprego indevido de recursos monetários, todavia, nesta hipótese, por meio destes se atua apenas indiretamente sobre o processo eleitoral. Com efeito, por meio dos meios financeiros, visa-se a criar um 'clima' favorável ao candidato. E, admita-se mais, só o abuso é condenado, não o mero uso do dinheiro na campanha...

Ora, a criação de tal 'clima' também resulta de outros meios que não se consideram - pelo menos fora de uma visão rigorista - como 'corruptores'.

Tenha-se em mente, por exemplo, que esse 'clima' pode ser obtido - e quantas vezes o é - pela manipulação das informações pelos meios de comunicação de massa. Ou pela propaganda enganosa (e qual não o é?) (...)

Será isto substancialmente diferente do abuso de poder econômico? Não perverterá isto também o sentido do voto". (...)

- "Há também na Constituição e na lei inúmeras disposições que visam a prevenir a corrupção.

Assim, no plano do processo eleitoral, há todo o rol das inelegibilidades. Na Constituição vigente, prevê o art. 14,§ 9º, o estabelecimento de 'casos de inelegibilidade (...) a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta'.

A legislação eleitoral, por outro lado, limita as despesas eleitorais e procura assim impedir abusos. (...)

Por outro lado, o processo eleitoral apaixona mesmo os governantes mais sérios. O insucesso eleitoral, seu ou de seus aliados, configura-lhes o fracasso, que é preciso evitar de qualquer modo, até pelo modo mais irregular. O administrador mesmo probo, em vista disso, escorrega não raro na improbidade para vencer a eleição: o fim elevado - o bem comum *- não justificaria os meios?".*

Nesse contexto, não basta as leis estabelecerem sanções aos abusos na prática eleitoral. Assinalava, há mais de quatro décadas, Barbosa Lima Sobrinho (1956:91-92):

"O que se impõe, antes de tudo, é a formação de uma mentalidade propícia à execução de tais medidas, através da ação dos próprios partidos. O certo é que todos os processos e expedientes de corrupção são usados e não há nenhum esforço para apurar esses fatos na Justiça Eleitoral, ou para investigá-los através das Comissões Parlamentares de Inquérito".

O saudoso político e jornalista não poupava os pretensos reformadores da legislação eleitoral (1956:97-98):

"A impunidade é a atitude farisaica dos que se apresentam como reformadores e modelos de virtude, quando são os que mais chafurdam na lama dos crimes eleitorais, como se os crimes praticados contra a verdade e a liberdade dos pleitos pudessem figurar na categoria das virtudes republicanas. Por isso dizemos que o problema fundamental, nesses domínios, ainda é um problema de ética: o enquadramento dos costumes eleitorais, já não dizemos no plano geral da moralidade política, mas ao menos no campo do próprio Código Penal, para que o banditismo eleitoral não se converta em título de benemerência pública".

Mediante eficiente e rigorosa atuação dos juízes e tribunais eleitorais, pode-se podar, pela raiz, o mal da corrupção. A Associação Juízes Para a Democracia adverte:[2]

"Aquele que transgride a lei para alcançar seus objetivos eleitorais está moralmente impedido de ocupar cargo público. A democracia não pode ser condescendente com quem se julga acima da lei, desprezando o jogo de iguais que deve caracterizar o processo eleitoral. Quem não respeita as regras do jogo, nos meios de chegar ao poder, certamente não observará, quando eleito, os princípios da moralidade e da impessoalidade aos quais está vinculado o administrador da coisa pública.

Importantíssimo, então, é o papel da Justiça Eleitoral quando se trata de apurar os abusos e aplicar as penas de natureza política que a eles correspondem".

O Brasil é pátria do *coronelismo*, tão bem delineado pelo clássico Victor Nunes Leal (1949:20):

"O 'coronelismo' é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil.

Paradoxalmente, entretanto, esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isto se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir de eleitorado rural, cuja situação de dependência ainda é incontestável".[3]

Mudando os tempos, adveio o progresso tecnológico. Emissoras de rádio e televisão propiciam hoje a manipulação da opinião pública. Políticos tornam-se proprietários de impérios de comunicação, como, por exemplo, José Sarney, no Maranhão, e Antônio Carlos Magalhães, na Bahia. É o *coronelismo eletrônico.*

Quando Ministro das Comunicações no Governo do então Presidente Sarney, o ex-Senador Magalhães incentivou desmedidamente a disseminação do *coronelismo eletrônico.* É o que denuncia João Carlos Teixeira Gomes (2001:412):

[2] "A lei e a jurisdição eleitoral", jornal *Juízes para a Democracia.* São Paulo, Associação Juízes para a Democracia, editorial, junho-julho de 1998, p. 2.

[3] Segundo José Murilo de Carvalho (1995:52), 0 coronelismo *"era a política baseada na aliança entre os chefes políticos locais e os presidentes dos Estados, e entre estes últimos e o Presidente da República".*

"A extensão dos malefícios causados ao Brasil pela política de concessão de rádios e TVs comandada, no governo Sarney, pelo ministro Antônio Carlos Magalhães ainda não foi avaliada em toda a sua magnitude, impondo-se um estudo sociológico a respeito. É um desafio para pesquisadores, num país quase sempre indiferente à reflexão sobre o seu processo de alienação social. Mais do que nunca, a partir de 84, os donos do poder criaram um perverso instrumento de dominação ideológica sobre a consciência de um povo politicamente dependente e fragilizado. Isso, além da ostensiva influência do dinheiro dos megaempresários, esvazia a representatividade das eleições brasileiras, transformando-as numa farsa, de conotação puramente formal".[4]

Em nosso País, assinalava Darcy Ribeiro (1995:69), as oligarquias se perpetuam no poder:

"Tudo, nos séculos, transformou-se incessantemente. Só ela, a classe dirigente, permaneceu igual a si mesma, exercendo sua interminável hegemonia. Senhorios velhos se sucedem em senhorios novos, super-homogêneos e solidários entre si, numa férrea união superarmada e a tudo predisposta para manter o povo gemendo e produzindo. Não o que querem e precisam, mas o que lhes mandam produzir, na forma que impõem, indiferentes a seu destino".[5]

Do *coronelismo* involuímos ao *banditismo eleitoral.*[6] Passam os anos - séculos até - mas nosso País não progride no campo da moralidade pública. Passam os homens e governantes, mas a corrupção permanece vicejante.

É desalentador. Em São Paulo, maior cidade do Brasil, 29% dos eleitores já disseram preferir votar em quem *"rouba, mas faz".*[7]

Nessa involução cívica, temos visto infratores do Código Penal ascender, pelo voto popular, aos cargos públicos. É o poder do banditismo: indivíduos ligados à criminalidade, possuidores de obscuras fontes de rendas, têm sido eleitos para cargos executivos e legislativos.

[4] No governo de Fernando Henrique Cardoso, as concessões de rádio e televisão, através do Ministério das Comunicações, continuaram sendo atribuídas a grupos políticos, reforçando o *coronelismo eletrônico* no interior do País (*Folha de São Paulo*, 03.01.1999, p. 1-11).

[5] Dom Pedro Casaldáliga, bispo de São Félix do Araguaia-MT, em entrevista à revista *Isto É* (edição de 03.04.2002, p. 10) também observou: *"Há 500 anos, atuam no Brasil as mesmas oligarquias. Os mesmos coronéis que brigam entre si antes das eleições, quando chega a hora, se unem para não perder o poder".*

[6] GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. "Do 'coronelismo' ao banditismo". Jornal *O Tempo*, de Belo Horizonte, 03.09.2000, p. 6.

[7] SILVA, De Plácido e. *Dicionário jurídico*, vols. III e IV, p. 91.

É fenômeno de extrema gravidade. Reportando-se ao Rio de Janeiro, o jornalista Gilberto Paim assinala que "*o voto de cabresto dos coronéis cedeu lugar ao voto fidelíssimo que o narcotráfico oferece*".[8]

Pelo País, pululam políticos eleitos com o deliberado intuito de fazer fortuna mediante negociatas e de obter imunidade (ou impunidade?) parlamentar.[9]

Em boa hora, a Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, deu nova redação ao artigo 53 da Constituição Federal. Manteve a inviolabidade dos parlamentares, civil e penalmente, mas tão-somente por suas opiniões, palavras e votos.

Em decisão vanguardeira, o Supremo Tribunal Federal deliberou a aplicabilidade imediata da referida emenda constitucional:[10]

"*Imunidade parlamentar em sentido formal. Advento da EC nº 35/2001. Supressão do instituto da licença prévia. Aplicabilidade imediata da nova disciplina constitucional, mesmo tratando-se de infração penal cometida em momento anterior ao da promulgação da EC nº 35/2001. A questão da eficácia imediata das normas constitucionais.*

As normas constitucionais supervenientes, ressalvado o que dispuserem em sentido contrário, alcançam, desde logo, situações em curso, legitimando-se, em conseqüência, a sua pronta aplicabilidade, eis que prevalece, em tal matéria, como diretriz de regência, o postulado da incidência normativa imediata.

Doutrina. Precedentes.

A instauração do processo penal, condenatório, contra membro do Congresso Nacional, já não mais depende de prévia concessão de licença, por parte da Casa legislativa a que pertence o parlamentar; eis que a superveniência da EC nº 35/2001 importou em supressão desse requisito constitucional de pro-

[8] PAIM, Gilberto. "A crise do Estado Brasileiro". Jornal *Folha de São Paulo*,26.04.2000, p. 1-3. A Colômbia vivencia a nefanda promiscuidade entre política e narcotráfico. A senadora colombiana Ingrid Betancourt, no livro *Coração enfurecido*,acusou o ex-Presidente Ernesto Samper (1994-1998) de corrupção e cumplicidade com o hoje desarticulado *Cartel de Cali* para financiamento de sua campanha eleitoral (jornal *Folha de São Paulo*, 25.02.2002, p. A-10).

[9] Não surpreende o resultado de pesquisa divulgado por *O Globo On Line*: 48,68% das pessoas consultadas consideram a corrupção prática comum na política; 44,90% a consideram prática comum não só na política, mas também no futebol e em outro setores; e 6,42% consideram haver políticos corruptos, mas não se pode generalizar. (*O Globo On Line, http://oglobo.globo.com/*, captado em 24 de abril de 2002).

[10] Inquérito 1.517/GO, Min. Celso de Mello, *Diário de Justiça da União*, de 08.04.2002, p. 4.

cedibilidade, ainda que se trate de infrações penais cometidas em momento anterior ao da promulgação dessa emenda à Constituição.

Por tal motivo, e vigente a nova disciplina Constitucional (EC nº 35/2001), há que se considerar prejudicada a solicitação judicial de licença, quando, sobre esta, ainda não se houver pronunciado a Casa legislativa competente. De outro lado, reputar-se-á destituída de eficácia jurídica eventual denegação de licença, ainda que manifestada sob a égide do anterior ordenamento constitucional, que regia, de modo mais abrangente, antes do advento da EC nº 35/2001, o instituto da imunidade parlamentar *em sentido processual.*

Precedente.

Despacho: Não houve, no caso ora em exame, o encaminhamento, pelo Supremo Tribunal federal, à Casa legislativa a que pertence o congressista ora denunciado, do pedido de licença a que se referia o art. 53, § 1º, in fine, *da Constituição da República, na redação anterior ao advento da EC nº 35/2001. Essa providência de ordem formal, contudo, não mais se justifica, considerada a nova disciplina constitucional que agora rege a prerrogativa da* imunidade parlamentar *em sentido processual. Com efeito, a EC nº 35/2001, ao introduzir modificações no art. 53 da Carta da República, suprimiu, para efeito de prosseguimento da* persecutio criminis, *a necessidade de licença parlamentar, distinguindo, ainda, entre delitos ocorridos antes e após a diplomação, para admitir, somente quanto a estes últimos, a possibilidade de suspensão do curso da ação penal (CF, art.53, §§ 3º a 5º).*

Vê-se, portanto de jure constituto, *que não mais se exige licença da Casa legislativa a que pertence o congressista acusado, eis que - com a supressão constitucional desse requisito de procedibilidade - viabilizou-se, agora, de modo pleno, sem qualquer condição prévia, a tramitação judicial da persecução penal, como o reconhece autorizado magistério doutrinário, em lição que acentua não mais depender, o processo penal condenatório contra membro do Congresso Nacional, de concessão de licença parlamentar (JOSÉ AFONSO DA SILVA,* Curso de Direito Constitucional Positivo, *p. 533, item nº 15, 20ª ed., 2002, Malheiros; UADI LAMMÊGO BULOS,* Constituição Federal Anotada, *p. 711/712, item nº 1, 4ª ed., 2002, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAIS*, Direito Constitucional, *p. 406/409, item nº 2.7.8, 11ª ed., 2002, Atlas; LUIZ FLÁVIO GOMES,* "Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos", *p. 100, item ns. 4.15 e 4.16, vol.8, 2001,RT).*

Torna-se relevante observar, neste ponto - considerado o princípio da incidência imediata das normas constitucionais (PONTES DE MIRANDA, 'Comentários á Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969', *tomo VI/385 e*

392, 2ª ed./2ª tir., 1974,RT) - que estas, salvo disposição em sentido contrário, alcançam, desde logo, situações em curso (RTJ, 143/306-307, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o que legitima a pronta aplicabilidade da EC nº 35/2001, inclusive no que se refere à desnecessidade da solicitação, por parte do Supremo Tribunal Federal, de prévia licença, ainda que se cuide de fatos delituosos ocorridos anteriormente à promulgação da referida emenda constitucional, pois, conforme tem salientado a jurisprudência desta Suprema Corte, a aplicação de qualquer nova regra de direito constitucional positivo rege-se pelo postulado de imediatidade eficacial: 'A nova Constituição tem incidência imediata. Os preceitos que lhe compõem a estrutura normativa revestem-se, ordinariamente, de eficácia ex nunc. *O princípio da imediatidade eficacial somente não incidirá naquelas estritas hipóteses, que, legitimadas por expressa ressalva constitucional, autorizarem a projeção retroativa da nova Carta Política ou diferirem no tempo o início da eficácia das normas que a integram.' (RTJ, 169, 271/274, 272, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Foi por esta razão que o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar questão de ordem suscitada no Inq.1.566-AC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, firmou orientação no sentido de reconhecer como prejudicado o pedido de licença ainda não apreciado pela respectiva Câmara, ou , então, de considerar como ineficaz eventual denegação desse mesmo pleito, reputando legítimo, em conseqüência, o regular e imediato prosseguimento da ação penal, considerada a supressão, pela EC nº 35/2001, do instituto da licença, que se qualificava, até então, como requisito constitucional de procedibilidade: 'Da natureza meramente processual do instituto, resulta que a abolição pela EC nº 35/01 de tal condicionamento da instauração ou do curso do processo, é de aplicabilidade imediata, independentemente da indagação sobre a eficácia temporal das emendas à Constituição: em conseqüência, desde a publicação da EC nº 35/01, tornou-se prejudicado o pedido de licença pendente de apreciação pela Câmara competente ou sem efeito a sua denegação, se já deliberada, devendo prosseguir o feito do ponto em que paralisado.'(Inq. 1566-AC (Questão de Ordem), Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno - grifei)".*

Foi, ainda, instituída a possibilidade de reeleição dos Chefes do Executivo. A novidade contraria a tradição republicana brasileira, avessa à reeleição. A Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997, deu a seguinte redação ao § 5º do artigo 14 da Constituição Federal de 1988:

"O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente".

Com a notória agravante de que os Chefes do Executivo, candidatos à reeleição, sequer precisam se afastar dos cargos durante os seis meses anteriores ao pleito (§7º do artigo 14 da Constituição Federal).

Prado Kelly, há quase quatro décadas, sustentava não ser da nossa tradição a reeleição dos Chefes do Executivo:[1]

"Não preciso recordar que outro consectário de nossos costumes é a não reelegibilidade do Chefe da Nação.

A esse propósito, não há dissidentes entre os constitucionalistas pátrios (ARAÚJO CASTRO, 'A Nova Constituição Brasileira', pág. 211).

Ninguém melhor do que Barbalho situou o assunto no plano da moral pública: 'De que poderosos meios não poderá lançar mão o presidente que pretende se fazer reeleger? Admitir presidente candidato é expor o eleitorado à pressão, corrupção e fraude na mais larga escala. Já de si a eleição presidencial engendra no país agitação não pequena e temerosa; e o que não se dará quando o candidato for o homem que dispõe da maior soma de poder e força, pela sua autoridade, pelos vastos recursos que pode pôr em ação para impor a sua reeleição?! E que perturbação na administração pública e que enorme prejuízo para o país no emprego dos elementos oficiais para esse fim? Não há incompatibilidade, pois, mais justificada (JOÃO BARBALHO, 'Const. Fed. Bras.' - Comentários, 2ª. ed.).

Com idênticas razões se pronuncia Aníbal Freire (ANÍBAL FREIRE, op. cit., pág.29): 'A Constituição Brasileira proíbe a reeleição do presidente. Foi uma idéia salutar...Dados os nossos hábitos políticos, que só o constante exercício das práticas constitucionais e a veraz compreensão das virtudes fundamentais do regime poderão ir extirpando, a reeleição seria uma arma perigosa, facilitando graves adulterações do sistema constitucional'.

Tem-se argumentado com o exemplo da França e dos Estados Unidos. Mas, num e noutro caso, divergem do nosso, e profundamente, os métodos da escolha.

Quanto à França, explicou-o Rui Barbosa (RUI BARBOSA, op. cit., pág.162): 'A Constituição da França filia-se num sistema diverso do que adotamos, na forma parlamentar do governo, com a atribuição, dada ao parlamento, de eleger o Presidente da República, peculiaridade a que se vai buscar a solução afirmativa na questão da reelegibilidade imediata do Poder Executivo. O silêncio das nossas leis constitucionais neste ponto, diz um dos mestres contemporâneos do direito político francês, se explica pelo espírito geral, que os anima. Seus auto-

[1] KELLY, Prado. "Mandato presidencial", *in Estudos de Ciência Política.* São Paulo: Saraiva, 1966, p. 44-46.

res tinham pouca fé na utilidade e eficácia das regulamentações proibitivas e restritivas quanto à eleição do Poder Executivo, o que bem mostraram na questão de reelegibilidade imediata. Entenderam eles que a melhor garantia estava na escolha do colégio eleitoral, e que essa tornava inúteis as outras. Para ser eleito pela Assembléia Nacional, será mister, necessariamente, que um cidadão tenha atrás de si uma carreira política longa e honrosa (Esmein- 'Eléments de Droit Constitutionnel', Fr. et Comp., 3ª ed., pág.494)'.

Também nos Estados Unidos se instaurou para semelhantes pleitos, um colégio especial, como refere Bryce (JAMES BRYCE, op. cit., vol.1, pág.67): 'A nomeação direta pelo povo, mediante o sufrágio universal, do primeiro magistrado do Estado teria provocado uma superexcitação perigosa e desenvolvido desmesuradamente a ambição dos candidatos que não tivessem outras qualidades senão as que lisonjeiam a população. O abandono da escolha ao Congresso teria subordinado o órgão executivo ao órgão legislativo, em violação do princípio da separação dos poderes; de outro lado, o Presidente, em lugar de ser o eleito da Nação, se tornaria a criatura da facção que o teria levado ao poder. Por essas razões, se adotou o sistema de dupla eleição, talvez com vaga reminiscência dos métodos ainda àquela época usados em Veneza, para escolha do Doge, e na Alemanha, para a do Imperador Romano. A Constituição prescreve a cada Estado escolher um número de eleitores presidenciais igual ao de seus representantes nas duas Câmaras do Congresso'.

Além disso, há que notar: I) a Convenção de Filadélfia, fez da questão de reelegibilidade, ponto de transigência com os que dissentiam sobre a organização do poder executivo (J. BARBALHO, op. cit.,pág.227); II) vários publicistas americanos combatem, aguerridamente, a exceção, como testemunha Woodburn (WOODBURN, The American Republic and its Government, pág.115); III) desgraçadamente para o Brasil, são superiores aos nossos os hábitos de educação política de grande república do Norte".

Indignou-se, então, o já centenário Barbosa Lima Sobrinho:[12]

"*Permitida a reeleição do presidente, não haverá mais argumento, nem autoridade, para evitar também a reeleição dos governadores e de todos os prefeitos. O argumento é o mesmo, para todos os casos.*

E se até agora havia prevalecido a não-reeleição dos governadores e dos prefeitos de todas as cidades é que se adotara, na Constituição de um regime federal, a proibição dessa reeleição para o presidente da República, nas quatro cartas magnas federais estabelecidas no Brasil em 1891, em 1934, em 1946 e em 1988.

[12] "O paraíso das oligarquias", *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 27.09.1998, p. 11.

Ninguém tenha dúvidas a esse respeito. Não é só a reeleição dos governadores de estado e dos prefeitos. É, também, o ressurgimento das oligarquias, em todos os Estados, e até mesmo nas maiores cidades, que, nas pequenas, basta a própria oligarquia do Estado.

Não há necessidade de nenhuma oferta, para anunciar essas conseqüências. Basta o senso comum e, sobretudo, o gosto pelo poder que, se conquistou o presidente da República não poupará nem os Estados, nem os maiores Municípios que, a essas horas, já devem inaugurar nas suas casas, ou na sede dos seus partidos, o retrato do Sr. Fernando Henrique Cardoso, para que o Brasil venha a se tornar o paraíso das oligarquias".

Em candente manifestação, a Ordem dos Advogados do Brasil externou a repulsa da sociedade civil:[13]

"*Em sua primeira reunião deste ano, o Conselho Federal da OAB decidiu iniciar uma campanha de âmbito nacional contra a possibilidade de reeleição dos prefeitos, tendo em vista as eleições municipais, que serão realizadas no próximo ano. As razões que levam a tal decisão são evidentes. Em primeiro lugar, a clara impossibilidade de que a Justiça Eleitoral possa exercer qualquer fiscalização minimamente eficaz nos cinco mil municípios espalhados por um território de dimensões continentais.*

Em segundo lugar, a impossibilidade que se apresenta à Justiça e ao eleitor de distinguir o cidadão investido de eventual função de administração pública, do cidadão candidato a manter-se no cargo por um novo período, valendo-se dos conhecidos recursos que lhe facilitam a conquista do eleitorado, em flagrante desigualdade com os demais candidatos".

Não destoou a opinião da magistratura eleitoral, pela voz do eminente Desembargador Gudesteu Biber Sampaio, então presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. A desnecessidade da desincompatibilização do candidato à reeleição dificulta a fiscalização das infrações:[14]

[13] "A OAB e a crise", *Jornal do Advogado*. Belo Horizonte, fevereiro de 1999, editorial, p. 2.

[14] Jornal *Estado de Minas*. Belo Horizonte, 23.06.1997, p. 2.

"O pior é que vai ser difícil diferenciar o que é palanque normal de administrador, que tem direito de fazer suas inaugurações, do que é palanque eleitoral".[15]

Abusam os institutos de pesquisas eleitorais. Quando "erram" - e como "erram"! - há a aleatória desculpa da "margem de erro". Operam nefasta influência sobre as intenções de voto. Predispõem o eleitor a votar em "quem tem chances".[16]

Os jornalistas Nirlando Beirão e Antônio Machado advertem:[17]

"Há outra faceta nesta questão de pesquisas eleitorais, e que nada tem a ver com preferência partidária. Mercados se movem a cada ponto de percentagem a mais ou a menos na pontuação de Serra e de Lula. Quando mais o petista sobe, mais sobem os juros e os índices futuros, o dólar e a taxa de risco do país. O inverso ocorre com Serra. Cada mexida dessas significa milhões de reais de lucro - ou prejuízo. Bancos encomendam suas próprias pesquisas para antecipar tendências e faturar um troco. Aqui, novamente em nome da equanimidade das oportunidades, a divulgação desses exercícios de futurologia presidencial deveria obedecer a regras - por exemplo, só se tornarem conhecidas após o fechamento dos mercados, como fazem o Banco Central e qualquer empresa que tenha um fato relevante para anunciar. Nos mercados, como na política, há espaço para todo tipo de gente. Só não há lugar para otários".

O chamado *marketing político* é outra nefanda influência comprometedora da lisura dos pleitos. Para Fernando de Barros e Silva, trocamos Armando Falcão[18] pelo publicitário Duda Mendonça:[19]

---

[15] O Deputado Federal Luiz Gushiken (PT-SP) afirmou: *"Quando o Estado se transforma em comitê eleitoral, fica difícil concorrer em igualdade de condições"* (*Jornal do Brasil*,Rio de Janeiro, 15.08.1998, p. 2). O *Jornal do Brasil* (Rio de Janeiro, 08.08.1998, p. 4) noticiou almoço para dez prefeitos da Baixada Fluminense. Na ocasião, foi oficializado o apoio ao candidato a governador do Rio de Janeiro, Luiz Paulo Correa da Rocha (PSDB), apoiado pelo Governador Marcelo Alencar. Ambos foram ao almoço em carros oficiais. A revista *Veja* (edição de 12.08.1998, p. 38/41) listou exemplos de práticas abusivas: a) o Presidente Fernando Henrique Cardoso, depois de jantar, no Palácio da Alvorada, com empresários, inclusive da indústria automobilística, anunciou redução de 5% no IPI sobre automóveis (os empresários são doadores de recursos de campanha); b) em Pernambuco, foi incrementado programa de eletrificação rural; c) em Minas Gerais, foram nomeados 3.600 professores, após cinco anos sem nomeações; d) no Distrito Federal, foram reduzidas as tarifas de ônibus; e) na Bahia, foram restituídos valores de multas de trânsito aos infratores; f) no Paraná, foi reduzido o valor do pedágio nas rodovias estaduais; g) no Rio Grande do Sul de modo inédito, foi antecipado o pagamento do 13º salário dos servidores estaduais; e h) o Ministro da Saúde, José Serra, foi multado por utilizar aeronave da empresa estatal paulista CESP, a fim de participar de encontro do PSDB no interior do Estado de São Paulo.

[16] VASCONCELLOS, Gilberto. "Voto secreto ou voto vendido?", jornal *Folha de São Paulo*, 20.08.1998, p. 1-3.

[17] Coluna Brasil S/A, jornal *Estado de Minas*, de Belo Horizonte, 21.03.2002, p. 12.

[18] Ministro da Justiça do Presidente Geisel. Deu o seu nome à *Lei Falcão*, restritiva da publicidade eleitoral.

[19] BARROS E SILVA, Fernando. "A política em ruínas", jornal *Folha de São Paulo*, Caderno TV Folha, 27.08.1998, p. 2.

"É curioso ver como a política evaporou do horizonte. Não é possível reconhecer nas campanhas quaisquer diferenças ideológicas ou divergências programáticas entre os candidatos. (...)

Os programas eleitorais se dirigem cada vez mais ao consumidor privado - e usam as técnicas habituais da publicidade para aliciá-lo. Na época em que a política se tornou um ramo do marketing e, além disso, tem um quê de diversionismo de massas, não faz mesmo muito sentido apelar à consciência do cidadão".

Mário Sérgio Conti assinala que os publicitários apregoam a "humanização" dos políticos:[20]

"Humanizar é sinônimo de despolitizar, de ocultar as diferenças entre Maluf e Lula. Não é fácil.(...)

Collor foi o político brasileiro que usou o marketing com maior audácia e profundidade. Deu no que deu".

Ironizou Zuenir Ventura:[21]

"Graças a esses seres iluminados, não estamos mais assistindo a uma corrida eleitoral, mas a uma disputa de campanhas publicitárias, em que o que interessa não é o produto nem sua qualidade, mas sua publicidade: o estilo, a embalagem, a mensagem - em suma, a forma não o conteúdo. O virtual em vez do real".

Seguem infrenes os abusos no financiamento privado de campanhas. Jorram recursos das elites econômicas para candidatos de sua preferência. Estes promovem rica publicidade, incluindo grandes comícios e *shows*, e viajam nos modernos e possantes jatos de executivos. Há flagrante desigualdade entre candidatos aos vários cargos eletivos.

Para a campanha para sua reeleição, por exemplo, o presidente Fernando Henrique Cardoso recebeu dos bancos R$ 11,504 milhões. O valor corresponde a 26,73% do total recebido pelo comitê da reeleição. As instituições financeiras foram um dos setores beneficiados pelo Plano Real.[22]

---

[20] CONTI, Mário Sérgio. "A despolitização da política", jornal *Folha de São Paulo*, 29.12.2001, p. A-5.

[21] VENTURA, Zuenir. "Campanha eleitoral ou publicitária?", *Jornal do Brasil*, 29.08.1998, Caderno B, p. 10.

[22] Jornal *Folha de São Paulo*, 06.06.1999, p. 1-13.

Da mesma campanha, R$ 10,120 milhões das doações recebidas não foram declarados à Justiça Eleitoral. Havia contabilidade paralela.[23]

Da mesma forma, a Justiça Eleitoral do Paraná determinou à Polícia Federal a instauração de inquérito, para apurar a existência de caixa dois na campanha da reeleição do prefeito de Curitiba Cassio Taniguchi. A coligação, liderada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), declarou à Justiça gastos de R$ 3,11 milhões. Todavia, ao menos R$ 29,8 milhões passaram pelo caixa dois.[24]

Segundo Carlos Heitor Cony, "*as contas apresentadas ao Tribunal Eleitoral são peças de ficção elaboradas por técnicos no assunto. Todos fingem acreditar naquilo em que ninguém acredita*".[25]

O deputado federal e constitucionalista Michel Temer defende o financiamento público das campanhas eleitorais:[26]

"*O financiamento privado, como dito, facilita a violação do princípio da igualdade de oportunidade, alicerce do Estado de Direito. Anoto que o financiamento das campanhas eleitorais é permitido às grandes corporações, mas é mais restrito à participação de pessoas físicas, sindicatos e associações classistas dos trabalhadores, sendo que essas últimas não podem patrocinar campanhas.*

Fica claro, portanto, que a legislação é mais permissiva com o capital e seus representantes, no sentido de eleger seus candidatos, e menos aberta ao trabalho. As tentativas de limitação dos gastos privados têm sido de eficácia relativa. A contabilidade apresentada à Justiça Eleitoral nem sempre corresponde aos gastos efetivos".

Não se olvide também a nociva manipulação da mídia. São favorecidos determinados candidatos, mediante noticiário tendencioso e propaganda implícita. Tornou-se célebre a frase do então Ministro da Fazenda, Rubens Ricupero, em 1994, ao ser flagrado no intervalo de entrevista ao jornalista Carlos Monfort, da TV Globo:

"- *O que é bom a gente fatura, o que é ruim a gente esconde*".

[23] Jornal *Folha de São Paulo*, 12.11.2000, p. A-15.
[24] Jornal *Folha de São Paulo*, 29.11.2001, p. A-11.
[25] CONY, Carlos Heitor. "Sobras", jornal *Folha de São Paulo*, 14.11.2000, p. A-2.
[26] TEMER, Michel. "Pela igualdade", jornal *Folha de São Paulo*, 29.04.2000, p. 1-3.

Na campanha eleitoral de 1989, houve a célebre edição do Jornal Nacional (TV Globo) sobre o debate entre os candidatos a presidente Fernando Collor (PRN) e Lula (PT). Pelo noticiário, Collor "massacrou" Lula. É o que registra Fernando de Barros e Silva:[27]

"*Terminada a edição, surge na tela Cid Moreira, o eterno porta-voz oficioso, e pergunta com ar de satisfação: 'E quem venceu o debate?'. A resposta vem envolta em cientificidade, na forma de uma pesquisa do instituto 'Vox Populi', que o 'JN' omitiu ser então também contratado pelo PRN. Resultado: Collor apresentou 'idéias mais claras', 'é mais preparado', 'tem os melhores planos de governo' (...).*

O cidadão está consumindo pílulas de farinha eleitoral. Entre nós, a TV, uma certa TV, é um empecilho à cidadania, um estorvo à democracia".

Durante a campanha eleitoral de 1998, quando o presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) disputava a reeleição contra Lula (PT), estourou a crise cambial. O *Jornal Nacional*, edição de 9 de setembro daquele ano, nada comentou sobre a revoada dos dólares. Entre as notícias divulgadas com destaque estava o treinamento da baleia Willy para voltar ao oceano, após dezenove anos. Tal manchete - assinalou Fernando de Barros e Silva - lembrou os tempos das receitas de bolo, em jornais, durante a ditadura:[28]

"*Num dia particularmente delicado para o real, a emissora some com a crise, estrangula o espaço público e entorpece a patuléia com emoções baratas - tragédias e curiosidades do mundo animal. (...)*

Esse show de baleias, macacos e tragédias da vida privaa que tomou conta do 'JN' é anterior à campanha eleitoral, à crise do real, e vai se estender para além delas. O 'JN' é hoje um instrumento de aprofundamento da distância entre a Bélgica e a Índia - os dois países que formam a nossa Belíndia brasileira".

A novela *O Clone*, transmitida pela TV Globo, exibiu, em janeiro de 2002, imagens bem produzidas do Maranhão, governado por Roseana Sarney. Na ocasião, a governadora estava inflada pelas pesquisas eleitorais, como candidata às eleições presidenciais. Eugênio Bucci teceu crítica contundente:[29]

[27] BARROS E SILVA, Fernando de. "Farinha eleitoral", jornal *Folha de São Paulo*, Caderno TV Folha, 11.10.1998, p. 2.
[28] BARROS E SILVA, Fernando de. "Crise!? Que crise!? Salvem as baleias", jornal *Folha de São Paulo*, Caderno TV Folha, 13.09.1998, p. 2.
[29] BUCCI,Eugênio. "Vão dar um lençol no Brasil", jornal *Folha de São Paulo*, Caderno TV Folha, 20.01.2002, p. 2.

"*A escandalosa campanha de Roseana Sarney na novela 'O Clone' faz tremer os joelhos. Será ela o clone de Fernando Collor? O leitor se lembra bem, Collor foi eleito pela televisão, pela força de sua campanha em horário eleitoral e pelo protecionismo que a Globo lhe dedicou no noticiário. Isso já foi exaustivamente demonstrado e já não interessa (a não ser como história e como lição). Agora, Roseana põe os pés na alma da Globo e no altar do Brasil de uma vez só. Ela toma posse da novela. 'O Clone' acaba de virar uma novela político-partidária. Uma novela pefelista. É inacreditável*".

A Justiça Eleitoral constitui marco do sistema democrático em nosso País, como enfatizou o jurista Roberto Rosas:[30]

"*Não esqueceremos os grandes momentos da Justiça Eleitoral desde 1932, quando foi criada pelo Código Eleitoral. Ao longo de sua história há marcas visíveis na construção democrática brasileira e outras invisíveis, porém marcantes, na elaboração democrática. A Justiça Eleitoral nasceu dos ideais da Revolução de 1930 como tema central - a verdade eleitoral, propugnada por seus arautos, indignados com o passado de acertos políticos e eleitorais dos grupos dominantes. O voto era mera exibição democrática, pois as conveniências administravam as vitórias e decidiam os pleitos. A criação de uma Justiça exclusiva para o processo eleitoral foi uma das soluções, pois a administração da eleição fica entregue às mãos isentas da Justiça, e não dos chefes políticos, administradores das candidaturas, dos votos, dos resultados e da indicação dos eleitos. (...)*

Nestes dez anos de vigência da atual Carta Magna a Justiça Eleitoral continuou a prestar relevantes papéis ao sistema democrático. Não sofre a crítica relativa ao Judiciário em geral, pois, sendo o processo eleitoral dinâmico, não-protelatório, evita a chamada morosidade".

Sem embargo do importante papel desempenhado pela Justiça Eleitoral, sua jurisprudência merece algumas críticas, à luz do sistema consagrado pela Constituição Democrática de 1988.

O colendo Tribunal Superior Eleitoral enunciou a Súmula nº 1:

"*Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, g)*".

---

[30] ROSAS, Roberto. "Justiça Eleitoral: modelo e importância", revista *In Verbis*, Instituto dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, julho de 1998, p. 14-15.

Data venia, o entendimento sufragado permite que políticos inescrupulosos recorram ao Judiciário apenas para protelar os efeitos eleitorais da rejeição das suas contas. Com a reconhecida morosidade da máquina judiciária, elegem e se reelegem sem que a desejada inelegibilidade surta efeito.

Ideal não fosse regra o efeito suspensivo em situações que tais. Seria deferido excepcionalmente, mediante utilização dos meios processuais cabíveis. Os requisitos de sua concessão seriam a relevância dos fundamentos fáticos e jurídicos apontados pelo interessado e a possibilidade de ocorrência de dano irreparável.

O mesmo Tribunal Superior enunciou a Súmula nº 17:

"*Não é admissível a presunção de que o candidato, por ser beneficiário de propaganda eleitoral irregular, tenha prévio conhecimento de sua veiculação (arts. 36 e 37 da Lei nº 9.504/97)*".

No mesmo sentido, assentou o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais:[31]

"*Propaganda eleitoral. Patrocínio de eventos esportivos com colocação de faixas e distribuição de brindes com alusão a candidato. Condenação por violação do art. 36 da Lei nº 9.504, de 1997. Aplicação de multa. (...) Não-comprovação do prévio conhecimento do candidato beneficiário da propraganda. Incidência da Súmula nº 17 do TSE. Recurso provido*".

Do mesmo Tribunal, transcrevo outra decisão:[32]

"*Eleições municipais. Distribuição de convites à população para inauguração de obras inacabadas, com apresentação de 'show' artístico. Convite contendo o nome do Prefeito Municipal. Não-configuração de propaganda extemporânea. Ausência de menção a circunstâncias eleitorais, tais como divulgação de candidatura, cargo disputado ou pedido de voto. Realização do evento fora do período vedado pela Lei nº 9.504/97, art. 77: 'É proibido aos candidatos a cargos do Poder Executivo participar, nos três meses que precedem o pleito, de inaugurações de obras públicas (...)'*".

---

[31] Recurso nº 3.574/00/Frutal, Juíza Maria das Graças A. Costa, *Diário do Judiciário-MG*, 20.03.2001.

[32] Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, Recurso nº 1.175/00/Areado, Juíza Sônia Diniz Viana, *Diário do Judiciário-MG*, 16.04.2002.

Em meio a tantos abusos de poder econômico e político nas campanhas eleitorais brasileiras, é temerário pressupor que candidatos não tenham presciência das práticas abusivas. Mais coerente com o espírito da Constituição Cidadã de 1988 seria presumi-la, impondo aos candidatos infratores o ônus da prova em contrário.

Alvissareiramente, o enunciado da Súmula nº 17 do Tribunal Superior Eleitoral foi cancelado em 16 de abril de 2002.[33]

O Tribunal Superior Eleitoral também enunciou a Súmula nº 19:

"*O prazo de inelegibilidade de três anos, por abuso de poder econômico ou político, é contado a partir da data da eleição em que se verificou (art. 22, XIV, da LC 64, de 18/5/90)*".

Na mesma esteira, acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais:[34]

"*Mandato exaurido. Impossível a prestação jurisdicional. Recurso prejudicado, pela perda do seu objeto. Sanção de inelegibilidade ineficaz. O termo inicial a ser contado é a partir das eleições em que se verificou o abuso*".

O termo inicial da inelegibilidade deveria ser o trânsito em julgado da sentença que a decretou. Valendo-se dos inúmeros recursos para protelação do andamento dos feitos, os praticantes de abuso de poder econômico ou político terminam mandatos - e eventualmente se reelegem - sem sofrer as conseqüências dos seus atos ilícitos.

A Corte Eleitoral mineira também assentou:[35]

"*Para configuração de abuso de poder econômico, é necessária não somente a existência de prova robusta e incontroversa, mas também o nexo causal dos atos praticados e o comprometimento da lisura do pleito*".

Mais uma vez, com a devida vênia, venho discordar do posicionamento daquele egrégio Tribunal. A Constituição Democrática de 1988 dispôs sobre a inelegibilidade decorrente de abuso de poder econômico e político (artigo 14, §§ 10 e 11), porque tal abuso é incompatível com o Estado Democrático de Direito por ela consagrado. Logo, deve ser presumido o comprometimento da lisura do pleito por sua prática. Aos candidatos infratores deve ser atribuído o *onus probandi* em contrário.

Outrossim, dispôs o artigo 41-A da Lei 9.504, de 30.09.1997, a qual estabelece normas para eleições:

"*Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*".

Em exegese ao citado artigo, contudo, o eg. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais exarou o acórdão seguinte:

"*Recurso eleitoral. Investigação judicial. Captação de sufrágio vedada por lei. Abuso de poder econômico. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97 c/c o art. 22 da Lei Complementar nº 64/90. Ausência de provas. Para a configuração da infração prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, o pedido de voto deverá estar devidamente comprovado. Necessidade de apresentação de prova robusta, não se admitindo condenação baseada em presunção. Fragilidade dos elementos probatórios colhidos, que não evidenciam a ocorrência de prática ilícita*".[36]

Indago: o candidato que doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, se não estiver querendo captar o seu voto, estará querendo o quê? Com todo o respeito pelo v. julgado, deve prevalecer a presunção de que tem a intenção obter o voto do eleitor.

Causa indignação, enfim, a anistia às multas aplicadas pela Justiça Eleitoral, nas eleições de 1996 e 1998, mediante a Lei Federal nº 9.996, de 14 de agosto de 2000. Vetado o projeto originário pelo presidente Fernando Henrique

[33] Decisão em questão de ordem de julgamento do REsp 19.600-CE, conforme publicação do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, *Diário do Judiciário-MG*, 25.04.2002.

[34] Recurso em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo nº3/96/Águas Formosas, Juiz Levindo Coelho, *Diário do Judiciário-MG*, 06.08.1998.

[35] Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, Recurso nº 149/97/Minas Novas, Juiz Sidney Affonso, *Diário do Judiciário-MG*, 21.04.1998.

[36] Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, Recurso nº 4.252/00/Sacramento, Des. Antônio Hélio Silva, *Diário do Judiciário-MG*, 19.07.2002.

Cardoso, o então presidente do Congresso Nacional, Senador Antônio Carlos Magalhães (PFL-BA), promulgou a lei sob comento, assim publicada:

"*Lei nº 9.996, de 14 de agosto de 2000.*

Dispõe sobre anistia de multas aplicadas pela Justiça Eleitoral em 1996 e 1998.

Faço saber que o Congresso Nacional rejeitou o veto total aposto ao Projeto de Lei do Senado nº 81, de 1999 (nº 934/99, na Câmara dos Deputados), e eu, Antonio Carlos Magalhães, Presidente do Senado Federal, nos temos do § 7º do art. 66 da Constituição Federal, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º. São anistiados os débitos decorrentes de multas aplicadas aos eleitores que deixaram de votar nas eleições realizadas nos dias 3 de outubro e 15 de novembro de 1996 e nas eleições dos dias 4 e 25 de outubro de 1998, bem como aos membros de mesas receptoras que não atenderam à convocação da Justiça Eleitoral, inclusive os alcançados com base no art. 344 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

Art. 2º. São igualmente anistiados os débitos resultantes das multas aplicadas pela Justiça Eleitoral, a qualquer título, em decorrência de infrações praticadas nos anos eleitorais de 1996 e 1998.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 14 de agosto de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

Antonio Carlos Magalhães". Publicado no *DOU* de 15.8.2000.

O Supremo Tribunal Federal, julgou improcedente, em 21 de março de 2002, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.306-3-DF, sendo Relatora a Ministra Ellen Gracie, sendo vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e o Presidente, Ministro Marco Aurélio.[37]

A *Folha de São Paulo* noticiou os desdobramentos da controvertida anistia:[38]

[37] Publicação do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, *Diário do Judiciário*. 10.04.2002.
[38] *Folha On Line*, http://www.folha.uol.com.br.captado em 22.03.2002.

"*Menos de dois meses depois, o STF concedeu liminar suspendendo (os efeitos da Lei de Anistia), a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil.*

Com a decisão de hoje, tornou-se inócuo o esforço da Justiça Eleitoral para punir os candidatos condenados por abusos durante as campanhas e os eleitores que deixaram de votar e não justificaram a ausência naqueles anos. Na prática os grandes beneficiados são os candidatos, porque os eleitores são tradicionalmente punidos com multas de valores simbólicos.

O plenário do Supremo julgou o mérito de uma ação direta de inconstitucionalidade e, por 7 votos contra 4, cassou a liminar que havia suspendido a lei da anistia eleitoral.

Votaram contra a cobrança das multas Nelson Jobim, que preside o TSE (Tribunal Superior Eleitoral), Moreira Alves, Ellen Gracie Northfleet, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Celso de Mello. Relatora da ação, Ellen Gracie disse que a anistia está prevista na Constituição.

O atual presidente do Supremo, Marco Aurélio de Mello, um dos quatro que votaram contra a anistia, protestou: 'Quando presidi o TSE, em 1996, acreditei que as regras daquela eleição eram para valer'. Néri da Silveira disse que 'a legislação eleitoral não tem razão de ser porque não precisa ser cumprida'.

Entretanto a maioria dos ministros considerou que o Congresso tem o poder de conceder anistia e por isso não havia decidido em causa própria.

Eles também rejeitaram o argumento da OAB de que o recurso arrecadado com a cobrança das multas pertenceria aos partidos porque seria fonte de receita do fundo partidário - verba pública distribuída às legendas.

Para o STF, os partidos têm mera expectativa de recebimento do dinheiro, não propriedade dele.

O Supremo também rejeitou o argumento de que a anistia comprometeria os processos eleitorais seguintes. Esses ministros afirmam que a anistia não compromete a aplicação de multa nas eleições deste ano a candidatos e eleitores em situação irregular.

A liminar fora concedida por 6 a 4, dias antes das eleições de 2000. O ministro Octavio Gallotti, hoje aposentado, dissera que a lei 'desmoraliza o Judiciário e o Legislativo e o próprio direito, na medida em que dele retira a própria seriedade'.

Relator da ação, Gallotti foi um dos votos contrários à anistia, mas foi substituído por Ellen Gracie Northfleet, que aderiu à outra corrente.

Outros dois votos contribuíram para a mudança do placar: o de Carlos Velloso, inicialmente contrário à anistia e que mudou de posição, e o de Celso de Mello, ausente no primeiro julgamento.

Um levantamento feito pela Folha de S. Paulo *em 1999 nos tribunais regionais eleitorais de 16 Estados revelou que a soma das multas havia chegado naquele momento a pelo menos R$ 2,2 milhões.*

Segundo o levantamento, 69 deputados, 12 senadores e 9 governadores haviam sido beneficiados com a lei. A estimativa era que o valor total da anistia, somando as multas aplicadas aos congressistas às impostas a redes de rádio e TV ligadas a eles, poderia chegar a R$ 21,2 milhões".

Cumpre ressaltar que a sociedade brasileira clama por ética na vida pública. O juiz eleitoral tem de se pautar pelos valores dominantes entre os jurisdicionados. A atividade do juiz - assinala o culto Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça - se não pode ser discricionária, também não será neutra:[39]

"*A atividade do juiz, (...) de descoberta do direito, não é neutra, mas também não é discricionária, devendo ser adotada em função das regras e princípios, implícitos e explícitos adotados pelo sistema, de tal sorte que a decisão, ainda que inovadora, mantenha coerência com o ordenamento jurídico vigente, que não perde por isso a sua identidade. O sistema jurídico de um Estado democrático permite liberdade decisória, nas condições acima referidas, e espera do juiz, a quem garante independência institucional e funcional, a utilização dessa liberdade para a realização dos seus valores e por isso é que ele tem responsabilidade social*".

O Superior Tribunal de Justiça tem assumido posição vanguardeira, ao decidir:

"*A norma de sobre-direito magistralmente recomenda ao Juiz, na linha da lógica razoável, que, 'na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que*

[39] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas". *In Revistas dos Tribunais*, volume 751, maio de 1998, São Paulo, p. 45.

ela se dirige e às exigências do bem comum'. Em outras palavras, é de repudiar-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não guardam sintonia com a realidade" (Recurso Especial nº 64.124-RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça-MG, *Diário do Judiciário-MG*, 16.05.1997).

"*Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar-lhe exegese construtiva e valorativa, que se afeiçoe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina*" (Recurso Especial nº 162.998-PR, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Diário do Judiciário da União*, 1º.06.1998).

"*Se a interpretação por critérios tradicionais conduzir à injustiça, incoerências ou contradições, recomenda-se buscar o sentido eqüitativo, lógico e acorde com o sentimento geral*" (Recurso Especial nº 122.499-SP, Min. Milton Luiz Pereira, *Diário do Judiciário da União*, 15.05.2000).

Last but not least, é sempre oportuna a assertiva de Alceu Amoroso Lima (1974, introdução):

"*Onde falha a justiça e as leis não enquadram, nem a autoridade nem a liberdade, o resultado é o domínio dos fortes sobre os fracos e a opressão dos ricos contra os pobres*".

Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas", *in Revista dos Tribunais*, volume 751, maio de 1998, São Paulo, p. 32/50.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. "O paraíso das oligarquias", *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 27.09.1998, p. 11.

_____. *Sistemas eleitorais e partidos políticos*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1956.

SILVA, Fernando Barros e. "A política em ruínas", jornal *Folha de São Paulo*, Caderno TV Folha, 27.08.1998, São Paulo, p. 2.

_____. "Crise!? Que crise!? Salvem as baleias...", jornal *Folha de São Paulo*, Caderno TV Folha, 13.09.1998, p. 2.

_____. "Farinha eleitoral", jornal *Folha de São Paulo*, Caderno TV Folha, 11.10.1998, p. 2.

BELO HORIZONTE. *Diário do Judiciário*, Imprensa Oficial.

_____. *Jornal do Adovagado*, Ordem dos Advogados do Brasil.

_____. Jornal *Estado de Minas*.

_____. Jornal *O Tempo*.

BRASÍLIA. *Diário de Justiça da União*.

BUCCI, Eugênio. "Vão dar um lençol no Brasil", jornal *Folha de São Paulo*, Caderno TV Folha, 20.01.2002, p. 2.

CARVALHO, José Murilo de. *Desenvolvimiento de la Ciudadanía en Brasil*. México: Fondo de Cultura Económica, trad. José Esteban Calderón, 1ª ed., 1995.

CONY, Carlos Heitor. "Sobras", jornal *Folha de São Paulo*, 14.11.2000, p. A-2.

CONTI, Mário Sérgio. "A despolitização da política", jornal *Folha de São Paulo*, 29.12.2001, p. A-5.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Corrupção e democracia", *in Revista de Direito Administrativo*, v. 226, outubro-dezembro de 2001, Rio de Janeiro, p. 214-218.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de . "Do 'coronelismo' ao banditismo", jornal *O Tempo*, Belo Horizonte, 03.09.2000, p. 6.

GOMES, João Carlos Teixeira. *Memórias das trevas - uma devassa na vida de Antônio Carlos Magalhães*. São Paulo: Geração Editorial, 2001.

INTERNET. *O Globo On Line*, http://www.oglobo.globo.com.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Alfa-Omega, 1949.

LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem Direitos*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1974.

PAIM, Gilberto. "A crise do Estado brasileiro", jornal *Folha de São Paulo*, 26.04.2000, p. 1-3.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

KELLY, Prado. *Estudos de ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1966.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro - A formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIO DE JANEIRO. *Jornal do Brasil*.

_____. *Revista de Direito Administrativo*.

_____. Revista *In Verbis*, Instituto dos Magistrados do Brasil.

ROSAS, Roberto. "Justiça Eleitoral: modelo e importância". Revista *In Verbis*, Instituto dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, julho de 1998, p. 14-15.

SÃO PAULO. *Folha On Line*, http://www.folha.uol.com.br.

_____. Jornal *Folha de São Paulo*.

_____. Jornal *Juízes para a Democracia*, São Paulo, Associação Juízes para a Democracia.

_____. *Revista dos Tribunais*.

TEMER, Michel. "Pela igualdade", jornal *Folha de São Paulo*, 29.04.2000, p. 1-3.

VASCONCELLOS, Gilberto. "Voto secreto ou voto vendido?", jornal *Folha de São Paulo*, 20.08.1998, p. 1-3.

VENTURA, Zuenir. "Campanha eleitoral ou publicitária?", *Jornal do Brasil*, 29.08.1998, Caderno B, p. 10.

-:::-

SIMULAÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Dr. José Martinho Nunes Coelho (*)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceito. 3 Requisitos. 4 Simulação absoluta e simulação relativa. 5 Simulação maliciosa e simulação inocente. 6 Legitimidade para argüição da nulidade. 7 Conclusão. 8 Bibliografia.

1 Introdução

O novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) trouxe várias modificações à Parte Geral, principalmente no que se refere às causas de anulabilidade e de nulidade dos negócios jurídicos.

Uma dessas modificações refere-se à simulação. No Código Civil em vigor, é tratada e disciplinada como um dos vícios sociais, um dos defeitos que levam à anulabilidade do ato jurídico. Já no novo Código Civil, a simulação vem disciplinada no capítulo referente à invalidade do negócio jurídico, sendo considerada como causa de nulidade.

Embora possa causar grande discussão na doutrina, nada tem de novo o enfoque dado pelo Código Civil que deve vigorar a partir de janeiro de 2003.

O "Projecto Primitivo" do Código Civil de 1916 já colocava a simulação como causa de nulidade. Entretanto, seguindo orientação de Teixeira de Freitas, o legislador resolveu alterá-lo, passando a considerar a simulação como causa de anulabilidade.

No presente trabalho perfunctório, tentaremos trazer algumas noções sobre o conceito de simulação, seus requisitos, espécies e efeitos, fazendo considerações sobre a legislação em vigor e a que deverá vigorar a partir de janeiro de 2003.

2 Conceito

Segundo os lexicólogos, simular é fingir, camuflar, esconder a realidade. É a prática de ato ou negócio que esconde a real intenção. A intenção dos simulado-

---

(*) Juiz de Direito, Pós-graduado em Direito Público pela UNIPAC, Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Ubá/MG.

res é encoberta mediante disfarce, parecendo externamente negócio que não é espelhado pela vontade dos contraentes.

Na simulação há conluio, pelo que SÍLVIO RODRIGUES (em *Direito Civil* - Parte Geral, v. I, 29ª ed. revista, Saraiva, 1999, p. 220) esclarece que "*negócio simulado, portanto, é aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estas fingem um negócio que na realidade não desejam*".

Trata-se do chamado vício social, por diferir dos vícios da vontade.

Para CLÓVIS BEVILAQUA (em *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed. (edição histórica), Editora Rio, 1980, p. 225):

"*Diz-se que há simulação, quando o ato existe apenas aparentemente, sob a forma, em que o agente faz entrar nas relações da vida. É um ato fictício, que encobre e disfarça uma declaração real da vontade, ou que simula a existência de uma declaração que se não fez. É uma declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado*".

O Código Civil de 1916 não define a simulação. O art. 102 diz:

"*Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:*

I - quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem;

II - quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira;

III - quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados".

Também o novo Código Civil, em vez de definir, prefere enumerar as espécies, as hipóteses em que a simulação pode ser estampada. O art. 167, §1°, é taxativo e repete as disposições do art. 102 do Código em vigor.

A diferença está apenas em que o Código vigente trata a simulação como causa de anulabilidade, ao passo que o novo Código Civil a acolhe como causa de nulidade.

3 Requisitos

Observando o conceito, podemos extrair os elementos da simulação: *intencionalidade* na divergência entre a vontade e a declaração; acordo simulatório, concerto, ajuste entre os contraentes; *intuito* de enganar terceiros, que não se confunde com o de prejudicar, pois os terceiros podem ser enganados, sem que sofram prejuízos.

Tomemos o exemplo da doação feita pelo homem casado à sua concubina. A jurisprudência é tranqüila no entender que a doação feita por homem à sua concubina e, quando essa doação é mascarada sob a forma de venda pela concubina, sabendo-se que o dinheiro foi fornecido pelo amásio, caracteriza-se a simulação prevista no art. 102, I, do CC/1916.

SILVIO DE SALVO VENOSA (em *Direito Civil* - Parte Geral, v. I, 2ª ed., Editora Atlas, 2002, p. 450) analisa o exemplo, dizendo que:

"*Estão aí presentes os requisitos da simulação: há ato bilateral; há prévio ajuste entre o doador, pseudovendedor, e donatária, pseudocompradora; não há correspondência do negócio com a real intenção das partes que nunca pretenderam realizar compra e venda, e é negócio formalizado com a intenção de enganar terceiros (cônjuge e herdeiros do doador)*".

4 Simulação absoluta e simulação relativa

Segundo os arts. 102 a 104 do Código Civil em vigor, a simulação pode ser absoluta ou relativa.

É *absoluta*, quando a declaração enganosa da vontade exprime um negócio jurídico bilateral, não havendo intenção de realizar negócio algum. Na jurisprudência encontra o exemplo: o caso do proprietário de uma casa alugada que, com a intenção de facilitar a ação de despejo contra seu inquilino, finge vendê-la a terceiro que, residindo em imóvel alheio, terá maior possibilidade de vencer a referida demanda (*RT*, 177/250 e 439/92).

Relativa é a simulação, quando as partes pretendem realizar um negócio, mas de forma diferente daquela que se apresenta, sendo que SÍLVIO RODRIGUES (obra citada) destaca três formas de simulação relativa: a) a sobre a natureza do negócio - as partes simulam doação, mas, na verdade, realizam compra e venda; b) sobre o conteúdo do negócio ou seu próprio objeto - quando, p. ex., se coloca preço inferior ao real em compra e venda, para se recolher menos imposto, ou quando se altera a data do documento para acomodar interesses dos simulantes; c) sobre a pessoa participante do negócio - quando, p. ex., na compra e venda é um "testa-de-ferro" que aparece como alienante ou adquirente.

Pelo novo Código Civil, não há distinção expressa entre simulação relativa e absoluta, havendo em ambos os casos a nulidade do negócio simulado.

Entretanto, enfatiza o *art. 167* a validade do negócio dissimulado na simulação relativa, se válido for na substância e na forma. Ex: os contraentes demonstram externamente uma compra e venda, quando, na verdade, o negócio subjacente e querido por eles é uma doação, subsistirá a doação se não houver impedimento legal para a doação, se foi obedecida a forma para a doação e se não houve prejuízo para terceiros.

A disposição deste *art. 167 do novo Código Civil* harmoniza-se com o *art. 103 do Código Civil/1916*, que não considera defeituoso o ato jurídico sob simulação, quando não houver intenção de prejudicar terceiros, ou de violar disposição de lei.

5 Simulação maliciosa e simulação inocente

Com o novo enfoque, não há mais a tradicional distinção entre simulação maliciosa e simulação inocente.

Resgata-se o entendimento de CLÓVIS BEVILAQUA (obra citada), que considerava "*perigosa, apesar de tradicional, a doutrina de que a simulação, que não prejudica terceiros nem frauda a lei, é inocente, e como tal permitida. Melhor seria condenar a simulação em todos os casos*".

6 Legimidade para argüição da nulidade

Ao contrário do estabelecido pelo art. 104 do Código Civil/1916, e mormente porque se trata de caso de nulidade, os simuladores podem alegar a simulação um contra o outro.

Todavia, não podem os contraentes argüir a nulidade contra terceiros de boa-fé, uma vez que o § 2° do art. 167 do novo Código Civil é expresso: "*ressalvem-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado*".

A nulidade do negócio jurídico por simulação pode ser alegada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. O juiz deve pronunciar a nulidade de ofício, até mesmo incidentemente em qualquer processo em que for ventilada a questão. São conclusões que podem ser extraídas das disposições dos *arts. 168 e 169 do novo Código Civil.*

7 Conclusão

O novo Código Civil não trata a simulação dentro dos defeitos dos atos jurídicos, mas a coloca como causa de nulidade e não de anulabilidade.

Assim dispondo, acreditamos ter o novo Código resgatado o "Projecto Primitivo" do Código Civil/1916, uma vez que, para CLÓVIS BEVILAQUA, "*se as partes recorrem aos expedientes da simulação, o ato não tem a seriedade exigida pelo direito, e faz presumir intenção maliciosa*".

Também, acolhendo a simulação como causa de nulidade, o legislador de 2002 realça os princípios éticos e morais que devem nortear os negócios jurídicos.

Além disso, o enfoque dado pelo novo Código Civil está de acordo com legislações alienígenas, principalmente a italiana, pelo que se extrai dos ensinamentos de Roberto de Ruggiero.

Ressalte-se, por fim, que, no Código Civil em vigor, por ser considerada causa de anulabilidade, a simulação pode convalescer pelo decurso do tempo, porque prescritível, no prazo de 04 anos, de acordo com o art. 178, § 9°, V, *b*. Tratando a simulação como causa de nulidade, o novo Código Civil traz alteração substancial, a começar pela imprescritibilidade, ao dispor que o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo (art. 169).

8 Bibliografia

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. I, 2ª ed. ampliada e atualizada, Saraiva, 1996.

FIUZA, César. *Direito Civil* - Curso completo, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, Del Rey, 2000.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*, 2ª ed. atualizada, Saraiva, 1991.

PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, 18ª ed. revista e atualizada, Forense, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 4ª tiragem, ed. histórica, Editora Rio, 1979.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil* - Parte Geral, v. 1, 2ª ed., Atlas S.A, 2002.

RORIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, v. 1, 26ª ed, revista e atualizada, Saraiva, 1998.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, v. I. Tradução da 6ª ed. italiana por Paolo Capitanio, atualizado por Paulo Roberto Benasse, 1ª ed., Bookseller, Campinas, 1999.

-:::-

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Dr. Rafael Afonso de Andrade Leite (*)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceito. 3 Requisitos essenciais para a sua concessão. 4 Momento processual próprio para requerê-la e ser concedida. 5 O termo "poderá" na tutela antecipada. 6 Distinções entre a tutela antecipada e a cautelar. 7 A tutela antecipada reforçou ou esvaziou as cautelares típicas (nominadas) e atípicas (inominadas)? 8 Podem as medidas cautelares típicas ou nominadas ser requeridas no próprio processo principal? 9 A decisão que antecipa ou nega a tutela. 10 Legitimidade de parte ou quem pode requerê-la. 11 Como harmonizar os dois princípios constitucionais - o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica ou da ampla defesa. 12 Cabe a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública? 13 Recurso cabível da decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela antecipada. 14 Conclusão.

"*A demora do processo sempre beneficia o réu que não tem razão e prejudica o autor que a tem*". (Luiz Guilherme Marinoni)

1 Introdução

Entre as recentes inovações introduzidas no Código de Processo Civil está a antecipação da tutela jurisdicional (art. 273), através da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que, em síntese, diz que o juiz "*poderá*", a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os "*efeitos*" da tutela pretendida no pedido inicial, desde que exista prova "*inequívoca*" a convencê-lo da "*verossimilhança da alegação*" e haja "*fundado receio de dano irreparável*" ou fique caracterizado o "*abuso de direito de defesa*" ou o "*propósito protelatório do réu*".

Alguns juízes estão interpretando o termo "*poderá*" como facultativo ou como ato discricionário do julgador, e não como um dever geral de cautela do Estado-juiz, e, assim, têm deixado para o final do processo, na sentença, o que, segundo o texto da lei, preenchidos os dois requisitos exigidos, deve ser antecipa-

(*) Juiz de Direito Aposentado, Professor de Processo Civil II da FADOM, em Divinópolis, e especialista em Processo Civil.

do, liminarmente. Outros se têm mostrado exigentes demais, formalistas ao interpretarem as expressões prova "*inequívoca*" a convencê-los da "*verossimilhança*" da alegação, o que tem tornado inócua a reforma, neste aspecto.

Eis o problema a ser analisado neste trabalho.

A resposta do problema deve ser encontrada no sentido de que todos os juízes entendam que o objetivo da reforma do Código, no caso específico, é conferir efetividade ao processo para evitar a lesão de direito à parte ou o dano irreparável (art. 273, I), nas chamadas "*tutelas de urgência*" contra os males corrosivos do tempo e o abuso de direito de defesa (art. 273, II) ou a litigância de má-fé (art. 17); e, assim, o termo "poderá" não deve servir de "*passaporte para a omissão do julgador*", segundo Carreira Alvim, mesmo porque já não é mais favor, nem graça do Estado, conceder a rápida tutela jurisdicional, mas direito do cidadão, provado o risco sério, iminente da violação de seu direito.

Entre os tantos deveres do juiz, no processo, está o de "*velar pela rápida solução do litígio*" (art. 125, II).

Todavia, o formalismo do Código, com o procedimento ordinário - regra geral - quase onipresente nos outros processos, o impedia da rápida prestação jurisdicional.

Só as medidas cautelares, previstas no Livro III, não agilizam, a contento, o processo, porque *não satisfativas*, isto é, não adiantam o mérito da questão, mas, apenas, o preservam, resguardam para o êxito da ação principal.

Nem o imperativo do julgamento antecipado da lide (arts. 330 e parágrafo único do 740) está proporcionando a celeridade processual, porque o juiz o profere após a fase postulatória, já no saneamento do processo.

Agora, com o adiantamento dos efeitos da sentença, na tutela antecipada, chamada "*tutela de urgência*", assim como na medicina, há as "*cirurgias de emergência*" para salvar o paciente, torna-se um direito subjetivo irrenunciável da parte, em situação de dano iminente, recebê-la do Estado, sob pena de mais desprestígio para o Judiciário, já tão criticado com a lentidão do processo, como se a culpa fosse só dele.

Enfim, convém ressaltar a advertência do mestre paulista KAZUO WATANABE, integrante da Comissão Revisora do Código, sobre a "*litigiosidade contida*", que já sobrecarrega o cidadão comum ou o homem de rua com "*quebra-quebra*" de "*coletivos*" nos grandes centros, *pelo simples atraso*, e tantos outros atos de violência grave a que assistimos e lemos, estarrecidos, na televisão e jornais do País.

É o que se pretende desenvolver na estreiteza deste trabalho.

2 Conceito

Para SERGIO BERMUDES, também um dos integrantes da Comissão Revisora do Código: "*o instituto da antecipação da tutela não constitui nenhum bicho-de-sete-cabeças. Trata-se de inovação salutar que haverá de ser recebida com ânimo favorável porque torna possível a rápida prevenção ou composição da lide, sem sujeitar a prestação jurisdicional às prejudiciais delongas impostas pela natureza do processo e pelas notórias deficiências da administração da justiça (...). Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos que se descobrem no* caput, *nos seus dois incisos e no seu § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgada assegura em termos definitivos*".[1]

Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, integrante da referida Comissão: "*o que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio*". E conclui: "*Justifica-se a antecipação de tutela pelo* princípio da necessidade, *a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a* efetividade *da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato*".[2]

Já NELSON NERY JUNIOR a conceitua como: "*Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante a execução* lato sensu, *com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento*".[3]

Enfim, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA conclui que "*a tutela antecipatória é, portanto, um provimento jurisdicional satisfativo, concedido liminarmente no processo de conhecimento e com base em cognição sumária*".[4]

---

[1] BERMUDES, Sergio. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 28.
[2] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Processo Civil Brasileiro no limiar do novo século*, ps. 80/81.
[3] JUNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil comentado*, p. 748.
[4] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lineamentos do novo Processo Civil*, p. 51.

3 Requisitos essenciais para a sua concessão

Basta uma leitura nos termos do novo art. 273 para se concluir que os requisitos ou pressupostos exigidos, no caso, *são dois: I* – a prova "inequívoca" a convencer o juiz da "verossimilhança" da alegação da parte requerente, *e II* – o fundado receio de dano irreparável (ou de difícil reparação) *ou* o abuso de direito de defesa (ou manifesto propósito protelatório do réu).

Analisemos os dois requisitos:

I - De início, o que significa a prova inequívoca?

Lexicamente, o termo "inequívoco" é aquele em que não haja equívoco, que não deixa dúvida, claro, evidente, como registram os dicionários.

Juridicamente, equivale à prova robusta, clara, provável, convincente para que tenha o pedido probabilidade de êxito na sentença. Nem precisa ser somente a prova documental, mas também, quando a questão de mérito for só de direito (art. 330, I) ou, quando os fatos narrados independem de prova (art. 334), ou mesmo ainda a prova pericial (laudo) ou auto de corpo de delito, como o auto de inspeção judicial (art. 440, CPC), a prova contratual do negócio, a sentença de justificação (art. 866, CPC), e, também, a prova testemunhal, inclusive o depoimento pessoal e a confissão, na instrução do processo, segundo alguns processualistas, já que não existe momento preclusivo para se antecipar a tutela, que pode ser concedida "a qualquer tempo", desde que antes da sentença.

Tudo isso, é óbvio, deve estar a exigir a verossimilhança (semelhança com a verdade, ou a aparência ou "evidência" do direito) da alegação dos fatos narrados pelo requerente. Que esses fatos sejam verdadeiros. É o conteúdo ético do processo (art. 14), sob pena de litigância de má-fé (art. 17), segundo os processualistas citados neste trabalho.

Enfim, o respeitado CÂNDIDO DINAMARCO ensina que "*é inevitável, em qualquer processo, a presença do trinômio – certeza, probabilidade, risco. A sabedoria do juiz reside em dispensar os rigores absolutos de uma certeza, aceitando a probabilidade adequada e dimensionando os riscos que legitimamente podem ser enfrentados*".[5]

[5] DINAMARCO, Cândido. *A reforma do Código de Processo Civil*. p. 146.

II – Já o segundo requisito, isto é, o "*fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*", que integra o primeiro, corresponde ao *periculum in mora*, isto é, ao perigo da demora da prestação jurisdicional, que, geralmente, acontece com a maioria das ações, devido ao formalismo do processo, à estrutura precária do judiciário e ao acúmulo do serviço para poucos juízes. O receio deve ser fundado, idôneo, sério, e o dano deve ser iminente, concreto, ameaçador de um bem da vida a ensejar cuidado imediato, de urgência, assim como na medicina existe cirurgia de emergência para salvar o paciente.

Alternativamente (e, não, cumulativo), existe outro requisito, também integrante do primeiro, que é a caracterização do "*abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*" (item II). São exemplos de abuso de direito de defesa todos os casos de litigância de má-fé (art. 17), como a argüição das preliminares do art. 301, sem o mínimo fundamento legal, como, ainda, a argüição de exceções de suspeição ou de impedimento do juiz ou do promotor ou do serventuário (art. 138), também sem embasamento legal. Já como manifesto propósito protelatório do réu, pode-se caracterizar pelo uso indevido do intercâmbio processual de precatórias ou rogatórias para diversas comarcas do País ou do exterior com o objetivo, apenas, de prolongar o processo, em prejuízo do autor.

Qualquer um dos dois requisitos é suficiente para justificar a antecipação da tutela, e o momento de sua aplicabilidade vem a seguir.

4 Momento processual próprio para requerê-la e ser concedida

Segundo a análise do § 5º do art. 273, não existe um momento preclusivo, durante o processo, para a concessão da tutela antecipada, porque, concedida ou não, o processo prosseguirá até final sentença. Assim, preenchidos os dois requisitos exigidos, poderá (deverá) ser requerida e concedida "a qualquer tempo", antes do julgamento, como poderá também ser revogada ou modificada, a qualquer tempo em decisão fundamentada (§ 4º) ou pela própria sentença, se houver prova em contrário.

O *caput* do art. 273 fala em requerimento da "*parte*", que pode ser tanto o autor como o réu (em processo de natureza dúplice).

Mas, *para o autor*, qual o momento processual próprio para requerê-la?

Existem *dois* momentos para o autor: 1. "*No pedido inicial*", conforme esclarece o *caput* do mesmo artigo, como *liminar*, *inaudita altera parte*, devido à urgência do pedido, para não tornar a medida ineficaz. Toda medida de urgência só tem valor com a liminar requerida e concedida na própria inicial, e cum-

prida, de pronto, ou o mais breve possível, em casos especiais, assim como na medicina existe a cirurgia de emergência para salvar o paciente. Negada a liminar, nega-se a própria urgência, e o processo se transforma em um mero e demorado processo de conhecimento, ordinário, que não mais atende ao objetivo pretendido, conforme o caso.

O termo *liminar* vem do latim (*limen - liminis* = porta, entrada). E a porta de entrada dos autos do processo é a petição inicial. Havendo urgência do pedido, requer-se na própria inicial ao juiz que o mesmo seja deferido, liminarmente, de pronto, *sem ouvir o réu*, junto com o pedido de citação e que seja cumprido o mais rápido possível para se evitar o dano iminente ao requerente. Primeiro, cumpre-se a liminar deferida, e, logo após, cita-se o réu para contestar, querendo. Este ato, esclarece NELSON NERY JR., "*não constitui ofensa, mas, sim, limitação imanente do contraditório, que fica* diferido *para momento posterior do procedimento*".[6]

DE PLÁCIDO E SILVA define a palavra liminar, "*do latim* liminaris, *de* limen *(porta, entrada) para indicar tudo o que se faz inicialmente, em começo. Liminar, pois, quer exprimir desde logo, sem mais tardança, sem qualquer outra coisa... Liminar é o que vem no início*".[7]

Convém esclarecer, no entanto, que nem toda liminar é requerida e concedida no início, embora regra geral, mas pode ser concedida após justificação prévia ou após citado o réu (art. 273, II) e nem por isso, já ultrapassada a porta de entrada, deixa de ser liminar. O prof. TEORI ALBINO ZAVASCKI esclarece mais: "*liminar será o provimento que atende, em caráter provisório, parcial ou integralmente, o que o autor pede como provimento definitivo. Pouco importa, para este efeito que a decisão tenha sido proferida* initio litis *ou não*".[8]

2. O segundo momento *para o autor* é quando se caracteriza o abuso do direito de defesa (ou manifesto propósito protelatório do réu), disposto no inciso II do art. 273.

Neste caso, o réu já foi citado e já teve o consagrado direito de defesa. Mas, **abusar** desse direito já se torna litigância de má-fé (art. 17), como também argüir preliminares infundadas do art. 301, e ainda exceções de suspeição ou de impedimento com o fim único de prejudicar o autor. Nesses casos, o autor, na oportunidade da impugnação da contestação, poderá requerer a antecipação, e o juiz poderá (deverá) concedê-la na fase saneatória do processo, se presente o primeiro requisito.

[6] JUNIOR, Nelson Nery. Obra citada, p. 749.
[7] SILVA, De Plácido e. *Dicionário jurídico*, v. III e IV, p. 91.
[8] ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, p. 162.

E, para o réu, qual o momento processual de se requerer a antecipação da tutela?

Segundo o ensino de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO será "*nos casos de reconvenção em que ele é autor reconvinte; na oposição, em que o opoente é o autor; no chamamento ao processo, contra o réu originário e os chamados ao processo*".[9]

5 O termo "poderá" na tutela antecipada

É consenso geral entre os processualistas afirmar que, em face dos termos do art. 273, é dever geral de cautela do julgador antecipar a tutela, de pronto, desde que preenchidos os requisitos exigidos. Para isso foi feita a reforma, no caso. É a tutela de urgência ou emergência para evitar dano irreparável ou de difícil reparação ao requerente, assim como, na Medicina, repita-se, existe a cirurgia de emergência para salvar o paciente.

Eis o ensino taxativo de KAZUO WATANABE, professor da USP: "*Se presentes os pressupostos legais, a antecipação da tutela é um direito da parte, e, não, medida dependente de discricionariedade do juiz*".[10]

Também, o ensino do autorizado NELSON NERY JUNIOR: "*Embora a expressão 'poderá' constante do art. 273 possa indicar faculdade e discricionariedade do juiz, na verdade, constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente*".[11]

Como, ainda de THEODORO JÚNIOR: "*Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual, que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou*".[12]

Mais contundente é a advertência de J. E. CARREIRA ALVIM, professor da PUC-RJ: "*Como a concessão do provimento jurisdicional não é mais uma graça do Estado, mas um direito da parte, preparem-se juízes e tribunais para o*

[9] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no Processo Civil*, p. 51.
[10] WATANABE, Kazuo. *A antecipação dos efeitos da tutela pretendida*, p. 43.
[11] JUNIOR, Nelson Nery. Obra citada, p. 749.
[12] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Obra citada, p. 81.

exercício de sua nobre missão de outorgar tutela, na forma da nova lei, não devendo o termo 'poderá' ser entendido como um passaporte para a omissão, deixando para a sentença o que, segundo a lei, deva ser, de logo, antecipado".[13]

Isso porque, em incidentes de tal natureza, o juiz estará exercendo o juízo *vinculado*, e não *discricionário*. No caso, há estreita vinculação à lei e à Constituição, e não discricionariedade.

Daí, esclarece CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO que "*as decisões dos Juízes não são convenientes ou oportunas, não as melhores ou as piores em face da lei, elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que sejam*".[14]

6 Distinções entre a tutela antecipada e a cautelar

A distinção essencial entre as duas tutelas, como, de início, se percebe, é que a concessão da tutela antecipada (art. 273) adianta "*os efeitos do mérito do pedido na própria inicial*", no processo de conhecimento; tem caráter satisfativo, enquanto a medida ou tutela cautelar preserva, apenas, o mérito, o previne para o êxito do processo principal. O elemento específico da cautelar é a "*prevenção*", como já esclarece a Exposição de Motivos do Código Buzaid (nº 11), sem caráter satisfativo, pois.

Essa diferença essencial exige, também, requisitos ou pressupostos diferentes para a concessão de cada uma, como não poderia deixar de ser.

Assim, para concessão da cautelar específica ou típica, bastam o *fumus boni juris* (a fumaça ou aparência do bom direito) e o *periculum in mora* (o perigo da demora da prestação jurisdicional), mas, para a concessão da tutela antecipada, não bastam só esses dois requisitos, exige-se prova sem equívocos, clara, com probabilidade de êxito do pedido, como se na própria sentença fosse, conforme procuramos analisar.

Antes da reforma do art. 273, os juízes, a requerimento da parte, à falta de previsão legal específica, usavam do poder cautelar das inominadas previstas nos arts. 798/799 para cumprir função satisfativa, que não lhes era própria. Agora, com o novo dispositivo do art. 273, criou-se um divisor de águas a separar as duas funções distintas que cabem à tutela antecipada e à tutela cautelar. Hoje, a ação

[13] ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil reformado*. p. 103.
[14] MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 26.

cautelar se destina, exclusivamente, às medidas cautelares típicas ou específicas, previstas nos arts. 813/887, isto é, ao arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão etc. As pretensões de antecipação satisfativa do direito material, previstas nas medidas inominadas dos arts. 798/799, doravante somente poderão ser requeridas na própria ação de conhecimento (art. 273), que é a antecipação da tutela jurisdicional, conforme ensinam THEODORO JÚNIOR[15] e TEORI ALBINO ZAVASCKY[16], professor da UFRS.

Enfim, a tutela cautelar visa a garantir a *eficácia* do processo principal, a fim de que a prestação jurisdicional definitiva não se torne inócua; já a antecipação da tutela visa proteger o direito subjetivo da parte, antecipando, ainda que provisoriamente, o bem pleiteado a fim de que ela não sofra prejuízo.

Em outras palavras: no processo principal, cuida-se do bem; no cautelar, cuida-se da sua segurança; antecipar é satisfazer; cautelar é garantir. Antecipar para melhor tutelar. A cautelar previne (meio) a futura tutela (fim).

JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM cita vários exemplos para se estabelecer a linha divisória entre a tutela jurisdicional e a medida cautelar:

"*a. a entrega de um bem apreendido é antecipação da tutela;*

b. a suspensão do leilão desse bem é tutela cautelar;

c. a anulação de uma assembléia (de sociedade ou condominial) é antecipação, a suspensão da sua eficácia é cautela;

d. a entrega do bem na reivindicatória (ou na imissão de posse) é antecipação; o mero seqüestro é cautela;

e. a entrega do bem na possessória é antecipação; o seqüestro desse bem é cautela;

f. a entrega de valores confiscados é antecipação; o seu depósito em conta judicial é cautela;

g. a baixa de um título protestado é antecipação; a suspensão do protesto é cautela;

[15] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II, p. 616.
[16] ZAVASCKY, Teori Albino. Obra citada. p. 164.

h. a anulação de um edital é antecipação; a suspensão da eficácia de alguma de suas cláusulas é cautela;

i. a entrega da guarda de pessoa ou coisa é antecipação; a sua apreensão provisória é cautela;

j. o pagamento dos alimentos definitivos é antecipação; o pagamento de alimentos provisórios é cautela;

k. a anulação de uma penalidade é antecipação; a suspensão da sua eficácia é cautela;

l. a entrega de um quadro ao seu dono é antecipação; o seu depósito para que não seja alienado é cautela;

m. a matrícula de um aluno numa escola é antecipação; a mera reserva de vaga é cautela".[17]

7 A tutela antecipada reforçou ou esvaziou as cautelares nominadas e inominadas?

THEODORO JÚNIOR responde: "*Não eliminou o poder de cautela do juiz, nem tampouco esvaziou o processo cautelar de seu natural e importante conteúdo, que é preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal*".[18]

Também é o esclarecimento de CARREIRA ALVIM: "*Que as inovações, ora introduzidas pelo Código de Processo Civil, não tiveram o propósito de neutralizar o processo cautelar, senão o de complementar o elenco do gênero 'tutelas de urgência' (...) destinadas a atender a situações que não possam aguardar o término do processo principal para obviar ou reparar eventual lesão de direito. O provimento antecipatório, que, antes, era possível quase só no âmbito do processo cautelar, espraia-se agora para todo o processo de conhecimento, numa indiscutível consagração do poder geral de cautela do juiz*".[19]

Conclui-se que a antecipação da tutela não eliminou as cautelares, mas apenas as regulamentou, "purificou", no ensino do professor Albino Zavascky

[17] ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da Reforma Processual*, p. 180.
[18] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Obra citada, p. 616.
[19] ALVIM, J. E. C. *Idem*, p. 150.

continuando as cautelares típicas ou específicas, previstas nos arts. 813/887, no seu procedimento de preservação, autônomo, preparatório, de caráter não satisfativo, e as cautelares atípicas ou inominadas (art. 798/799), sendo substituídas, encampadas, reforçadas pela antecipação da tutela no próprio processo de conhecimento, porque têm caráter satisfativo.

Eis a conclusão de TEORI ALBINO: "*Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na* própria *ação de conhecimento... Postulá-las em ação cautelar, na qual os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos,* significará fraudar o art. 273 do Código de Processo Civil, *que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca*"[20] (grifamos).

8 Podem as medidas cautelares típicas ser requeridas no próprio processo principal?

Entendemos que sim e, em socorro ao nosso entendimento, reiteramos a lição de TEORI ALBINO ZAVASCKY: "*Várias dessas atividades, desenvolvidas tradicionalmente em processos apartados de execução cautelar, foram transportadas de sua sede autônoma para* dentro *do processo de conhecimento, no qual passarão a ser cumpridas mediante ordens ou mandados expedidos ali mesmo pelo juiz*"... e conclui: "*Parece certo, todavia, que não mudou apenas o código de processo: mudou o sistema processual*"[21] (grifamos).

Como também de ROGÉRIA DOTTI DÓRIA, mestra da UFPR: "*Segundo Roberto Armelin, o legislador brasileiro teve dois objetivos ao criar a tutela antecipatória: um sistêmico e um pragmático. O primeiro foi o de 'dar a César o que é de César', ou, em outros termos, fazer cessar a generalização do processo cautelar em tutelas satisfativas. O segundo, ou seja, o objetivo pragmático, foi o de evitar o duplo processamento para produção de um resultado único. Deixou de ser necessário, portanto, o ajuizamento de uma ação cautelar (com liminar) e de uma ação principal (de conhecimento) para se chegar a um mesmo objetivo*".[22]

E esclarece mais: "*A inovação trouxe a vantagem de diminuir a sensação de desgosto e angústia do advogado que se via obrigado a promover um processo*

[20] ZAVASCKY, Teori Albino. Obra citada, p. 45.
[21] ZAVASCKY, T. A. *Idem*, p. 3.
[22] DÓRIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*, v. 1, p. 43.

principal que não lhe interessava apenas para obter uma providência urgente"... "*enquanto antes da reforma processual só se podia obter uma decisão liminar através de processo cautelar (com algumas exceções em procedimentos especiais), após 1994 as partes passaram a poder requerer decisões liminares em ações de rito ordinário*".[23]

No meu prático entendimento, concluo que a antecipação da tutela veio dar mais força ao juiz para conceder as cautelares típicas ou nominadas (o arresto, busca e apreensão, suspensão do protesto, separação provisória de corpos, alimentos provisionais, por exemplo), já no próprio processo principal - de conhecimento ou de execução - porque se pode o mais, com o adiantamento dos efeitos do mérito, por que não pode o menos? Já as cautelares inominadas, usadas, antes, *impropriamente,* com caráter satisfativo, deverão ser usadas, agora, só no próprio processo de conhecimento, onde está regulado o art. 273, conforme analisado no nº 7.

9 A decisão que antecipa ou nega a tutela

Desde logo, procura esclarecer CARREIRA ALVIM: "*Prescrevendo o § 1º do art. 273 que 'na decisão que antecipa a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento', pode parecer que a lei tenha chovido no molhado. No entanto, a prática diuturna do foro revelou, apesar de todas as disposições, legais e constitucionais, uma despreocupação (senão omissão) da parte dos juízes, em fundamentar as decisões, limitadas, muitas vezes, a um singelo 'concedo a liminar' ou 'denego a liminar' sem que a parte saiba as razões do conhecimento, positivo ou negativo do julgador*".[24]

Claro já está no Código de Processo Civil (art. 165) que "*as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas ainda que de modo conciso*".

Somente os despachos do juiz não estão sujeitos à fundamentação, porque não são atos decisórios, mas ordinatórios para a marcha do processo; e, assim, até o servidor deve praticá-los, por ofício, segundo os termos novos do § 4º do art. 162, dos quais não cabe recurso algum (art. 504).

Também a atual Constituição manda (art. 93, IX) que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

O autorizado LOPES DA COSTA já ensinava: "*A motivação é de ordem pública e a sua inobservância acarreta nulidade absoluta, podendo ser conhecida de ofício pelo juiz; para quem sustenta tratar-se de nulidade relativa, a sua decretação depende de requerimento da parte*".[25]

[23] DÓRIA, Rogéria Dotti. Obra citada, p. 44.
[24] ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código do Processo Civil Reformado*, p. 125/126.

Por isso, a preocupação do legislador, no caso, pela sua importância e gravidade, para não deixar dúvida quanto à motivação da decisão, de conceder ou negar a antecipação da tutela, de não parecer ato arbitrário do juiz.

10 Legitimidade de parte ou quem pode requerê-la?

O art. 273, ao condicionar a antecipação da tutela "*a requerimento da parte*", proíbe o juiz concedê-la de ofício em consonância com o art. 2º, como não poderia deixar de ser. Mas qual a parte pode requerê-la?

É ensinamento dominante entre os processualistas que não só o autor "*no pedido inicial*", como o réu-reconvinte, que, na reconvenção, autor é (art. 315), ou nas ações de caráter dúplice, como, por exemplo, nos casos de pedido contraposto, previsto nos arts. 278, § 1º, e 922, CPC.

Também o Ministério Público, o *terceiro* interveniente, poderá requerê-la, em certos casos, e até o devedor, como autor, na ação autônoma dos embargos do executado.

Vejamos o esclarecimento de GUSMÃO CARNEIRO: "*A antecipação da tutela será apreciada a requerimento da parte, ou seja, da parte que formulou o pedido inicial (art. 273* caput). *Assim, pode ser requerida pelo autor; pelo reconvinte, que, na reconvenção, autor é; a requerimento do opoente, autor na ação de oposição; pelo autor, contra o réu originário e os chamados ao processo. Em certos casos, não será descabido prever a AT pelo devedor, como autor na ação incidental de embargos do devedor. Também podem requerer a AT os intervenientes, como o assistente litisconsorcial, e ainda o Ministério Público, quando presente como 'custos legis' e a benefício da pessoa assistida ou protegida*".[26]

Esse entendimento é esposado, também, por CALMON DE PASSOS (*Inovações no CPC*, Forense, 1977, p. 23), SÉRGIO BERMUDES (*A reforma do CPC*, Freitas Bastos, p. 35) e NELSON NÉRY JÚNIOR na obra citada.

[25] COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. III, p. 295/6.
[26] CARNEIRO, Athos Gusmão. Obra citada, p. 51.

11 Como harmonizar os dois princípios constitucionais - o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica ou da ampla defesa?

No caso da tutela antecipada, estão em confronto dois grandes e fundamentais princípios constitucionais:

De um lado, "*o direito de acesso à Justiça*" em casos de "*lesão ou ameaça de direito*" (art. 5º, XXXV, CF) a fim de obter, em prazo adequado, a eficaz prestação jurisdicional, para se evitar dano irreparável à parte. É o princípio da efetividade da jurisdição, conferida ao Estado-juiz, monopolizador da jurisdição, já que é vedado fazer justiça com as próprias mãos.

De outro, está "*o devido processo legal*", assim entendido o processo que assegure aos litigantes "*o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes*" (art. 5º, LIV, CF). É o da segurança jurídica ou o princípio da "*igualdade processual*".

Como conciliar esses dois direitos fundamentais das partes?

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR responde que, no caso, resta lançar mão de princípios exegéticos como o da "*necessidade*" e o da "*proporcionalidade*". Pelo primeiro princípio, somente se admite uma "*solução limitadora*" do direito fundamental quando "*é real o conflito entre diversos princípios constitucionais*". Pelo princípio da proporcionalidade, deve-se "*apenas se limitar ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios*"... e arremata: "*O processo devido, destarte, é o processo justo, apto a proporcionar àquele que o utiliza uma real e prática tutela*"... "*No entanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação que se dá em molde de provisoriedade, abre-se pleno contraditório e a ampla defesa, para, só a final dar-se uma solução definitiva à lide*".[27]

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO procura esclarecer mais: "*Note-se que o respeito ao devido 'processo legal' é mandamento maior que assiste não só ao réu como também ao autor o qual será então protegido pelas medidas de urgência - como antecipação da tutela e as medidas cautelares, reservando-se o contraditório pleno para momento processual posterior. Aliás, não constitui, nem de longe, devido processo legal aquele que se arrasta por longos anos para dar resposta ao jurisdicionado*".[28]

[27] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Obra citada, p. 608/9.

[28] CARNEIRO, Athos Gusmão. Obra citada, p. 10.

Já o também conceituado OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA pergunta e argumenta, em resumo: "*O 'devido processo legal' é um privilégio processual reconhecido apenas aos demandados? Ou, ao contrário, também os autores terão direito a um processo 'devido', capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática - não apenas teórica - de suas pretensões?*".[29]

Enfim, é didático e oportuno repetir o ensino de Nelson Nery Junior, de que a concessão imediata da tutela *inaudita altera parte* "*não constitui ofensa, mas, sim, limitação imanente do contraditório que fica* diferido *para momento posterior do procedimento*", na obra citada.

12 Cabe a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública?

É questão altamente polêmica em que divergem os processualistas e a jurisprudência dos nossos tribunais.

Todavia, em princípio, entendemos que *sim*, em casos especiais, porque o novo art. 273 não a proíbe, expressamente, assim como proíbe, por exemplo, a penhora dos entes públicos, o usucapião de terras públicas e até a concessão de liminar nas possessórias das pessoas jurídicas de direito público, *sem prévia* audiência de seus representantes (art. 928, parágrafo único, CPC).

Entender ao contrário, *radicalmente*, seria tratamento desigual, desumano e prepotente contra o cidadão necessitado em caso de dano iminente, mesmo porque é a Fazenda Pública, o Estado, *o maior autor ou réu* a emperrar a máquina judiciária (e poderíamos repetir que "*o governo é o principal responsável pela insegurança jurídica do país, decorrente de enxurrada de medidas provisórias*") com inúmeras causas, seus prazos quádruplos e em dobro, duplo grau de jurisdição, ordem de precatórios com sua tormentosa fila de espera, tornando quase infindáveis os processos, pelo que chega a desanimar o cidadão comum de pleitear os seus direitos básicos em juízo.

Urge, pois, o Estado-juiz, o Judiciário (*jus + dicere*) dizer o direito, valorizar a pessoa humana, dando a cada um o que é seu.

Em síntese, então, quando *não cabe e quando cabe* a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública?

[29] *In* MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 213.

Para a corrente *contrária*, o principal argumento é a vedação imposta pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997 (fruto da "*comentada*" MP 1.570, de 26.03.97), que disciplina e altera a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, dispondo logo em seu artigo 1º, abrangendo inclusive o mandado de segurança, que, em síntese, *não se concederá a medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e quaisquer vantagens pecuniárias a servidor público, e, mesmo a sentença que tenha por objeto a liberação desses recursos, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado*, inclusive de suas autarquias e fundações.

Assim também seu outro argumento forte é que, se a própria sentença, prolatada contra a entidade pública está sujeita ao reexame obrigatório, como garantia do processo legal, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo Tribunal (art. 475, CPC), a tutela antecipatória, concedendo o próprio direito pleiteado pelo autor, *através de simples decisão interlocutória*, com maior razão, não poderá ter força para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior que o próprio corpo (sentença).

Na esteira desse entendimento, vem a jurisprudência do nosso egrégio Tribunal de Justiça de Minas, que nos interessa mais de perto: "*Agravo de instrumento - IPTU - Tutela antecipada - Fazenda Pública. - A tutela antecipada contra a Fazenda Pública somente se justifica em casos especialíssimos, dada a dificuldade de execução da tutela concedida sem o reexame necessário da decisão*" (Ag. nº 000.179.862-8/00, 5ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. José Francisco Bueno, *DJ*, 11.05.00).

E mais: "*Tutela antecipada - Fazenda Pública - Impossibilidade. - Não se concede tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando presentes as restrições definidas na Lei 9.494/97. Precedentes dos Tribunais Superiores e, ainda por se tratar de medida que, se concedida, estaria sujeita ao reexame necessário, o que, certamente, retardaria o andamento do processo. Recurso provido*" (Ag. Instr. nº 000.170.176-2/00, 5ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. Campos Oliveira, *DJ*, 24.02.00).

E ainda: "*Tutela antecipada - Fazenda Pública - Pagamento de vantagens - Inadmissibilidade. - Inadmissível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública que importe pagamento antecipado de vantagens pecuniárias, ainda que relevantes as razões de direito. Inteligência do art. 1º da Lei nº 9.494/97*" (Ag. Instr. nº 000.183.844-0/00, 1ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. Páris Peixoto Pena, *DJ*, 20.06.00).

Concluindo, em síntese, essa respeitável corrente contrária à antecipação da tutela entende que esta é *incompatível* com os termos da mencionada Lei

9.494/97, com o reexame obrigatório (art. 475, CPC) e o sistema de precatórios (art. 100, CF).

Passemos, agora, a examinar a corrente *favorável* à antecipação da tutela contra a Fazenda.

Seu primeiro argumento é o princípio básico constitucional do art. 5º, XXXV, de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário *nenhuma lesão ou ameaça de direito* ou o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Segundo essa corrente de opinião, o art. 5º, XXXV conteria um "*princípio-garantia* fundamental", ao passo que o art. 100, *caput*, CF, conteria, apenas, uma norma de "*caráter* procedimental", motivo pelo qual a preeminência deveria ser do primeiro dispositivo mencionado, isto é, sendo o art. 5º, XXXV, uma "*norma fundamental*", o pagamento de quantia devida pela Fazenda Pública, no caso em estudo, poderia ser feito *sem* precatório-requisitório nos débitos de natureza alimentícia, pelo menos, que já gozam de preferência na ordem cronológica dos precatórios (art. 100, CF), mas, mesmo assim, demorada.

Para alguns autores, como a respeitável professora TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, "*o art. 730 CPC (execução contra a Fazenda) tem de ser interpretado no conjunto e no contexto do atual CPC, inclusive à luz do art. 273, sendo, pois, a interlocutória que concede a antecipação apta a gerar a expedição do precatório. O recurso obtido ficaria, neste caso, à disposição do juízo* (...)'". "*Ademais, a inclusão do art. 273 demonstra a opção do legislador, nitidamente, quanto à* efetividade *da Justiça, e não quanto à segurança, pelo menos quando se configurarem os pressupostos ensejadores de sua aplicação*".[30]

Quanto à obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, no caso, sabe-se que não é ele previsto em nossa Constituição, desde a República, embora disponha, claramente, sobre os órgãos do Poder Judiciário - os Tribunais - segundo grau de jurisdição - de competência originária e recursal.

Por isso, o citado mestre paranaense LUIZ GUILHERME MARINONI argumenta que o dogma do duplo grau de jurisdição "*não é garantido constitucionalmente nem pode ser considerado um princípio fundamental de justiça. Mais importante que o duplo grau é o princípio que garante a todos o direito de acesso à Justiça, o qual tem como corolário, como já foi dito, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional*".

[30] *In* WAMBIER, Luiz Rodrigues *et allii*. *Curso Avançado de Processo Civil*, p. 355.

E mais, baseado em lição do renomado Mauro Cappelletti: "*A melhor doutrina italiana sustenta, há muito, que o duplo grau reflete, historicamente, uma idéia hierárquico-autoritária da jurisdição e do Estado, e que o princípio gera, na realidade, uma profunda desvalorização dos juízos de primeiro grau*".[31]

No meu entender, não deixam de ser argumentos simpáticos, de grande alcance social a serem reexaminados pelos legisladores a fim de se mitigar, pelo menos, o duplo grau para maior efetividade da tutela dos direitos básicos do cidadão, nos casos em exame.

Sabe-se que o inconformismo com a decisão *única* é manifestação comum do ser humano, desde a Antiguidade. Porém, deve ser voluntário, e não imposto pelo Estado.

Talvez, por isso, também surgiu a recentíssima Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, alterando o mencionado art. 475 CPC, ao dispor, no seu § 2º, que a sentença não está sujeita ao duplo grau, quando a condenação ou direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, e no § 3º também quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Outra vitória da antecipação da tutela é também a reforma do art. 520 do CPC pela mesma Lei 10.352/01, ao conferir só o efeito devolutivo da sentença, que "*confirmar a antecipação dos efeitos da tutela*" (item VII, art. 520), o que significa que poderá ser executada provisoriamente, mesmo em face da Fazenda, porque nada ressalvou, e mesmo porque a reforma está buscando a efetividade do processo.

Como se vê, já se está dessacralizando, suavizando o rigor do duplo grau, assim como reforma do CPC caminha para a sumarização (e, não, ordinarização) do processo, como exemplo os Juizados Especiais (que não possuem o duplo grau de jurisdição, propriamente) para a maior efetividade da Justiça.

Assim também caminha a jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça, só restrita aos termos da proibição da referida Lei 9.494/97, que é o pedido mais comum, mas *não é o único*, como se sabe: "*Tutela antecipada contra a Fazenda Pública - Possibilidade - Presença dos requisitos. - Há restrição à antecipação de tutela contra Fazenda Pública apenas quando se pretende obter vantagens financeiras ou econômicas que resultem em ônus imediato para a mesma.*

[31] MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 208/209 e 214.

Evidenciando-se os requisitos exigidos pelo artigo 273 do CPC, de forma inequívoca, é de se conceder a medida antecipatória" (Ag. Instr. 000.183.708-7/00, 1ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, *DJ*, 13.06.00).

No mesmo sentido: "*Tutela antecipada - Fazenda Pública. - Pode ser concedida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública desde que o provimento não vise à concessão de vantagens pecuniárias ou aumento dos vencimentos de servidores públicos*" (Ag. Instr. nº 000.181.732-9/00, 1ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, *DJ*, 02.05.00).

Também do Tribunal Regional Federal, 4ª Região: "*Antecipação da tutela - Fazenda Pública - Lei nº 9.494, de 1997. - É de se dar interpretação restritiva às normas que proíbem o deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Satisfeitos os requisitos do art. 273 do CPC, não se pode ter por proibida a concessão de medida antecipatória que assegure a fruição, por parte da viúva, companheira ou outro beneficiário, de benefício de pensão decorrente do falecimento de servidor militar*" (TRF 4ª R. - AI 2000.04.01.071132-6 - RS - 3ª T. - Rel. Juiz Teori Albino Zavascki - *DJU*, 18.04.2001 - p. 305).

Ainda do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: "*Processual Civil e Administrativo - Agravo de instrumento - Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública - Cabimento - Segurada - Auxílio-doença - Acidente de trabalho - Distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho - Dort* - Fumus boni juris *e* periculum in mora *comprovados - Concessão de liminar. - 1. A decisão do Supremo Tribunal Federal em sede da ação declaratória de constitucionalidade nº 04, não impede peremptoriamente a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, só havendo vedação nos casos específicos insculpidos na Lei nº 9.494/97, ou seja, quando dizem respeito a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento e extensão de vantagens, não se estendendo a ações em que o servidor público, litigando na condição de segurado, pleiteia a concessão de auxílio-doença. - 2. Restando comprovado o liame de causalidade entre a doença de que foi acometida a servidora (Dort) e o exercício da atividade laborativa (*fumus boni iuris*), somado ao evidente risco concreto, atual e iminente de progresso das lesões provocadas por seu ofício (*periculum in mora*), restam evidenciados os requisitos essenciais para concessão da liminar em medida cautelar. Conhecer e desprover. Unânime*" (TJDF - AGI 20000020049155 - 1ª T. Cív. - Relª. Desª. Ana Maria Duarte Amarante - *DJU*, 09.05.01 - p. 16).

Pelo exposto, queremos concluir: 1 - Com o mesmo entendimento da conceituada professora Tereza Arruda Alvim, na obra citada, de que a Lei 9.494/97 "*ao querer dificultar, impor óbice à concessão de antecipação da tutela contra a*

Fazenda Pública, veio, na verdade, reconhecer ser possível a antecipação de tutela contra a Fazenda, já que praticamente determinou em que condições deve ser concedida", quais são, entre outros muitos casos, por exemplo, as concessões de auxílio doença ao servidor, benefícios de pensão por falecimento do titular, indenizações, em geral, por ato ilícito de servidor, pedido de suspensão de contribuição dos aposentados, de suspensão de exigibilidade de crédito tributário que não são aumento de vencimentos, mas, reparações de dano, verdadeiros alimentos, todos objetos de antecipação da tutela; 2 - Se a condenação ou o direito controvertido, no caso, for de valor não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, ou a sentença estiver fundada em jurisprudência do Plenário do STF, etc. (novos §§ 2° e 3° do art. 475 do CPC), não haverá o duplo grau, e a sentença, que o confirmar, poderá ser executada provisoriamente, segundo o novo item VII do art. 520 CPC; 3 - Já que foi mitigado o rigor do duplo grau, até com a execução provisória da sentença, possível será abolir ou acelerar o sistema dos precatórios, no caso, norma apenas procedimental, para "*não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*", sob pena de se "*constituir ato atentatório ao exercício da jurisdição*", segundo, também, a recente reforma do art. 14 do CPC e seu parágrafo único, pela Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001.

13 Recurso cabível da decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela antecipada

O próprio Código, em seu art. 162, esclarece que "*os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos*".

"*Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa*" (§ 1°), do qual cabe apelação (art. 513).

"*Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente*" (§ 2°), do qual cabe agravo (art. 522).

"*São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo*" (§ 3°), dos quais não cabe recurso algum (art. 504).

Sabido é que a decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela antecipada é interlocutória, porque resolve uma questão incidental, dentro do processo, sem pôr fim ao mesmo (e, portanto, cabe agravo de instrumento), e, embora antecipe ou negue a tutela jurisdicional, sabe-se que a medida é provisória, porque o processo prosseguirá até final julgamento, conforme determina o § 5° do mesmo art. 273.

Esse é o entendimento tranqüilo de todos os processualistas.

Basta citar o ensino de CÂNDIDO DINAMARCO: "*O ato judicial que concede ou nega a tutela antecipada é decisão interlocutória, e, não, sentença. Sequer seria necessária a explicitude do § 5° do art. 273, para saber-se que 'concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento'. Como decisão interlocutória que é (CPC, art. 162, § 2°) esse ato está sujeito ao recurso de agravo (art. 522), sendo manifesta a inutilidade do agravo retido nesse ato. O agravo de instrumento devolve ao Tribunal todas as questões relacionadas com a decisão de conceder ou negar a tutela antecipada - seja no tocante à legalidade, aos fatos, exame da prova, valoração ética etc*"[32]

14 Conclusão

Pelo que procuramos *desenvolver* neste trabalho, forçoso é reconhecer e concluir que de nada adianta afirmar, retoricamente, que "*Justiça atrasada é uma injustiça*", se os operadores do Direito - processualistas, juízes, promotores, advogados e serventuários - não tiverem a sensibilidade para perceber que a demora do processo sempre beneficia o réu que não tem razão, preservando, em seu patrimônio, o bem pleiteado em juízo pelo autor, em prejuízo deste.

Se esse réu for, então, o Estado, a Fazenda Pública, com prazos em quádruplo e em dobro, obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, precatórios - mais parecendo regime facista - o cidadão comum, até ver a sua pretensão concretamente *satisfeita*, já do objeto do pedido não tem as mesmas condições de usufruir, ou já morreu.

Por tudo isso, urge tirar bom proveito da mais importante reforma do Código, ultimamente, que é a antecipação da tutela, nos casos nela expressos, não podendo os juízes criar obstáculo ao interpretar o sentido da prova inequívoca, nem interpretarem o termo "poderá" como facultativo, mas como um dever-poder do juiz, como ainda incentivar as partes a ajuizar a cautelar específica no próprio processo principal, quando cabível, por medida também de economia e celeridade processual.

Também em face da Fazenda Pública é cabível a antecipação da tutela, conforme procuramos analisar.

Esperamos, enfim, com este trabalho simples, mas didático, ter contribuído de alguma forma, para o estudo mais profundo da polêmica matéria e para a efetividade do processo.

---

[32] DINAMARCO, Cândido. Obra citada, p. 148.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da Reforma Processual*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Código de Processo Civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

DÓRIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 1. ed., v. 1, São Paulo: RT, 1999.

FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionaridade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: São Paulo, 1999.

NERY, Nélson Júnior. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Novos perfis do Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

THEODORO, Humberto Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *O Processo Civil Brasileiro no limiar do novo século*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso avançado de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

-:::-

Notas e Comentários

ELEIÇÃO DIRETA PARA O STF?!

Dr. Ricardo A. Malheiros Fiuza (*)

Mais uma vez se defende a eleição popular para os magistrados. E agora se fala mesmo em eleição direta para os componentes do nosso Supremo Tribunal Federal!

No tocante ao sistema de eleições para o ingresso na carreira da magistratura, já me posicionei absolutamente contrário, mostrando que a Europa toda, o Japão e o nosso Brasil adotam o salutar sistema de concurso público para a nomeação de seus julgadores.

Quanto à eleição direta para o Supremo Tribunal, ponho-me mais radicalmente contra, pelos mesmos motivos, quais sejam, a imiscuição direta do futuro ministro na disputa partidária, sua presença em debates de campanha e seu comprometimento no financiamento da eleição, sem se falar no despreparo do eleitorado!

Basta uma rápida "viagem" no Direito Comparado pelos Estados mais civilizados e democráticos do mundo, para se chegar à conclusão de que o sistema de eleição direta dos membros dos Tribunais Superiores não é o usado. Senão vejamos:

Na *Grã-Bretanha*, a mais alta jurisdição ordinária é exercida pela Câmara dos Lordes ou, mais precisamente, pelos onze lordes judiciais, que dela fazem parte, designados vitaliciamente pela Rainha, sob proposta do Primeiro Ministro, deles se exigindo que tenham desempenhado uma alta função judicial durante dois anos ou tenham advogado por quinze anos. A *British Law Society* tem papel importante na indicação dos *Judicial Lords*.

(*) Professor da Faculdade de Direito "Milton Campos", de Belo Horizonte.

Na *França*, o Alto Tribunal de Justiça é constituído por vogais eleitos entre os membros da magistratura e, em número igual, pela Assembléia Nacional e pelo Senado da República, a seguir a cada revogação geral ou parcial dessas câmaras.

Na *Alemanha*, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula da Justiça Comum, é composto por Juízes, altos funcionários públicos e procuradores nomeados pelo Gabinete, em conjunto com uma "Comissão de Seleção de Juízes", constituída pelos ministros estaduais de Justiça, e em igual número de membros, eleitos pelo Parlamento Federal.

Na *Suíça*, a Constituição Federal estabelece que os 30 membros e os 15 suplentes do Tribunal Federal devam ser nomeados pela Assembléia Federal bicameral, levando em conta a representação das três línguas oficiais (alemão, francês e italiano), entre cidadãos elegíveis para a câmara alta helvética.

Na *Itália*, os magistrados da Corte de Cassação são recrutados por concurso curricular, podendo ser chamados ao cargo, por mérito insigne, juízes, professores universitários de Direito e advogados, esses com prática mínima de quinze anos, com inscrição na ordem dos advogados da superior instância. A indicação é feita pelo Conselho Superior da Magistratura.

Na *Espanha*, o Tribunal Supremo tem seus componentes nomeados pelo Rei, por proposta do Conselho Geral do Poder Judiciário, que é órgão de composição mista, isto é, formado de Juízes e de não-Juízes.

Em *Portugal*, o Supremo Tribunal de Justiça tem sua composição estabelecida em lei ordinária, a qual prevê que, em cada cinco vagas no Supremo, três sejam preenchidas, através de indicação do Conselho Superior da Magistratura, pela promoção de Desembargadores das Relações (equivalentes aos nossos Tribunais de Justiça); uma por representante do Ministério Público; e uma por escolha entre professores universitários de Direito ou advogados. O número de componentes é prescrito por lei. O presidente do Supremo Tribunal de Justiça português é eleito pelos seus pares.

No *Canadá*, os sobrejuízes da Suprema Corte são nomeados livremente pelo Executivo (leia-se pelo Primeiro Ministro), com a tradição de o serem entre ilustres profissionais do foro e, algumas vezes, entre professores do ensino jurídico.

Nos *Estados Unidos*, os nove *justices* da Suprema Corte, literalmente vitalícios, são nomeados pelo Presidente da República após *rigorosa* sabatina feita pelo Senado, recaindo a escolha em *juristas* altamente qualificados, não importando a sua atividade anterior (magistrados, advogados, professores, procuradores e até mesmo políticos militantes). A *American Bar Association*, que congrega os

profissionais do Direito norte-americanos, é uma força considerável na indicação dos "candidatos".

No *Japão*, a Suprema Corte é composta de um Juiz-Presidente nomeado pelo Imperador e mais 14 Juízes nomeados diretamente pelo Parlamento bicameral japonês. A Constituição nipônica tem um dispositivo curioso, determinando que a nomeação de cada Juiz da Suprema Corte será revista pelo povo, numa espécie de *recall*, quando das eleições para o Parlamento. Nunca ocorreu tal tipo de rejeição, até agora...

No *Brasil*, a Constituição estabelece que o Supremo Tribunal Federal se compõe de onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, dentre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. O Presidente da República e os Senadores é que são eleitos pelo povo!

O fato de o Ministro da nossa mais alta Corte ser nomeado pelo Chefe do Executivo choca algumas pessoas, pensando em comprometimento político (o que pode ocorrer, sim, no sistema de eleição direta). Tal não acontece, normalmente, pois mesmo ex-políticos quando togados (ou tocados) pelas vestes do Supremo parece que se vêem protegidos das influências. Basta lembrar diversos episódios nesse sentido, principalmente na época mais dura da "Revolução", quando Ministros nomeados por Juscelino, Jânio, Jango e até mesmo por Castello Branco, chegavam, no entanto, a decisões unânimes da maior gravidade.

Cumpre aqui lembrar também que, dos oito *justices* da Suprema Corte americana que, unanimemente, obrigaram o Presidente Nixon a entregar as fitas de Watergate, quatro haviam sido nomeados por ele mesmo. E a decisão que o levou à renúncia foi lavrada pelo *chief-justice* Burger, também indicado por Nixon.

A afirmação de que "*a corrupção que hoje existe no Judiciário evidentemente não proveio de eleições*" merece dois reparos. Primeiro, que a possível corrupção dos Juízes é mínima neste Brasil de corrupções; e segundo, é perguntar: as eleições estão evitando a crise moral que grassa (sem graça) neste País?

-:::-

A LINGUAGEM DO JUIZ (*)

Des. Gildo dos Santos (**)

1. O eminente Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo, Desembargador Luiz Elias Tâmbara, convidou-me para falar nesta oportunidade, o que aceitei de pronto, e muito agradeço, por dois motivos.

O primeiro, pela admiração, respeito e amizade que lhe tenho. Admiração pela sua serenidade e fidalguia. Respeito pela sua erudição. Amizade que nos une e que pretendo cultivar sempre, para honra minha.

O segundo motivo, porque, numa época em que não se tem tempo para nada, por vezes, não paramos para pensar sobre coisas que parecem tão simples e que, todavia, são tão importantes.

2. Por isso, aproveito esta valiosa ocasião, em que se encontram e se confraternizam os eminentes Desembargadores Corregedores-Gerais da Justiça dos Estados e do Distrito Federal, para expor preocupação nossa, dos Juízes de São Paulo.

É possível que, nas outras Unidades da Federação e na Capital Federal, não haja os mesmos problemas, mas, eventualmente, podem existir. Refiro-me aos que são relacionados à *linguagem do magistrado.*

Assim, parece válido expressar essa preocupação, até mesmo para que a Justiça de São Paulo possa receber, nessa matéria como em tantas outras, a colaboração dos eminentes Corregedores-Gerais da Justiça, que nos honram sobremodo com sua prestigiosa presença e sua importante palavra.

3. A Constituição Federal, no capítulo referente à nacionalidade, dispõe que a língua portuguesa é o idioma oficial da nossa República (art. 13).

(*) Palestra proferida no XXXI Encontro Nacional do Colégio de Corregedores-Gerais da Justiça dos Estados e do Distrito Federal, em 03.04.2003, em São Paulo.

(**) Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

É forma de comunicação por meio da palavra escrita ou oral e, por isso, deve ser bem utilizada por todos, principalmente pelos Poderes constituídos.

4. No que tange aos juízes, é por ela que nos expressamos nos despachos, nas decisões, nas sentenças, nos acórdãos, na condução do processo, na realização das audiências, nas nossas relações com o Ministério Público, advogados, partes, cartorários, peritos e público em geral.

5. Falar sobre ela é também dizer sobre a conduta do juiz, sobre o seu estilo, que estão, de certo modo, ligados à sua linguagem, e que são tão importantes quanto esta.

Por isso, num momento em que considero existir uma verdadeira *crise na linguagem do juiz*, tentarei fazer esta reflexão sobre a palavra escrita e, também, sobre a oral, considerando-a em três aspectos: o do vernáculo, o jurídico, o ético.

6. Começo pelos dois primeiros, lembrando-me do que escreveu o eminente Desembargador ALEXANDRE GERMANO, no Informativo *Integração*, da Escola Paulista da Magistratura: "*escrever bem, antes de ser uma arte, é uma técnica, que exige conhecimentos de gramática e estilo, mas se desenvolve e aperfeiçoa com a prática da redação. Para isso, são necessários recursos técnicos (escrever o quê, para quem?), adquiridos com o constante exercício da reflexão, da leitura e do trabalho silencioso de escrever...*".

A propósito, ao lado da lei, o maior instrumento de trabalho do juiz é a língua portuguesa, porque a sua profissão se exerce por meio da palavra, escrita e oral, aplicando a legislação aos casos concretos que lhe são submetidos para julgamento.

Daí, já se vê a alta relevância, não apenas de conhecer a lei e o Direito, mas de ter o perfeito domínio do idioma, sem o que o magistrado não consegue bem cumprir a sua tarefa.

O mau conhecimento da língua, cada vez mais notado no exame dos autos dos processos, por vezes prejudica o entendimento do que a sentença declara, outras vezes revela certo despreparo ou, no mínimo, descuido do magistrado quanto ao léxico.

Impõe-se, assim, que o juiz domine o nosso idioma. Ninguém pode bem expressar as suas idéias, de modo compreensível, se não tiver seguro conhecimento da língua pátria.

Sabe-se que, para o demandante, o principal ato do processo é a petição inicial, que fixa até os parâmetros da sentença.

Para o juiz, todavia, o resultado da sua mais importante atividade no processo é a sentença.

Esta é ato de inteligência, de lógica e de vontade, de sorte que há de ser clara, precisa, com linguagem escorreita.

Afinal, o magistrado escreve para as partes, para os advogados, para a sociedade. Em conseqüência, deve fazer-se entender, deve persuadir sobre aquilo que afirma.

Sabe-se que o direito e a lei não convivem bem com os adjetivos, mas, sim, com os substantivos e os verbos. E não se harmoniza bem principalmente com os adjetivos de significação abstrata.

Em conseqüência, os qualificativos devem ser evitados. São inúteis. Em vez de dizer que "*o réu é mau pagador, useiro e vezeiro em não honrar o que deve*", basta afirmar que ele deixou de pagar a dívida na forma, prazo e local convencionados.

O estilo da sentença há de sempre merecer cuidados. Como disse MÁRIO GUIMARÃES, "*Ponha o juiz na forma também o seu carinho. O aprimorado da linguagem facilita a veiculação das idéias e revigora os meios de convencimento*" (*O juiz e a função jurisdicional*, p. 359).

É desse mestre, também, a orientação de que a citação de juristas não deve ser abusiva, mas somente no que se fizer necessário. O hábito de transcrever textos ou trechos em língua estrangeira deve ser evitado, senão abolido. As partes, os advogados, a coletividade, enfim aqueles a quem é dirigida a sentença, não têm interesse nisso, mas apenas em que a sentença seja justa.

Tais transcrições podem sugerir que o juiz queira demonstrar erudição, porém isso nenhuma importância tem para aqueles que esperam a sentença.

Isso vale, por igual, para as extensas lições mesmo de mestres nacionais, salvo se tiverem a única finalidade de persuadir a respeito de questão jurídica controvertida.

Quanto às lições de doutrinadores em outros idiomas, não é demasiado lembrar que o próprio Código de Processo Civil dispõe que "*Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo*" (art. 156).

Já breves expressões latinas, porque incorporadas à linguagem forense, não ficam mal, se usadas com moderação, como de resto, é verdade, tem sido a sua utilização, sem exageros.

Expressões de gíria ou palavras vulgares, entretanto, não devem ser utilizadas pelos magistrados, pelo menos no exercício da judicatura. Afinal, a Justiça tem a sua dignidade.

Infelizmente, porém, não é o que vem acontecendo. Palavras vulgares têm aparecido, com alguma freqüência, em textos judiciais, menos por desconsideração ao idioma, e mais por desconhecimento do léxico.

A repetição desnecessária de expressões também é condenável. Enfeiam o texto. E a sentença, se, além de justa, for bela, melhor.

E isso será conseguido, se a linguagem tiver clareza, precisão, concisão e simplicidade.

Como disse o eminente Desembargador Geraldo Amaral Arruda, o estilo conciso é uma conquista da experiência individual, o que, portanto, só se adquire com o tempo. Assim, para os novos juízes, basta que, ao menos, não sejam prolixos, que não escrevam longos e intermináveis períodos, que se abstenham de repetições sempre desnecessárias.

A clareza, a precisão e a simplicidade, no entanto, são exigíveis desde logo, mesmo para os novos magistrados.

A clareza se obtém a partir da observância da ordem direta, do uso de palavras adequadas, com frases simples. A concisão impõe que o juiz seja objetivo, escrevendo apenas o que for útil à exposição de suas idéias. A simplicidade se alcança ao deixar de usar palavras difíceis, empoladas, períodos emaranhados e divagações.

Como a sentença deve utilizar exatamente as palavras que a legislação registra, aí, o repeti-las não fica mal, se são aquelas previstas nas leis, porque, por vezes, não há outra para melhor significar o que se quer expressar. Assim, o vocábulo *posse*, numa ação possessória. Para guardar o seu rigor técnico e legal, não se encontra outro melhor, senão a própria palavra *posse*, que assim pode ser repetida várias vezes, como lembra THEOTONIO NEGRÃO ("A linguagem do advogado", *Revista do Processo*, v. 49/83, 1988).

Já no aspecto ético, a linguagem merece cuidados iguais ou até maiores.

É certo que quase todos os advogados e membros do Ministério Público são corteses e respeitosos com os juízes e tribunais, mas, se isso não acontece, a serenidade é a primeira qualidade que o juiz deve pôr nas audiências e na sentença.

É verdade que só a experiência cria a segurança necessária para lidar com situações inesperadas, principalmente durantes as audiências. Nada tem de elogiável, no entanto, o espetáculo de um juiz irado.

Veja-se que, no âmbito dos tribunais, onde têm assento juízes, com muitos anos de carreira, é raro que algum deles se preocupe com a necessidade de manter ordem na Corte.

De qualquer sorte, ouso afirmar que a maior preocupação há de ser quanto ao aspecto ético da linguagem dos juízes.

De uns tempos a esta parte, é pena, tem aumentado o uso de termos deselegantes e até ofensivos. Dir-se-á que é sinal dos tempos em que vivemos, com linguagem desabrida nos meios de comunicação de massa, na sociedade, na escola e na família.

Felizmente, os juízes que assim procedem não são muitos, se comparados ao seu número total. A repercussão, porém, é grande, pois se trata de magistrados de quem se espera conduta exemplar, na qual se inclui o seu linguajar.

O mal, entretanto, não é de agora. É antigo.

Já no final de 1978, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão plenária, considerava observação do Conselho Superior da Magistratura relativa à impropriedade da linguagem notada em decisões, sentenças e acórdãos, e até mesmo em despachos lançados nos autos.

Afinal, a intemperança de linguagem pode imprimir aos atos judiciais agressividade ou falta de elegância, que não condizem com a serenidade que se espera da magistratura, tudo isso agravado pela publicidade que é inerente a esses mesmos atos.

Disso têm resultado até processos disciplinares, que poderiam ser evitados, com uma dose de prudência, cautela e respeito, que se devem mutuamente todos os que trabalham nos fóruns e tribunais.

Não se concebe que um juiz empregue ironia ou coloque reticências no final de uma frase, como a insinuar algo.

A sua linguagem há de primar pela serenidade, seriedade e sobriedade. Já se disse que o povo quer que o juiz seja mais do que um homem, mas, no fundo, ele é apenas um homem. Ocorre que, na sua função, representa o Estado, a quem não se concede fazer ironias, assacar ofensas ou aplicar palavras ambíguas.

7. Por tudo que acabo de dizer, quero fazer exatamente a mesma sugestão do eminente Desembargador GERALDO AMARAL ARRUDA, quando afirmou, referindo-se aos novos juízes: "*A nossa proposta é a de convidar esses jovens a uma parada para reflexão, para a tomada de consciência de suas falhas em matéria de linguagem, e, a partir daí, começar o desenvolvimento de um plano de estudo, que pode até mesmo ter orientação, mas que convirá seja fundamentalmente autodidático. A proposta não se volta, portanto, para a criação de curso regular em moldes convencionais. Entendemos que todo o nosso sistema de ensino tende a ser apassivante e que não há conveniência em se criar mais um curso sem a garantia de que ele fugiria aos vícios próprios das nossas escolas. Qualquer orientação a jovens magistrados deve partir da apuração do senso crítico, o qual não se limita às questões de linguagem, mas pode perfeitamente começar por aí*" (*A linguagem do juiz*, Editora Saraiva, p. 7).

Bem, é hora de terminar.

Que possa sair deste Encontro Nacional, por obra dos eminentes Corregedores-Gerais da Justiça do País, uma conclusão, se possível uma proposta, de se oferecer aos juízes, principalmente aos novos, estímulo e ensinamento a respeito da linguagem que devem empregar, tudo para o bem deles, do Poder Judiciário e da comunidade, destinatária de toda a missão jurisdicional.

-:::-

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

1 CORTE SUPERIOR

CRIME CONTRA A HONRA DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO - *PROPTER OFFICIUM* - LEGITIMIDADE PARA A AÇÃO PENAL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA - OFENDIDO - AÇÃO PENAL PRIVADA - ADMISSIBILIDADE - PARLAMENTAR - OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS - IMUNIDADE MATERIAL - SUBTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL, CIVIL, DISCIPLINAR OU POLÍTICA - OFENSAS VERBAIS NO EXERCÍCIO DE MANDATO - QUEIXA-CRIME - REJEIÇÃO

- A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos.

- Se as ofensas verbais guardam estrita correlação com o exercício do mandato parlamentar, não há falar em ocorrência de crime, eis que o deputado tem garantia constitucional de inviolabilidade de opiniões, palavras e votos (Constituição Federal, art. 53, *caput*).

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 111.937-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

Ementa oficial: Processo Penal - Processo-crime de competência originária - Crime contra a honra de funcionário público, *propter officium* - Legitimidade para a ação penal - Ministério Público: ação penal pública condicionada. Ofendido: ação penal privada. Admissibilidade. Direito Penal. - A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. Se as ofensas verbais guardam estrita correlação com o exercício do

mandato parlamentar, não há falar em ocorrência de crime, eis que o deputado tem a garantia constitucional de inviolabilidade de opiniões, palavras e votos - Constituição Federal, art. 53, *caput*.

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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR RECEBIMENTO À QUEIXA.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2003. - *Gudesteu Biber* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Apregoadas as partes, encontrava-se presente, pelo Ministério Público, a Dra. Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa, que se absteve de falar.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Preliminarmente. O querelado levanta a preliminar de ilegitimidade ativa do querelante para movimentar a ação penal.

Malgrado a posição já adotada por esta Corte Superior, rejeito a preliminar.

Entendo que a jurisprudência tem evoluído no sentido de se permitir a ação penal privada nos crimes contra a honra de funcionário público *propter officium*.

A afirmativa de que, em se tratando de ação penal condicionada à representação do ofendido, é monopólio exclusivo do Ministério Público, hoje já é superada. Ninguém, mais que o ofendido, tem interesse na propositura da ação. A legitimação do Ministério Público é concorrente, e não exclusiva.

Quando do julgamento do *HC* nº 76.735-1-CE, de que foi Relator o culto Ministro Sepúlveda Pertence, o colendo Supremo Tribunal Federal enfatizou: "*II - Ação penal: crime contra a honra de funcionário público* propter officium*; legitimação concorrente do Ministério Público, mediante representação, ou do próprio ofendido (cf. Revisão da Jurisprudência do STF, no Ag. Reg. Pet. 726, Pertence,* RTJ, *154/410;* LEX, *188/378)*" - *DJU* de 28.08.98, p. 2.

Outra não foi a linha de entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do *HC* nº 7.469-RS, de que foi Relator o Ministro Vicente Leal: *DJU* de 17.08.98, p. 91.

"*Penal.* Habeas corpus. *Crime contra a honra de funcionário público.* Propter officium. *Legitimidade para ação penal. Ministério Público. Ação penal pública condicionada. Ofendido. Ação penal privada. Admissibilidade.*

- O dogma constitucional que institui o direito da inviolabilidade da honra, inscrito no inciso X do artigo 5º da CF/88, de natureza personalíssima, não pode ser restringido por força de dispositivo material, que confere exclusivamente ao Ministério Público o monopólio da tutela penal da honra de funcionário público ofendido propter officium, *em ação pública condicionada à representação.*

- Em razão do mencionado preceito, é inafastável a tese da legitimidade do ofendido, quando funcionário público, na tutela do direito a sua honra, promovendo ação penal privada, concorrente à competência do Ministério Público.

- Recurso ordinário desprovido".

Ninguém tem mais interesse na apuração de ilícito contra honra que a pessoa ofendida. A iniciativa concorrente do Ministério Público, mediante representação, é instrumento que a lei coloca à disposição do funcionário público ofendido, e não empecilho a que ele mesmo, entendendo conveniente, promova a competente ação penal privada. A iniciativa concorrente do Ministério Público é um *plus*, e não um *minus*.

Por um dever de lealdade, devo advertir aos eminentes Pares que esta Corte Superior tem sustentado, reiteradamente, posição contrária. Assim aconteceu no julgamento do PCO nº 230.210-7, de que foi Relator o eminente Desembargador Kelsen Carneiro (julgamento realizado em 27 de fevereiro p.p.), cuja ementa transcrevo:

"*Crime contra a honra. Funcionário público, no exercício do cargo, ofendido em razão de suas funções. Queixa-crime. Impossibilidade. Hipótese em que a ação é pública condicionada à representação. Queixa-crime rejeitada. - Em se tratando de ofensa irrogada a funcionário público no exercício de sua função, a ação penal é pública condicionada e seu titular o Ministério Público, não tendo o ofendido legitimidade para agir, na persecução punitiva, mediante queixa*".

No mesmo sentido julgado mais recente desta egrégia Corte Superior no PCO nº 231.551-3, de que foi Relator o Desembargador Luiz Carlos Biasutti (julgamento em 13 de novembro p.p.).

Naqueles julgamentos ficaram vencidos os Des. Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Zulman Galdino, Almeida Melo e Orlando Carvalho.

Rejeito a preliminar, filiando-me entre os vencidos.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Sr. Presidente. Quando recebi o seu voto, consultei o computador para verificação da tese esposada por V. Exa. em que foi acompanhado por alguns Desembargadores e deparei com o *Habeas Corpus* nº 74.649, de São Paulo, em que foi Relator o Ministro Ilmar Galvão, publicado em 11.04.1997, com julgamento em 18.02.1997, da Primeira Turma, nos seguintes termos:

"*A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, revista por ocasião do julgamento do Inquérito nº 766, em que foi Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, tem entendimento firmado na legitimidade concorrente tanto do ofendido em promover ação penal privada, quanto do Ministério Público para ação pública condicionada quando se cuida de ofensa* propter officium".

Assim, meu entendimento é exatamente no sentido de acompanhar o voto de V. Exa.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Sr. Presidente. A respeito desta matéria já me manifestei, inclusive sou daqueles

a que V. Exa., indiretamente, fez menção que têm posição contrária a essa defendida em seu voto.

Peço vista, pois gostaria de fundamentar melhor meu voto, inclusive parece-me que V. Exa. faz menção à minha decisão e à de outros julgadores.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. KELSEN CARNEIRO, APÓS VOTAREM O RELATOR E O REVISOR, AMBOS AFASTANDO PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo querelante, o Dr. Rodrigo Teixeira Veloso.

O Sr. Presidente (Des. Gudesteu Biber) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 12.02.2003, a pedido do Des. Kelsen Carneiro, após votarem o Relator e o Revisor, ambos afastando preliminar de ilegitimidade ativa.

Com a palavra o Des. Kelsen Carneiro.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Pedi vista na última sessão para fundamentar melhor voto divergente daquele proferido pelo em. Relator, que, no caso, admitiu a legitimidade concorrente.

O art. 40, inc. I, letra *a*, da Lei 5.250/67, reproduzindo o disposto no art. 145, parágrafo único, do Código Penal, dispõe que a ação penal é pública condicionada à representação, tratando-se de funcionário público ofendido em sua honra funcional, cabendo queixa-crime direta somente no caso de omissão do Ministério Público.

Mencionado dispositivo se aplica porque as ofensas irrogadas a funcionário público, em razão do ofício por ele desempenhado, afetam diretamente o próprio interesse público, que se sobrepõe ao privado, tendo o Estado interesse em tutelar a honra funcional de seu servidor.

Esse entendimento se sustenta em uniforme doutrina a respeito da matéria, conforme prelecionam os mestres MIRABETE (*Código Penal Interpretado*, Ed. Atlas, 2ª ed., 2001, p. 937), DAMÁSIO DE JESUS (*Direito Penal* - Parte Especial, 2° v., 11ª ed., 1988, Saraiva, p. 209) e PAULO LÚCIO NOGUEIRA (*Questões Penais Controvertidas*, Ed. Leud, 6ª ed., 1994, p. 76).

Inúmeros precedentes jurisprudenciais igualmente apontam no sentido de que é pública condicionada à representação a ação penal, se a ofensa for irrogada a funcionário público, em razão das funções (*RT*, 697/362-3, 699/373, etc.).

É certo que, a partir de julgado do Supremo Tribunal Federal, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 154, p. 410/425, a jurisprudência, até então uníssona, vem-se modificando, para admitir a legitimidade concorrente do ofendido, julgado este, inclusive, mencionado nos dois votos precedentes, proferidos pelos Desembargadores Gudesteu Biber e Odilon Ferreira.

Examinando, no entanto, o inteiro teor da correspondente decisão, verifico que, além de a questão ali discutida ser diferente da tratada nestes autos, o acórdão não foi unânime.

Naquele julgamento, o que se discutia era se funcionário público, ofendido em razão do cargo, *após deixá-lo*, poderia propor ação privada. Os Ministros Celso de Mello e Moreira Alves, que entendiam que, mesmo após deixar o cargo, não poderia o funcionário público propor ação privada, ficaram vencidos. O Ministro Sepúlveda Pertence, Relator para o acórdão, admitiu a legitimidade concorrente do ofendido para a propositura da ação penal, estando ou não o funcionário público no exercício da função, embora a primeira hipótese não estivesse em discussão. Seu voto foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio Mello (este na íntegra), Paulo Brossard e Sydney Sanches. Estes dois últimos, no entanto, ressalvaram que a legitimidade concorrente somente poderia se dar em se tratando de *ex-funcionário público.*

Do exposto se conclui o seguinte: no referido julgamento, quatro Ministros (Celso de Mello, Moreira Alves, Sydney Sanches e Paulo Brossard) firmaram posição no sentido de que, tratando-se de funcionário público, no exercício do cargo, ofendido em razão de suas funções, a ação penal é pública condicionada, embora, repito, não fosse este o caso discutido; e dois (Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio Mello) no sentido da legitimidade concorrente.

Entretanto, inusitadamente, talvez pelo fato de a ementa não espelhar a real discussão havida, esta última posição, a da legitimidade concorrente, que naquele julgamento não refletiu o ponto de vista da maioria, mas de apenas dois Ministros daquela turma de seis, vem norteando e ilustrando alguns julgados que apontam o citado acórdão como paradigma, o que, *data venia*, me parece um tanto quanto precipitado.

Finalmente, não vejo no impedimento à ação penal privada, em casos como o deste processo, antagonismo algum com o princípio constitucional que garante a inviolabilidade da honra das pessoas, o que ocorreria apenas se a lei não assegurasse a tutela ao funcionário público, mas não é isso o que acontece. A transferência da titularidade da ação penal para o Estado lhe é até benéfica, na medida em que o desonera dos custos e incômodos que representa um processo e põe ao seu dispor um profissional do Direito dos mais capacitados, ou seja, um promotor ou procurador de justiça, valendo repetir que, no caso de inércia ministerial, transcorrido o prazo de 10 dias, do art. 40, § 1°, da Lei 5.250/67, o funcionário que se julga ofendido em sua honra, aí sim, pode, diretamente, apresentar a queixa-crime.

Pelo exposto, pedindo vênia ao ilustre Relator e ao Revisor, acolho a preliminar e rejeito a queixa-crime, por não admitir, na espécie, a legitimidade concorrente, ao contrário dos dois.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Sr. Presidente. Meu voto é no sentido de admitir a legitimidade concorrente. Por sinal fui eu quem divergiu do eminen-

te Des. Kelsen Carneiro, no julgamento realizado há tempos atrás, e V. Exa., Sr. Presidente, para satisfação nossa, também votou nesse mesmo sentido.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Sr. Presidente. Em julgamento anterior, já me posicionei de acordo com o voto que V. Exa. proferiu. Nesse julgamento, gostaria apenas de pinçar um trecho do seu pronunciamento que, me parece, dilucida com muita clareza a questão:

"*Ninguém tem mais interesse na apuração de ilícito contra a honra que a pessoa ofendida. A iniciativa concorrente do Ministério Público, mediante representação, é instrumento que a lei coloca à disposição do funcionário público ofendido, e não empecilho a que ele mesmo, entendendo conveniente, promova a competente ação penal privada*".

Com essas colocações, também rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente. Com respeitosa vênia, acompanho o Des. Kelsen Carneiro.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo com o Relator, *data venia*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Sr. Presidente. Estou de acordo com o Des. Kelsen Carneiro, porque entendo que a legitimidade, no caso, é suplementar, e não concorrente.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente. A ação penal pública é estabelecida pelo Código Penal para os casos de crimes contra a honra, quando a ofensa se dirige contra o funcionário público porque, nesta hipótese, há o interesse público em apurar devidamente os fatos. Por essa razão é que a lei, efetivamente, outorga ao Ministério Público a iniciativa da ação penal.

No tocante à inviolabilidade da honra, princípio garantido e assegurado pela Constituição Federal, esse direito continua devidamente assegurado, independentemente da legitimidade concorrente, em face da ação penal subsidiária que a parte tem direito de propor na hipótese de inércia do Ministério Público.

Nessas condições, coloco-me de inteiro acordo com o voto do Des. Kelsen Carneiro.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Sr. Presidente. *Data venia*, estou de acordo com o voto de V. Exa. Penso ser interessante esta nova posição do Superior Tribunal de Justiça, que um ex-funcionário público pode manejar uma espingarda de dois canos, ou ele pode se beneficiar de ser funcionário público, com a ação pública condicionada, e ainda depois se valer da legitimidade também para, sozinho, independentemente de ser funcionário público, provocar a Justiça. Isso, para mim, constitui um privilégio que não deveria existir.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente. Não se pode negar que o direito é dinâmico e admite constante

evolução. No entanto, em casos como este, tenho velha posição firmada e sempre prestigiei a ação penal pública condicionada, não admitindo a legitimidade concorrente.

Por tal razão, acompanhando os votos proferidos nesse sentido, acolho a preliminar.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Com o Des. Kelsen Carneiro.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Acompanho o eminente Relator, rejeitando a preliminar.

Na Segunda Câmara Criminal, por mais de uma vez, tive oportunidade de enfrentar a matéria, entendendo legítima a pretensão do funcionário público em intentar a ação penal privada em defesa de sua honra.

O Superior Tribunal de Justiça, majoritariamente, pelas suas Turmas, de igual forma perfilha o mesmo entendimento. À decisão invocada pelo culto Relator acrescento os seguintes e recentes julgados: *HC* 15.884, originário do Ceará, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca; *HC* 20.914, originário do Pará, Relator o Ministro Gilson Dipp; REsp 335.004, de São Paulo, Relator o Ministro Félix Fischer; REsp 401.721, originário de Minas Gerais, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca. E o Supremo Tribunal Federal, de forma expressa, no *HC* 76.649, de São Paulo (não é aquele *habeas corpus* mencionado pelo eminente Relator Des. Kelsen Carneiro, e sim outro), relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, de igual forma defendeu a legitimidade concorrente.

Pelo exposto, desacolho a preliminar, acompanhando o Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. Quem tem mais interesse em defender a honra do que aquele que se sente desonrado? A Constituição de 1988 protegeu a honra como direito fundamental no art. 5º, de forma incondicionada. O Ministério Público geralmente funciona como um tutor de incapazes, quando ele patrocina questões relativas a menores, a loucos, e, em tempos passados, era comum que ele funcionasse em nome do Estado, até que o Estado organizou um aparelho de advocacia que o próprio Ministério Público reconhece como válido para afastar a sua presença de uma grande quantidade de processos. Ora, numa situação como esta, quem tem honra é o principal interessado em defendê-la. Quem não tem honra não tem o que defender. Querer colocar o Ministério Público como tutor de uma pessoa capaz e honrada é, *data venia*, posição ultrapassada, tendo em vista a consagração, como mencionei, do direito à inviolabilidade da honra como fundamental na Constituição de 1988.

O que, em tese, eu admitiria é que o Ministério Público tivesse a ação penal privada subsidiária naquele eventual interesse do Estado quando o desonrado, ou por não ter honra, ou por outro motivo qualquer, não tomasse a

iniciativa. Mas pretender-se que o Ministério Público tenha a primeira ação é infirmar o direito à dignidade, que é um direito personalíssimo, ou condicioná-lo à ação de terceiro, à ação do tutor ou do curador, que é a única função que o Ministério Público desempenharia em caso como este. Eu só afasto essas minhas considerações em situação em que a presença do agente público é acidental, ou seja, em que ele, efetivamente, não está agindo na matéria pública, quando nem seria o caso de se mencionar o Ministério Público. Entretanto, se é na condição de agente público que ele funciona, a honra dele não fica infirmada para ser defendida, em primeiro lugar, pelo Ministério Público.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo com o Relator.

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

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Rejeito a preliminar, *data venia.*

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Sr. Presidente. Esta matéria já foi debatida em outras oportunidades nesta Corte, e sempre defendi desde o primeiro momento a legitimidade concorrente, na esteira do voto de V. Exª., que acompanho, rejeitando a preliminar.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - Com a devida vênia, com o Relator.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Com o Relator, *data venia.*

O Sr. Des. Carreira Machado - Com o Relator.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Com o Relator.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - *Mérito:* Quanto ao mérito, acolho o lúcido parecer da Procuradoria de Justiça.

O querelado "*alega ter agido sob o manto da imunidade parlamentar material, que encontra previsão legal no artigo 53, da Constituição Federal*", onde se estipula que "*os deputados e senadores são invioláveis civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões e votos*".

O Dr. Campomizzi lembra a excelente lição de ALEXANDRE DE MORAIS, acentuando que "*A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar, por suas opiniões, palavras ou votos*". *In Direito Constitucional* - Atlas - 10ª ed., v. 1, p. 394.

Explica NÉLSON HUNGRIA que, "*nas suas opiniões, palavras ou votos, jamais se poderá identificar, por parte do parlamentar, qualquer dos chamados crimes de opinião ou crimes da palavra, como os crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, vilipêndio oral a culto religioso, etc., pois a imunidade material exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal*" (*in Comentários ao Código Penal* - Forense, 1978, v. 1, p. 188).

Parece-me não haver dúvida quanto às imputações atribuídas ao querelado. São delitos de opinião, palavras desfavoráveis à honra objetiva e subjetiva do querelante, consumados no exercício do mandato parlamentar e, conforme diz a Carta Magna, acobertados pela proteção da inviolabilidade, atribuída ao deputado.

As duas reportagens publicadas no Jornal *Hoje em Dia*, as conclusões da CPI, veiculadas no *Minas Gerais*, e as notícias do *AL Informa* são manifestações do querelado e dos outros parlamentares integrantes da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou o problema carcerário no Estado de Minas Gerais.

Como pondera o Dr. Procurador de Justiça, "*guardando estreita correlação com o exercício do mandato parlamentar, as ofensas verbais do querelado estão protegidas pela inviolabilidade das opiniões, garantia constitucional ao exercício do mandato parlamentar, motivo pelo qual não há que se falar em ocorrência de crime*".

Assim, rejeito a queixa-crime.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - No mérito, acompanho V. Exª., rejeitando a queixa-crime.

Os Srs. Desembargadores Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Corrêa de Marins, Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Carreira Machado e Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM RECEBIMENTO À QUEIXA.

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - SOBREPARTILHA - OMISSÃO DOLOSA OU FRAUDULENTA DE BENS NO DIVÓRCIO CONSENSUAL - RECURSO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Havendo omissão dolosa ou fraudulenta de bens, há que se proceder à sobrepartilha, procedimento cujo vínculo com a extinta relação conjugal é inegável. ***In casu*****, a competência para apreciar o recurso é deste Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 106, II, *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais.**

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 262.722-2/00 - Comarca de Campo Belo - 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, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITANTE (2ª CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de dúvida suscitada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com o objetivo de definir a competência para conhecer e julgar recurso de apelação interposto em ação de partilha de bens.

Sob alegação de que teria o réu, N.C.F., omitido propositadamente, na ação de divórcio, os dois imóveis do casal, adquiridos na constância do casamento, requereu a autora, A.F.F., a partilha dos aludidos bens, bem como a condenação do requerido nas sanções da litigância de má-fé.

Julgado improcedente o pedido, apelou a autora, tendo os autos sido encaminhados ao Tribunal de Alçada.

O ilustre Vice-Presidente daquele Sodalício, entretanto, determinou a remessa do feito a este Tribunal de Justiça, invocando o disposto no art. 106, II, *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

A Segunda Câmara Cível deste Tribunal, em acórdão relatado pelo Desembargador Nilson Reis, divergindo de tal entendimento, suscitou a presente dúvida de competência, ao argumento de que a questão seria de cunho eminentemente patrimonial, fundada na alegação de vício do ato jurídico praticado pelo apelado, não se enquadrando, pois, nas hipóteses relacionadas no referido dispositivo da Constituição Mineira.

No essencial, é o relatório.

A meu juízo, a hipótese dos autos é de sobrepartilha dos bens do casal, que a autora alega haverem sido adquiridos na constância do casamento e sonegados por seu ex-marido na ação de divórcio consensual, já homologado, motivo pelo qual não foram arrolados naquele processo.

Cuida-se, pois, de reflexo patrimonial do extinto vínculo matrimonial, matéria ligada ao Direito de Família.

Como cediço, a prévia efetivação da partilha na separação judicial é condição de procedibilidade da ação de divórcio indireto.

Contudo, o divórcio direto, consensual ou não, pode ser concedido

independentemente de prévia partilha de bens (*RT*, 727/111 e Súmula 197 do STJ).

Neste caso, não havendo acordo, a partilha dos bens do casal se faz em execução de sentença, mediante inventário ou arrolamento.

Havendo, contudo, omissão dolosa ou fraudulenta de bens (caso dos autos), há que se proceder à sobrepartilha, procedimento cujo vínculo com a extinta relação conjugal é inegável.

Com a devida vênia, entendo que a competência para apreciar o recurso é deste Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 106, II, *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Ao exposto, resolvo a presente dúvida pela competência da Segunda Câmara Cível deste Tribunal, para onde determino a remessa dos autos.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo e Sérgio Lellis Santiago - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Sr. Presidente. Faço parte da Segunda Câmara Cível, mas não participei do julgamento, não subscrevi o acórdão. Acompanho o Des. Hugo Bengtsson, pois entendo que a competência é do Tribunal de Justiça, não importa se a discussão se tornou remota, isso não lhe tira o fato de ser originária e congênita ao Direito de Família. Razão pela qual, com a vênia devida, entendo que a competência é do Tribunal de Justiça.

Os Srs. Desembargadores Bady Curi, Corrêa de Marins, Carreira Machado e José Antonino Baía Borges - De acordo com o Relator.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITANTE (2ª CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS PÚBLICOS - LAUDO MÉDICO - ASSINATURA - PAPEL TIMBRADO - INSCRIÇÃO - INDEFERIMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM

- Tendo o candidato ao concurso público para ingresso nos serviços notariais e de registros públicos do Estado de Minas Gerais apresentado, em tempo hábil, laudo médico assinado por três médicos, sendo dois vinculados ao

sistema oficial de saúde; considerando que o edital e a Lei nº 12.949/98 (art. 8º, VIII) exigem que a capacitação física e mental para o exercício da função se faça por intermédio de laudo firmado por junta médica de rede oficial, não exigindo que o referido laudo seja assinado pelos três médicos; e, ainda, não podendo a Comissão Examinadora exigir que o papel do atestado seja timbrado, é de se conceder a segurança impetrada pelo candidato contra ato do presidente daquela comissão que indeferiu a sua inscrição definitiva e dar pela existência do direito líquido e certo do impetrante de prosseguir no concurso.

- V.v.: - Apresentando o impetrante mero atestado de boas condições de saúde física, assinado por um único profissional, havendo pedido de reconsideração, ocasião em que juntou outro atestado médico assinado por três facultativos, ocorreu, nesta hipótese, desrespeito às normas do edital, não se vislumbrando direito líquido e certo, pelo que se denega a segurança. *(Desembargadores Hugo Bengtsson, Sérgio Resende e Zulman Galdino)*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 266.204-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Concurso de notários e registradores - Inscrição indeferida por irregularidade na assinatura do laudo médico - Pedido de reconsideração indeferido pela comissão do concurso - Decisão mantida pelo Conselho da Magistratura - Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM CONCEDER A ORDEM, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES HUGO BENGTSSON, SÉRGIO RESENDE E ZULMAN GALDINO.

Belo Horizonte, 09 de outubro de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de ação mandamental, contra ato praticado pelo Presidente da Comissão Examinadora do concurso para ingresso nos serviços notariais e de registros públicos do Estado de Minas Gerais.

Sustenta o impetrante haver promovido, em tempo hábil e na conformidade do Edital nº 001/99, sua inscrição para o preenchimento, na condição de titular, do Cartório de Registro de Títulos e Documentos e das Pessoas Jurídicas da Comarca de Araguari.

Aprovado em primeiro lugar na prova de conhecimentos, promoveu sua inscrição definitiva, acompanhada da documentação exigida no Edital, mas foi surpreendido com o indeferimento de tal inscrição por haver apresentado laudo médico firmado por um só profissional, em vez de apresentar laudo firmado por Junta Médica Oficial, consoante exigência do art. 8º, inciso VIII, da Lei Estadual nº 12.919/98.

Segundo o impetrante, o laudo foi escorreitamente firmado por três médicos, dois deles da rede oficial, mas sua lavratura não se fez em papel timbrado, daí o equivocado ato de indeferimento, lamentavelmente corroborado pelo egrégio Conselho da Magistratura.

Para sanar tal irregularidade, apesar de sua irrelevância, alega o impetrante que fez juntar aos autos respectivos, *a posteriori*, documentos outros, comprobatórios da vinculação de dois dos subscritores do laudo ao serviço público estadual.

Apesar de todas as cautelas, de iniciativa do requerente, indeferida restou sua inscrição definitiva, o que estaria a vulnerar seu direito líquido e certo, já que inexiste irregularidade no questionado laudo, além do que foi o impetrante aprovado, como dito alhures, na dianteira (1ª colocação) do aludido certame.

Dentre os documentos que instruem a inicial, destaca-se o acórdão de fls. 58/62, referente ao feito "Diversos nº 260.414-8.00", em que, vencido o Desembargador-Conselheiro Reynaldo Ximenes Carneiro e sendo Relator o Desembargador Carreira Machado, negou-se provimento ao recurso interposto, pelo impetrante, contra o ato indeferitório de sua inscrição, pela Comissão Examinadora de Concurso Público.

Na decisão de fls. 70/71, o Desembargador Francisco Lopes de Albuquerque, no último plantão de janeiro, indeferiu a liminar que, suspendendo a eficácia da decisão impugnada, ensejaria a inscrição definitiva do peticionário no aludido concurso.

Prestou o Presidente da Comissão Examinadora e 2º Vice-Presidente deste Tribunal as informações de fls. 80/81, opinando a douta PGJ pela concessão da segurança.

Às fls. 90/91, reiterou o impetrante, sem êxito, o pedido de liminar assecuratória do seu direito de continuar participando do concurso, salientando que o prazo de apresentação dos títulos se findaria em 07 de março último.

É o relatório.

A decisão proferida pelo Conselho da Magistratura confirma o entendimento esposado pela Comissão Examinadora de Concurso Público de que o ora impetrante teria apresentado o laudo médico com apenas uma assinatura.

De acordo com tal decisão, apesar de o laudo ter sido assinado por 3 (três) médicos, apenas 1 (um) seria vinculado ao sistema oficial de saúde.

Como se vê às fls. 60/62, durante o julgamento, pelo Conselho da Magistratura, do feito "Diversos nº 260.414-8.00", questionou-se o que foi alegado pelo requerente, na tribuna: a informação de que ele teria juntado documento comprovando que a segunda pessoa que assinou o laudo seria, como a primeira, também médico da rede oficial.

Foi reconhecida a procedência da afirmação supra, porém de nada adiantou para o requerente, ficando decidido que o mencionado documento deveria ter sido apresentado antes à Comissão.

Não comungo, *data venia*, desse entendimento.

O laudo médico, fls. 38, assinado por 3 (três) médicos, sendo 2 (dois) vinculados ao sistema oficial de saúde, foi apresentado em tempo hábil, quando da inscrição inicial no processo concursal.

O que foi juntado depois, sem qualquer prejudicialidade, foi o documento de fls. 49, que comprova serem os médicos José Marçal Ferreira e Marcela Rosa Dias (que assinaram o referido laudo) credenciados na rede oficial, posto que o atestado foi feito em papel timbrado do Ipsemg.

As assinaturas já constavam do laudo, desde o primeiro momento em que fora apresentado, e os médicos já integravam a rede oficial.

Desde a impetração do presente *mandamus*, foram apresentadas todas as provas necessárias à concessão da ordem, não havendo dúvidas de que fora lesado o direito líquido e certo do impetrante de prosseguir no concurso, com a garantia de sua inscrição definitiva.

O item 4.1 do Edital do concurso, em sua alínea *h*, exige que a capacitação física e mental para o exercício da função se faça "*através de laudo firmado por junta médica da rede oficial federal, estadual ou municipal*" e reitera essa exigência em seu item 9.1.1, do mesmo Edital, tudo em consonância com os parâmetros do art. 8º, inciso VIII, da Lei nº 12.949/98.

Não é exigência do Edital, nem da mencionada lei, que o laudo seja assinado por 3 (três) médicos, referindo-se apenas à junta oficial, que deve ser composta, obrigatoriamente, por, no mínimo, dois médicos.

E ainda, como se manifestou a PGJ, "*a Comissão Examinadora não pode exigir que o papel do atestado seja timbrado por entidade pública, mas firmado por peritos que integram junta médica oficial*".

Concedo, pois, a segurança, na esteira do parecer da Procuradora de Justiça, Drª. Hilda Maria Pôrto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Sr. Presidente. Apesar do mandado de segurança estar rotulado como sendo de Belo Horizonte, trata-se, na verdade, do Cartório de Registro de Títulos e Documentos e das Pessoas Jurídicas da Comarca de Araguari.

Eu não teria dificuldades em votar a matéria, todavia, por motivo de foro íntimo, declaro-me suspeito.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Declaro-me impedido de participar do julgamento do presente feito.

Os Srs. Desembargadores Gomes Lima e Luiz Carlos Biasutti - Com o Relator, concedo a segurança.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Com o Relator, *data venia*.

O Sr. Des. Almeida Melo - Concedo a segurança.

Os Srs. Desembargadores Lúcio Urbano e Francisco Figueiredo - Com o Relator.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Sr. Presidente. *Data venia*, vou ficar vencido.

O que vejo das peças que me foram remetidas é que, à fl. 17-TJ, o impetrante teria apresentado mero atestado de boas condições de saúde física, assinado por um único profissional.

Daí, às fls. 25/27-TJ, houve um pedido de reconsideração, quando ele juntou o atestado médico de fls. 38-TJ, assinado por três facultativos.

Houve, ao meu entender, *data venia*, desrespeito às normas do edital e, não vislumbrando direito líquido e certo, denego a ordem, com a mais respeitosa vênia.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Concedo a ordem, pedindo vênia, nos termos do voto do eminente Relator.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Declaro-me impedido.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Abstenho-me de votar, pois não estava presente no início do julgamento.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Acompanho o eminente Des. Hugo Bengtsson.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Com o Relator, *data venia*.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Com o Des. Hugo Bengtsson, *data venia*.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Com o Relator, *data venia*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Declaro-me impedido de participar do julgamento do presente feito.

O Sr. Des. Carreira Machado - Sr. Presidente. Também estou impedido; parece que fui, inclusive, o Relator para o acórdão, no Conselho da Magistratura.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Declaro-me impedido.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Declaro-me impedido.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES HUGO BENGTSSON, SÉRGIO RESENDE E ZULMAN GALDINO.

-:::-

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - EXECUÇÃO FISCAL ENTRE AS FAZENDAS PÚBLICAS ESTADUAL E MUNICIPAL - INEXISTÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 106, I, *J*, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- A competência originária a que alude o art. 106, I, *j*, da Constituição Estadual só existe em caso de demanda contendo fato político relevante, que se não divisa em mera execução fiscal.

AGRAVO REGIMENTAL Nº 269.185-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Execução fiscal entre as Fazendas Estadual e Municipal - Competência originária do Tribunal de Justiça (art. 106, *j*, da Carta Mineira, redação da EC nº 38/99) - Inexistência. - A competência originária a que alude a norma constitucional só existe em caso de demanda contendo fato político relevante, que se não divisa em mera execução fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, 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 NEGAR PROVIMENTO, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2002. - *Gudesteu Biber* (Presidente) - p/ *Lúcio Urbano* (Relator), conforme o art. 65, *h*, do RITJMG.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - A Fazenda Pública de Belo Horizonte intentou execução fiscal contra o Estado de Minas Gerais.

O executado apresentou embargos e ocorreu declinação de competência para este Tribunal (art. 106, letra *j*, da Carta Mineira).

A norma constitucional tem a seguinte redação:

"*Art. 106. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição: I - processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas: j) as causas e os conflitos entre o Estado e os Municípios, entre estes e entre as respectivas entidades da administração indireta*".

Simples leitura do texto e interpretação afobada conduzem à idéia de que todas as causas entre as pessoas de direito público seriam da competência originária do Tribunal de Justiça.

Assim não se dá, entretanto.

A egrégia Corte Superior, convocada ao exame da matéria, concluiu descaber originariamente ao Tribunal de Justiça o julgamento de toda e qualquer causa travada pelos entes

públicos, mas apenas aquelas que tenham substrato político relevante capaz de desequilibrá-los, valendo-se para tanto de antiga e assentada jurisprudência da Suprema Corte.

O STF, interpretando norma semelhante posta na Carta Federal (art. 102, I, *f*), reiteradamente tem decidido:

"*Hipótese excepcional de competência originária do STF, relativa a causas que envolvem possíveis violações ao princípio federativo, o que não ocorre ao caso dos autos, em que Assembléia Legislativa Estadual contende com autarquia federal (MS nº 23.482-DF, Relator Min. Ilmar Galvão). Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação da norma da alínea* f *do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal em casos como o dos autos, conforme decidido na ACO 417, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e na ACO 509, Rel. Min. Carlos Velloso*".

E estão citados:

"*STF: competência originária (inexistência): causa de autarquia previdenciária federal contra Estado-Membro. A firme jurisprudência do STF, mediante redução teleológica e sistemática do alcance literal do art. 102, I,* f, in fine, *da Constituição, exclui da sua competência causas entre autarquias federais e estados-membros, quando as primeiras, a exemplo dos Institutos Nacionais de Previdência, tenham sede ou estrutura regional de representação no território estadual respectivo. Precedentes.*

Constitucional. Competência originária do STF; autarquia federal vs *autarquia estadual. Competência da Justiça Federal de 1º grau. CF, art. 102, I,* f.

- I - A competência da letra f *do inc. I do art. 102, da CF, é para as causas que, por sua importância, podem pôr em risco a harmonia federativa.*

- II - Se a autarquia federal tem sede, filial ou escritório de representação ou de apoio no Estado-Membro com a qual estabeleceu o litígio, é da Justiça Federal de 1º grau, daquela unidade da federação a competência para o processo e julgamento da causa.

- III - Precedentes do STF: Acor 417, Pertence, RTJ, *133/1059; Acor 428-DF, Velloso,* RTJ, *136/890; Acor 359-SP, Celso Mello, Plenário; Acor 482-RJ, Velloso; Acor 490-PR, Velloso; Acor 476, Gallotti, Plenário; Pet 1286-Agr, Galvão, Plenário*".

Em vários despachos, o Exmo. Sr. 1º Vice-Presidente do TJ tem determinado a volta de autos de execução fiscal ao primeiro grau, fundamentalmente porque a Emenda Constitucional "*suprime um grau de jurisdição, além de extrapolar a competência interna dos Tribunais e modifica o CPC e a LEF*" (Execução nº 229.087-2-BH).

Em magnífico estudo do tema, o insigne Prof. JOSÉ RUBENS COSTA coloca que:

"a competência deduzida de preceitos, e não de princípios, do modelo federal somente cabe se impositiva das regras constitucionais dos parlamentos federais aos estaduais (art. 27, § 1º, CF)".

E mais:

"E, se legítima pudesse ser considerada a competência, por transposição daquela deferida ao Supremo Tribunal Federal, o conteúdo ou o campo de atribuições não poderia ser amplo e indistintamente considerado (pelas partes em litígio), senão pela matéria ou conteúdo constitucional relevante, o que implica total falta de autorização da alteração constitucional mineira. O modelo ou protótipo federal exige exata reprodução em todas as Constituições dos Estados, e, não, eventualmente em uma ou outra".

Ainda:

"Certamente extraiu, ainda, o legislador estadual a esdrúxula competência da autorização da Constituição Federal à Estadual para definir a competência dos tribunais estaduais (art. 125, § 1º, CF), texto que, como se percebe pela óbvia redação ('A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado'), apenas defere à Constituição do Estado a separação de competência recursal entre o Tribunal de Justiça e o de Alçada, o que, sob as Constituições anteriores, era, observada a competência originariamente deduzida, matéria da lei de organização judiciária local (art. 16, LOMAN, LC 35/79, por remissão do art. 112, parágrafo único, CF 1967, redação EC 7/77).

Não confere, entretanto, a Constituição Federal competência ao Estado-membro para criar competência de qualquer destes tribunais, sob pena de alteração de regras processuais, de exclusiva competência federal (art. 22, I, CF), com o que haveria tratamento processual não uniforme entre diversos Estados. Tratamento desigual aborrece, nitidamente, o princípio constitucional da isonomia. No mais, evidente que apenas se enunciam na Constituição do Estado as regras outras de competência, correspectivas do modelo federal, v.g., *competir aos tribunais a ação rescisória de seus julgados, etc., ou repetem-se as regras já determinadas, como a de processar Prefeitos perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X, CF). As regras modelo vêm por assimilação modelar cumulada com a dos outros tribunais,* v.g., *o julgamento originário de infrações penais ou ações cíveis, com qualificação pessoal (art. 102, I,* b, c, d, f, q*), respectivamente quanto ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I,* a, c, g, h*), Tribunais Regionais Federais (art. 108, I,* a, c, d*).*

A autonomia conferida pela Constituição Federal aos Estados, no que tange à organização do Poder Judiciário local, encontra, assim, limites na própria Constituição Federal, de modo que o Estado não pode, no uso (ou abuso) de sua competência, imiscuir-se em matérias de trato privativo da União Federal, como são as normas que disponham sobre direito processual (art. 22, I, da CF)".

Diante do exposto, tenho como competente o Juiz da 3ª Vara da Fazenda Municipal, e nego provimento.

Custas, *ex lege.*

Os Srs. Desembargadores Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Corrêa de Marins, Orlando Carvalho, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão e Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Como decidi, ao julgar a ADIn nº 276.780-4/00, em 9 de outubro de 2002, a interpretação da nova redação da alínea *j* do inciso I do art. 106 da Constituição do Estado de Minas Gerais, introduzida pela Emenda à Constituição nº 38, de 7 de janeiro de 1999, vale para causas e conflitos que possam causar ruptura à integridade do Estado ou grave instabilidade política, que justificariam a ação imediata e originária da cúpula do Poder Judiciário do Estado. Não é o caso de simples ação de consignação de pagamento tributário a pessoas de direito público. Neste caso, nem há o elemento típico da ação originária no Tribunal, que é a bipolaridade por pessoas de direito público. Estas encontram-se no pólo passivo, e a parte ativa é pessoa de direito privado.

Nego provimento ao agravo regimental.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, COM UMA RECOMENDAÇÃO.

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL - CARÁTER NÃO FISCAL - RECURSO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

- Seja pela natureza da matéria, seja pela qualidade das partes, não tem o Tribunal de Justiça competência recursal para julgamento de ações de contribuições movidas por entidades sindicais. A competência para julgar a ação de cobrança de contribuição sindical, de caráter não fiscal, entre particulares, é do Tribunal de Alçada do Estado.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 272.504-2/00 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

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 CÂMARA SUSCITADA (SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TAMG).

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Trata-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de determinar competência recursal para conhecer e julgar apelação manifestada em ação de cobrança pelo rito ordinário que Confederação Nacional da Agricultura-CNA move a Olésio Lourenço de Souza, em autos nos quais se debate sobre a legitimidade da cobrança de contribuição sindical rural.

Remetidos os autos ao Tribunal de Alçada, o Relator do feito, em decisão monocrática, declinou da competência para uma das câmaras deste Tribunal de Justiça, ao entendimento de que a contribuição sindical teria caráter tributário, o que inseriria o feito na competência deste Sodalício.

Neste Tribunal, o Relator do feito, em decisão também monocrática, suscitou a presente dúvida, ao fundamento de que cobrança por débitos oriundos de contribuição sindical, seja pela natureza da lide, seja pela qualidade das partes, não se enquadra nas hipóteses de competência recursal deste Tribunal de Justiça, resolvendo-se a questão na competência residual do Tribunal de Alçada (artigo 108, II).

Tenho que competente para julgamento do feito é mesmo o Tribunal de Alçada.

Reiteradas vezes deliberou esta Corte de Justiça pela competência daquele Sodalício em feitos da espécie, ao entendimento de que a competência para julgar a ação de cobrança de contribuição sindical, de caráter não fiscal, entre particulares, é do Tribunal de Alçada do Estado (Apelações Cíveis de números 262.574-7.00 - Rel. Des. Francisco Figueiredo - ac. de 11.06.2002; 262.558-0.00 - Rel. Des. Francisco Figueiredo - ac. de 06.08.2002; 268.272-2.00 - Rel. Des. Kildare Carvalho - ac. de 01.08.2002; 287.805-6.00 - Rel. Des. José Francisco Bueno - ac. de 08.08.2002; 287.107-7.00 - Rel. Des. Lúcio Urbano - ac. de 13.08.2002, dentre outros).

Seja, pois, pela qualidade das partes, seja pela natureza da matéria, não tem o Tribunal de Justiça competência recursal para julgamento de ações de cobrança de contribuições movidas por entidades sindicais, em razão do que determino a remessa dos presentes autos ao Tribunal de Alçada, competente para conhecimento e julgamento do feito.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino e Schalcher Ventura - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente. Dou-me por suspeito para votar.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente. Quero declarar-me suspeito para votar.

Os Srs. Desembargadores Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Corrêa de Marins, Carreira Machado e José Antonino Baía Borges - De acordo com o Relator.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PELA COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA (SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TAMG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IRREGULARIDADES EM CONTRATO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E EMPRESA PARTICULAR - RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO - INTERESSE DO MUNICÍPIO - RECURSO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - ART. 106, II, *A*, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - APLICABILIDADE

- Mesmo que o município não tenha ainda sido chamado para figurar no feito, é do Tribunal de Justiça, e não do Tribunal de Alçada, a competência para julgar recurso interposto em ação civil pública proposta com a finalidade de apurar irregularidades havidas em contrato firmado entre a municipalidade e empresa particular. Se a ação objetiva o ressarcimento de danos ao erário, por ato de improbidade administrativa, a competência se fixa em razão do interesse direto do município na apuração de lesão aos seus cofres, mais especificamente ao dinheiro público, do qual não pode aquele ente dispor, devendo-se aplicar ao caso disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

- V.v.: - O município poderá contestar a ação ou deixar de fazê-lo. Poderá, também, ser assistente. Mas, enquanto não o é ou não contesta, a competência para o processo é do Tribunal de Alçada (art. 108, combinado com o art. 106, ambos da Constituição do Estado de Minas Gerais). *(Desembargadores Almeida Melo e Carreira Machado)*

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 275.278-0/00 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. GUIDO DE ANDRADE

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, EM CONHECER E DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO E CARREIRA MACHADO.

Belo Horizonte, 11 de setembro de 2002. - *Gudesteu Biber* - Presidente, p/ *Guido de Andrade* - Relator, conforme o art. 65, *h*, do RITJMG.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Guido de Andrade - Trata-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de fixar competência recursal para conhecer e julgar apelação interposta em autos de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, com a finalidade de apurar irregularidades havidas em contrato firmado entre a Municipalidade e empresa particular.

Vieram os autos a este Tribunal de Justiça, onde a Quarta Câmara Cível, em Turma, declinou da competência para o Tribunal de Alçada, ao fundamento de que a competência recursal deste Tribunal, por restringir-se às hipóteses dispostas no artigo 106, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais, não contemplaria a matéria em discussão nos autos.

Naquele Tribunal de Alçada, a Terceira Câmara Cível, em Turma, suscitou dúvida de competência ao entendimento de que, tratando-se de pedido de ressarcimento de danos ao erário público, patente estaria o interesse do Município no feito, mesmo quando ainda não chamado a nele intervir.

Com respeitosa vênia dos que pensam em contrário, entendo que a competência para conhecer e julgar a presente apelação é mesmo deste Tribunal de Justiça.

Resta evidente o interesse do Município no feito, uma vez que as alegadas irregularidades nos apontados atos de improbidade administrativa envolvem verbas públicas, relativamente às quais se deve ciência à coletividade, verdadeira titular do dinheiro público.

Dúvida não há de que o objetivo precípuo da presente ação é apuração

de lesão ao patrimônio do Município, na medida em que se busca tornar evidente o uso indevido de verbas públicas.

Entendo que a competência se fixa em razão do interesse direto do Município na apuração do mau uso de bens 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 declinadas 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, face à 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 da 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 artigo 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, *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 não figurar até então 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.

Pelo exposto e por força do artigo 106, II, *a*, da Constituição Mineira,

dou pela competência deste Sodalício para conhecer do recurso interposto, devendo ser encaminhado à Quarta Câmara Cível para sua apreciação.

Os Srs. Desembargadores Corrêa de Marins, Murilo Pereira, Hugo Bengtsson, Orlando Carvalho, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Luiz Carlos Biasutti e Aluízio Quintão - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - O Município de Itajubá não é parte neste processo. Poderá contestar a ação, mas poderá deixar de fazê-lo, como bem salientado pelo em. Desembargador Carreira Machado, com fundamento no § 3° do art. 6° da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, Lei da Ação Popular, que se aplica à ação civil pública. Poderá também ser assistente. Mas, enquanto não o é ou não contesta, a competência para o processo é do eg. Tribunal de Alçada (art. 108 da Constituição do Estado, combinado com o art. 106).

Rejeito a dúvida de competência e fixo a competência do eg. Tribunal de Alçada.

Os Srs. Desembargadores Lúcio Urbano, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Reynaldo Ximenes Carneiro e Kildare Carvalho - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo com o voto do Des. Almeida Melo.

Súmula - CONHECERAM E DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO E CARREIRA MACHADO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - NOTÁRIOS E REGISTRADORES - TÍTULO - CARREIRA JURÍDICA - CONCEITUAÇÃO DADA PELA COMISSÃO EXAMINADORA - FATO OCORRIDO POSTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DO EDITAL - INALTERABILIDADE - LEGALIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM DENEGADA

- Ter a comissão examinadora do concurso de serviços notariais e de registro público, no uso das prerrogativas que lhe foram conferidas pela lei do edital e com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, definido e conceituado como cargos de carreira jurídica, para fins de pontuação dos títulos referentes à aprovação do candidato em concurso público para cargo de carreira jurídica, os de magistrado, do Ministério Público, de defensor público, de advogado/procurador concursados e de delegado de polícia não

fere direito líquido e certo de candidatos que possuem aprovação em concurso público para cargos de técnico judiciário, técnico processual e analista processual, cujo requisito exigido é a escolaridade de bacharel em direito. Tais cargos, a despeito da exigência dessa escolaridade, não se confundem com carreira jurídica. Não houve ofensa ao princípio da isonomia, nem alteração das regras do concurso, sendo de se denegar a segurança impetrada.

- V.v.: - Se depois de encerradas as inscrições, após realizadas as provas de conhecimento e divulgação dos resultados, a comissão examinadora do concurso público para notários e registradores restringe, para efeito de pontuação na aferição de títulos, o conceito de carreira jurídica, estabelecendo que somente serão considerados como cargos de carreira jurídica os de magistrado, do Ministério Público, de defensor público, de advogado/procurador concursados e de delegado de polícia, mostra-se evidente que os critérios estabelecidos no edital foram alterados após iniciada a primeira fase do certame, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, na medida em que o edital constitui lei interna do concurso, a cuja observância estão submetidos não só o candidato, como também a Administração Pública. *(Desembargadores Almeida Melo, José Antonino Baía Borges e Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes)*

MANDADO DE SEGURANÇA N° 294.686-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Concurso público - Notários e registradores - Títulos - Carreira jurídica - Conceituação dada pela Comissão Examinadora, limitando-se ao entendimento de normas constitucionais - Fato ocorrido posteriormente à publicação do edital - Inalterabilidade - Legalidade - Mandado de segurança - Ausência de direito líquido e certo - Ordem 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 DENEGAR A ORDEM, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES E LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2002. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo impetrante, o Dr. Plínio Salgado.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Valério Horta Maciel contra atos dos Exmos. Srs. Desembargadores. Presidente da Comissão de Concurso

dos Serviços Notariais e de Registro Público e Presidente do Conselho da Magistratura do Estado de Minas Gerais, como consta do relatório.

Consta do Edital 001/99:

"*Item 1.10:*

(...) apresentar títulos, mediante requerimento ao Presidente da Comissão Examinadora (...) assim consideradas as seguintes, com a respectiva valoração: (...)

V - aprovação em concurso público para cargo de carreira jurídica - 01 (um) ponto para cada aprovação comprovada por certidão da Entidade que tenha promovido o concurso, até o máximo de 04 pontos" (fls. 37).

E da Lei nº 12.919/98:

"*Art. 17. O candidato não eliminado nas provas de conhecimento poderá apresentar títulos, considerando-se como tais os seguintes:(...)*

V - aprovação em concurso público para cargos de carreira jurídica" (fls. 47).

A Comissão Examinadora, dentre outras decisões, referentemente a determinados itens do Edital e previsões legais, definiu, para fins de contagem de ponto, especificamente na questão relativa à aprovação em concurso público para cargos de carreira jurídica, o seguinte:

"*(...) a) Somente serão consideradas para efeito de pontuação as seguintes carreiras jurídicas:*

- Magistrado

- Ministério Público

- Defensor Público

- Advogado/Procurador aprovado em concurso público

- Delegado de Polícia" (fls. 73).

Embora seja por demais sabido, repisar não custa, o mandado de segurança, em nosso Direito, não é uma ação como qualquer outra. É remédio excepcional, de natureza constitucional, e que só tem cabimento para tutela emergencial de direito líquido e certo violado por ato abusivo de autoridade pública. Por direito líquido e certo, outrossim, entende a unanimidade da doutrina e jurisprudência atuais, o que deflui de fatos incontroversos e, como tais, somente são havidos os que se demonstram, *in limine litis*, por meio de prova documental.

Nas palavras de HELY LOPES MEIRELLES (*Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e* Habeas Data, 12ª ed., Revista dos Tribunais, p. 12):

"*Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: (...)*".

O que não é o caso dos autos, a meu modesto juízo.

Outrossim, prevê, ainda, o item 17 do mesmo Edital 001/99: (...)

"*17.2 - Os casos omissos ou duvidosos serão resolvidos pela Comissão do Concurso (...)*".

Com pertinência, pois, informou a primeira de apontadas autoridades coatoras - Presidente da Comissão Examinadora (fls. 120/121):

"*Carreiras jurídicas, como definido na doutrina e na jurisprudência, são aquelas elencadas pelo art. 135 e 241 da Constituição Federal.*

Afirma José Afonso da Silva:

'As carreiras disciplinadas no título referido no art. 135, que é Título IV da Constituição, são: a) a carreira da magistratura (art. 93); b) as carreiras dos Ministérios Públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 128, §§ 3º e 4º); c) as carreiras da Advocacia-Geral da União (art. 131, § 1º); d) as carreiras de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (art. 132); e) as carreiras de Defensores Públicos da União, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Estados (art. 134, parágrafo único); f) a elas se juntam as carreiras de Delegados de Polícia da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, por força da remissão do art. 241.

Todas elas são carreiras jurídicas, primeiro porque exigem formação jurídica como requisito essencial para que nelas alguém possa ingressar; segundo porque todas elas têm o mesmo objeto, qual seja: a aplicação da norma jurídica; terceiro porque, por isso mesmo, sua atividade é essencialmente idêntica, qual seja a do exame de situações fáticas específicas, emergentes, que requeiram solução concreta em face da norma jurídica, na busca de seu enquadramento nesta, o que significa subsunção das situações de fato na descrição normativa, operação que envolve interpretação e aplicação jurídica, campo essencial e comum que dá conceito dessas carreiras'.

Os Tribunais Superiores têm entendimento idêntico, reiteradamente manifestado nos julgamentos de processos relativos à questão da isonomia salarial.

No RE 235.732-1-DF assim se manifestou o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence:

'A hipótese dos autos é similar a outras decididas pelo Supremo Tribunal Federal, que se tem orientado no sentido de que a Constituição Federal não concedeu isonomia direta entre as chamadas carreiras jurídicas apesar de prescrevê-la, a sua implementação depende de lei específica para ser caracterizada'.

7 - O fato de exigir-se como requisito do cargo a escolaridade de bacharel em direito não o transforma em cargo de carreira jurídica, pois ausentes os demais requisitos essenciais à configuração da espécie.

8 - Não tendo o edital explicitado de forma clara as carreiras jurídicas que seriam consideradas para efeito de pontuação de títulos, decidiu a Comissão Examinadora, exercendo as prerrogativas que lhe foram conferidas pelo item 17.2 do Edital nº 001/99, adotar entendimento consagrado pela doutrina e pela jurisprudência na definição de tais carreiras (...)".

Vê-se, assim, que questionado ato fora praticado com suporte no item 17.2, do edital de concurso, com objetivo de se preservar a moralidade do certame, sem ofensa alguma ao princípio da isonomia.

A respeito, merece transcrição ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., RT, p. 371):

"*(...) A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento,* desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, *tendo ainda o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes para melhor atendimento do interesse público.*

Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, antes, durante ou após a sua realização. E assim é, porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas. Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado (...)".

Não houve, nestas condições e *data venia*, alteração nas regras do concurso.

Indiscutivelmente, ao exame dos documentos apresentados pelo impetrante, à guisa de títulos (fls. 60/65), a despeito da exigência de ser bacharel em Direito, se verifica que todos eles se referem a cargos técnicos (Técnico Judiciário da Justiça Federal, Técnico Processual do Ministério Público Federal, Técnico Judiciário da Justiça do Trabalho, Técnico Judiciário do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e Técnico Judiciário e Analista Processual do Tribunal de Justiça de Minas Gerais), que não se confundem com carreira jurídica.

Concluindo, não vejo emergir dos autos violação a direito subjetivo do impetrante, muito menos a direito líquido e certo a ser amparado pela presente segurança.

Com estas razões de decidir, *denego a ordem.*

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Sr. Presidente. Acompanho integralmente o excelente voto de V. Exa., que merece ser publicado, dada a sua tecnicidade.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Dou-me por impedido de participar deste feito.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Com o Relator.

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

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente. Carreira pressupõe movimentação e ascensão funcional através de promoções. São carreiras as da Magistratura, do Ministério Público e da Defensoria, porque lá se possibilita a promoção. Os cargos elencados da Tribuna e também os de Analista Judiciário, Técnico Judiciário, Técnico Processual exaurem-se por si mesmos com a prestação de concurso, não há movimentação através de promoção, são cargos em que se exige diploma de bacharel em Direito, mas não são cargos de carreira jurídica.

Com o Relator.

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

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Sr. Presidente. Apenas faço uma ressalva quanto à possível interpretação ampliativa do art. 135 da Constituição Federal. No mais, estou inteiramente de acordo com V. Exa. e denego a segurança.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Sr. Presidente. Declaro-me impedido de participar deste julgamento.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente. Acompanho o voto de V. Exa. para denegar a segurança.

O Sr. Des. Almeida Melo - À análise do Edital do Concurso de nº 001/99, verifica-se que a cláusula 10.1 estabeleceu em seu item V, como título, "*a aprovação em concurso público para cargos de carreira jurídica*", atribuindo 01 ponto para cada aprovação "*comprovada por certidão da entidade que tenha promovido o concurso, até o máximo de 04 (quatro) pontos*".

Em decisão publicada no *Minas Gerais* do dia 18.04.2002, encerradas as inscrições para o concurso e após a realização das provas de conhecimentos e a divulgação dos resultados, a Comissão Examinadora restringiu, para efeito de pontuação na aferição de títulos, o conceito de carreiras jurídicas, estabelecendo que "*somente serão considerados, para efeito de pontuação, as seguintes carreiras jurídicas: Magistrado, Ministério Público, Defensor Público Advogado/Procurador aprovado em concurso público, Delegado de Polícia*".

Evidente se mostra a alteração dos critérios estabelecidos no edital após iniciada a primeira fase do certame, o que é vedado pelo ordenamento

jurídico, na medida em que o edital constitui a lei interna do certame, estabelecendo normas a cuja observância estão submetidos não só o candidato, como também a Administração Pública.

O impetrante, através dos documentos de fl. 14 e seguintes, demonstrou ter sido aprovado nos concursos para o preenchimento dos cargos de Técnico Judiciário, Técnico Processual, Analista Processual e Técnico de Apoio Judicial, todos privativos de bacharel em Direito, devendo, portanto, ser acrescidos à sua nota os quatro pontos a que faz jus.

Com a devida vênia, concedo a segurança.

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

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo com o Relator, *data venia.*

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Sr. Presidente. No caso não houve alteração das regras editalícias, mas, sim, omissão, suprida pela Comissão Examinadora. Acompanho V. Exa.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - Sr. Presidente. Declaro-me impedido de participar deste julgamento.

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

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Sr. Presidente. Trata-se de matéria que tem despertado a atenção e que me parece ser mais polêmica do que aparenta, de modo que, pedindo vênia aos que entendem de maneira contrária, impressionado não só com a sustentação oral feita, mas também com o voto, conquanto sintético e singelo, carregado de fundamentação, como soem ser os votos do em. Des. Almeida Melo, estou concedendo a segurança.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vaconcellos Gomes - Sr. Presidente. Também acompanho o em. Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Sr. Presidente. Declaro-me impedido de participar deste julgamento.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES E LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES.

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DELEGADO DE POLÍCIA - ATOS PRATICADOS EM NOME DO ESTADO - INTERESSE PÚBLICO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONHECIMENTO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ART. 106, II, *A*, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - APLICABILIDADE

- É do Tribunal de Justiça a competência recursal para conhecer e julgar agravo de instrumento interposto em ação cautelar de busca e apreensão movida pelo Ministério Público contra delegado de polícia, por ter este apreendido máquina de diversão. Se os atos praticados pelo referido delegado o foram em nome do Estado, a quem dita autoridade policial representa, evidente se mostra o interesse público na ação, devendo-se aplicar o disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 294.709-1/00 - Comarca de Rio Pomba - 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, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA (QUINTA CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, por Oswaldo Guedes Filho, a Dra. Gláucia Alvarenga Soares.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Trata-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de determinar competência recursal para conhecer e julgar agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Ministério Público em autos de ação cautelar de busca e apreensão, movida contra o Delegado de Polícia de Rio Pomba por apreensão de máquina de diversão.

Vieram os autos a este Tribunal de Justiça, onde o Relator do feito, em decisão monocrática, declinou da competência para o Tribunal de Alçada, ao fundamento de que a competência recursal deste Sodalício, restrita às hipóteses contidas no artigo 106 da Constituição do Estado, não contemplaria a matéria em discussão nos autos.

No Tribunal de Alçada, a Quinta Câmara Cível, em Turma, suscitou dúvida ao entendimento de que, tratando-se de questão que estaria a envolver o interesse do Estado, a compe-

tência para julgamento do recurso seria deste Tribunal de Justiça.

Com respeitosa vênia das posições em contrário, entendo que a competência para conhecer e julgar o presente agravo é mesmo deste Tribunal de Justiça.

Evidente se mostra o interesse público na ação, vez que os atos praticados o foram em nome do Estado de Minas Gerais, a quem o Sr. Delegado representava.

Não vejo, pois, como considerar o feito de competência do Tribunal de Alçada, devendo ser aplicado o disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado, *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 acha-se evidenciado, sendo de destacar-se que neste Tribunal, reiteradas vezes, proferiu-se julgamento em feitos de mesmo teor (fls. 195/205, 222/225, 226/231, dos autos).

Pelo exposto e por força da norma inscrita no artigo 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, dou pela competência deste Tribunal para conhecer do recurso, devendo os autos ser encaminhados ao Relator.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti e Aluízio Quintão - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente. Temos julgado seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal de que conflito entre o Tribunal de Alçada, ou entre o Tribunal de Justiça e a turma recursal, é dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso, o fundamento da decisão do Supremo é que se trata de matéria afeta a dois órgãos recursais e, ainda que sejam do mesmo Estado, provocam o conflito junto ao Superior Tribunal de Justiça. Embora esteja de acordo com o Relator quanto à competência do tribunal de Justiça, estou colocando a questão para que haja um esclarecimento de S. Exª. a respeito, porque seu entendimento é de que não se trata dessa situação.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Sr. Presidente. Realmente, o art. 105, inciso I, letra *d*, da Constituição Federal fala em conflito de competência entre tribunais. Referentemente a tribunais da mesma unidade da Federação, não há conflito, mas sim dúvida (Súmula 22 do Superior Tribunal de Justiça), já na vigência da atual Constituição, dando interpretação a esse artigo referido pelo em. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. Não há conflito, e sim dúvida, que é solucionada pelo Tribunal de Justiça como órgão máximo do Poder Judiciário do Estado.

O Sr. Presidente (Des. Gudesteu Biber) - Seria até um absurdo admitir o contrário, porque nós estaríamos acabando com a Federação se admitíssemos a interferência de Tribunal Superior em um conflito puramente interno, estadual.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Fiz essa observação para que fosse esclarecida a minha dúvida, porque houve essa decisão a respeito da turma recursal, mas tinha certeza de que certamente o nosso Vice-Presidente, que é um professor emérito, daria as explicações corretas sobre a matéria. Fico agradecido pelo esclarecimento.

De acordo com o Relator.

Os Srs. Desembargadores Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Corrêa de Marins, Carreira Machado e José Antonino Baía Borges - Com o Relator.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PELA COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA (QUINTA CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ESTADO DE MINAS GERAIS - EXCLUSÃO DA LIDE - AUSÊNCIA DE INTERESSE ESTATAL NA DEMANDA - RECURSO - CONHECIMENTO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 106, II, *A*, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- Se o Estado de Minas Gerais foi excluído da relação processual, em ação de indenização, decisão não questionada na via recursal, a competência para conhecimento e julgamento da apelação é do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, por não incidir, no caso, a norma do art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 313.167-9/00 - Comarca de Andrelândia - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Dúvida de competência - Ação de indenização - Pedido julgado procedente - Estado de Minas Gerais excluído da lide - Apelação visando à improcedência - Competência do Tribunal de Alçada - Inteligência do art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2002. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de se determinar a competência recursal para conhecimento e julgamento da apelação interposta em denominada ação de reparação civil cumulada com indenização por danos morais, ajuizada por Maria Aparecida Barquette Cardoso.

De início, a ação foi proposta contra Comercial de Veículos Delta Ltda., com inclusão no pólo passivo da relação processual, na seqüência, dentre outros, também do Estado de Minas Gerais.

Pela decisão de origem (fls. 190/199), a culta Sentenciante houve por bem excluir da relação processual os "denunciados", dentre os quais o Estado de Minas Gerais, julgando procedente o pedido contra a primitiva suplicada, ora apelante única, Comercial de Veículos Delta Ltda. (fls. 209/230).

Encaminhados os autos ao egrégio Tribunal de Alçada, a colenda Quinta Câmara Cível declinou da competência para uma das Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça, por entender que, caso seja acolhida a preliminar de nulidade da sentença, o Estado de Minas Gerais retorna à relação processual, daí seu interesse na lide (fls. 241/242).

Remetidos os autos para este Tribunal, a colenda Segunda Câmara Cível, por sua vez, suscitou a presente dúvida de competência, ao fundamento de ser manifesta a ausência de interesse estatal na demanda a justificar a apreciação do recurso por este Sodalício (fls. 266/270), como consta do relatório.

Nos termos da Constituição do Estado de Minas Gerais:

"*Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição: julgar, em grau de recurso - ação cível em que for autor, réu, assistente ou opoente o Estado, o Município e respectivas entidades da administração indireta*" (art. 106, II, *a*).

Ora, conforme restou explicitado na parte expositiva, o Estado de Minas Gerais foi excluído da relação processual, decisão não questionada na via recursal pela apelante Comercial de Veículos Delta Ltda.

Deste modo, aqui e agora, o julgamento do recurso não terá, qualquer que seja o seu teor, reflexo algum na esfera jurídica do Estado de Minas Gerais.

Agora, na hipótese levantada pela suscitada, seja dizer, de acolhimento da

prefacial de nulidade da sentença, o que se coloca para mero efeito de argumentação, outra decisão será proferida no juízo de origem, a tempo e modo, quando então, ante seu teor, poderá fixar nova competência recursal.

Com estas razões de decidir, resolvo a dúvida, dando pela competência do *egrégio Tribunal de Alçada*, para onde devem ser encaminhados os autos, com as cautelas de praxe.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Isalino Lisbôa, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Almeida Melo, Lúcio Urbano, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Corrêa de Marins, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Carreira Machado, José Antonino Baía Borges, Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, José Francisco Bueno, Kildare Carvalho e Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA.

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - MANDADO DE SEGURANÇA - EVIDENTE INTERESSE PÚBLICO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Mostrando-se evidente o interesse público na ação, vez que os atos praticados o foram em nome do Estado de Minas Gerais, é do TJ a competência recursal para conhecer do mandado de segurança e julgá-lo.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 319.712-6/00 - 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA (SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Trata-se de dúvida suscitada com o objetivo de determinar competência

recursal para conhecer e julgar mandado de segurança movido contra ato do Juiz de Direito Criminal da Comarca de Araguari e do Comandante da Polícia Militar daquela região, consistente na apreensão de máquinas caça-níqueis de propriedade do impetrante.

Vieram os autos a este Tribunal de Justiça, onde o Relator do feito, em decisão monocrática, declinou da competência para o Tribunal de Alçada, ao fundamento de que a competência recursal deste Sodalício, restrita às hipóteses contidas no artigo 106 da Constituição do Estado, não contemplaria a matéria em discussão.

No Tribunal de Alçada, a Quarta Câmara Cível, em Turma, suscitou dúvida ao entendimento de que, tratando-se de questão que se insere na competência deste Tribunal de Justiça, por força do que preceitua o artigo 106, I, *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, cumulado com o que dispõe seu inciso II, *a*, a competência para julgamento do feito seria deste Tribunal de Justiça.

Com respeitosa vênia das posições em contrário, entendo que a competência para conhecer e julgar o presente feito é mesmo deste Tribunal de Justiça.

Evidente se mostra o interesse público na ação, vez que os atos praticados o foram em nome do Estado de Minas Gerais, a quem o Sr. Comandante representava.

Não vejo, pois, como considerar inserida na competência do Tribunal de Alçada a presente ação, devendo aplicar-se o disposto nos preceitos da Constituição do Estado antes mencionados.

O interesse público acha-se evidenciado, sendo de destacar-se que neste Tribunal, reiteradas vezes, proferiu-se julgamento em feitos de mesmo teor.

Pelo exposto e por força da norma inscrita no artigo 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, dou pela competência deste Tribunal para conhecer do recurso, devendo os autos ser encaminhados ao Relator.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Corrêa de Marins, Carreira Machado e José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PELA COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA (SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA ESPÓLIO - MATÉRIA ESTRANHA AO DIREITO SUCESSÓRIO - APELAÇÃO - JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

- Cuidando-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de determinar a competência recursal para conhecer da apelação interposta em ação de indenização movida contra espólio e julgá-la, é competente o Tribunal de Alçada. Isso porque o que se acha em jogo é matéria estranha ao direito sucessório, que deve ser dirimida nas vias ordinárias. Tal discussão não cabe no exíguo espaço do processo de inventário.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 320.147-2/00 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

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 DO SUSCITANTE (TAMG).

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de dúvida suscitada com o objetivo de determinar competência recursal para conhecer e julgar apelação interposta em autos de ação de indenização, movida contra o espólio de Adalgisa Santos Silva.

Neste Tribunal, a Quinta Câmara Cível declinou da competência para o Tribunal de Alçada, ao entendimento de tratar-se de cobrança de dívida do espólio, que teve curso normal através do rito próprio da ação ordinária.

Afirmou, também, que da decisão que puser fim à demanda é que resultará, se caso, a possibilidade de habilitação do crédito no processo de inventário, tornando-se, só então, uma questão atinente como sucessão e direitos hereditários.

Remetidos os autos ao Tribunal de Alçada, foi suscitada dúvida de competência pela Quinta Câmara Cível daquele Sodalício, ao entendimento de que, havendo medida cautelar no processo de inventário, referente à presente ação, existiria conexão com referida medida, atraindo a competência do Tribunal de Justiça, que, inclusive, já se teria pronunciado a respeito, no processo.

Tenho que competente para julgamento do presente feito é o Tribunal de Alçada.

Conforme salientado no parecer de fls. 118/123, o que está em jogo na decisão cautelar não é o direito debatido nestes autos, mas seu acautelamento, enquanto se decide acerca da validade e eficácia do crédito.

Fica afastada, de conseqüência, a possibilidade de existência de conexão, nos termos do artigo 103 do Código de Processo Civil.

Ademais, entendo achar-se em jogo, conforme ressaltado no acórdão de

fls. 128/131, matéria não relacionada a direito sucessório, senão questão que deva ser dirimida nas vias ordinárias, cuja discussão não se comporta no espaço exíguo do processo de inventário.

Dou pela competência do Tribunal de Alçada para conhecer do recurso, devendo os autos ser encaminhados àquele Sodalício.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Francisco Figueiredo, Bady Curi, Corrêa de Marins, Carreira Machado e José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PELA COMPETÊNCIA DO SUSCITANTE (TAMG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA CONTRA O MUNICÍPIO - INTERESSE PÚBLICO - EMBARGOS DE TERCEIRO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INTELIGÊNCIA DO ART. 106, II, *A*, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- A teor da norma contida no art. 1.049 do CPC, a competência para processar e julgar embargos de terceiro, em primeiro grau, é do juiz da causa principal, a quem os referidos embargos são distribuídos por dependência, embora também em autos distintos.

- Estando evidente o interesse do município e tendo em vista o art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual, é do Tribunal de Justiça a competência para julgar agravo de instrumento aviado em embargos de terceiro processados incidentalmente na ação principal de reintegração de posse ajuizada contra o município, a qual tramita na Vara da Fazenda Pública municipal. O tribunal competente para recursos manejados e extraídos dos autos do processo referente à ação principal também é o competente para recursos existentes contra decisões proferidas nos autos da ação incidental, com processamento perante o mesmo juiz.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 325.710-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial:

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, 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 DÚVIDA E DECIDIR PELA COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA (SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

Belo Horizonte, 12 de março de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de dúvida suscitada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais com o objetivo de se definir a competência para conhecer e julgar recurso de agravo de instrumento aviado pelo Clube Recreativo Liberty em propostos embargos de terceiro, incidentalmente processados à ação de reintegração de posse ajuizada por Oswaldo Gonçalves Pedrosa e s/mulher contra o Município de Contagem.

Em face de extinção do processo referente a uma ação de desapropriação ajuizada pelo Município de Contagem contra Oswaldo Gonçalves Pedrosa e s/m, com devolução do preço e não-entrega do imóvel aos proprietários, moveram estes contra referido município ação de reintegração de posse c/c perdas e danos.

Concedida pleiteada liminar, lavrado o correspondente auto de imissão de posse, o Grêmio Recreativo Liberty aforou embargos de terceiro, na condição de ocupante do terreno, em decorrência de comodato firmado com o então expropriante.

Recebidos tais embargos, para discussão, com suspensão da ação principal, em manifestação a respeito de buscada liminar, interpôs mencionado Grêmio Recreativo Liberty o presente agravo de instrumento.

Distribuído neste Tribunal de Justiça, por despacho solitário, o em. Des. Francisco Figueiredo determinou a remessa dos autos ao eg. Tribunal de Alçada, ao fundamento de que o *"embate se trava entre uma pessoa jurídica de direito privado e uma pessoa física"*, não se incluindo tal matéria no rol da previsão contida no art. 106, II, da Constituição Estadual.

Regularmente processado, a colenda Quarta Câmara Cível, em Turma, suscita a presente dúvida de competência, em face de manifesto interesse do Município de Contagem.

No essencial, é o relatório.

Indiscutivelmente, antes de mais nada, a competência para processamento e julgamento de embargos de terceiro, em primeiro grau, é do juiz da causa principal, a quem são distribuídos por dependência, embora tramitem

em autos distintos, a teor do contido no art. 1.049 do CPC.

Se a ação principal tem curso perante a 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Contagem, evidente que qualquer manejado recurso será da competência deste Tribunal de Justiça, pela presença do Município no pólo passivo da relação processual referente à ajuizada ação de reintegração de posse c/c perdas e danos.

Ora, se o Grêmio Recreativo Liberty não incluiu o Município de Contagem - parte passiva da relação processual principal - em ajuizada ação de embargos de terceiro, não significa que algum recurso ali interposto seja da competência do colendo Tribunal de Alçada.

É que:

"*Os embargos de terceiro, como procedimento autônomo, devem estar instruídos com as peças pertinentes e extraídas da ação principal,* para efeito de averiguação de competência dos Tribunais, na hipótese de recurso", lembra e pondera THEOTONIO NEGRÃO (*CPCLPV*, Saraiva, 33ª ed., fls. 941).

Incontroversamente, *data venia*, o tribunal competente para recursos manejados e extraídos dos autos do processo referente à ação principal também é o competente para recursos existentes contra decisões proferidas nos autos da ação incidental, com processamento perante o mesmo juiz.

Evidente o interesse do Município de Contagem e, na consideração do disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual, dou pela competência deste Tribunal de Justiça - suscitado - para conhecer do recurso, devendo os autos ser encaminhados ao em. Des. Relator.

É como voto.

Os Senhores Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Bady Curi, Corrêa de Marins e Carreira Machado - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONHECERAM DA DÚVIDA E DECIDIRAM PELA COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA (SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TJMG).

-:::-

COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA OFICIAL DE CARTÓRIO - NÃO-PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA DEMANDA - AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO - APELAÇÃO - CONHECIMENTO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA

- É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência recursal para conhecer e julgar apelação interposta em ação de indenização movida contra oficial de cartório, por falha cometida em assentamento de registro civil, desde que o Estado não tenha participado da referida ação cível, na qualidade de autor, réu, assistente ou opoente, sendo inaplicável a norma prevista no art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual.

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Nº 326.966-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Dúvida de competência - Ação de indenização - Danos morais - Oficial de Registro Civil - Não-participação do Estado de Minas Gerais na relação processual - Competência do Tribunal de Alçada - Inteligência do art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER DA DÚVIDA E DECIDIR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (SEXTA CÂMARA CÍVEL DO TAMG).

Belo Horizonte, 12 de março de 2003. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de se determinar a competência recursal para conhecimento e julgamento da apelação interposta em ação de indenização por danos morais ajuizada por Darli Pereira de Souza, assistido pela mãe, contra José Augusto Silveira, Oficial do Cartório de Paz e Registro Civil do 1º Substituto de Belo Horizonte e outro, por falha cometida em assentamento do registro civil de nascimento.

Julgado improcedente o pedido, foram os autos encaminhados ao egrégio Tribunal de Alçada, onde, pela sua colenda Sexta Câmara Cível, se declinou da competência, ao entendimento principal de que o Estado é que seria parte legítima passiva para a ação, cuidando-se de matéria de direito público (fls. 202/208).

Remetidos os autos para este Tribunal, a conspícua Sexta Câmara Cível, por sua vez, suscitou a presente dúvida de competência, em face da não-participação do Estado na relação processual (fls. 217/220), como consta do relatório.

Nos termos da Constituição do Estado de Minas Gerais:

"*Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição: julgar, em grau de recurso, ação cível em que for autor,*

réu, assistente ou oponente o Estado, o Município e respectivas entidades da administração indireta" (art. 106, II, *a*).

Ora, conforme restou explicitado na parte expositiva, o Estado de Minas Gerais não participa da relação processual, até porque o autor não o escolheu para figurar no pólo passivo da demanda.

Aliás, com pertinência, ponderou, com acuidade própria, o em. Des. Jarbas Ladeira (fls. 219):

"*O apelante poderia ter endereçado sua ação contra o Estado, mas preferiu fazê-lo contra o atual Oficial e o espólio do anterior. O Estado não interferiu no feito. As partes envolvidas na demanda não têm foro privilegiado.*

Impende salientar que a petição inicial fala em conduta culposa, e só nas razões recursais é que se falou em responsabilidade objetiva, que não vem ao caso, já que a ação não se volta contra o Estado (...).

Como o Estado não participa da ação, a qualquer dos títulos acima, a competência é indubitavelmente do Tribunal de Alçada do Estado".

Além do mais, é de se verificar que, em face das pessoas envolvidas, a ação teve tranqüila e pacífica tramitação perante vara cível, e não por vara de Fazenda Pública.

Com estas razões de decidir, resolvo a dúvida, dando pela competência do egrégio Tribunal de Alçada - Câmara suscitada -, para onde devem ser encaminhados os autos, com as cautelas de praxe.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Orlando Carvalho, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Odilon Ferreira, Kelsen Carneiro, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Pinheiro Lago, Roney Oliveira, Zulman Galdino, Schalcher Ventura, Mercêdo Moreira, Gomes Lima, Luiz Carlos Biasutti, Aluízio Quintão, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, Sérgio Lellis Santiago, Bady Curi, Corrêa de Marins e Carreira Machado - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONHECERAM DA DÚVIDA E DECIDIRAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITADA (SEXTA CÂMARA CÍVEL DO TAMG).

-:::-

2 JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO RESCISÓRIA - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA - ACÓRDÃO - ERRO DE FATO

- Opera erro de fato o tribunal que, em ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, considera irmãos sociais, para desvalorizar

Por mais que se debruce sobre o cenário dos autos, conclui-se, sem maior esforço exegético, que não ocorreu, *in casu*, qualquer ofensa à coisa julgada, nenhuma violação a literal disposição de lei e, bem assim, constata-se que o v. aresto não se fundou em prova, cuja falsidade restou provada na própria ação rescisória e, muito menos, em processo criminal, assim como não se alicerçou em erro de fato resultante de atos ou de documentos da causa.

A bem da verdade, tenho que o pleito contido na exordial se constitui, indiscutivelmente, em uma verdadeira aventura jurídica, posto que a autora pretende converter o remédio processual em apreço em um segundo recurso, o que é manifestamente inviável.

No que pertine ao alegado "erro de fato", a autora argumentou que o v. acórdão rescindendo não poderia se arredar da eficácia do laudo pericial genético e estribar-se no contexto probatório de cunho testemunhal.

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, em "Ação Rescisória: Apontamentos" (Procedimento *ADCOAS*, BLA nº 25, de 10.09.88), escreve que "*há erro quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido*" (p. 894).

Entretanto, a bem da verdade, não há controvérsia a propósito do tema em epígrafe.

Invoca-se, mais uma vez, pela sua correção, o pronunciamento da d. *custos legis*: "*Na hipótese dos autos, como se viu, a falha apontada pela autora localiza-se na interpretação da prova e não propriamente na prova, sendo certo que houve ampla discussão a respeito do universo probatório produzido*".

De igual modo, como já assinalado, não ocorreu, na espécie, o fenômeno de ofensa à coisa julgada, mais especificamente qualquer contradição entre o que se decidiu no v. acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 62.858-6 e o deliberado no v. julgado rescindendo, de cujos recursos foi Relator o eminente Des. Cláudio Costa.

Ao se negar provimento ao precitado agravo, decidiu-se que "*(...) se a prova testemunhal oferece pontos controvertidos, no essencial da* litis contestatio, *nada melhor e mais oportuno do que recorrer à palavra da ciência (...)*".

Sendo assim, não se verificou, quando do julgamento daquele recurso, apreciação do mérito da demanda originária, por isso que não há que se falar em ofensa à coisa julgada, como se propala na exordial.

Ao termo e ao cabo, como já dito, pretende a autora, tão-somente, o reexame do v. acórdão rescindendo.

À vista de tais considerações, julgo improcedente o pedido constante da inicial da rescisória.

Se unânime a decisão, reverta-se a favor do réu o depósito inicial.

Custas e honorários, estes arbitrados em R$1.000,00 (mil reais), pela autora.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Hyparco Immesi, Bady Curi, Cláudio Costa, Campos Oliveira, Isalino Lisbôa, Aluízio Quintão e Carreira Machado - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - Peço vista dos autos.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Sr. Presidente, pela ordem, estou antecipando o meu voto.

De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REJEITARAM PRELIMINAR. PEDIU VISTA O SÉTIMO VOGAL, DES. ALMEIDA MELO, APÓS VOTAREM O RELATOR, O REVISOR E OS SEIS PRIMEIROS VOGAIS JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO. EM ADIANTAMENTO DE VOTO, JULGOU IMPROCEDENTE O DÉCIMO VOGAL, DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 06.09.2000, a pedido do sétimo Vogal, Des. Almeida Melo, após negarem provimento ao agravo retido, rejeitarem a preliminar e votarem o Relator, o Revisor e os seis primeiros Vogais, julgando improcedente o pedido.

Em adiantamento de voto, julgou improcedente o pedido o décimo Vogal, Des. José Francisco Bueno.

Com a palavra, o Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Alega a autora que, no Agravo de Instrumento nº 62.858-6, foi mandado fazer a perícia, porque a prova testemunhal foi contraditória.

Feita a perícia, a resposta foi a negação da paternidade. Há, entretanto, o risco de 0,0000285% de possibilidade daquela paternidade.

Argumenta a autora que, quando a eg. Câmara desprezou a prova testemunhal, fez coisa julgada.

Quando, posteriormente, no julgamento da apelação, valorizou a prova testemunhal e desprezou a perícia, ao fundamento de que devia ter sido demonstrado que o material foi colhido de irmãos consangüíneos, os julgadores teriam ofendido coisa julgada.

Tenho que procede a argumentação. Havia coisa julgada sobre a imprestabilidade da prova testemunhal e sobre a necessidade da perícia:

"*Se a prova testemunhal oferece pontos controvertidos, no essencial da* litis contestatio, *nada melhor e mais oportuno do que recorrer à palavra da ciência, por cujos custosos ônus, por sinal, a agravada, aceitando o exame sugerido pelo MP, responderá*".

(Agravo de Instrumento nº 1.513-1/23.230-5, julgado em 18 de novembro de 1992, fls. 48/50-TJ.)

Posteriormente, em 22 de agosto de 1996, no julgamento da Apelação nº 62.858-6, o Tribunal volveu à prova testemunhal:

"Data venia, *dou provimento ao apelo, por entender que a decisão não deu solução adequada ao fato, pois se baseou, exclusivamente, no laudo pericial, que, a meu ver, não tem o valor que lhe deu o Juízo.*

O laudo é ato contraditório, pois ao mesmo tempo em que diz que há uma possibilidade de ser o falecido A. pai biológico do investigante (um índice de apenas 0,0000285%, fls. 331), afirma

'com confiabilidade absoluta que o Sr. A.Q.V., falecido, estudado através de seus irmãos N.V.G, R.Q.V. e G.H.S, que têm por mãe a Sra. V.S.R.'" (fls. 333).

O fator de 99,0000715% pela negativa de paternidade foi contrastado com o fator mínimo de 0,0000285%, tendo permanecido este para o fim de se descartar o valor da perícia.

Está ainda no voto condutor do v. acórdão para a Apelação nº 62.858-6:

"*E ainda, se quando o material é colhido do próprio investigado já sou refratário a aceitar a confiabilidade absoluta afirmada pelo perito, quando esse material é colhido de supostos irmãos do apontado pai biológico, a minha resistência mais se acentua.*

Na verdade, não há certeza científica de que as pessoas apontadas às fls. do laudo sejam irmãos biológicos do falecido. São, na verdade, irmãos sociais dele, inexistindo certeza de que sejam irmãos consangüíneos dele. E, se não o são, o resultado só poderia ser negativo, não podendo ter confiabilidade absoluta" (fl. 89-TJ).

A apelação (fls. 78/79-TJ) discutiu exclusivamente a validade da prova pericial e não reabriu discussão sobre a prova testemunhal. A prova pericial não é avaliada com o auxílio da prova testemunhal. São independentes. Logo, impossível era reabrir-se o exame da prova testemunhal, que foi julgada imprestável, se contra essa decisão não existiu recurso.

O retorno à prova testemunhal, quatro anos depois, para, com base nela deferir-se a filiação, pode constituir erro de direito e de fato, bem como ofensa à coisa julgada. Sendo deficiente a prova pericial, cumpria ao Tribunal julgar a improcedência da ação, e, não, dar efeito válido à prova testemunhal, que foi considerada inservível, por decisão definitiva, no agravo de instrumento.

A conseqüência do reconhecimento da paternidade, em circunstâncias como estas, vulnera o direito positivo, *data venia*.

Ao contrário do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, o meu

entendimento é no sentido de que o mérito da prova foi julgado, por ocasião do exame do agravo, pelo Tribunal. Não existe qualquer lei determinando que o agravo de instrumento não possa, como fez o 1.513-1/23.230-5, decidir mérito. Somente não será interposto de decisão terminativa do processo. Ora, se o exame do mérito da prova testemunhal se achava julgado, por decisão definitiva, não era cabível a reabertura da prova testemunhal, quando estava questionada apenas a prova pericial. Nesta e em nenhuma outra prova, restava decidir para se concluir pela paternidade. É lícito ao juiz abrir diligência, mas não é possível ressuscitar a prova.

Ficou questionado na apelação que o DNA foi feito em pessoas que não seriam irmãos do investigado, pessoas diferentes daquelas apontadas pelos sucessores daquele. Entretanto, o laudo da perícia genética informa que as pessoas estão identificadas ao seu final e, pelas carteiras de identidade, são filhos de A.A.V. e de A.Q.V. (fls. 68/69-TJ), como o investigado (fl. 16-TJ). Logo, não se trata de irmãos sociais, o que fica ainda mais certo pelo resultado da perícia, pois não existiria essa coincidência quase plena das impressões digitais entre eles, ou seja, as impressões digitais do pai comum foram reconstituídas em 87,5% (fl. 58-TJ).

Julgo procedente a rescisória, rescindindo o v. acórdão e julgo procedente a ação de investigação de paternidade. Condeno o réu em honorários de R$5.000,00 e nas custas do processo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Sr. Presidente. Pedindo vênia ao eminente Des. Almeida Melo, estou dando a minha adesão ao voto do eminente Des. Célio César Paduani, julgando improcedente o pedido.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - *Data venia*, julgo improcedente o pedido.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REJEITARAM PRELIMINARES. JULGARAM IMPROCEDENTE O PEDIDO, VENCIDO O DES. ALMEIDA MELO.

-:::-

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - INDENIZAÇÃO - VALOR DO BEM - LAUDO OFICIAL - AUSÊNCIA DE ERRO - ADOÇÃO PELO JULGADOR

- Consumado o apossamento do bem e integrado este ao domínio público, torna-se insuscetível de reintegração ou reivindicação pelo autor, a quem resta somente haver a indenização correspondente do Poder Público expropriante.

- Para fins de indenização por desapropriação, há de se considerar o valor do bem à época em que se verificou o apossamento.

- Em sede de desapropriação, se o laudo apresentado pelo perito oficial é escorreito, não se conseguindo evidenciar erro nele existente, deve ser adotado pelo julgador, até por cautela, pois traz consigo a presunção de estar alheio aos interesses das partes em litígio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 205.387-4/00 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Consumado o apossamento do bem e integrado este ao domínio público, torna-se insuscetível de reintegração ou reivindicação pelo autor, a quem resta somente haver a indenização correspondente do Poder Público expropriante. - Se o laudo apresentado pelo perito oficial é escorreito, não se conseguindo evidenciar erro nele existente, deve ser adotado pelo julgador, até por cautela, pois traz consigo a presunção de estar alheio aos interesses das partes em litígio.

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 AO AGRAVO RETIDO E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2002. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo 2º apelante, o Dr. Ezequiel de Melo Campos Filho.

O Sr. Des. Carreira Machado - Dr. Ezequiel, estou recebendo uma petição que me parece ser um memorial. É isso mesmo, Doutor?

O Sr. Ezequiel de Melo Campos Filho - Sr. Desembargador, não é um memorial; é uma petição pedindo a extinção do processo por perda do objeto, pelas razões nela expostas.

O Sr. Des. Carreira Machado - Passo a petição à apreciação do eminente Des.. Relator.

O Sr. Des. Bady Curi (convocado) - Indefiro o pedido.

O Sr. Des. Carreira Machado - Dr. Ezequiel, o Relator está indeferindo o pedido de V. Exª.

O Sr. Dr. Ezequiel - Excelências, apenas um esclarecimento. Eu não estou pleiteando que o julgamento não se faça; o que estou pleiteando é a extinção do processo sem julgamento do mérito, em função de fatos novos

que estão indicados no processo desde outubro do ano passado.

O Sr. Des. Bady Curi - Perfeito. Fica extinto o processo.

O Sr. Des. Carreira Machado - Com a palavra o Dr. Ezequiel.

O Sr. Des. Bady Curi - Ouvi, com merecida atenção, a douta sustentação oral feita pelo Dr. Ezequiel de Melo Campos Filho, ilustre advogado, a quem conheço de longa data.

Agradeço as palavras elogiosas feitas em minha presença e digo que é sempre um prazer podermos judicar com um advogado tão inteligente, tão preparado, tão ético.

Mantenho o indeferimento dos autos, sem julgamento de mérito; aliás, da extinção do processo sem julgamento do mérito.

Nós estamos diante de uma ação de indenização em face de desapropriação, e este direito de indenização, em face de desapropriação, faz-se havendo ou não decreto. Desde que haja o apossamento do Poder Público de terras de particular, o pedido de indenização se mantém.

Na verdade, o ilustre advogado vem-se insurgindo, e vem-se insurgindo inteligentemente, não sei se para dar provimento ou não, e isso, examinaremos no voto que tenho escrito, é contra a perícia, contra a prova que já existe dentro dos autos e, por isso, S. Exa. gostaria que julgássemos extinto este processo para reiniciar um outro, onde fizesse prova diferente. É por isso que estamos indeferindo, e passo à leitura do voto que trago escrito.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.

De início, cumpre analisar o agravo retido interposto por José Hugo Ricotta contra a decisão, fls. 162/163, que rejeitou a alegação de extemporaneidade da defesa ofertada pelo Município, deixando de decretar os efeitos da revelia, visto que cumpriu o apelante o disposto no art. 523 do CPC.

Afirma o agravante que o Magistrado ignorou toda a argumentação desenvolvida no sentido de demonstrar a intempestividade da defesa apresentada pelo Município, deixando de aplicar-lhe as penas previstas no CPC, fazendo, com isso, letra morta da lei processual.

A meu ver, a r. decisão agravada não merece ser reformada.

Insiste o agravante em questão mais do que superada, brilhantemente refutada pelo Sentenciante no despacho impugnado e também às fls. 175/176, uma vez que é sabido e ressabido que a revelia não produz contra a Fazenda Pública o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (art. 320, inc. II).

Ao lado disso, nunca é demais relembrar que ao juiz é conferido poder

para determinar a produção de provas, nos termos do art. 130 do CPC, do qual se valeu o Magistrado *a quo* para determinar a realização de perícia, após analisar os autos e constatar a grande divergência de valores conferidos pelas partes para o imóvel objeto de expropriação, sendo certo ainda, como salientado pelo ilustre Sentenciante, que "*o julgamento antecipado é faculdade dada pela lei instrumental ao julgador, que a usará se lhe parecer desnecessária a produção de provas*" (TJMG - Ap. Cível 78.431-1, j. em 11.04.89, Rel. Des. Lúcio Urbano, "*Jurisprudência Mineira*", 107/224).

Portanto, nego provimento ao agravo retido.

Em seguida, passa-se ao reexame da r. sentença.

Conforme se depreende dos autos, José Hugo Ricotta ajuizou a presente ação de indenização por desapropriação indireta contra o Município de Itajubá, buscando ver-se monetariamente ressarcido pelo desapossamento de área de sua propriedade de 263.680,00 m², situada no Bairro Ipê, Km 5, da rodovia Itajubá-Poços de Caldas, ocupada pela Municipalidade para implantação do Distrito Industrial II no local.

O Município de Itajubá foi condenado a pagar indenização no valor de R$268.953,60 (duzentos e sessenta e oito mil, novecentos e cinqüenta e três reais e sessenta centavos), corrigida monetariamente a partir da data do laudo oficial, incidindo sobre esse valor juros de mora de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da decisão, e juros compensatórios de 12% ao ano, a contar da efetiva ocupação, ocorrida em 27.08.1996, bem como custas e honorários, estes fixados em 5% do valor da indenização, eis que reconheceu o Magistrado a existência do apossamento do terreno pela Municipalidade.

No que concerne ao apossamento do terreno de propriedade de José Hugo Ricotta, embora tenha o Município de Itajubá, através do Decreto nº 2.710, de 24 de julho de 1996 (fls. 23/24), declarado de utilidade pública para fins de desapropriação uma aérea de 304.486,00 m² situada no Bairro Ipê, dentre a qual se encontra inserido o terreno do autor, colhe-se dos autos que nenhuma medida legal foi implementada pela Administração Pública no sentido de promover o regular procedimento expropriatório, na forma da lei, restando caracterizada, destarte, a desapropriação indireta do imóvel a ele pertencente.

Assim sendo, ante a inexistência do devido processo legal para a aquisição da área pertencente ao autor, necessária à implantação do Distrito Industrial II, o qual compreende a desapropriação administrativa ou judicial e prévia indenização, cabe ao Poder Público municipal responsável pelo ato arcar com a indenização prevista constitucionalmente.

Resta, portanto, analisar-se o *quantum* indenizatório estipulado na sentença.

Em princípio, verifica-se que foram corretamente desprezados os valores constantes da escritura pública de compra e venda, datada de 05.07.1996, mediante a qual o autor adquiriu a aludida área (fls. 16) por R$43.000,00, e o termo de avaliação nº 011/96, de 05.08.1996, elaborado pela Prefeitura Municipal para fins de desapropriação (fls. 28), do qual consta o valor de R$476.638,00, tendo em vista a enorme discrepância entre os mesmos, sendo de se considerar, também, que tais quantias foram obtidas sem o crivo do contraditório.

No mais, diante das divergências entre o laudo da perita oficial e o do assistente técnico do Município, agiu com acerto o Magistrado ao fixar o *quantum* indenizatório com base naquele primeiro, porquanto, como cediço, para fins de indenização por desapropriação, há que se considerar o valor do bem à época em que se verificou o apossamento, conforme fez a perita do juízo, chegando assim ao valor de R$1,02 para o metro quadrado do terreno desapossado, enquanto o assistente técnico do Município obteve a quantia de R$6,19/m².

Isto se deve ao fato de que, ao elaborar seu laudo, o perito assistente utilizou-se da planta de valores fixada pelo próprio Município de Itajubá para os imóveis nele situados, valendo-se do valor venal do imóvel e das guias para pagamento do IPTU.

E os valores ali contidos, lançados pela Municipalidade para fins de tributação, são elevados para a região e a condição em que se encontrava o terreno do autor à época do apossamento administrativo pelo Município, porque considerada uma situação inexistente, consubstanciada na expectativa de futuro loteamento, que não se concretizou, ficando apenas nas primeiras providências.

Cumpre ressaltar que, embora tenha sido aprovado, em 1989, desmembramento de terreno, dentro da área desapropriada, com 33 (trinta e três) lotes, dito loteamento não foi efetivado, haja vista que não foi regularmente inscrito no Registro de Imóveis e nenhuma melhoria foi feita no local.

Consoante observou o ilustre Magistrado a respeito:

"*A estimação de bens para efeito de tributação não é uma forma segura para o juiz fixar a indenização em sede de desapropriação ou apossamento administrativo pelo Poder Público.*

(...)

No caso dos autos, é verdade que para o imóvel não foi fixado um valor baixo para efeito de tributação. Muito pelo contrário, as guias de recolhimento de imposto demonstram que o valor é elevado para a região e situação em que se encontrava o terreno do autor no tempo do desapossamento pelo réu.

Ocorre, entretanto, que a avaliação efetivada pelo Fisco municipal, para efeito de tributação, considerou uma situação inexistente, ou seja, uma expectativa de loteamento, visto que apesar das primeiras providências para a implantação de área habitável naquele local, não se passou de projeto sem qualquer registro ou iniciativa de lançamento no terreno" (463/464).

Assim sendo, a avaliação constante do laudo elaborado pelo assistente técnico apresenta quantia maior do que a perda efetivamente sofrida pelo autor, em função da desapropriação, ao passo que o laudo da perita oficial se ateve à realidade do imóvel no momento do desapossamento, utilizando-se ainda da comparação com outros imóveis à venda no local, cujas características se assemelham ao do bem expropriado, devendo, por isso, prevalecer.

Nem mesmo os documentos trazidos aos autos pelo apelante com a petição de fls. 547 têm o condão de alterar o valor atribuído pela perita oficial ao metro quadrado do imóvel expropriado, equivalente a R$1,02, como pretende o recorrente.

É que os negócios ali retratados realizados pelo apelante, envolvendo áreas menores inseridas no imóvel, originariamente declarado de utilidade pública pelo Dec. nº 2.710/96, foram realizados no ano de 2001, assim como as guias de IPTU juntadas pelo mesmo também se referem a tal ano, enquanto o apossamento da área pelo Município se deu em 1996.

Logo, se a avaliação deve retratar a realidade do imóvel no momento da desapropriação, estipulando o valor deste nas condições em que se encontrava à época, *in casu*, nos idos de 1996, documentos que se refiram a anos outros que não aquele não têm relevância para modificar *o quantum* encontrado no laudo da perita oficial para o metro quadrado do terreno expropriado, uma vez que refletem situação diversa da existente ao tempo do ato expropriatório.

Observo, todavia, que, com relação à área pertencente ao autor efetivamente ocupada pelo Município, algumas considerações devem ser feitas, tendo em vista as informações trazidas pelo mesmo com a aludida petição de fls. 547, bem como pelo Município de Itajubá no memorial que se encontra à contracapa dos autos.

O Decreto nº 2.710, de 24 de julho de 1996 (fls. 23/24), declarou de utilidade pública para fins de desapropriação uma área de 304.486,00 m² situada no Bairro Ipê, na qual se encontra inserido o terreno do autor, de área equivalente a 263.680,00 m², com base na qual, inclusive, formulou sua pretensão indenizatória.

A desapropriação tinha como objeto toda a área de propriedade do autor, Sr. José Hugo Ricotta, conforme se verifica do documento de fls. 16.

Entretanto, o Decreto nº 3.354, publicado em 10 de março de 2001, trazido aos autos pelo próprio expropriado, fls. 553, juntamente com o projeto de levantamento de fls. 554,

jeto de levantamento de fls. 554, revogou expressamente o Decreto nº 2.710/96, que declarara de utilidade pública para fins de desapropriação a área de 263.680 m², considerada na sentença ora em reexame, para efeito de fixação do montante da indenização.

Dispõe o novo decreto em seu artigo primeiro, *verbis*:

"*Fica declarado de utilidade pública, para fins de desapropriação amigável ou judicial, uma gleba com área de 95.692,50 m², desmembrada de uma parte de terras, em comum, com 26.36,80 hectares, denominada Fazenda Ipiranga, localizado à Rodovia BR-459, Itajubá - Poços de Caldas, KM 161 + 790 metros, no Bairro Cafona, Itajubá-MG, de propriedade do Sr. José Hugo Ricotta...*".

E, em seu artigo 4º, prevê expressamente que:

"*Revogadas as disposições em contrário e em especial o Decreto nº 2.710 de 24 de julho de 1996, este decreto entrará em vigor na data de sua publicação*".

Tal fato, superveniente à prolação da decisão monocrática, não pode ser desconsiderado, tendo em vista que a redução da área objeto de expropriação pelo Poder Público municipal influencia diretamente o valor a ser pago pelo mesmo a título de indenização ao expropriado, uma vez que o valor desta será fixado, tendo como base a real área ocupada pelo Poder Público.

Desta feita, se inicialmente seria o autor privado de toda a sua propriedade, a indenização a lhe ser paga pautar-se-ia de acordo com esta situação, que não mais pode prevalecer se, na realidade, terá retirado de seu patrimônio parte apenas de seu imóvel.

Na espécie, embora inicialmente a área objeto de expropriação equivalesse a todo o terreno do autor, conforme inclusive constatado na perícia oficial feita à época, tendo sido a indenização estipulada na sentença com base neste fato, a realidade atual demonstra outra situação, da qual se verifica expressiva redução na área exproprianda, que passou a ser de 95.692,50 m², representando apenas uma parte do imóvel de propriedade do Sr. José Hugo Ricotta, localizado na Rodovia BR-459, KM 161 + 790 metros, no Bairro Cafona, Itajubá, cuja área total é de 263.680 m².

Importante observar, neste ponto, que, em face da redução da área exproprianda operada pelo Decreto nº 3.354/01, o autor permaneceu na propriedade do restante de seu imóvel, podendo vender parte de suas terras a terceiros, conforme demonstrado pelos documentos trazidos pelo mesmo às fls. 557/ 558 e 560/562.

Portanto, é com relação à área descrita no Decreto nº 3.354/01, equivalente a 95.692,50 m², que deve ser o autor indenizado, e não sobre a área anteriormente declarada de utilidade pública.

Assim sendo, nego provimento ao agravo retido e, no reexame necessário, reformo parcialmente a r. decisão monocrática, no que tange apenas ao valor da indenização a ser paga pelo Município de Itajubá ao requerente, a fim de que seja observada a redução da área expropriada, devendo o valor do metro quadrado encontrado pela perita oficial para o terreno em questão incidir sobre a área realmente expropriada, que é de 95.692,50 m², mantendo quanto ao mais a r. sentença. Resta prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - Há expediente endereçado pelo ilustre advogado ao eminente Relator Des. Bady Curi na data de hoje, à fl. 04, no item III, onde se questiona o seguinte: conforme narrado e documentado em petição protocolada em 25.10.2001 pelo apelante, fls. 547 e 552, diz S. Exª. que ocorreram fatos novos, todos muito posteriores ao protocolo da apelação em 24.05.2000, capazes de alterar, por inteiro teor, o custo da demanda. O eminente Des. Relator examinou com precisão, na parte final de seu voto, essa questão. S. Exª. diz em seu voto, inclusive, o seguinte: que tal situação não pode ser desconsiderada, tendo em vista que a redução da área, objeto de expropriação pelo Poder Municipal, influencia diretamente o valor a ser pago pelo mesmo a título de indenização; e continua S. Exª. nesse mesmo diapasão.

Estou colocando-me de acordo com a declaração de voto do eminente Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - Ouvi atentamente a sustentação oral que foi produzida pelo ilustre advogado.

Noto que, no caso, não houve desapropriação amigável ou judicial. Houve um decreto de utilidade pública, acompanhado de apossamento da terra pelo Município. Portanto, não se configura a desapropriação no seu sentido clássico, mas sim a desapropriação indireta, que se rege pela indenização.

Como bem salientado pelo eminente Relator, a parte da área que está efetivamente apossada não é o todo de 263.680 m², mas de 95.692,50 m², sendo que o restante do imóvel está na posse do proprietário. Por isso, a indenização deve referir-se exclusivamente ao que está na posse da entidade pública: 95.692 m².

É preciso também fazer uma comparação, para facilitar, da diferença que existe entre a matéria-prima e o produto industrializado. Eu diria que o loteamento é como a industrialização; o terreno bruto recebe equipamentos urbanos previstos em lei, transforma-se e adquire um preço novo. Portanto, não é possível aplicar-se o preço do produto industrializado ao preço da matéria-prima. Nesses termos, os elementos comparativos de produto industrializado não servem de parâmetro para o valor da matéria-prima, cujo valor foi fixado dentro de critérios adequados, fundamentados; e, portanto, não há motivo para se fazer qualquer alteração.

Também estou a acompanhar os votos precedentes. Nego provimento ao agravo retido e, no reexame neces-

sário, reformo parcialmente a respeitável decisão monocrática quanto ao valor da indenização, a fim de que seja observada a redução da área, para que se limite àquela realmente ocupada, que é de 95.692,50 m², mantendo-se, no mais, a sentença.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

TOMBAMENTO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - IRREGULARIDADES FORMAIS E MATERIAIS - NULIDADE - INDENIZAÇÃO - POSSIBILIDADE - JULGAMENTO *EXTRA* E *ULTRA PETITA* - OCORRÊNCIA - REEXAME NECESSÁRIO

- Tendo o município apresentado extemporaneamente os quesitos complementares, precluso restou o seu direito, uma vez ultrapassados os cinco dias subseqüentes à sua intimação da juntada do laudo pericial aos autos (art. 185 do CPC), não valendo a tardia invocação do art. 435 do CPC.

- Não sendo os pedidos de nulidade do tombamento e de indenização incompatíveis entre si, eis que não conflitantes, mas sucessivamente complementares, não procede a argüição preliminar de irregularidade da petição inicial.

- O julgamento *extra* e *ultra petita* implica apenas a redução da sentença aos limites objetivos da postulação inicial, *ex vi* da regra do art. 460 do CPC.

- A omissão administrativa em concluir o processo de tombamento afeta o direito de propriedade e lesa o patrimônio individual, justificando, assim, sua anulação pelo Judiciário.

- Se o projeto de construção foi aprovado na conformidade da Lei 4.034/85, sendo inválido o ato de desconstituição da licença, permanece íntegro o direito dos autores aos parâmetros urbanísticos adquiridos no regime da lei antiga e não atingidos pela lei nova (CF, art. 5º, XXXVI).

- Não tem validade o ato de desconstituição da licença (alvará de construção), praticado com ofensa ao devido processo legal e baseado em tombamento nulo.

- O prejuízo ao proprietário não é obstáculo à efetivação de um tombamento, mas pode ser sua conseqüência e implica indenização. No caso concreto, o impedimento ao projeto de construção oposto pelo município, com ofensa ao direito adquirido, redundou em prejuízo aos autores, sendo necessária e viável a indenização.

- Nada há a ser reparado quanto à verba honorária sucumbencial arbitrada nos limites do art. 20, § 3º, do CPC e de acordo com os requisitos do § 4º do mesmo artigo.

- Vv.: - A verba honorária, na espécie, arbitrada no limite máximo de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC, deve ser reduzida, pois, tratando-se de causa em que restou vencida a pessoa jurídica de direito público, a regra do § 4º do mesmo art. 20 é que deve ser atendida, observando-se, em tal caso, a menor onerosidade para o ente público. *(Des. José Francisco Bueno)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 209.404-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Administrativo - Tombamento - Irregularidades formais e materiais no processo administrativo - Nulidade - Indenização - Possibilidade - Julgamento *extra* e *ultra petita* - Ocorrência - Reexame necessário - Apelação de procedência parcial - Sentença confirmada 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, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAR PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR.

Belo Horizonte, 05 de setembro de 2002. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos apelados, o Dr. José Rubens Costa.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Ítalo Aurélio Gaetani, Paulo Gaetani, Ernesta Gaetani Raso, José Menotti Gaetani, Rosa Ornella Gaetani e Ênia Schlegel Gaetani ajuizaram ação ordinária de indenização cumulada com pedido de decretação de nulidade de ato de tombamento contra o Município de Belo Horizonte, a propósito do tombamento provisório da fachada e do volume de imóvel a eles pertencente, localizado nesta Capital, em razão da decisão tomada, em 17.11.94, pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural-CDPC, a pretexto de integrar o Conjunto Urbano Rua dos Caetés e adjacências (fls. 02/09-TJ).

Sentença prolatada na 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte julgou procedentes os pedidos principais formulados (itens 21, *a*, *b* e *c* da inicial - fls. 08-TJ), declarando nulos os tombamentos do imóvel dos autores e de todo o conjunto, considerando não sujeitos os projetos de construção dos autores à prévia autorização do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município; além de reconhecer seu direito adquirido de construírem no imóvel, pelos parâmetros urbanísticos da revogada Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei nº 4.034/85), de acordo com o projeto aprovado na sua vigência; de determinar a expedição de outro alvará de construção, ficando, pois, o Município no dever de examinar todos os pedidos a respeito; e de condenar o Município a pagar-lhes indenização por perdas e danos no valor de R$738.936,31, mais correção monetária e juros compensatórios de 1% ao mês sobre o valor corrigido da indenização, ambos a partir de abril de 1998, bem como juros moratórios de 0,5% ao mês sobre o montante da condenação, a partir da citação e até o efetivo pagamento; e, ainda, custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação (fls. 391/413-TJ).

O Município de Belo Horizonte interpôs agravo retido (fls. 34/325-TJ), insurgindo-se contra o indeferimento da apresentação de quesitos complementares (fls. 323-TJ), mas, após a resposta dos autores (fls. 328/331-TJ) e parecer ministerial, foi mantida a decisão (fls. 336/337-TJ).

E, à margem do reexame obrigatório (art. 475, II, do CPC), apelou o Município, requerendo, preliminarmente, o julgamento do agravo retido e alegando a nulidade da sentença, pedindo o indeferimento da inicial, por apresentar pedidos incompatíveis entre si, e, no mérito, relacionando argumentos em prol da reforma da decisão que, ademais, teria sido *extra e ultra petita*, além de criticar alguns itens do laudo pericial e a fixação dos honorários advocatícios (fls. 420/444-TJ).

Foram apresentadas contra-razões pelos autores (fls. 449/473-TJ).

A Promotoria de Justiça (fls. 480/482-TJ) e a Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 488-TJ) não emitiram pareceres.

É o relatório.

Conheço da espécie, pelo duplo grau obrigatório e pela regular apelação.

Primeiramente, quanto ao agravo retido, não merece censura o indeferimento dos quesitos complementares do Município de Belo Horizonte, por ser extemporânea sua apresentação (fls. 323-TJ).

Com efeito, intimadas as partes da juntada do laudo pericial, em 12.05.98 (fls. 242-TJ), apenas os autores manifestaram sua concordância oportuna (fls. 243/248-TJ), sendo que o Município somente em 05.10.98 veio aos autos para discordar e apresentar quesitos complementares (fls. 276/288-TJ).

Ora, precluso ficou o direito do Município, uma vez ultrapassados os cinco dias subseqüentes à sua intimação da juntada do laudo pericial aos autos (art. 185 do CPC), não valendo a tardia invocação do art. 435 do CPC.

A propósito, está na observação de MOACYR AMARAL SANTOS:

"*Apresentado o laudo, manda a praxe dele se dê ciência às partes, não só para seu conhecimento, como também para tomarem as proveniências convenientes. Uma destas consiste no pedido de esclarecimentos, acaso necessários*" (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Editora Forense, v. IV, 7ª ed., 1994, p. 339).

O incidente, aliás, teve adequada descrição judicial:

"*Após a entrega do laudo pericial, o Município foi intimado para se pronunciar sobre o mesmo, conforme despacho de fls. 142 e publicação de fls. 242. O art. 435 do CPC lhe permitia, nessa oportunidade, pedir esclarecimentos ao perito, ocasião em que deveria requerer a sua intimação para comparecer em audiência e responder aos quesitos desde logo formulados. No entanto, conforme certidão de fls. 242, deixou transcorrer* in albis *o prazo para tanto. Operando-se, portanto, a preclusão a respeito, após ter recebido os autos em carga, que permaneceram em seu poder cerca de 60 dias, na manifestação de fls. 276/288, houve por bem requerer quesitos complementares, portanto, extemporâneos, e por isso indeferidos*" (fls. 336-TJ).

Nego, pois, provimento ao agravo retido.

Também não procede a argüição preliminar de irregularidade da petição inicial, a pretexto de serem incompatíveis entre si os pedidos de nulidade do tombamento e de indenização, eis que não conflitantes, mas sucessivamente complementares; e, quanto ao rito, adotou-se o mais amplo e benéfico do procedimento ordinário (art. 292, § 2º, do CPC).

Rejeito, pois, a preliminar.

Sobre ser o julgamento *extra e ultra petita*, é claro que qualquer dos dois vícios implica apenas a redução da sentença aos limites objetivos da postulação inicial, à sombra da regra do art. 460 do CPC.

E, a rigor, realmente, *in casu*, a sentença extrapolou o pedido dos autores, ao declarar também a nulidade do tombamento do Conjunto Urbano Rua dos Caetés e Adjacências, em que aquele se inclui (fls. 412-TJ).

Assim, o que estiver fora ou além do pedido dos autores apelados há de ser excluído da sentença. (item *b*, fls. 412-TJ).

Quanto ao mais, bem postas ficaram a análise e a conclusão judiciais.

Sabido é que o tombamento é ato administrativo que tem por finalidade a preservação de um bem que, por

seu valor histórico, artístico, paisagístico, turístico ou científico, mereça integrar o patrimônio cultural do País, com naturais implicações nas potencialidades que informam o título de propriedade.

As normas de regência maior (arts. 23, III; 30, incisos I, II e IX; e 216, § 1°, da CF) não excluem, de todo, a competência municipal para proteção aos bens culturais, históricos, paisagísticos e artísticos sitos em seu âmbito geográfico, com a devida observância "*à legislação e à ação fiscalizadora federal e estadual*".

É como está em precedente desta Quinta Câmara entre outros acórdãos:

"*Tombamento de imóvel". Competência legislativa do Município - Inteligência dos arts. 24, VII; 30, II, e 216, § 1°, da Constituição Federal - Mandado de segurança - Fundamentação da sentença.*

- O art.24, VII, da Constituição da República, que dispõe sobre competência legislativa em questões ligadas ao patrimônio histórico e cultural, não deve ser analisado isoladamente, mas sim em consonância com os arts.30, II, e 216, § 1°, da Lei Maior. Da leitura conjunta destes dispositivos, conclui-se que o Município, assim como os Estados e a União, tem competência para dispor sobre tombamento de seus bens, através do uso de instrumentos legítimos para tal, ou seja, através da elaboração de normas legais" (TJMG, Ap. Cív. Rel. Des. Campos de Oliveira, *Jurisp. ADCOAS*, p.764).

Por outras palavras, dir-se-á que a competência legislativa do Município no tocante à proteção do seu patrimônio é "*implícita, sobre a qual prevalecem a competência estadual expressa e também a competência federal expressa ou implícita*" (HELY LOPES, *Direito Municipal Brasileiro*, 8ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 121).

Com tais coordenadas, cabe à lei municipal, à semelhança do Decreto-lei n° 25/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e lhe serve de parâmetro, estabelecer as regras para a efetivação do tombamento, devendo prever, basicamente, o órgão técnico encarregado de apreciar o valor do bem, pressuposto indispensável para que venha a ser tombado; o órgão ou autoridade competente para, baseado no laudo técnico, deliberar e efetuar o tombamento; o procedimento adequado e as limitações que, em virtude do tombamento, passam a incidir sobre a propriedade.

Assim, no Município de Belo Horizonte, "*compete ao Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural, órgão vinculado à Secretaria Municipal de Cultura, decidir sobre o tombamento de bens públicos e particulares, bem como definir o perímetro de proteção em torno de bens imóveis tombados e estabelecer as limitações administrativas decorrentes, à vista dos elementos técnicos fornecidos pela Secretaria Municipal de Cultura*" (Regimento Interno do CDPC - Decreto n° 5.531/86, art. 8°, VI e IX).

Por mais que se debruce sobre o cenário dos autos, conclui-se, sem maior esforço exegético, que não ocorreu, *in casu*, qualquer ofensa à coisa julgada, nenhuma violação a literal disposição de lei e, bem assim, constata-se que o v. aresto não se fundou em prova, cuja falsidade restou provada na própria ação rescisória e, muito menos, em processo criminal, assim como não se alicerçou em erro de fato resultante de atos ou de documentos da causa.

A bem da verdade, tenho que o pleito contido na exordial se constitui, indiscutivelmente, em uma verdadeira aventura jurídica, posto que a autora pretende converter o remédio processual em apreço em um segundo recurso, o que é manifestamente inviável.

No que pertine ao alegado "erro de fato", a autora argumentou que o v. acórdão rescindendo não poderia se arredar da eficácia do laudo pericial genético e estribar-se no contexto probatório de cunho testemunhal.

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, em "Ação Rescisória: Apontamentos" (Procedimento *ADCOAS*, BLA n° 25, de 10.09.88), escreve que "*há erro quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido*" (p. 894).

Entretanto, a bem da verdade, não há controvérsia a propósito do tema em epígrafe.

Invoca-se, mais uma vez, pela sua correção, o pronunciamento da d. *custos legis*: "*Na hipótese dos autos, como se viu, a falha apontada pela autora localiza-se na interpretação da prova e não propriamente na prova, sendo certo que houve ampla discussão a respeito do universo probatório produzido*".

De igual modo, como já assinalado, não ocorreu, na espécie, o fenômeno de ofensa à coisa julgada, mais especificamente qualquer contradição entre o que se decidiu no v. acórdão proferido no Agravo de Instrumento n° 62.858-6 e o deliberado no v. julgado rescindendo, de cujos recursos foi Relator o eminente Des. Cláudio Costa.

Ao se negar provimento ao precitado agravo, decidiu-se que "*(...) se a prova testemunhal oferece pontos controvertidos, no essencial da* litis contestatio, *nada melhor e mais oportuno do que recorrer à palavra da ciência (...)*".

Sendo assim, não se verificou, quando do julgamento daquele recurso, apreciação do mérito da demanda originária, por isso que não há que se falar em ofensa à coisa julgada, como se propala na exordial.

Ao termo e ao cabo, como já dito, pretende a autora, tão-somente, o reexame do v. acórdão rescindendo.

À vista de tais considerações, julgo improcedente o pedido constante da inicial da rescisória.

Se unânime a decisão, reverta-se a favor do réu o depósito inicial.

Custas e honorários, estes arbitrados em R$1.000,00 (mil reais), pela autora.

É como voto.

Os Srs. Desembargadores Hyparco Immesi, Bady Curi, Cláudio Costa, Campos Oliveira, Isalino Lisbôa, Aluízio Quintão e Carreira Machado - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - Peço vista dos autos.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Sr. Presidente, pela ordem, estou antecipando o meu voto.

De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REJEITARAM PRELIMINAR. PEDIU VISTA O SÉTIMO VOGAL, DES. ALMEIDA MELO, APÓS VOTAREM O RELATOR, O REVISOR E OS SEIS PRIMEIROS VOGAIS JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO. EM ADIANTAMENTO DE VOTO, JULGOU IMPROCEDENTE O DÉCIMO VOGAL, DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Bady Curi) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 06.09.2000, a pedido do sétimo Vogal, Des. Almeida Melo, após negarem provimento ao agravo retido, rejeitarem a preliminar e votarem o Relator, o Revisor e os seis primeiros Vogais, julgando improcedente o pedido.

Em adiantamento de voto, julgou improcedente o pedido o décimo Vogal, Des. José Francisco Bueno.

Com a palavra, o Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Alega a autora que, no Agravo de Instrumento nº 62.858-6, foi mandado fazer a perícia, porque a prova testemunhal foi contraditória.

Feita a perícia, a resposta foi a negação da paternidade. Há, entretanto, o risco de 0,0000285% de possibilidade daquela paternidade.

Argumenta a autora que, quando a eg. Câmara desprezou a prova testemunhal, fez coisa julgada.

Quando, posteriormente, no julgamento da apelação, valorizou a prova testemunhal e desprezou a perícia, ao fundamento de que devia ter sido demonstrado que o material foi colhido de irmãos consangüíneos, os julgadores teriam ofendido coisa julgada.

Tenho que procede a argumentação. Havia coisa julgada sobre a imprestabilidade da prova testemunhal e sobre a necessidade da perícia:

"*Se a prova testemunhal oferece pontos controvertidos, no essencial da* litis contestatio, *nada melhor e mais oportuno do que recorrer à palavra da ciência, por cujos custosos ônus, por sinal, a agravada, aceitando o exame sugerido pelo MP, responderá*".

(Agravo de Instrumento nº 1.513-1/23.230-5, julgado em 18 de novembro de 1992, fls. 48/50-TJ.)

Posteriormente, em 22 de agosto de 1996, no julgamento da Apelação nº 62.858-6, o Tribunal volveu à prova testemunhal:

"Data venia, *dou provimento ao apelo, por entender que a decisão não deu solução adequada ao fato, pois se baseou, exclusivamente, no laudo pericial, que, a meu ver, não tem o valor que lhe deu o Juízo.*

O laudo é ato contraditório, pois ao mesmo tempo em que diz que há uma possibilidade de ser o falecido A. pai biológico do investigante (um índice de apenas 0,0000285%, fls. 331), afirma

'com confiabilidade absoluta que o Sr. A.Q.V., falecido, estudado através de seus irmãos N.V.G, R.Q.V. e G.H.S, que têm por mãe a Sra. V.S.R.'" (fls. 333).

O fator de 99,0000715% pela negativa de paternidade foi contrastado com o fator mínimo de 0,0000285%, tendo permanecido este para o fim de se descartar o valor da perícia.

Está ainda no voto condutor do v. acórdão para a Apelação nº 62.858-6:

"*E ainda, se quando o material é colhido do próprio investigado já sou refratário a aceitar a confiabilidade absoluta afirmada pelo perito, quando esse material é colhido de supostos irmãos do apontado pai biológico, a minha resistência mais se acentua.*

Na verdade, não há certeza científica de que as pessoas apontadas às fls. do laudo sejam irmãos biológicos do falecido. São, na verdade, irmãos sociais dele, inexistindo certeza de que sejam irmãos consangüíneos dele. E, se não o são, o resultado só poderia ser negativo, não podendo ter confiabilidade absoluta" (fl. 89-TJ).

A apelação (fls. 78/79-TJ) discutiu exclusivamente a validade da prova pericial e não reabriu discussão sobre a prova testemunhal. A prova pericial não é avaliada com o auxílio da prova testemunhal. São independentes. Logo, impossível era reabrir-se o exame da prova testemunhal, que foi julgada imprestável, se contra essa decisão não existiu recurso.

O retorno à prova testemunhal, quatro anos depois, para, com base nela deferir-se a filiação, pode constituir erro de direito e de fato, bem como ofensa à coisa julgada. Sendo deficiente a prova pericial, cumpria ao Tribunal julgar a improcedência da ação, e, não, dar efeito válido à prova testemunhal, que foi considerada inservível, por decisão definitiva, no agravo de instrumento.

A conseqüência do reconhecimento da paternidade, em circunstâncias como estas, vulnera o direito positivo, *data venia*.

Ao contrário do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, o meu

entendimento é no sentido de que o mérito da prova foi julgado, por ocasião do exame do agravo, pelo Tribunal. Não existe qualquer lei determinando que o agravo de instrumento não possa, como fez o 1.513-1/23.230-5, decidir mérito. Somente não será interposto de decisão terminativa do processo. Ora, se o exame do mérito da prova testemunhal se achava julgado, por decisão definitiva, não era cabível a reabertura da prova testemunhal, quando estava questionada apenas a prova pericial. Nesta e em nenhuma outra prova, restava decidir para se concluir pela paternidade. É lícito ao juiz abrir diligência, mas não é possível ressuscitar a prova.

Ficou questionado na apelação que o DNA foi feito em pessoas que não seriam irmãos do investigado, pessoas diferentes daquelas apontadas pelos sucessores daquele. Entretanto, o laudo da perícia genética informa que as pessoas estão identificadas ao seu final e, pelas carteiras de identidade, são filhos de A.A.V. e de A.Q.V. (fls. 68/69-TJ), como o investigado (fl. 16-TJ). Logo, não se trata de irmãos sociais, o que fica ainda mais certo pelo resultado da perícia, pois não existiria essa coincidência quase plena das impressões digitais entre eles, ou seja, as impressões digitais do pai comum foram reconstituídas em 87,5% (fl. 58-TJ).

Julgo procedente a rescisória, rescindindo o v. acórdão e julgo procedente a ação de investigação de paternidade. Condeno o réu em honorários de R$5.000,00 e nas custas do processo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Sr. Presidente. Pedindo vênia ao eminente Des. Almeida Melo, estou dando a minha adesão ao voto do eminente Des. Célio César Paduani, julgando improcedente o pedido.

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - *Data venia*, julgo improcedente o pedido.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REJEITARAM PRELIMINARES. JULGARAM IMPROCEDENTE O PEDIDO, VENCIDO O DES. ALMEIDA MELO.

-:::-

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - INDENIZAÇÃO - VALOR DO BEM - LAUDO OFICIAL - AUSÊNCIA DE ERRO - ADOÇÃO PELO JULGADOR

- Consumado o apossamento do bem e integrado este ao domínio público, torna-se insuscetível de reintegração ou reivindicação pelo autor, a quem resta somente haver a indenização correspondente do Poder Público expropriante.

- Para fins de indenização por desapropriação, há de se considerar o valor do bem à época em que se verificou o apossamento.

- Em sede de desapropriação, se o laudo apresentado pelo perito oficial é escorreito, não se conseguindo evidenciar erro nele existente, deve ser adotado pelo julgador, até por cautela, pois traz consigo a presunção de estar alheio aos interesses das partes em litígio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 205.387-4/00 - Comarca de Itajubá - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Consumado o apossamento do bem e integrado este ao domínio público, torna-se insuscetível de reintegração ou reivindicação pelo autor, a quem resta somente haver a indenização correspondente do Poder Público expropriante. - Se o laudo apresentado pelo perito oficial é escorreito, não se conseguindo evidenciar erro nele existente, deve ser adotado pelo julgador, até por cautela, pois traz consigo a presunção de estar alheio aos interesses das partes em litígio.

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 AO AGRAVO RETIDO E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2002. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo 2º apelante, o Dr. Ezequiel de Melo Campos Filho.

O Sr. Des. Carreira Machado - Dr. Ezequiel, estou recebendo uma petição que me parece ser um memorial. É isso mesmo, Doutor?

O Sr. Ezequiel de Melo Campos Filho - Sr. Desembargador, não é um memorial; é uma petição pedindo a extinção do processo por perda do objeto, pelas razões nela expostas.

O Sr. Des. Carreira Machado - Passo a petição à apreciação do eminente Des.. Relator.

O Sr. Des. Bady Curi (convocado) - Indefiro o pedido.

O Sr. Des. Carreira Machado - Dr. Ezequiel, o Relator está indeferindo o pedido de V. Exª.

O Sr. Dr. Ezequiel - Excelências, apenas um esclarecimento. Eu não estou pleiteando que o julgamento não se faça; o que estou pleiteando é a extinção do processo sem julgamento do mérito, em função de fatos novos

que estão indicados no processo desde outubro do ano passado.

O Sr. Des. Bady Curi - Perfeito. Fica extinto o processo.

O Sr. Des. Carreira Machado - Com a palavra o Dr. Ezequiel.

O Sr. Des. Bady Curi - Ouvi, com merecida atenção, a douta sustentação oral feita pelo Dr. Ezequiel de Melo Campos Filho, ilustre advogado, a quem conheço de longa data.

Agradeço as palavras elogiosas feitas em minha presença e digo que é sempre um prazer podermos judicar com um advogado tão inteligente, tão preparado, tão ético.

Mantenho o indeferimento dos autos, sem julgamento de mérito; aliás, da extinção do processo sem julgamento do mérito.

Nós estamos diante de uma ação de indenização em face de desapropriação, e este direito de indenização, em face de desapropriação, faz-se havendo ou não decreto. Desde que haja o apossamento do Poder Público de terras de particular, o pedido de indenização se mantém.

Na verdade, o ilustre advogado vem-se insurgindo, e vem-se insurgindo inteligentemente, não sei se para dar provimento ou não, e isso, examinaremos no voto que tenho escrito, é contra a perícia, contra a prova que já existe dentro dos autos e, por isso, S. Exa. gostaria que julgássemos extinto este processo para reiniciar um outro, onde fizesse prova diferente. É por isso que estamos indeferindo, e passo à leitura do voto que trago escrito.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.

De início, cumpre analisar o agravo retido interposto por José Hugo Ricotta contra a decisão, fls. 162/163, que rejeitou a alegação de extemporaneidade da defesa ofertada pelo Município, deixando de decretar os efeitos da revelia, visto que cumpriu o apelante o disposto no art. 523 do CPC.

Afirma o agravante que o Magistrado ignorou toda a argumentação desenvolvida no sentido de demonstrar a intempestividade da defesa apresentada pelo Município, deixando de aplicar-lhe as penas previstas no CPC, fazendo, com isso, letra morta da lei processual.

A meu ver, a r. decisão agravada não merece ser reformada.

Insiste o agravante em questão mais do que superada, brilhantemente refutada pelo Sentenciante no despacho impugnado e também às fls. 175/176, uma vez que é sabido e ressabido que a revelia não produz contra a Fazenda Pública o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (art. 320, inc. II).

Ao lado disso, nunca é demais relembrar que ao juiz é conferido poder

para determinar a produção de provas, nos termos do art. 130 do CPC, do qual se valeu o Magistrado *a quo* para determinar a realização de perícia, após analisar os autos e constatar a grande divergência de valores conferidos pelas partes para o imóvel objeto de expropriação, sendo certo ainda, como salientado pelo ilustre Sentenciante, que "*o julgamento antecipado é faculdade dada pela lei instrumental ao julgador, que a usará se lhe parecer desnecessária a produção de provas*" (TJMG - Ap. Cível 78.431-1, j. em 11.04.89, Rel. Des. Lúcio Urbano, "*Jurisprudência Mineira*", 107/224).

Portanto, nego provimento ao agravo retido.

Em seguida, passa-se ao reexame da r. sentença.

Conforme se depreende dos autos, José Hugo Ricotta ajuizou a presente ação de indenização por desapropriação indireta contra o Município de Itajubá, buscando ver-se monetariamente ressarcido pelo desapossamento de área de sua propriedade de 263.680,00 m², situada no Bairro Ipê, Km 5, da rodovia Itajubá-Poços de Caldas, ocupada pela Municipalidade para implantação do Distrito Industrial II no local.

O Município de Itajubá foi condenado a pagar indenização no valor de R$268.953,60 (duzentos e sessenta e oito mil, novecentos e cinqüenta e três reais e sessenta centavos), corrigida monetariamente a partir da data do laudo oficial, incidindo sobre esse valor juros de mora de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da decisão, e juros compensatórios de 12% ao ano, a contar da efetiva ocupação, ocorrida em 27.08.1996, bem como custas e honorários, estes fixados em 5% do valor da indenização, eis que reconheceu o Magistrado a existência do apossamento do terreno pela Municipalidade.

No que concerne ao apossamento do terreno de propriedade de José Hugo Ricotta, embora tenha o Município de Itajubá, através do Decreto nº 2.710, de 24 de julho de 1996 (fls. 23/24), declarado de utilidade pública para fins de desapropriação uma aérea de 304.486,00 m² situada no Bairro Ipê, dentre a qual se encontra inserido o terreno do autor, colhe-se dos autos que nenhuma medida legal foi implementada pela Administração Pública no sentido de promover o regular procedimento expropriatório, na forma da lei, restando caracterizada, destarte, a desapropriação indireta do imóvel a ele pertencente.

Assim sendo, ante a inexistência do devido processo legal para a aquisição da área pertencente ao autor, necessária à implantação do Distrito Industrial II, o qual compreende a desapropriação administrativa ou judicial e prévia indenização, cabe ao Poder Público municipal responsável pelo ato arcar com a indenização prevista constitucionalmente.

Resta, portanto, analisar-se o *quantum* indenizatório estipulado na sentença.

Em princípio, verifica-se que foram corretamente desprezados os valores constantes da escritura pública de compra e venda, datada de 05.07.1996, mediante a qual o autor adquiriu a aludida área (fls. 16) por R$43.000,00, e o termo de avaliação nº 011/96, de 05.08.1996, elaborado pela Prefeitura Municipal para fins de desapropriação (fls. 28), do qual consta o valor de R$476.638,00, tendo em vista a enorme discrepância entre os mesmos, sendo de se considerar, também, que tais quantias foram obtidas sem o crivo do contraditório.

No mais, diante das divergências entre o laudo da perita oficial e o do assistente técnico do Município, agiu com acerto o Magistrado ao fixar o *quantum* indenizatório com base naquele primeiro, porquanto, como cediço, para fins de indenização por desapropriação, há que se considerar o valor do bem à época em que se verificou o apossamento, conforme fez a perita do juízo, chegando assim ao valor de R$1,02 para o metro quadrado do terreno desapossado, enquanto o assistente técnico do Município obteve a quantia de R$6,19/m².

Isto se deve ao fato de que, ao elaborar seu laudo, o perito assistente utilizou-se da planta de valores fixada pelo próprio Município de Itajubá para os imóveis nele situados, valendo-se do valor venal do imóvel e das guias para pagamento do IPTU.

E os valores ali contidos, lançados pela Municipalidade para fins de tributação, são elevados para a região e a condição em que se encontrava o terreno do autor à época do apossamento administrativo pelo Município, porque considerada uma situação inexistente, consubstanciada na expectativa de futuro loteamento, que não se concretizou, ficando apenas nas primeiras providências.

Cumpre ressaltar que, embora tenha sido aprovado, em 1989, desmembramento de terreno, dentro da área desapropriada, com 33 (trinta e três) lotes, dito loteamento não foi efetivado, haja vista que não foi regularmente inscrito no Registro de Imóveis e nenhuma melhoria foi feita no local.

Consoante observou o ilustre Magistrado a respeito:

"*A estimação de bens para efeito de tributação não é uma forma segura para o juiz fixar a indenização em sede de desapropriação ou apossamento administrativo pelo Poder Público.*

(...)

No caso dos autos, é verdade que para o imóvel não foi fixado um valor baixo para efeito de tributação. Muito pelo contrário, as guias de recolhimento de imposto demonstram que o valor é elevado para a região e situação em que se encontrava o terreno do autor no tempo do desapossamento pelo réu.

Ocorre, entretanto, que a avaliação efetivada pelo Fisco municipal, para efeito de tributação, considerou uma situação inexistente, ou seja, uma expectativa de loteamento, visto que apesar das primeiras providências para a implantação de área habitável naquele local, não se passou de projeto sem qualquer registro ou iniciativa de lançamento no terreno" (463/464).

Assim sendo, a avaliação constante do laudo elaborado pelo assistente técnico apresenta quantia maior do que a perda efetivamente sofrida pelo autor, em função da desapropriação, ao passo que o laudo da perita oficial se ateve à realidade do imóvel no momento do desapossamento, utilizando-se ainda da comparação com outros imóveis à venda no local, cujas características se assemelham ao do bem expropriado, devendo, por isso, prevalecer.

Nem mesmo os documentos trazidos aos autos pelo apelante com a petição de fls. 547 têm o condão de alterar o valor atribuído pela perita oficial ao metro quadrado do imóvel expropriado, equivalente a R$1,02, como pretende o recorrente.

É que os negócios ali retratados realizados pelo apelante, envolvendo áreas menores inseridas no imóvel, originariamente declarado de utilidade pública pelo Dec. nº 2.710/96, foram realizados no ano de 2001, assim como as guias de IPTU juntadas pelo mesmo também se referem a tal ano, enquanto o apossamento da área pelo Município se deu em 1996.

Logo, se a avaliação deve retratar a realidade do imóvel no momento da desapropriação, estipulando o valor deste nas condições em que se encontrava à época, *in casu*, nos idos de 1996, documentos que se refiram a anos outros que não aquele não têm relevância para modificar *o quantum* encontrado no laudo da perita oficial para o metro quadrado do terreno expropriado, uma vez que refletem situação diversa da existente ao tempo do ato expropriatório.

Observo, todavia, que, com relação à área pertencente ao autor efetivamente ocupada pelo Município, algumas considerações devem ser feitas, tendo em vista as informações trazidas pelo mesmo com a aludida petição de fls. 547, bem como pelo Município de Itajubá no memorial que se encontra à contracapa dos autos.

O Decreto nº 2.710, de 24 de julho de 1996 (fls. 23/24), declarou de utilidade pública para fins de desapropriação uma área de 304.486,00 m² situada no Bairro Ipê, na qual se encontra inserido o terreno do autor, de área equivalente a 263.680,00 m², com base na qual, inclusive, formulou sua pretensão indenizatória.

A desapropriação tinha como objeto toda a área de propriedade do autor, Sr. José Hugo Ricotta, conforme se verifica do documento de fls. 16.

Entretanto, o Decreto nº 3.354, publicado em 10 de março de 2001, trazido aos autos pelo próprio expropriado, fls. 553, juntamente com o projeto de levantamento de fls. 554,

jeto de levantamento de fls. 554, revogou expressamente o Decreto nº 2.710/96, que declarara de utilidade pública para fins de desapropriação a área de 263.680 m², considerada na sentença ora em reexame, para efeito de fixação do montante da indenização.

Dispõe o novo decreto em seu artigo primeiro, *verbis*:

"*Fica declarado de utilidade pública, para fins de desapropriação amigável ou judicial, uma gleba com área de 95.692,50 m², desmembrada de uma parte de terras, em comum, com 26.36,80 hectares, denominada Fazenda Ipiranga, localizado à Rodovia BR-459, Itajubá - Poços de Caldas, KM 161 + 790 metros, no Bairro Cafona, Itajubá-MG, de propriedade do Sr. José Hugo Ricotta...*".

E, em seu artigo 4º, prevê expressamente que:

"*Revogadas as disposições em contrário e em especial o Decreto nº 2.710 de 24 de julho de 1996, este decreto entrará em vigor na data de sua publicação*".

Tal fato, superveniente à prolação da decisão monocrática, não pode ser desconsiderado, tendo em vista que a redução da área objeto de expropriação pelo Poder Público municipal influencia diretamente o valor a ser pago pelo mesmo a título de indenização ao expropriado, uma vez que o valor desta será fixado, tendo como base a real área ocupada pelo Poder Público.

Desta feita, se inicialmente seria o autor privado de toda a sua propriedade, a indenização a lhe ser paga pautar-se-ia de acordo com esta situação, que não mais pode prevalecer se, na realidade, terá retirado de seu patrimônio parte apenas de seu imóvel.

Na espécie, embora inicialmente a área objeto de expropriação equivalesse a todo o terreno do autor, conforme inclusive constatado na perícia oficial feita à época, tendo sido a indenização estipulada na sentença com base neste fato, a realidade atual demonstra outra situação, da qual se verifica expressiva redução na área expropriada, que passou a ser de 95.692,50 m², representando apenas uma parte do imóvel de propriedade do Sr. José Hugo Ricotta, localizado na Rodovia BR-459, KM 161 + 790 metros, no Bairro Cafona, Itajubá, cuja área total é de 263.680 m².

Importante observar, neste ponto, que, em face da redução da área expropriada operada pelo Decreto nº 3.354/01, o autor permaneceu na propriedade do restante de seu imóvel, podendo vender parte de suas terras a terceiros, conforme demonstrado pelos documentos trazidos pelo mesmo às fls. 557/ 558 e 560/562.

Portanto, é com relação à área descrita no Decreto nº 3.354/01, equivalente a 95.692,50 m², que deve ser o autor indenizado, e não sobre a área anteriormente declarada de utilidade pública.

Assim sendo, nego provimento ao agravo retido e, no reexame necessário, reformo parcialmente a r. decisão monocrática, no que tange apenas ao valor da indenização a ser paga pelo Município de Itajubá ao requerente, a fim de que seja observada a redução da área expropriada, devendo o valor do metro quadrado encontrado pela perita oficial para o terreno em questão incidir sobre a área realmente expropriada, que é de 95.692,50 m², mantendo quanto ao mais a r. sentença. Resta prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Carreira Machado - Há expediente endereçado pelo ilustre advogado ao eminente Relator Des. Bady Curi na data de hoje, à fl. 04, no item III, onde se questiona o seguinte: conforme narrado e documentado em petição protocolada em 25.10.2001 pelo apelante, fls. 547 e 552, diz S. Exª. que ocorreram fatos novos, todos muito posteriores ao protocolo da apelação em 24.05.2000, capazes de alterar, por inteiro teor, o custo da demanda. O eminente Des. Relator examinou com precisão, na parte final de seu voto, essa questão. S. Exª. diz em seu voto, inclusive, o seguinte: que tal situação não pode ser desconsiderada, tendo em vista que a redução da área, objeto de expropriação pelo Poder Municipal, influencia diretamente o valor a ser pago pelo mesmo a título de indenização; e continua S. Exª. nesse mesmo diapasão.

Estou colocando-me de acordo com a declaração de voto do eminente Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - Ouvi atentamente a sustentação oral que foi produzida pelo ilustre advogado.

Noto que, no caso, não houve desapropriação amigável ou judicial. Houve um decreto de utilidade pública, acompanhado de apossamento da terra pelo Município. Portanto, não se configura a desapropriação no seu sentido clássico, mas sim a desapropriação indireta, que se rege pela indenização.

Como bem salientado pelo eminente Relator, a parte da área que está efetivamente apossada não é o todo de 263.680 m², mas de 95.692,50 m², sendo que o restante do imóvel está na posse do proprietário. Por isso, a indenização deve referir-se exclusivamente ao que está na posse da entidade pública: 95.692 m².

É preciso também fazer uma comparação, para facilitar, da diferença que existe entre a matéria-prima e o produto industrializado. Eu diria que o loteamento é como a industrialização; o terreno bruto recebe equipamentos urbanos previstos em lei, transforma-se e adquire um preço novo. Portanto, não é possível aplicar-se o preço do produto industrializado ao preço da matéria-prima. Nesses termos, os elementos comparativos de produto industrializado não servem de parâmetro para o valor da matéria-prima, cujo valor foi fixado dentro de critérios adequados, fundamentados; e, portanto, não há motivo para se fazer qualquer alteração.

Também estou a acompanhar os votos precedentes. Nego provimento ao agravo retido e, no reexame neces-

sário, reformo parcialmente a respeitável decisão monocrática quanto ao valor da indenização, a fim de que seja observada a redução dà área, para que se limite àquela realmente ocupada, que é de 95.692,50 m², mantendo-se, no mais, a sentença.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

TOMBAMENTO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - IRREGULARIDADES FORMAIS E MATERIAIS - NULIDADE - INDENIZAÇÃO - POSSIBILIDADE - JULGAMENTO *EXTRA* E *ULTRA PETITA* - OCORRÊNCIA - REEXAME NECESSÁRIO

- Tendo o município apresentado extemporaneamente os quesitos complementares, precluso restou o seu direito, uma vez ultrapassados os cinco dias subseqüentes à sua intimação da juntada do laudo pericial aos autos (art. 185 do CPC), não valendo a tardia invocação do art. 435 do CPC.

- Não sendo os pedidos de nulidade do tombamento e de indenização incompatíveis entre si, eis que não conflitantes, mas sucessivamente complementares, não procede a argüição preliminar de irregularidade da petição inicial.

- O julgamento *extra* e *ultra petita* implica apenas a redução da sentença aos limites objetivos da postulação inicial, *ex vi* da regra do art. 460 do CPC.

- A omissão administrativa em concluir o processo de tombamento afeta o direito de propriedade e lesa o patrimônio individual, justificando, assim, sua anulação pelo Judiciário.

- Se o projeto de construção foi aprovado na conformidade da Lei 4.034/85, sendo inválido o ato de desconstituição da licença, permanece íntegro o direito dos autores aos parâmetros urbanísticos adquiridos no regime da lei antiga e não atingidos pela lei nova (CF, art. 5º, XXXVI).

- Não tem validade o ato de desconstituição da licença (alvará de construção), praticado com ofensa ao devido processo legal e baseado em tombamento nulo.

- O prejuízo ao proprietário não é obstáculo à efetivação de um tombamento, mas pode ser sua conseqüência e implica indenização. No caso concreto, o impedimento ao projeto de construção oposto pelo município, com ofensa ao direito adquirido, redundou em prejuízo aos autores, sendo necessária e viável a indenização.

- Nada há a ser reparado quanto à verba honorária sucumbencial arbitrada nos limites do art. 20, § 3º, do CPC e de acordo com os requisitos do § 4º do mesmo artigo.

- Vv.: - A verba honorária, na espécie, arbitrada no limite máximo de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC, deve ser reduzida, pois, tratando-se de causa em que restou vencida a pessoa jurídica de direito público, a regra do § 4º do mesmo art. 20 é que deve ser atendida, observando-se, em tal caso, a menor onerosidade para o ente público. *(Des. José Francisco Bueno)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 209.404-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Administrativo - Tombamento - Irregularidades formais e materiais no processo administrativo - Nulidade - Indenização - Possibilidade - Julgamento *extra* e *ultra petita* - Ocorrência - Reexame necessário - Apelação de procedência parcial - Sentença confirmada 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, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAR PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR.

Belo Horizonte, 05 de setembro de 2002. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos apelados, o Dr. José Rubens Costa.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Ítalo Aurélio Gaetani, Paulo Gaetani, Ernesta Gaetani Raso, José Menotti Gaetani, Rosa Ornella Gaetani e Ênia Schlegel Gaetani ajuizaram ação ordinária de indenização cumulada com pedido de decretação de nulidade de ato de tombamento contra o Município de Belo Horizonte, a propósito do tombamento provisório da fachada e do volume de imóvel a eles pertencente, localizado nesta Capital, em razão da decisão tomada, em 17.11.94, pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural-CDPC, a pretexto de integrar o Conjunto Urbano Rua dos Caetés e adjacências (fls. 02/09-TJ).

Sentença prolatada na 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte julgou procedentes os pedidos principais formulados (itens 21, *a*, *b* e *c* da inicial - fls. 08-TJ), declarando nulos os tombamentos do imóvel dos autores e de todo o conjunto, considerando não sujeitos os projetos de construção dos autores à prévia autorização do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município; além de reconhecer seu direito adquirido de construírem no imóvel, pelos parâmetros urbanísticos da revogada Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei nº 4.034/85), de acordo com o projeto aprovado na sua vigência; de determinar a expedição de outro alvará de construção, ficando, pois, o Município no dever de examinar todos os pedidos a respeito; e de condenar o Município a pagar-lhes indenização por perdas e danos no valor de R$738.936,31, mais correção monetária e juros compensatórios de 1% ao mês sobre o valor corrigido da indenização, ambos a partir de abril de 1998, bem como juros moratórios de 0,5% ao mês sobre o montante da condenação, a partir da citação e até o efetivo pagamento; e, ainda, custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação (fls. 391/413-TJ).

O Município de Belo Horizonte interpôs agravo retido (fls. 34/325-TJ), insurgindo-se contra o indeferimento da apresentação de quesitos complementares (fls. 323-TJ), mas, após a resposta dos autores (fls. 328/331-TJ) e parecer ministerial, foi mantida a decisão (fls. 336/337-TJ).

E, à margem do reexame obrigatório (art. 475, II, do CPC), apelou o Município, requerendo, preliminarmente, o julgamento do agravo retido e alegando a nulidade da sentença, pedindo o indeferimento da inicial, por apresentar pedidos incompatíveis entre si, e, no mérito, relacionando argumentos em prol da reforma da decisão que, ademais, teria sido *extra e ultra petita*, além de criticar alguns itens do laudo pericial e a fixação dos honorários advocatícios (fls. 420/444-TJ).

Foram apresentadas contra-razões pelos autores (fls. 449/473-TJ).

A Promotoria de Justiça (fls. 480/482-TJ) e a Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 488-TJ) não emitiram pareceres.

É o relatório.

Conheço da espécie, pelo duplo grau obrigatório e pela regular apelação.

Primeiramente, quanto ao agravo retido, não merece censura o indeferimento dos quesitos complementares do Município de Belo Horizonte, por ser extemporânea sua apresentação (fls. 323-TJ).

Com efeito, intimadas as partes da juntada do laudo pericial, em 12.05.98 (fls. 242-TJ), apenas os autores manifestaram sua concordância oportuna (fls. 243/248-TJ), sendo que o Município somente em 05.10.98 veio aos autos para discordar e apresentar quesitos complementares (fls. 276/288-TJ).

Ora, precluso ficou o direito do Município, uma vez ultrapassados os cinco dias subseqüentes à sua intimação da juntada do laudo pericial aos autos (art. 185 do CPC), não valendo a tardia invocação do art. 435 do CPC.

A propósito, está na observação de MOACYR AMARAL SANTOS:

"*Apresentado o laudo, manda a praxe dele se dê ciência às partes, não só para seu conhecimento, como também para tomarem as proveniências convenientes. Uma destas consiste no pedido de esclarecimentos, acaso necessários*" (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Editora Forense, v. IV, 7ª ed., 1994, p. 339).

O incidente, aliás, teve adequada descrição judicial:

"*Após a entrega do laudo pericial, o Município foi intimado para se pronunciar sobre o mesmo, conforme despacho de fls. 142 e publicação de fls. 242. O art. 435 do CPC lhe permitia, nessa oportunidade, pedir esclarecimentos ao perito, ocasião em que deveria requerer a sua intimação para comparecer em audiência e responder aos quesitos desde logo formulados. No entanto, conforme certidão de fls. 242, deixou transcorrer* in albis *o prazo para tanto. Operando-se, portanto, a preclusão a respeito, após ter recebido os autos em carga, que permaneceram em seu poder cerca de 60 dias, na manifestação de fls. 276/288, houve por bem requerer quesitos complementares, portanto, extemporâneos, e por isso indeferidos*" (fls. 336-TJ).

Nego, pois, provimento ao agravo retido.

Também não procede a argüição preliminar de irregularidade da petição inicial, a pretexto de serem incompatíveis entre si os pedidos de nulidade do tombamento e de indenização, eis que não conflitantes, mas sucessivamente complementares; e, quanto ao rito, adotou-se o mais amplo e benéfico do procedimento ordinário (art. 292, § 2º, do CPC).

Rejeito, pois, a preliminar.

Sobre ser o julgamento *extra e ultra petita*, é claro que qualquer dos dois vícios implica apenas a redução da sentença aos limites objetivos da postulação inicial, à sombra da regra do art. 460 do CPC.

E, a rigor, realmente, *in casu*, a sentença extrapolou o pedido dos autores, ao declarar também a nulidade do tombamento do Conjunto Urbano Rua dos Caetés e Adjacências, em que aquele se inclui (fls. 412-TJ).

Assim, o que estiver fora ou além do pedido dos autores apelados há de ser excluído da sentença. (item *b*, fls. 412-TJ).

Quanto ao mais, bem postas ficaram a análise e a conclusão judiciais.

Sabido é que o tombamento é ato administrativo que tem por finalidade a preservação de um bem que, por

seu valor histórico, artístico, paisagístico, turístico ou científico, mereça integrar o patrimônio cultural do País, com naturais implicações nas potencialidades que informam o título de propriedade.

As normas de regência maior (arts. 23, III; 30, incisos I, II e IX; e 216, § 1°, da CF) não excluem, de todo, a competência municipal para proteção aos bens culturais, históricos, paisagísticos e artísticos sitos em seu âmbito geográfico, com a devida observância "*à legislação e à ação fiscalizadora federal e estadual*".

É como está em precedente desta Quinta Câmara entre outros acórdãos:

"*Tombamento de imóvel". Competência legislativa do Município - Inteligência dos arts. 24, VII; 30, II, e 216, § 1°, da Constituição Federal - Mandado de segurança - Fundamentação da sentença.*

- O art.24, VII, da Constituição da República, que dispõe sobre competência legislativa em questões ligadas ao patrimônio histórico e cultural, não deve ser analisado isoladamente, mas sim em consonância com os arts.30, II, e 216, § 1°, da Lei Maior. Da leitura conjunta destes dispositivos, conclui-se que o Município, assim como os Estados e a União, tem competência para dispor sobre tombamento de seus bens, através do uso de instrumentos legítimos para tal, ou seja, através da elaboração de normas legais" (TJMG, Ap. Cív. Rel. Des. Campos de Oliveira, *Jurisp. ADCOAS*, p.764).

Por outras palavras, dir-se-á que a competência legislativa do Município no tocante à proteção do seu patrimônio é "*implícita, sobre a qual prevalecem a competência estadual expressa e também a competência federal expressa ou implícita*" (HELY LOPES, *Direito Municipal Brasileiro*, 8ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 121).

Com tais coordenadas, cabe à lei municipal, à semelhança do Decreto-lei n° 25/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e lhe serve de parâmetro, estabelecer as regras para a efetivação do tombamento, devendo prever, basicamente, o órgão técnico encarregado de apreciar o valor do bem, pressuposto indispensável para que venha a ser tombado; o órgão ou autoridade competente para, baseado no laudo técnico, deliberar e efetuar o tombamento; o procedimento adequado e as limitações que, em virtude do tombamento, passam a incidir sobre a propriedade.

Assim, no Município de Belo Horizonte, "*compete ao Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural, órgão vinculado à Secretaria Municipal de Cultura, decidir sobre o tombamento de bens públicos e particulares, bem como definir o perímetro de proteção em torno de bens imóveis tombados e estabelecer as limitações administrativas decorrentes, à vista dos elementos técnicos fornecidos pela Secretaria Municipal de Cultura*" (Regimento Interno do CDPC - Decreto n° 5.531/86, art. 8°, VI e IX).

No caso dos autos, foram apontadas irregularidades que teriam sido praticadas no curso do procedimento administrativo do tombamento, merecendo destaque especial a falta do devido processo legal e a ilegalidade do ato indeferitório da impugnação administrativa, uma e outra com sentido de reforço mútuo.

Revelam as cópias de peças do processo administrativo vindas aos autos que, uma vez notificadas, de forma sucinta, sobre a aprovação da inscrição de seu imóvel no Livro de Tombo Histórico (fls. 138/139-TJ), os autores apresentaram sua impugnação à providência do órgão municipal do tombamento provisório, questionando a maneira oficial de agir e pugnando pelo direito de defesa de sua propriedade (fls. 142-TJ).

Até então, o procedimento administrativo culminara com providências de novembro e dezembro de 1994, e, apenas um mês após, o Conselho Deliberativo reuniu-se, conforme ata do dia 19 de janeiro de 1995, publicada em 28 de janeiro de 1995 (fls. 162/163-TJ-apenso), extraordinária e secretamente, ocasião em que foi rejeitada a impugnação, de forma simples, e, por deliberação unânime, foi ratificado o tombamento do imóvel dos autores (fls. 161-TJ-apenso), que foram informados da decisão, através de notificação (fls. 164-TJ- apenso).

A propósito, é presumível que o Conselho Deliberativo Municipal esteja atuando, nestas reuniões, com a plena ciência dos órgãos federal e estadual correlatos, cujos representantes devem integrar a sua composição, conforme prevê o art. 29, VII e VIII, do seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto Municipal n° 5.531, de 13.12.86.

E, com certeza, aos seus membros não deve escapar o conhecimento de que o tombamento é um ato administrativo complexo, que não prescinde da vinculação à forma específica e à motivação fática e jurídica, naturalmente por ter implicação com a restrição do direito de propriedade.

No caso concreto, põe-se o incidente de que o procedimento foi visto como falho e irregular pelos autores, com críticas à maneira apressada, à qualificação dada ao imóvel, à motivação apoucada e à rejeição não fundamentada da impugnação, irregularidades que estariam caracterizando nulidade do tombamento compulsório.

Realmente, a complexidade e vinculação legal do tombamento dito compulsório implicam o dever de respeito ao contraditório e ao direito de ampla defesa dos interessados, não comportando a forma célere, sucinta e secreta com que se tomou a decisão de ratificação do tombamento e dos termos simplistas e não fundamentados com que ficou rejeitada a impugnação dos autores apelados.

Aliás, quer-me parecer, diante do ocorrido, que o Regimento Interno do Conselho Deliberativo Municipal,

no tocante às regras sobre seu funcionamento, se encontra defasado, diante da nova ordem constitucional instituída em 1988.

Assim é que, sobre suas reuniões ou sessões ordinárias e extraordinárias, dispõe o velho decreto municipal que "*deverão ser realizadas a portas fechadas*" (art. 16), atitude velada ou secreta que não condiz com a transparência da Administração Pública ou com situações envolventes de interesses particulares.

Estaria aí até o empecilho à prevalência da garantia constitucional, dado que também aos litigantes, em *processo administrativo*, segundo o art. 5°, inciso LV, da Constituição Federal, "*são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

Há que se acrescer, ainda, como o fez a sentença (fls. 399-TJ), que, decorridos cinco anos de sua abertura, ainda não se tem notícia do ato final de inscrição do bem no livro próprio, justamente o ato que caracteriza o tombamento.

Com efeito, "*se tombar é inscrever, registrar, inventariar, cadastrar, tombamento é a operação material da inscrição do bem... no livro público respectivo*", na definição lapidar (cf. José Cretella Júnior, *apud* ANTÔNIO A. QUEIROZ TELLES, ob. cit., p. 340-341), só a omissão administrativa em concluir o processo de tombamento afeta o direito de propriedade e lesa o patrimônio individual, justificando, assim, sua anulação pelo Judiciário (STJ, REsp 41.993-0-SP, *DJU* de 19.06.95).

Ademais, nem mesmo o procedimento previsto nas normas regimentais do Conselho para o tombamento foram observadas devidamente, porquanto, além de a decisão não ter tido o apoio do parecer técnico sobre o imóvel, não foi tomada "*à vista dos elementos técnicos fornecidos pela Secretaria Municipal de Cultura*", como determina o art. 18, VII, do Regimento Interno do CDPC.

E, visível é, ainda, na espécie, a ausência de motivação que é fundamental "*em qualquer ato que limite os direitos subjetivos ou atinja interesses legítimos dos particulares (...); ou em quaisquer atos que encerrem procedimentos administrativos contenciosos*" (cf. FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO, *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, Del Rey, Belo Horizonte, p. 113 a 115).

Ora, se tombar significa constranger a propriedade individual em prol da memória cultural pública, limitando o gozo e a fruição ilimitados deste direito do administrado, a simples alegação de valor cultural de um bem demanda demonstração inequívoca desse valor, de como e por que se liga ao bem, o que permitirá a verificação da conformidade do ato com a previsão legal, e isso não foi cumprido no caso dos autos.

Com efeito, as atas das sessões do Conselho, suas publicações e anexos referentes ao tombamento consideraram simplesmente o imóvel dos autores como bem cultural isolado e integrante do conjunto urbano tombado (fls. 147/155 e 176/179-TJ-apenso).

E, ao contrário, o laudo do perito oficial Ricardo Miguel e Souza de Souza atesta a absoluta inexistência do valor cultural do imóvel em si mesmo ou como referência à suposta identidade cultural do conjunto urbano onde está localizado (fls. 143/239-TJ).

Diante de tal incongruência, acentuou o Juiz sentenciante que "... *não incidem sobre o imóvel as limitações pertinentes à proteção e conservação do patrimônio histórico e artístico, ante a invalidade do tombamento do imóvel e a ineficácia do tombamento do conjunto urbano onde está compreendido, não dependendo, portanto, os seus projetos de construção de prévia autorização do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município*" (fls. 405-TJ).

Também quanto à cassação do alvará de construção, não merece reparos a conclusão judicial.

É que os autores obtiveram, na vigência da Lei n° 4.034/85, revogada pela Lei n° 7.166/96, a aprovação, em 22.05.96, pelo alvará 96.09009 (fls. 47-TJ), de projeto de construção no lote em que há a edificação tombada e que seria demolida (fls. 22/53-TJ).

E, antes do prazo fixado para o início das obras (22.11.96), o referido alvará foi cassado sumariamente pela Administração, em 02.09.96 (fls. 48/49-TJ). E, conquanto não tenha sido produzida nenhuma prova de que aquele cancelamento teria ocorrido por descumprimento de leis municipais, como quer fazer entender o Município, a conclusão lógica é a de que o mesmo ocorreu em razão do tombamento do imóvel.

Com efeito, no documento expedido pela Secretaria Municipal de Atividades Urbanas - SMAU, em 02.12.96, depois do pedido de renovação do alvará, datado de 14.11.96 (fls. 20-TJ), manda-se "*procurar a Secretaria Municipal de Cultura para investigar se o lote possui Edificação Tombada*" (fls. 57-TJ).

Por outro lado, tal como está na sentença, "*se ocorreu ilegalidade na expedição do alvará ou se a construção está sendo feita em desacordo com o projeto aprovado, tais circunstâncias deverão ser comprovadas em regular processo administrativo punitivo, para desconstituir a situação anteriormente constituída no processo administrativo de outorga, que erigiu a construção em direito subjetivo do requerente (STJ,* RT, *659/171;* RDA, *181/313)*" (ob. cit., p. 167) (fls. 406-TJ).

Logo, se o projeto em questão foi aprovado na conformidade da Lei n° 4.034/85, sendo inválido o ato de desconstituição da licença, permanece íntegro o direito dos autores aos parâ-

metros urbanísticos *adquiridos* no regime da lei velha, e não atingidos pela lei nova (CF, art. 5º - XXXVI).

Além do mais, não houve "*perda do direito de construir pela Lei de Uso e Ocupação do Solo (LUOS nº 4.034/85)*", como pretende o Município, nem configura desistência do projeto original o pedido de certidão de potencial de construção transferível, manifestado pelos autores, logo após a cassação do alvará, mero exercício de um direito, na eventualidade da rejeição do outro.

Desse modo, sem sombra de dúvida, os autores têm direito adquirido de construir pelos parâmetros urbanísticos da Lei nº 4.034/85, em que foi aprovado o projeto, sendo inválido o ato de desconstituição da licença, praticado com ofensa ao devido processo legal e baseado em tombamento nulo.

No que concerne à indenização, a natureza jurídica do tombamento sobre a qual divergem os doutrinadores, se limitação administrativa ou servidão, não é ponto essencial para sua apreciação, ainda que envolva aniquilamento parcial das faculdades inerentes ao domínio, porque tal questão se resolve pela imposição ao órgão público da obrigação de reparar prejuízos sofridos pelo proprietário, com o realce do princípio da responsabilidade objetiva, através do qual tem o ente político o dever de reparar toda vez que ato seu, legítimo ou não, cause lesão ao particular.

O prejuízo ao proprietário não é obstáculo à efetivação de um tombamento, mas pode ser sua conseqüência e implicar indenização.

No caso concreto dos autos, o impedimento ao projeto de construção oposto pela Municipalidade, com ofensa ao direito adquirido, redundou em prejuízo aos autores, que atuam no ramo da construção civil por intermédio da Empresa Castor Engenharia Ltda.

Assim é que, mediante a análise de investimentos com a utilização de recursos de engenharia econômica, a bem-produzida perícia técnica concluiu ter havido um prejuízo certo, decorrente da perda do investimento do projeto, no importe de R$474.000,00 (quatrocentos e setenta e quatro mil reais), em valor de abril de 1998 (fls. 126/239-TJ), sendo que os critérios utilizados pelo perito oficial e o próprio valor apurado, que não foram impugnados pelo réu, foram corroborados pela perícia dos autores, da lavra do engenheiro Marcelo Correa Mendonça (fls. 249/254-TJ).

Mostra-se como acertada, também, a conclusão judicial de serem parte integrante do prejuízo dos autores os valores de locação que eles deixaram de receber nos onze meses em que o prédio ficou vazio e as parcelas referentes ao IPTU, no mesmo período, além do valor não impugnado desse prejuízo.

Por fim, nada há a ser reparado no tocante aos juros fixados, que, como juros legais, tanto compensatórios

como moratórios, estão implícitos no pedido inicial e prescindem de alegação expressa, a teor do art. 293 do CPC, bem como quanto à verba honorária sucumbencial arbitrada *nos limites* do art.20, § 3º, do CPC e de acordo com os requisitos do § 4º do mesmo artigo.

Assim sendo, em reexame necessário, dou provimento parcial à apelação do Município e reformo a sentença, parcialmente, ficando excluída do dispositivo a parte referente ao tombamento do Conjunto Urbano da Rua dos Caetés e Adjacências.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Senhor Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR, NEGANDO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITANDO PRELIMINAR, DANDO PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO E REFORMANDO PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Hugo Bengtsson) - Este feito teve seu julgamento adiado na sessão do dia 29.08.2002, a pedido do Revisor, após votar o Relator, negando provimento ao agravo retido, rejeitando preliminar, dando provimento parcial à apelação do Município e reformando a sentença, no reexame necessário.

Com a palavra o Des. José Francisco Bueno.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Agravo retido, manifestado às fls. 324-325.

Entendo que a decisão monocrática deve prevalecer, porquanto o agravante ofereceu quesitos complementares à perícia já encerrada, em flagrante intempestividade, após retenção abusiva dos autos por cerca de sessenta dias, com vista sobre os laudos.

Não houve pedido de intimação dos *experts* para comparecimento à audiência a fim de prestarem esclarecimentos, conduzindo, portanto, ao entendimento de que os esclarecimentos solicitados o foram sob o comando do art. 425 do CPC.

Portanto, nego provimento ao agravo retido.

Mérito do apelo.

1. Inépcia da inicial.

Os pedidos formulados na inicial são sucessivos e cumulativos uns e alternativos outros, inocorrendo a alegada incompatibilidade, pois as pretensões elencadas sob as alíneas *d, e* e *f* foram colocadas sob condição de não-atendimento isolado ou cumulativo dos anteriores.

Os pleitos são, portanto, compatíveis entre si, inocorrendo a alegada inépcia da peça de ingresso.

2. Ilicitude do ato administrativo de tombamento.

Dada a natureza de restrição grave e onerosa do direito dominial, que o ato acarreta ao imóvel tombado, sua edição desafia procedimento administrativo legal, em que se assegure ao proprietário do bem o direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de constituir-se em arbitrariedade.

E, ainda que se trate de atuação discricionária da Administração, o tombamento desafia motivação, e, nesse aspecto, o ato é sempre vinculado à norma de regência, que deve explicitar as hipóteses em que se verifica o interesse coletivo sobre o bem particular, não bastando a referência genérica a "relevante valor cultural", desafiando, ao contrário, a demonstração dos aspectos sob os quais o imóvel se liga à cultura coletiva.

Assim, o tombamento em questão, quer pela ausência de requisitos de forma, como o devido processo legal, com oportunidade do contraditório e à ampla defesa e pela ausência da inscrição do tombamento no livro próprio, somando-se à falta de motivação do ato e à inexistência do motivo alegado, não pode subsistir como ato administrativo válido e capaz de gerar direitos e deveres.

3. Licença para demolição e construção. Cancelamento.

As alegações do apelante de que a cassação do alvará e negativa de sua revalidação se deram porque os próprios apelados desistiram do investimento construtivo por razões de mercado não possuem a mínima demonstração, caindo no campo da falaciosidade sem consistência, assim como a afirmação de que os próprios interessados teriam desistido do projeto.

O conjunto probatório, especialmente a perícia em cotejo com os inúmeros documentos que acompanham a inicial, o laudo e o anexo PTA demonstram à saciedade que os apelados obtiveram licença para demolição e construção na área do mencionado imóvel, que foi cancelada antes do término do prazo para o início da obra e isto, ao que tudo indica, em razão do malsinado tombamento eivado de nulidade.

4. Nova Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei 7.166/96). Agravamento de restrições da capacidade construtiva do imóvel.

Princípio elementar de direito, consagrado na Carta Magna da República, é o da não-prejudicialidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido por lei posterior.

Na espécie, o que se percebe, sem muita dificuldade, é que o ato de tombamento provisório, que serviu de motivação à cassação do alvará de licença de construção, antes expedido em favor dos autores, teve, na verdade, o indisfarçável sentido de impedir o exercício do direito de construir,

enquanto tramitava o projeto de lei nova, que veio sufragar as mesmas restrições impostas por aquele ato, ferindo direito já adquirido.

De conseguinte, impõe-se o restabelecimento da licença, cassada indevidamente e com motivação em ato nulo (o tombamento provisório), para que aos apelados se reconheça o direito de construir, nos termos da lei revogada (Lei 4.034/85).

5. Indenização.

Não se há negar, a toda evidência, que o malsinado tombamento do imóvel e conseqüente cassação do alvará de licença para construir, quando já se tinham posto os apelados na contingência de retomarem o imóvel locado, cessando a relação com excelente inquilino e, por extensão, a renda dos aluguéis e a assunção do ônus do IPTU por eles, proprietários, durante o período em que o imóvel, *ex factum principis*, esteve desocupado.

Contudo, mais grave ainda, sem dúvida, foi a perda do investimento do projeto construtivo, consoante apurado na perícia.

Com a permitida vênia do ilustre Procurador, Dr. Nelson Rosenvald, a indenização se mostra necessária e viável, em razão do dano decorrente da atuação administrativa (responsabilidade civil objetiva), não se havendo falar em compensação pelo tombamento.

6. Declaração de ineficácia do tombamento do conjunto urbano da Rua dos Caetés e adjacências, em cujo perímetro se insere o imóvel dos apelados.

Com efeito, com a só declaração de nulidade do tombamento, restritivamente entendido, do imóvel dos autores, atendeu-se à pretensão inaugural, não se havendo de estender a decisão aos prédios circunvizinhos do conjunto urbano, cuja ineficácia não foi pedida.

Nesta parte, impõe-se a reforma da sentença, para decotar-lhe o excesso em que consiste a alínea *b* da parte dispositiva (fls. 412).

7. Honorários advocatícios.

A verba honorária, na espécie, foi arbitrada no limite máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do § 3° do art. 20 do CPC.

Tratando-se de causa em que restou vencida a pessoa jurídica de direito público, a regra do § 4° do mesmo art. 20 é que deve ser atendida, observando-se, em tal caso, a menor onerosidade para o ente público, independentemente da limitação entre dez e vinte por cento sobre o valor da condenação.

Assim, em que pese a complexidade da causa, o exaustivo trabalho de ambos os advogados, o tempo decorrido na tramitação do feito e demais circunstâncias, reduzo os honorários para 8% (oito por cento) sobre o valor corrigido da condenação.

Com essas considerações, em preliminar, nego provimento ao agravo retido e, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença para decotar da parte dispositiva a declaração de ineficácia do tombamento do conjunto urbano da R. Caetés, bem como para reduzir a verba honorária de sucumbência para o patamar de 8% (oito por cento) sobre o valor da condenação, restando prejudicado o recurso voluntário.

Por sua exuberância didática, escorreita fundamentação e acertada conclusão, recomendo a publicação da r. sentença de primeiro grau.

Com essas considerações, acompanho o em. Relator.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO E REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR.

SENTENÇA

Vistos, etc.

Ítalo Aurélio Gaetani e outros, qualificados nos autos, por seu procurador, Prof. José Rubens Costa, promovem ação de indenização cumulada com pedido de decretação de nulidade de ato de tombamento, contra o Município de Belo Horizonte.

Alegam que o réu, através do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural-CDPC, em 17.11.94, efetuou o tombamento provisório da fachada e do volume do imóvel dos autores, situado na Rua dos Tupinambás, 346/352, lote 03, quadra 13, 1ª seção urbana, com área de 599 m², zoneamento atual ZC-6, sob o singelo argumento de que estaria compreendido no tombamento do conjunto urbano Rua dos Caetés e adjacências.

Impugnado o ato de tombamento provisório, em 05.12.94, não houve manifestação sobre o cancelamento do ato e tampouco imposição do tombamento definitivo.

Entretanto, em 22.05.96, obtiveram aprovação, dentro dos parâmetros urbanísticos da Lei 4.034/85, de projeto de construção no lote ocupado pelo imóvel; requereram tempestivamente a renovação do alvará, mas o Município não se pronunciou a respeito, tendo sido, aliás, determinada a cassação do alvará.

"*A ilegalidade da imposição do ônus do tombamento se assenta em que não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 normas municipais de tombamento, isto é, não se atribui competência legislativa aos Municípios para legislar sobre a matéria, assim indevido o tombamento pelo CDPC (...) com descumprimento do devido processo legal e do direito de defesa, pois os autores nem mesmo foram notificados do tombamento provisório, falta de motivação da inclusão dos imóveis no Conjunto, inexistência de fundamento técnico-jurídico, vinculante do tombamento, pois inadmissível tombar-se ou incluir-se nas restrições do tombamento imóveis sem qualquer relação com fatos relevantes da história (...)*" (fls. 6/7).

A omissão em decidir o pedido de renovação do alvará estaria baseada no ato ilícito de tombamento, "*que com suas limitações esvaziou o potencial de uso previsto pela Lei Municipal de Zoneamento, Lei 4.034/85*", causando "*prejuízos aos autores pela natural desvalorização dos imóveis e impedimento de construção e comercialização, dado a que imóveis tombados não podem ser demolidos para que outras construções neles se levantem (art. 17, DL 25/37)*" (fl. 03).

"*Os prejuízos consistem, de modo enunciativo, em impedimento e embaraço na comercialização da construção aprovada, nos termos do projeto juntado, com o potencial de construção ZC-6, Lei 4.034/85, o que gera uma perda financeira diária, redução do valor do imóvel, por força da perda do potencial de construção, negativa de alvará de demolição, em desrespeito ao direito dos requerentes em construir de acordo com a Lei de Uso e Ocupação do Solo do Município, falta de inversão financeira de valores que seriam obtidos com a comercialização (alienação com incorporação), ou renda de aluguéis e outros*" (fl. 3).

O tombamento, no fundo, ocultaria verdadeira arbitrariedade, "*consistente em que em curso Projeto de Lei de Plano Direito e de nova Lei de Zoneamento, a aprovada Lei 7.165/96, que diminui, de modo considerável, o potencial construtivo do imóvel dito tombado. Com a nova Lei de Zoneamento, o potencial construtivo passa a ser, praticamente, o mesmo como imposto pelo CDPC, através das normas do tombamento ...*" (fl. 4).

Em suma, haveria necessidade de "acertamento" jurisdicional para eliminar ou resolver a incerteza do direito ou da relação jurídica dos autores, "*consubstanciada no direito de obter informações básicas, demolir, aprovar projetos arquitetônicos, direito ao projeto já aprovado, obter baixa e habite-se, enfim, todos os atos necessários ao exercício do direito de construir nos termos das normas vigentes - sem quaisquer restrições por consideração ao ilícito tombamento*" (fl. 5).

A conduta do Município ensejaria a responsabilidade objetiva, que "*se assenta na simples constatação dos prejuízos causados por seus agentes*" (fl.7).

Pleiteiam: a) condenação do Município ao pagamento de indenização; b) decretação da nulidade do questionado tombamento; c) declaração do direito dos autores aos parâmetros urbanísticos de construção no imóvel, nos termos da Lei nº 4.034/85 e Código de Obras; formulam ainda pedidos sucessivos ou subsidiários na

eventualidade de rejeição dos pedidos principais cumulados.

Inicial instruída com documentos (fls. 02/58).

Regularmente citado, o Município de Belo Horizonte apresentou contestação, por seu ilustre procurador, Dr. Eduardo Magalhães Vilela (fls. 62/67), em que argúi, preliminarmente, a inépcia da inicial, que conteria pedidos incompatíveis entre si, sendo que o tipo de procedimento não seria adequado para todos.

Quanto ao mérito, sustenta a competência do Município para legislar sobre tombamento, bem como a legalidade do ato; o motivo do tombamento residiria na preservação da identidade cultural do Município.

Não procederia, pois, o pedido de indenização.

Aliás, "*o imóvel dos Autores não foi objeto de tombamento específico; deve, portanto, obediência ao artigo 17 da Lei 3.802/84, por estar na área do Conjunto objeto da limitação referida, ou seja, o imóvel pode sofrer quaisquer intervenções, seja demolição, transferência ou nova edificação, desde que o projeto seja submetido à prévia análise e aprovação do CDPCMBH*" (fl. 65).

Nem haveria direito adquirido em tema de zoneamento urbano, muito menos direito adquirido contra interesse público; os autores tiveram a oportunidade de submeter ao CDPCMBH projetos em consonância com a antiga Lei de Parcelamento Uso e Ocupação do Solo; se não o fizeram, sobrevindo a lei nova revogando a anterior, deverão suportar os eventuais prejuízos.

Réplica, acompanhada de documentos (fls. 70/112), seguindo-se manifestação do réu sobre os documentos juntados pelos autores (fls. 114/115).

Deferida a realização de prova pericial, juntou-se o laudo do perito oficial, sobre o qual se manifestaram as partes (fls. 142/313), notando-se que o réu não indicou assistente técnico.

Juntou-se ainda o laudo do assistente técnico dos autores (fls. 249/254).

Foram indeferidos quesitos complementares requeridos pelo Município, por extemporâneos (fl. 324), de cuja decisão o réu interpôs agravo retido (fls. 325/326), sobre o qual se pronunciaram os autores, bem como o Ministério Público, que opinou pela manutenção da decisão (fls. 329/333-v.).

Chegando-se à AIJ, não havendo provas a serem produzidas, mantive a decisão, facultando às partes, a requerimento destas, a produção de memoriais escritos (fls. 337/338).

Juntados os memoriais, o Ministério Público, em parecer da lavra da Dra. Nadja Kelly Pereira de

Souza de Miller, opina pela procedência parcial dos pedidos para anulação do ato administrativo de tombamento, com improcedência do pedido de indenização "*por ausência de nexo causal com o tombamento*" (fls. 384/388).

É o relatório, em apertada síntese. Passo a decidir.

Da preliminar.

Os autores formularam pedidos sucessivos ou subsidiários na eventualidade de rejeição de pedidos principais cumulados e compatíveis entre si, sendo o tipo de procedimento adequado para todos (CPC, arts. 289 e 292).

Rejeito, pois, a arguição de inépcia da inicial.

Do mérito.

O tombamento é ato administrativo que tem por finalidade a preservação de um bem que, por seu valor histórico, artístico, paisagístico, turístico ou científico, mereça integrar o patrimônio cultural do País, ato do qual decorrem limitações ao poder de disposição do proprietário e conseqüente esvaziamento do valor econômico da propriedade.

Concretiza-se mediante inscrição no livro próprio. "*Tombar é, portanto, consignar nestes livros que determinada propriedade, seja pública ou privada, móvel ou imóvel, foi considerada de interesse social, submetida, a partir daí, a um regime peculiar que objetiva protegê-la contra a destruição, abandono ou utilização inadequada*" (ANTONIO A. QUEIROZ TELLES, "Breves Notas sobre o Tombamento", *in Direito Administrativo na Década de 90*, RT, 1997, p. 341).

A Constituição Federal prevê a hipótese de *tombamento* como forma de proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º).

A lei nacional do tombamento é o Decreto-lei 25/37, complementado por outros diplomas legais.

A competência do Município para legislar sobre a matéria decorre da norma constitucional que lhe outorga a promoção da proteção do patrimônio histórico-cultural local, desde que "*observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual*" (CF, art. 30, IX).

É evidente que a competência para *promover* a proteção do patrimônio histórico-cultural local abrange a capacidade legislativa para editar as normas indispensáveis a essa atuação.

Por outro lado, a competência concorrente, conferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal (CF, art. 24, VII), para legislar sobre a matéria, é restrita à fixação de normas gerais.

Assim, o Município, mediante legislação própria, poderá dispor sobre o patrimônio cultural municipal e sobre o tombamento segundo o seu

interesse, desde que não afronte a legislação federal e a estadual.

E mesmo: "*Decorre tal circunstância da sua autonomia legislativa, fixada no art. 30: 'Compete aos Municípios... I - legislar sobre assuntos de interesse local'.*

Ademais, o Município poderá legislar sobre tombamento, com estribo no inc. II do aludido art. 30, que se completa, perfeitamente com o inc. I, já que 'Compete aos Municípios... II - Suplementar a legislação federal e estadual, no que couber'.

Esta expressão, 'no que couber', giza precisamente, na graduação de interesses, a predominância do adjetivo local.

Neste ponto, não se poderá afirmar que houve qualquer inovação constitucional, porquanto o Município já legislava a respeito de certas matérias, de seu 'peculiar interesse', ou seja, atinentes aos próprios negócios" (ANTÔNIO A. QUEIROZ TELLES, ob. cit., p. 358).

Cabe à lei municipal, à semelhança do Decreto-lei 25/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e lhe serve de parâmetro, estabelecer as regras para a efetivação do tombamento, devendo prever, basicamente, o órgão técnico encarregado de apreciar o valor do bem, pressuposto indispensável para que venha a ser tombado; o órgão ou autoridade competente para, baseado no laudo técnico, deliberar e efetuar o tombamento; o procedimento adequado e as limitações que, em virtude do tombamento, passam a incidir sobre a propriedade.

No âmbito federal, o órgão competente para efetuar o tombamento é o Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural-IBPC (autarquia federal), vinculado ao Ministério da Cultura, que sucedeu à Fundação Pró-Memória e a antiga Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-SPHAN, nos termos da Lei 8.029/90. Ao Conselho Consultivo do SPHAN, órgão de caráter técnico, incumbia verificar a exigência dos requisitos necessários ao tombamento, já não contemplada na estrutura regimental do IBPC, a quem cumpre, porém, solicitar os necessários pareceres técnicos para respaldar suas decisões.

Na esfera estadual, essa missão é confiada ao Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais-IEPHA/MG, que, na definição da Lei 11.258/93, é uma fundação de direito público, sem fins lucrativos (art. 2°), que "*tem por finalidade proteger e promover os patrimônios cultural, histórico, natural e científico de interesse de preservação do Estado, nos termos do disposto na Constituição Federal e na Constituição do Estado*" (art. 3°). Para cumprir sua finalidade, compete à fundação, entre outras atividades, "*examinar e aprovar estudos e projetos de intervenção em bens do Estado*" (art. 4°, IV) e "*exercer ações de fiscalização técnica sobre os bens tombados pelo Estado*" (art. 4°, V).

Na esfera do Município de Belo Horizonte, compete ao Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural, órgão vinculado à Secretaria Municipal de Cultura, decidir sobre o tombamento de bens públicos e particulares, bem como definir o perímetro de proteção do entorno de bens imóveis tombados, com estabelecimento das limitações administrativas decorrentes, "*à vista dos elementos técnicos fornecidos pela Secretaria Municipal de Cultura*" (Regimento Interno do CDPC - Decreto 5.531/86, art. 8°, VI a IX).

Pois bem, com relação ao procedimento administrativo, a norma municipal extrapola os limites da sua competência, contrariando a norma geral federal e a estadual, a que deve obediência, pelo menos em dois pontos, que redundam em grave prejuízo para o proprietário, a saber, não prevê ato homologatório nem recurso contra o tombamento, previstos naquelas.

Com efeito, a Lei 6.292/75 confere competência a ministro de Estado para examinar todo o procedimento, anulando-o se houver ilegalidade, ou revogando a decisão, se contrário ao interesse público, ou, por fim, homologando-o. Outrossim, a Lei Estadual 5.775/71 atribui tal competência a secretário de Estado (art. 4°, § 1°) e propicia recurso ao governador (art. 4°, § 3°).

Na espécie, além dessa omissão, o procedimento não observou o *devido processo legal*, com os meios de defesa a ele inerentes, garantido pela Constituição Federal, bastando notar que a deliberação ocorreu em sessão secreta do Conselho, na qual se descartou sumariamente a impugnação ao tombamento provisório, cujos argumentos não mereceram a mais mínima menção, como se vê na ata da decisão final (fls. 176/179, apenso).

Como se não bastassem tais circunstâncias, que tornam nulo o tombamento, é de observar que se desobedeceu num ponto ao próprio procedimento previsto nas normas regimentais do Conselho: a decisão não teve o apoio de parecer técnico sobre o imóvel - não se deu "*à vista dos elementos técnicos fornecidos pela Secretaria Municipal de Cultura*", como determina o art. 18, VII, do Regimento Interno.

Ora, como observa HELY LOPES MEIRELLES, "*o tombamento realiza-se através de um procedimento administrativo vinculado, que conduz ao ato final de inscrição do bem no livro próprio. Nesse procedimento deve ser notificado o proprietário do bem a ser tombado, dando-se-lhe oportunidade de defesa na forma da lei. Nulo será o tombamento efetivado sem atendimento das imposições legais e regulamentares, pois que, acarretando restrições ao exercício do direito de propriedade, há que observar* o devido processo legal para sua fomalização, *e essa nulidade pode ser pronunciada pelo Judiciário, na ação cabível, em que serão apreciadas tanto a legalidade dos motivos quanto a regularidade*

do procedimento administrativo em exame" (*Direito de Construir*, Ed. Malheiros. 7ª ed., 1996, p. 129).

Acresce que, decorridos cinco anos de sua abertura, ainda não se tem notícia do ato final de inscrição do bem no livro próprio, justamente o ato que define o tombamento: "*Se tombar é inscrever, registrar, inventariar, cadastrar, tombamento é a operação material da inscrição do bem... no livro público respectivo*", na definição lapidar de José Cretella Júnior (*apud* ANTÔNIO A. QUEIROZ TELLES, ob. cit., p. 340-341). Pois a só omissão administrativa em concluir o processo de tombamento afeta o direito de propriedade e lesa o patrimônio individual, justificando, assim, sua anulação pelo Judiciário (STJ, REsp 41.993-0-SP, *DJU* de 19.6.95).

A notificação do tombamento provisório do imóvel dos autores, firmada pela então presidente do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte, dá conta da aprovação, pelo Conselho, "*em sessão ordinária de 10 de novembro de 1994, da inscrição no Livro de Tombo Histórico, do Conjunto Urbano Rua dos Caetés e Adjacências no qual se enquadra a edificação de sua propriedade. No mesmo ato,* considerando o seu relevante valor cultural para o Município, *o referido Conselho deliberou também tombar as fachadas e o volume da edificação de sua propriedade, situada à Rua Tupinambás, 346/352*".

"*Comunicamos ainda que, por este ato, o imóvel encontra-se sob tombamento provisório, não podendo ser destruído, demolido, pintado ou restaurado sem autorização prévia do referido Conselho*" (fl. 157, apenso) (grifos meus).

A notificação do tombamento definitivo, da mesma signatária, informa que, "*em sessão ordinária de 19 de janeiro de 1995, o Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte deliberou ratificar o tombamento do imóvel situado à Rua dos Tupinambás, 346/352. Na oportunidade esclareço a V. Sa. que o imóvel de sua propriedade, inserido em conjunto urbano tombado, está sujeito às normas de proteção do patrimônio cultural devendo ser submetido ao exame deste Conselho quaisquer intervenções*" (fl. 182, apenso).

Já as atas das sessões do Conselho, suas publicações e anexos, referentes ao ato de tombamento aludem simplesmente ao imóvel como *bem cultural* isolado e integrante do conjunto urbano tombado (fls. 147/155 e 176/179, apenso). O estudo técnico a que se faz remissão não se refere ao imóvel tombado, como se verá mais adiante.

Em uma palavra, como se depreende, a motivação do tombamento cifra-se à referência ao *relevante valor cultural* do imóvel em si e como integrante do conjunto urbano tombado.

Nada mais lacônico, impreciso e indefinido.

O ato administrativo (mesmo discricionário) não pode prescindir de *motivação*, ou seja, da exposição precisa e clara dos fatos e circunstâncias em que se apóia, das bases em que está assentado, de maneira a se poder verificar a própria *materialidade do motivo* e o seu ajustamento à *hipótese normativa*, sob pena de invalidade do ato por ausência de motivação.

A motivação, afinal, é a justificativa do ato.

Assim, o tombamento, tendo por motivo ou pressuposto de fato o *valor cultural* de um bem, demanda demonstração inequívoca desse valor, de como e por que se liga ao bem, sem omissão dos próprios critérios da apreciação técnica, *transparência* que permitirá a verificação da conformidade do ato com a previsão legal, mesmo porque acarreta significativa restrição ao direito de propriedade assegurado pela Constituição.

Discute-se se o tombamento é ato vinculado ou discricionário. Pouco importa. A motivação é obrigatória, numa e noutra hipótese. Bem o diz MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: "*A motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado*" (*Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 10ª ed., 1998, p. 175).

Acresce que o exercício democrático do poder, no Estado de Direito, pressupõe a necessidade da motivação. Como observa Agustin Gordillo, apoiado em lição de Rivero: "*Ya la democracia es no sólo un modo de* designación *del poder, sino también un modo de* ejercicio *del poder.*

Del mismo modo, lo que fué en el pasado exigencia jurídica, que el acto administrativo contuviera una '- motivación' o explicitación de sus fundamentos, es hoy una exigencia política: ahora hay que explicar *al ciudadano por qué se le impone una norma, y hay que* convencerlo *con la explicación; pues si no se le explica satisfatoriamente, faltará su consenso, que es base esencial del concepto democrático actual y futuro del ejercicio del poder*" (*apud* CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Legalidade - Discricionariedade - Seus Limites e Controle", *in RDP*, 86/53-54).

Pois, na espécie, limitando-se à mera e vaga referência ao *relevante valor cultural do imóvel*, a Administração não deu a conhecer os motivos do tombamento, sem os quais não há como aferir a lisura do ato, produto decerto do arbítrio.

Nem se alegue que o tombamento do prédio resulta do tombamento do conjunto urbano de que é parte integrante. O valor histórico ou artístico é

propriedade do bem em si mesmo: ou o imóvel tem valor por si mesmo, merecendo ser preservado, ou não tem valor algum, descabendo o tombamento. Pode sujeitar-se, quando muito (nem é o caso, como se verá adiante), à proibição de construção que impeça ou reduza a visibilidade do conjunto urbano tombado.

Donde se conclui que o tombamento em questão é nulo por ausência de motivação, ou seja, por vício de elemento essencial do ato, "*que excede su formalidad y toca su contenido y racionalidad*" (Alberto Ramon Real, *apud* CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 54).

De resto a invalidade do ato decorre da própria *ausência do motivo* alegado como seu fundamento.

Com efeito, a prova dos autos, especialmente o bem-fundamentado laudo do perito oficial Ricardo Miguel e Souza de Souza (o Município não indicou assistente técnico), atesta a absoluta inexistência de valor cultural do imóvel em si mesmo ou como referência à suposta identidade cultural do conjunto urbano onde está localizado.

O laudo é incisivo:

"*Arquitetonicamente (o imóvel tombado) não apresenta qualquer relevo, quer interna quer externamente, nas suas fachadas, que justificasse um empenho maior do perito e assistente na busca de um improvável valor estético. Historicamente, no inventário constante do processo administrativo, Volume II, também não há qualquer informação de relevo sobre a edificação*" (fl. 152).

"*Entendemos que não há elementos que indiquem que o imóvel guarde qualquer traço cultural de inquestionável valor histórico, inequívoco valor afetivo coletivo, se constitua em ponto de referência tradicional ou marco na história da comunidade. O mesmo quanto à referência paisagística, artística, arqueológica, paleontológica, ecológica ou científica*" (fl. 202).

Quanto ao "*complexo, árduo e criterioso estudo*" levado a efeito pela Secretaria Municipal de Cultura e tido pelo Município como fundamento técnico do tombamento (fl. 64), não diz respeito, de modo específico, ao imóvel tombado, ali referido vagamente como pertencente a "*manchas de interesse de preservação*" (fls. 88 e 117/119, apenso).

Esse estudo genérico, conforme esclarece o laudo pericial, "*trata, praticamente, de toda a vida urbana e desenvolvimento da capital ao longo do século, notadamente seus aspectos socioeconômicos e culturais*" (fl. 203).

É escusado dizer que não justifica o tombamento o pertencer simplesmente o prédio a uma das "*manchas de interesse de preservação*" do centro da cidade - o conjunto urbano Rua dos Caetés e adjacências -, aliás, cujo cenário degradado, como registra o próprio levantamento da Secretaria

Municipal de Cultura (fl. 119), sugere antes renovação que preservação.

Enfim, uma vez que o prédio não tem valor algum, inexistindo motivo para o tombamento, o ato é nulo, além de absurdo e abusivo, constituindo violação do direito dos proprietários à livre disposição.

Do exposto até aqui, resulta, em síntese, que a nulidade do tombamento por vícios de legalidade formal e material, decorre: a) da infringência ao *devido processo legal*; b) da violação das normas regimentais do processo de tombamento; c) da omissão em concluir o processo; d) da ausência de motivação; e e) da inexistência de motivo.

Alega-se que "*o imóvel não foi objeto de tombamento específico*"; estando porém compreendido no conjunto urbano Rua dos Caetés e adjacências, também tombado pelo Município, os seus projetos de construção sujeitar-se-iam à prévia autorização do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município, em face da proibição de construção na vizinhança dos imóveis tombados que lhes impeça ou reduza a visibilidade.

A objeção não colhe. O tombamento provisório e definitivo da fachada e do volume do imóvel dos autores, além de expressamente reconhecido pelo Município, quando justamente lhe defende a validade, está documentado nas atas das respectivas sessões e publicações do Conselho em que foi aprovado (fls. 157 e 176/179). Ressalve-se que o ato não se aperfeiçoou devido à falta da inscrição no livro próprio.

Agora, não obstante a invalidade do tombamento específico, pretende-se que o imóvel deve sofrer as conseqüências do tombamento do conjunto urbano, previstas no art. 17 da Lei 3.802/84, *in verbis*: "*Sem prévia autorização do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade*".

"*O conceito de redução de visibilidade, para fins da Lei de Tombamento, é amplo, abrangendo não só a tirada da vista da coisa tombada como a modificação do ambiente ou da paisagem adjacente, a diferença de estilo arquitetônico, e tudo o mais que contraste ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza original da obra ou do sítio tombado*" (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 131).

Conseqüentemente, os projetos de intervenção nos imóveis situados nos perímetros ou nos "entornos", isto é, nas circunvizinhanças dos imóveis ou dos conjuntos urbanos tombados, sujeitam-se, com efeito, à aprovação do órgão competente, incumbido da proteção e da fiscalização do patrimônio histórico e artístico, no caso o Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte (nas esferas

federal e estadual, o IBPC e o IEPHA, respectivamente).

A questão é que não se concretizou o próprio tombamento do conjunto urbano Rua dos Caetés e adjacências (não cabe aqui discutir sua legalidade material), em face da ausência de *ato homologatório* e da própria *inscrição no Livro do Tombo Histórico*, cuja prova pelo menos não fez o Município.

Dessa maneira, não há como considerar tombado o conjunto urbano, cujo ato do tombamento, a bem dizer, é *ineficaz*; não produziu efeitos, nem pode ser convalidado. "*A Administração (adverte CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO) não pode convalidar um ato* se este já foi impugnado, *administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo seria inútil a argüição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração e não do dever de obediência à ordem jurídica*" (*Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 7ª ed., 1995, p. 278).

Em suma: não incidem sobre o imóvel as limitações pertinentes à proteção e conservação do patrimônio histórico e artístico, ante a invalidade do tombamento do imóvel e a ineficácia do tombamento do conjunto urbano onde está compreendido, não dependendo, portanto, os seus projetos de construção de prévia autorização do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município.

Pois bem, na vigência da lei anterior de uso e ocupação do solo (Lei 4.034/85, revogada pela Lei 7.166/96), os autores obtiveram aprovação, em 22.5.96, pelo alvará 96.09009 (fl. 47), de projeto de construção no lote ocupado pela edificação tombada, que seria demolida (fls. 22/53).

Antes do prazo fixado para o início da obra (22.11.96), o alvará foi sumariamente cassado (2.9.96) (fls. 48/49), por certo em razão do tombamento, mesmo porque não se produziu a menor prova de que o "*cancelamento do alvará*" teria ocorrido "*por descumprimento de leis municipais*", como vagamente se alega (fl. 277).

Por sinal que, no documento expedido pela Secretaria Municipal de Atividades Urbanas-SMAU, em 2.12.96, depois do pedido de renovação do alvará, datado de 14.11.96 (fl. 20), manda-se "*procurar a Sec. Munic. Cultura p/ investigar se o lote possui* edificação tombada" (fl. 57) (não houve pronunciamento sobre esse pedido).

O fato de o projeto haver sido aprovado a despeito do tombamento só serve para desacreditar a Administração Pública e denota a falta de comunicação entre os seus órgãos.

Ora, baseado no tombamento nulo, é inválido o ato de cassação do alvará, quando menos porque, como adverte HELY LOPES MEIRELLES: "*Ilegal, por arbitrária, é a cassação, anulação e revogação de* alvará de licença *sem defesa e sem motivação, pois o* direito de construir *não pode ser sumariamente suprimido pela Prefeitura depois de deferido ao requerente em processo administrativo regular.*

Se ocorreu ilegalidade na expedição do alvará ou se a construção está sendo feita em desacordo com o projeto aprovado, tais circunstâncias deverão ser comprovadas em regular processo administrativo punitivo, para desconstituir a situação anteriormente constituída no processo administrativo de outorga, que erigiu a construção em direito subjetivo do requerente" (STJ, *RT*, 659/171; *RDA*, 181/313) (ob. cit., p. 167).

Em uma palavra, subsistem os efeitos da licença, ante a invalidade da sua desconstituição - licença que gera *direito adquirido à construção* pela legislação em que se constituiu; e, mais que isso, "*o só ingresso do projeto em conformidade com a legislação vigente assegura ao requerente a sua aplicação*" (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 164).

Tanto assim que a Lei 7.166/96, de 27.8.96, que entrou em vigor em 27.12.96, ressalvou o direito adquirido no regime da Lei 4.034/85 de aprovação dos projetos técnicos, urbanísticos e arquitetônicos "protocolizados até a data de vigência desta lei" (art. 3° das disposições transitórias).

Logo, uma vez que o projeto em questão foi aprovado na conformidade da Lei 4.034/85, sendo inválido o ato de desconstituição da licença, permanece íntegro o direito dos autores aos parâmetros urbanísticos *adquirido* no regime da lei velha, que não pode ser prejudicado pela lei nova (CF, art. 5°, XXXVI).

Donde, não se aplicando à espécie a lei posterior, é despiciendo que não se tenha ingressado novamente com o projeto antes da sua entrada em vigor, como nela previsto, para assegurar a aplicação da lei anterior, muito menos haveria necessidade de adequação do projeto às novas exigências legais.

Por outras palavras, não houve "*perda do direito de construir pela LUOS 4.034/85*", como se pretende. Nem configura "*desistência do projeto original*" o pedido de certidão de potencial de construção transferível, manifestado pelos autores logo após a cassação do alvará, mero exercício de um direito na eventualidade da rejeição de outro.

Alega-se que "*não existe direito adquirido em tema de zoneamento urbano*" ou "*contra o interesse público*" (fl. 65).

Em verdade, como observa HELY LOPES MEIRELLES, "*o zoneamento, embora seja um eficiente instrumento urbanístico de ordenação da cidade, há que ser utilizado com prudência e respeito aos direitos adquiridos, pois é sabido que a simples mudança de destinação de um bairro ou de uma rua produz profundas alterações econômicas e sociais, valorizando ou desvalorizando substancialmente as propriedades atingidas e as de suas adjacências, consoante os*

novos ônus ou vantagens que acarrete para o local. Por isso, as normas edilícias devem evitar o quanto possível essas súbitas e freqüentes modificações de uso, que afetam instantaneamente a propriedade e as atividades particulares, gerando instabilidade no mercado imobiliário urbano e intranqüilidade na população citadina. Além disso, toda vez que o zoneamento ofende direitos adquiridos, expõe o Município a demandas e vultosas indenizações" (ob. cit., p. 110).

Assim, pelo contrário, a imposição ou alteração de zoneamento, mesmo quando essa medida for exigida pelo interesse público, pode ofender e freqüentemente ofende direitos adquiridos, que devem ser respeitados, pois a Constituição não faz nenhuma distinção. Daí a judiciosa recomendação do mestre para utilizá-la com prudência e *respeito aos direitos adquiridos*. A mesma lei municipal teve a prudência de respeitá-los.

Onde, de resto, esse vago interesse público?

A propósito, se, de conformidade com a nova lei, o potencial construtivo do imóvel dos autores passa a ser praticamente o do imóvel tombado, como afirmam os autores e admite o réu (fl. 279), a sua aplicação, em detrimento do direito adquirido, em nome do interesse público, equivale ao virtual tombamento de um imóvel sem valor algum capaz de lhe justificar a preservação - sem o interesse público na sua preservação!

Em síntese, os autores têm direito adquirido de construir pelos parâmetros urbanísticos da Lei 4.034/85, em que foi aprovado o projeto, sendo inválido o ato de desconstituição da licença praticado com infringência ao *devido processo legal* e baseado em tombamento nulo.

Resta examinar o aspecto da indenização.

O impedimento ao projeto de construção oposto pela Municipalidade com ofensa ao direito adquirido redundou em prejuízo aos autores - que atuam no ramo da construção civil por intermédio da empresa Castor Engenharia Ltda. - donde o direito à indenização por perdas e danos e lucros cessantes.

Esse direito indenitário, ante a ilegitimidade da conduta produtora do dano, funda-se, antes de mais nada, no *princípio da legalidade*, expressão fundamental do Estado de Direito, a que está obrigado a obedecer o Município, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Mas o principal, para a sua visualização, é que o dano importou em *lesão a um direito*.

Registra com precisão CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que "*a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (lícita ou ilícita), mas pela qualificação da lesão sofrida*", salvo na

hipótese de comportamento lícito omissivo em que a responsabilidade estatal depende também da ilegitimidade da conduta (*Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 7ª ed., 1995, p. 585-586).

No caso de comportamento lícito (comissivo), a responsabilidade estatal se justifica pelo *princípio da igualdade*, que consiste "*na repartição dos ônus e cômodos entre a coletividade, impedindo que o particular, lesado em razão da atividade da Administração Pública, seja pela prática de atos ilícitos, seja pela realização de comportamentos legítimos, suporte integralmente o prejuízo*", como anota acórdão do nosso egrégio Tribunal de Justiça, em que foi Relator o eminente Desembargador Pinheiro Lago, ao reconhecer direito à indenização em caso de tombamento lícito (AC. 122.401-3/00 de 31.8.99).

O certo é que, acentua o Prof. CELSO ANTÔNIO, "*tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida*" (ob. cit., p. 577), ensejando ambas, em última análise, a responsabilidade objetiva, para cuja configuração, como se sabe, basta a simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso.

Em suma: em matéria de responsabilidade estatal por danos causados pelo próprio Estado, o saber se a conduta estatal é legítima ou ilegítima é irrelevante. "*Relevante é a perda da situação juridicamente protegida*". Daí que "*o problema há de ser examinado e decidido em face da situação do sujeito passivo - a de lesado em sua esfera juridicamente protegida - e não em face dos caracteres do comportamento do sujeito ativo*" (ob. e loc. cits.).

Importa que o dano, além de econômico, seja, por assim dizer, ilegítimo (e certo), "*que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito*" (ob. cit., p. 585).

Na espécie, o dano implica *agravo a um direito* - o direito adquirido de construir pelos parâmetros da legislação em que foi aprovado o projeto de construção, sem outras limitações ou restrições urbanísticas, como visto oportunamente.

E corresponde a um *prejuízo certo*, decorrente da perda do investimento do projeto, no importe de R$ 474.000,00, em valor de abril de 1998, obtido mediante análise de investimentos com a utilização de recursos da engenharia econômica, consoante demonstrado pela bem-produzida perícia técnica (fls. 126/239).

Os critérios da perícia oficial e o próprio valor apurado não foram impugnados pelo réu (que se limitou a refutar o direito à indenização e sequer se valeu de perícia particular), tendo sido antes corroborados pela perícia dos autores, de lavra do ilustre enge-

nheiro Marcelo Correa Mendonça, que chegou ao mesmo valor no tocante à perda do investimento.

A perícia dos autores ainda leva em conta "*os prejuízos decorrentes da vacância do imóvel*" e do pagamento do IPTU pelos proprietários no período, tendo em vista, como registra o laudo, que "*o prédio estava locado para o Banco do Estado do Rio de Janeiro-Banerj (...) O projeto que foi aprovado em 22.5.96 era o de uma edificação com o aproveitamento de 8,00 e parâmetros construtivos de acordo com a Lei de Uso e Ocupação do Solo nº 4.034/85, que ainda estava em vigor à época (...)*

Os Autores, em maio de 1996, pediram ao Banerj a desocupação do prédio para darem início aos procedimentos demolitórios e de início da construção do novo edifício.

Em setembro de 1996 o Banerj devolveu o imóvel.

Entretanto, os autores não puderam dar início às obras, pois o alvará de construção foi cassado.

Diante destes fatos, os proprietários viram-se numa situação crítica, pois não podiam mais edificar e perderam um ótimo locatário. Somente conseguiram locar o prédio novamente em agosto de 1997.

Face ao exposto, em nosso entendimento, os valores de locação que os proprietários deixaram de receber nos onze meses que o prédio ficou vazio também são parte integrante do prejuízo (...) assim como as parcelas do IPTU relativas ao mesmo período" (fls. 251/252).

O prejuízo monta a R$ 264.963,31, segundo discriminação constante do laudo (fl. 253).

Estou que deve ser acolhido no cômputo da indenização o valor (também não impugnado) desse prejuízo, nos termos supra, os quais refletem, com clareza e plenitude, a situação que emerge dos autos no ponto abordado pelo laudo.

Argumenta o Ministério Público que o tombamento não constituiu impedimento à locação, tanto assim que o imóvel voltou a ser alugado, inexistindo, portanto, com respeito a essa verba, a relação causal que ensejaria a responsabilidade objetiva do Município.

Mas não é esse o ponto. Os autores pediram o prédio para demolição e edificação *licenciada*, pondo termo a uma relação locatícia de mais de vinte anos (fls. 12/15): a cassação da licença acarretou perda do investimento do projeto e perda da renda do imóvel enquanto este permaneceu vago.

A reparação, portanto, deve cobrir tanto uma como outra perda (inclusive o dispêndio com o IPTU), ocasionadas pela situação criada pelo Município, deflagrada, em última análise, pelo tombamento nulo.

A indenização, assim composta, sobre ajustar-se ao pedido inaugural (item 21.a da inicial, fl. 08), é imperativo de justiça reparatória, porquanto indenizar significa reparar o dano causado à vítima, *integralmente*.

Importa, no total, em R$738.963,31, em valor de abril de 1998 (fls. 188 e 254), mais a correção monetária.

Além dos juros de mora, são devidos juros compensatórios, visando compensar a perda da livre disposição da propriedade.

Em conclusão, são procedentes os pedidos - *principais* - formulados nos itens 21.a, b e c da inicial (fl. 08), ficando prejudicados os demais pedidos - *sucessivos* ou *subsidiários* - formulados nos itens 21.d a g da peça vestibular (fls. 08/09).

Ante o exposto, julgo *procedentes* os pedidos formulados na inicial (itens 21.a, b e c), para:

a) declarar nulo o tombamento da fachada e do volume do imóvel dos autores situado na Rua Tupinambás, 346/352, lote 03, quadra 13, 1ª Seção Urbana, com área de 599 m^2;

b) declarar ineficaz o tombamento do conjunto urbano Rua dos Caetés e adjacências em cujo perímetro está compreendido o imóvel descrito;

c) declarar, em conseqüência, que não incidem sobre o mesmo imóvel as limitações urbanísticas pertinentes à proteção e conservação do patrimônio histórico e artístico, não se sujeitando, portanto, seus projetos de construção à prévia autorização do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município;

d) declarar o direito adquirido dos autores de construir no imóvel pelos parâmetros urbanísticos da revogada Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei 4.034/85), de acordo com o projeto aprovado na sua vigência, revalidando-se o alvará de construção cujo ato de cassação se declara inválido; ou, se o projeto sofrer alterações e desde que atendidas as exigências do Código de Obras e da mesma lei, expedindo-se outro alvará de construção; ficando, pois, o Município no dever de examinar todos os pedidos a respeito, nos termos daquela lei, inclusive o pedido de demolição do imóvel;

e) condenar o Município de Belo Horizonte a pagar aos autores indenização por perdas e danos de R$ 738.963,31, mais correção monetária e juros compensatórios de 1% ao mês sobre o valor corrigido da indenização, ambos a partir de abril de 1998, bem como juros moratórios de 0,5% ao mês sobre o montante da condenação, a partir da citação; e tudo até o efetivo pagamento.

Condeno o Município de Belo Horizonte a pagar aos autores honorários advocatícios, nos moldes do art. 20, § 3º, do CPC, que fixo em 20% sobre o valor da condenação, tendo em

vista a natureza, importância e complexidade da causa, bem como o competente e árduo trabalho profissional realizado, por sinal por ambos os advogados das partes.

Condeno-o, finalmente, a pagar as custas processuais e a restituir aos autores as despesas que anteciparam, aí se incluindo não só as custas dos atos do processo, como a remuneração do perito oficial e do assistente técnico (CPC, art. 20, § 2°).

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 475, II, do CPC. Remetam-se, pois, oportunamente os autos ao egrégio Tribunal de Justiça, haja ou não apelação voluntária.

P. R. I.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2000. - *Fábio Maia Viani* - Juiz de Direito.

-:::-

MUNICÍPIO - DESMEMBRAMENTO - CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO PELO MUNICÍPIO-MÃE PARA REALIZAÇÃO DE OBRAS NO MUNICÍPIO NOVO - PAGAMENTO DE ÔNUS CONTRATUAIS - RESPONSABILIDADE

- Segundo o disposto no art. 26 da Lei Complementar n° 37/95, os municípios criados indenizarão os municípios de origem da quota-parte das dívidas vencíveis após sua criação, contraídas para execução de obras ou serviços que tenham beneficiado os territórios envolvidos.

DIVERSOS N° 213.559-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Ação de obrigação de fazer - Desmembramento - Celebração de contrato de financiamento pelo município-mãe para realização de obras no município novo. - Segundo o disposto no artigo 26 da Lei Complementar n° 37/95, os municípios criados indenizarão os municípios de origem da quota-parte das dívidas vencíveis após sua criação, contraídas para execução de obras ou serviços que tenham beneficiado os territórios envolvidos.

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 JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 05 de setembro de 2002. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi - Cuida a espécie de "ação de obrigação de fazer" ajuizada pelo Município de São Gonçalo do Abaeté/MG contra o Município de Varjão de Minas/MG, visando à condenação deste ao cumprimento da avença celebrada entre ambos, através da qual teria o Município-réu se responsabilizado pelo pagamento dos ônus contratuais assumidos pelo Município-autor junto ao Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais-BDMG, relativamente aos contratos BDMG-BF-n° 67.337 e BDMG-BF-n° 67.338.

Para tanto, afirma o requerente que realizou obras no Município-requerido, então recém-criado e sob sua administração, com recursos advindos de financiamento obtido junto ao BDMG, dando em garantia sua cota mensal do Fundo de Participação dos Municípios-FPM.

Posteriormente, em janeiro de 1997, diz ter celebrado com o Município de Varjão de Minas um convênio, mediante o qual este último se comprometera a assumir os ônus do referido financiamento.

Alega o requerente que dita avença foi regularmente cumprida da data de sua celebração até julho de 1999, quando então o requerido interrompeu o pacto, sem qualquer justificativa, dando ensejo à presente ação.

O Município de Varjão de Minas apresentou sua defesa alegando, em preliminar, que a Prefeitura Municipal não possui personalidade jurídica para estar em juízo, devendo o feito ser extinto, sem julgamento de mérito. Sustenta, ainda em preliminar, a inépcia da inicial.

No mérito, alega o requerido que, à época de sua criação, as obrigações assumidas pelo Município de São Gonçalo do Abaeté relativamente aos contratos celebrados com o BDMG não foram objeto do processo de emancipação do novo Município, que não se obrigou a assumir as dívidas daquele. Diz, mais, que, para que as obrigações contraídas pelo Município-mãe fossem indenizadas pelo Município desmembrado, deveriam ter constado do processo de emancipação.

Afirma não saber como foram aplicadas as verbas relativas aos financiamentos obtidos e que inexiste prova de que as obras financiadas foram efetivamente realizadas em seu território.

Por fim, aduz o requerido que inexiste obrigação de regular o repasse reivindicado pelo requerente, uma vez que o convênio celebrado entre os Municípios litigantes é irregular, não tendo havido autorização legislativa.

Gostaria de ressaltar, inicialmente, que a preliminar de falta de legitimidade da Prefeitura Municipal de São Gonçalo do Abaeté/MG foi por mim rejeitada segundo despacho exarado às fls. 126/127, o qual restou irrecorrido, nada mais havendo que se perquirir a respeito.

Por sua vez, não merece acolhida a alegação de inépcia da inicial formulada pelo Município de Varjão de Minas, tendo em vista que a exordial

contém todos os requisitos do art. 282 do CPC, sendo possível se extrair da mesma a tutela que pretende obter o requerente junto ao Poder Judiciário, tanto é que pôde o requerido formular sua defesa.

Assim sendo, rejeito a preliminar.

No mérito, estou que as provas contidas nos autos ensejam o acolhimento do pedido formulado pelo Município-requerente.

Incontroversamente, pela Lei nº 12.030, de 21 de dezembro de 1995, entre outros, criou-se o Município de Varjão de Minas, desmembrado do Município de São Gonçalo do Abaeté (fls. 73/78).

Em observância à norma contida no art. 17 da Lei Complementar nº 37, de 18 de janeiro de 1995, a qual dispõe sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios no Estado de Minas Gerais (fls. 79/85), o Município recém-criado permaneceu sob a administração do Município remanescente, até a posse do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, o que ocorreu em 1º de janeiro de 1997.

Durante esse período, mais especificamente no dia 27 de junho de 1996, o Município remanescente celebrou com o BDMG os contratos de financiamento números 67.337 e 67.338 (fls. 12/19 e 20/27), destinados, respectivamente, à execução dos projetos de obras do sistema de esgotamento sanitário e de pavimentação asfáltica de ruas do ex-Distrito de Varjão, oferecendo como garantia parcela de sua cota mensal do Fundo de Participação dos Município-FPM, da qual é depositário o Banco do Brasil S.A., conforme se depreende da cláusula décima segunda de ambos os instrumentos contratuais.

Posteriormente, aos dois dias do mês de janeiro de 1997, quando já instalada a Administração do novo Município, este celebrou com o Município de São Gonçalo do Abaeté o convênio de fls. 28/29, mediante o qual assumiu todos os ônus dos referidos financiamentos, conforme se verifica de sua cláusula primeira:

"*Primeira. O município de Varjão de Minas, mediante este instrumento, assume junto ao município de São Gonçalo do Abaeté, toda a responsabilidade de pagamento dos ônus contratuais por este assumido junto ao Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S/A-BDMG, relativamente aos Contratos BDMG-BF 67.337 - e - BDMG-BF 67.338, referentes ao Projeto Soma, para execução dos projetos de obras do sistema de esgotamento sanitário e pavimentação asfáltica em ruas no então Distrito do Varjão, bem como os ônus de contrapartida a cargo do mesmo, que venham ocorrer, cujos referidos ônus, tanto contratuais, bem como de contrapartida venham a ocorrer a partir de 01 de Janeiro de 1997, tendo em vista a emancipação política deste, nos termos da Lei 12.030 de 22.12.95*" (*sic*).

Desta feita, não poderia o Município de Varjão de Minas ter rompido o avençado como fez, deixando de arcar com os ônus contratuais assumidos pelo Município de São Gonçalo do Abaeté junto ao BDMG, quando a tanto se havia obrigado.

A seu turno, não assiste razão ao suplicado quando afirma que para que as obrigações contraídas pelo Município-mãe fossem por ele indenizadas deveriam ter constado do processo de emancipação, posto que inexiste tal obrigatoriedade.

Ao contrário, o artigo 26 da Lei Complementar nº 37/95 prevê expressamente que os Municípios criados indenizarão os Municípios de origem da quota-parte das dívidas vencíveis após sua criação, contraídas para execução de obras ou serviços que tenham beneficiado os territórios envolvidos.

Nesse ponto, cabe observar que o réu alega inexistir prova nos autos de que as obras financiadas foram realmente realizadas em seu território.

Todavia, diante do documento de fls. 28/29, através do qual o suplicado assumiu a dívida relativa aos financiamentos, reconhecendo que estes destinavam-se à realização de obras do sistema de esgotamento sanitário e pavimentação asfáltica em ruas de seu território, a alegação cai no vazio, sendo desnecessária qualquer outra prova a respeito.

Finalmente, o argumento do requerido de que não possui obrigação de regularizar o repasse pretendido pelo requerente, em virtude de suposta irregularidade do convênio celebrado, decorrente da inexistência de autorização legislativa, é despido de fundamento, uma vez que, nos termos da Constituição Federal (art. 2º), os Poderes Executivo e Legislativo são independentes, não necessitando o Chefe do primeiro de autorização do segundo para celebração de convênios ou contratos de seu interesse.

Por diversas vezes este Tribunal já manifestou seu posicionamento a respeito da matéria, como por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 154.609-2, ocorrido em 10.05.2000, da qual fui Relator, cujo acórdão restou assim ementado:

"*Tem-se por inconstitucional a norma que subordina a celebração de convênio pelo Poder Executivo à autorização ou ratificação pela Câmara Municipal, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos Poderes*" (ADIn nº 154.609-2, Comarca de Santa Bárbara).

Como cediço, a celebração de convênios pelo Executivo é inerente ao próprio exercício da função administrativa, valendo-se esse Poder de tal instrumento para a consecução de seus fins.

Pelo exposto, julgo procedente o pedido inicial para condenar o Município de Varjão de Minas a cumprir integralmente a avença celebrada com o Município remanescente, relativamente

aos contratos BDMG-BF-nº 67.337 e BDMG-BF-nº 67.338 contraídos para realização de obras em seu território, até a quitação final da última prestação, prevista para junho de 2006. Condeno o requerido nas custas e honorários advocatícios fixados em R$5.000,00, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO.

-:::-

SERVIDOR ESTÁVEL - DEMISSÃO IMOTIVADA - AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - ILEGALIDADE - ART. 5º, LV, DA CARTA MAGNA - REINTEGRAÇÃO - OBRIGATORIEDADE

- O servidor concursado, aprovado e devidamente empossado, não pode ser demitido, sem o devido processo administrativo, ainda que sob a alegação de atendimento a interesse público ou enxugamento da máquina administrativa. Negando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, o ato administrativo é ilegal e, portanto, nulo de pleno direito, a teor do art. 5º, LV, da CF. Em tais casos, o servidor lesado faz jus à reintegração, sendo-lhe reconhecidos os direitos funcionais e financeiros, retroativos à data da demissão. Não existe, em nosso direito, a figura da demissão sumária de servidor público.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 225.049-6/00 - Comarca de Estrela do Sul - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Servidor público concursado e estável - Dispensa sem processo legal - Ilegalidade.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de novembro de 2002. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Trata-se de ação ordinária de reintegração em cargo público com danos morais e materiais movida por Silvânia Aparecida Leandro Lino contra o Município de Grupiara, alegando ter sido, sucessivamente, servidora celetista, ocupante de "função pública" e, depois, servidora concursada e empossada, tendo sofrido demissão imotivada. Postula nulidade da demissão, com pagamento das verbas salariais do período mais danos morais, aplicando-se normas supletivas da CLT.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, anulando a demissão da autora e reintegrando-a nos quadros de servidores municipais do réu, condenando este ao pagamento de todas as parcelas salariais que foram pagas ao quadro de seus servidores, além de custas e honorários advocatícios. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Decorreu o prazo legal sem interposição de recurso voluntário pelas partes.

O Promotor de Justiça manifestou-se ciente da sentença, renunciando ao prazo recursal. A douta Procuradoria de Justiça se absteve de pronunciamento (fls. 95/98-TJ).

É o relatório.

Conheço da remessa necessária.

O direito ao contraditório e à ampla defesa é aplicado em todo e qualquer tipo de processo dentro do nosso ordenamento jurídico, por força da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV e LV).

Servidor concursado, aprovado, devidamente empossado, não pode ser simplesmente demitido do serviço público para enxugamento da máquina administrativa, ainda que visando ao interesse coletivo.

Tendo ingressado definitivamente no serviço público, só poderá o servidor perder o cargo ocupado depois de lhe ser movido o devido processo administrativo, em que lhe serão assegurados o contraditório, a ampla defesa, "*com os meios e recursos a ela inerentes*" (CF/88, art. 5º, LV).

Se essas normas constitucionais não forem observadas, o ato administrativo praticado é nulo porque ilegal, podendo ser examinado pelo Judiciário, culminando com a declaração de nulidade, uma vez que foi negado, arbitrariamente, o direito de defesa.

Discorrendo sobre a necessidade e indispensabilidade do devido processo legal, *due process of law*, JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOSO afirma:

"*... é de todo possível afirmar que o princípio do contraditório e de ampla defesa envolve um conjunto de três prerrogativas básicas passíveis de ser exercidas pelos administradores ao longo do processo em que deverá ser tomada a eventual medida restritiva de seus direitos. São estas, a saber:*

a - direito de expor suas razões e argumentos de defesa antes e depois do ato restritivo, apresentando as manifestações e recursos admissíveis no caso, inclusive por meio de advogado

regularmente constituído (direito de ser ouvido);

b - o direito de indicar e produzir todas as provas razoavelmente adequadas à demonstração da veracidade de suas alegações antes da expedição do ato, e a controlar toda a produção probatória realizada pela Administração (direito a oferecer e produzir provas);

c - o direito à decisão em que restem formalmente explicitadas as razões de fato e de direito que a fundamentam, e que sejam examinados todos os argumentos e questões propostas ao longo do processo (direito à decisão acompanhada de motivação adequada).

A violação a quaisquer dessas prerrogativas implicará ofensa à Constituição, ensejando a invalidação do ato violador e a necessidade de apuração da responsabilidade dos envolvidos em sua prática". (CARDOSO, J. E. M. *Os Dez Anos da Constituição Federal,* São Paulo: Atlas, 1999, p. 168, grifos originais.)

Em um estado de direito não pode existir ato administrativo ilegal, arbitrário, inconstitucional que perdure no tempo, salientando-se que nem mesmo os denominados atos administrativos discricionários permitem o uso da arbitrariedade pelos que têm competência para determiná-los, ainda que na forma legal.

Não existe a figura da demissão sumária em nosso direito.

Se ilegais, os atos administrativos são considerados nulos de pleno direito, sem nenhum valor, desde a sua edição, tendo os prejudicados, no caso, direitos retroativos, funcionais e financeiros àquela data, sendo estes com as devidas correções e juros, com direito à reintegração.

Portanto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas, *ex lege.*

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO - LEI COMPLEMENTAR Nº 102, DE 11.7.2000 - DECRETO ESTADUAL Nº 41.218, DE 23.8.2000

- O aproveitamento de crédito do ICMS relativo aos bens adquiridos para o ativo permanente da empresa, ou destinados ao seu consumo, a exemplo da energia elétrica e dos serviços de comunicação, não é direito constitucionalmente assegurado, mas simples benefício fiscal, que pode ser alterado, diminuído ou até suprimido por legislação do mesmo nível daquela que o instituiu.

- Nem a Lei Complementar nº 102/2000, de nível federal, nem o Decreto Estadual nº 41.218/2000 criaram imposto, aumentaram sua alíquota ou definiram fato gerador diverso do que já estava previsto. Assim, inexigível, no caso, a sua eficácia apenas para o exercício seguinte. Elas apenas regularam, de maneira diversa, um benefício já existente, deferido por questão de política fiscal, e que, de acordo com as conveniências dessa política, pode ser alterado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 226.779-7/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Lei Complementar nº 102, de 11.7.2000 - Decreto Estadual nº 41.218, de 23.8.2000 - ICMS - Aproveitamento de crédito - Energia elétrica e serviços de comunicação. - O aproveitamento de crédito do ICMS relativo aos bens adquiridos para o ativo permanente da empresa, ou destinados ao seu consumo, a exemplo da energia elétrica e dos serviços de comunicação, não é direito constitucionalmente assegurado, mas simples benefício fiscal, que pode ser alterado, diminuído ou até suprimido por legislação do mesmo nível daquela que o instituiu.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2002. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Sem prejuízo da remessa oficial, apela a Fazenda Pública Estadual da sentença que concedeu a segurança impetrada, e o fez para reconhecer e assegurar à impetrante o direito líquido e certo de "*compensar os créditos do ICMS, aplicando-se plenamente o princípio da não-cumulatividade...*" (fl. 50).

Quanto ao mérito, sustenta que a Lei Complementar nº 102/00 e o Decreto Estadual nº 41.218/00, que lhe deu cumprimento na esfera estadual, não afrontam o princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto no art. 155, II, § 2º, I, da CF, porque esse princípio "*nada mais é do que uma simples regra que impede a incidência em cascata de certos tributos, como o ICMS, fazendo com que cada tributo chegue ao consumidor final com a mesma carga tributária relativamente àquele gravame considerado, independentemente da quantidade de operações realizadas no seu encaminhamento de produção até o consumidor final...*".

Pleiteia a reforma da sentença, com a denegação da segurança impetrada.

Conheço da remessa oficial e da apelação voluntária, recursos que atendem aos requisitos do juízo de admissibilidade.

Como já deixei explicitado no julgamento da Apelação Cível nº 237.885-9/00, de que fui Relator, há um equívoco em definir como direito constitucionalmente garantido o aproveitamento de crédito de ICMS relativo a bens adquiridos para integrar o ativo fixo das empresas, ou proveniente da entrada de energia elétrica ou de serviços de comunicação.

Prescreve o art. 155 da CF que:

"*Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)*

II - operações relativas a circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

Mais adiante, prevê o § 2º:

"*O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

Da simples leitura desses dispositivos constitucionais se deduz, sem qualquer sombra de dúvida, que é a subseqüente circulação da mercadoria, ou a subseqüente prestação do serviço de transporte, que dá direito à compensação do montante de ICMS anteriormente pago.

Se a mercadoria não circula, mas é consumida ou usada pelo próprio contribuinte, como seu destinatário final, não há compensação, porque, em princípio, é o consumidor final quem acaba pagando o tributo, não importando quantas tenham sido as operações pelas quais a mercadoria chegou até ele.

Pela mesma razão, não sendo, nem a energia elétrica, nem os serviços de comunicação, mercadoria que as

empresas normalmente colocam em circulação - senão aquelas que especificamente se dedicam à atividade - não propiciam aqueles bens, em princípio, o aproveitamento do crédito do ICMS, porque normalmente são consumidos pelo comerciante ou industrial como insumo de seus produtos. Representam um custo adicional dos produtos que comercializam e, por isso mesmo, integram o preço das mercadorias, mas não são propriamente a mercadoria posta em circulação.

Logo, é errado e sofismático afirmar que o crédito de ICMS, relativo a energia elétrica e serviços de comunicação, esteja definido constitucionalmente.

A legislação infraconstitucional é que estendeu à aquisição de bens para incorporação ao ativo fixo, à entrada de energia elétrica e ao recebimento de serviços de comunicação a possibilidade de aproveitamento do crédito do ICMS com que esses bens ou insumos vieram onerados, quando de sua aquisição.

Trata-se, pois, de um benefício fiscal, não de um direito constitucionalmente definido.

Como foi concedido por legislação infraconstitucional, pode ser modificado, diminuído ou mesmo suprimido por legislação do mesmo nível daquela que o instituiu.

Como prevê o texto constitucional, impõe-se seja evitada a cumulatividade do imposto com a operação seguinte, de sorte que se exige uma operação seguinte e, assim, obviamente, não é o caso de se aplicar o regime da dedução financeira, pela qual seria irrelevante a existência ou não de uma "operação seguinte".

Logo, é impertinente a invocação do chamado princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Por outro lado, a modificação na extensão de um benefício fiscal ou do prazo para sua fruição não implica criação ou aumento do imposto, não se lhe aplicando, por conseguinte, o preceito constitucional que proíbe a cobrança de tributos "*no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*" (CF, art. 150, III, *b*).

As leis impugnadas não cuidaram de instituir ou aumentar impostos, mas apenas de regular o aproveitamento de créditos.

Com efeito, nem a Lei Complementar nº 102/2000, de nível federal, nem o Decreto Estadual nº 41.218/2000 criaram imposto, aumentaram sua alíquota ou definiram fato gerador diverso do que já estava previsto.

Logo, inexigível, no caso, a sua eficácia apenas para o exercício seguinte.

Apenas regularam, de maneira diversa, um benefício já existente, deferido por questão de política fiscal e

que, de acordo com as conveniências dessa política, pode ser alterado.

Por outro lado, tratando-se de benefício, não pode ter o seu alcance ampliado, ainda que sob o argumento de que devem ser observados os princípios da coerência e da eqüidade.

Mesmo que o Estado, na cobrança de seus tributos, não abra mão da correção monetária, não está obrigado a aplicar a mesma atualização para créditos que liberalmente reconheceu aos contribuintes.

Os atos de liberalidade, quer na esfera civil, quer, principalmente, no âmbito da Administração Pública, devem ser interpretados restritivamente.

Se reconheceu ao contribuinte o direito de se creditar do ICMS incidente sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação que utilizou no seu comércio, mas condicionou o aproveitamento daquele crédito à forma parcelada e sem correção monetária, não cabe ao Poder Judiciário ampliar o que a lei não previu.

Pelo exposto, em reexame necessário, reformo a sentença e denego a segurança impetrada, julgando prejudicado o recurso da Fazenda Estadual.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

FALÊNCIA - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - PENA PECUNIÁRIA POR INFRAÇÃO DA LEI ADMINISTRATIVA - COBRANÇA DA MASSA FALIDA - IMPOSSIBILIDADE - ART. 23, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA LEI DE FALÊNCIAS - DÉBITOS FISCAIS - JUROS DE MORA - INTELIGÊNCIA DO ART. 26 DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45 - TAXA SELIC - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- A multa de revalidação devida pelo não-recolhimento do tributo não pode ser cobrada da massa falida, pois tal multa insere-se no conceito de pena pecuniária por infração de lei administrativa a que se refere o art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências.

- O art. 26 da Lei de Falências não afasta os juros, apenas condiciona o seu pagamento à solução prévia do principal. Portanto, a cobrança dos juros de mora que incidirem sobre débitos fiscais a partir da decretação da falência deve ficar sobrestada, até que se apurem sobras suficientes do ativo para sua liquidação, após o pagamento do principal.

- A taxa Selic é perfeitamente aplicável nos créditos de natureza fiscal.

- Nos exatos termos do art. 208, § 2º, da Lei de Falências, a massa falida não pode ser obrigada ao pagamento de honorários de advogado a credores e falido.

- V.v.: - Inviável a utilização da taxa Selic como juros de mora para reajuste de débitos de natureza fiscal, pois, além de inexistir lei que a tenha instituído para esse fim, a mesma não possui natureza moratória, e sim remuneratória. A lei complementar (Código Tributário Nacional) só autorizou juros diversos de 1%, se a lei estatuir em contrário. Para que a lei estabeleça taxa de juros diversa, esta taxa deverá ser criada por lei, o que não é o caso da taxa Selic. Portanto, somente seria possível sua aplicação, se seus juros correspondessem a exato 1%, conforme dispõe o § 1º do art. 161 do CTN. (*Des. Pinheiro Lago*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 229.940-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Falência - Crédito tributário - Submissão à disciplina da Lei de Falência no que toca à multa de revalidação. - Da massa falida não pode ser cobrada a multa de revalidação, que se encarta perfeitamente no conceito de pena pecuniária decorrente de infração administrativa. O pagamento dos juros, outrossim, deve ficar sobrestado, até que se apurem sobras do ativo, após o pagamento do principal, nos termos do art. 26 da Lei de Falências.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REFORMAR A SENTENÇA EM PARTE, PREJUDICADOS OS APELOS VOLUNTÁRIOS, VENCIDO O RELATOR, PARCIALMENTE.

Belo Horizonte, 15 de outubro de 2002. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Conheço do feito no duplo grau de jurisdição obrigatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação processual, conheço também dos recursos principal e voluntário.

A norma compreendida no art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências, não alcança somente as penas pecuniárias decorrentes das infrações penais ou administrativas reclamadas no processo de habilitação, compreendendo ademais as penalidades de igual natureza de ordem tributária, que não se sujeitam àquele procedimento, posto que busca disciplinar os efeitos da sentença declaratória de falência quanto aos direitos de todos os credores.

Tem-se, outrossim, que, no conceito de penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, insere-se a multa devida pelo não-recolhimento do tributo, como entendeu o Supremo Tribunal Federal na Súmula 192: "*Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa*" e 565: "*A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito tributário habilitado em falência*".

Aliás, não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 191, fosse pela caracterização de multas, iguais à da hipótese vertente, como de natureza moratória, excluindo-as, num primeiro momento, da regra inserta no art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências, penso que a multa de revalidação, na forma como cobrada, nada mais representa do que uma pena administrativa, derivada do não-cumprimento da obrigação principal.

Não vejo, por fim, qualquer afronta do preceito integrante da Lei de Falências à regra constitucional inserta no art. 150, § 6°, *verbis*:

"*§ 6°. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2°, XXII,* g".

A Lei de Falências, ao determinar a exclusão da multa de revalidação, não concede anistia, invadindo, no caso, competência reservada ao Estado de Minas Gerais, a quem é atribuída a competência para instituir o ICMS, pois, apesar de afastar a cobrança em se observando a decretação de falência, a norma não a invalida, nada impedindo que a multa seja cobrada dos sócios, ou mesmo do falido, na hipótese de superveniência de concordata suspensiva.

Não, cabe, pois, contra a massa falida, no estágio atual, a cobrança da multa de revalidação.

Inválida, ademais, a incidência dos juros de mora.

Há que se ter em conta que também se aplica aos créditos fiscais a disciplina acerca da incidência dos juros contida no art. 26 da Lei de Falências, porque, assim como o preceito atinente às penalidades pecuniárias decorrentes de infração penal ou administrativa, objetiva regulamentar os efeitos jurídicos da sentença declaratória da falência sobre todos os créditos, e não só dos credores que se submetem ao processo de habilitação.

O art. 26, todavia, não afasta a imposição dos juros, apenas condiciona o seu pagamento à solução prévia do principal, devendo, pois, na hipótese, ficar sobrestada a cobrança dos juros de mora que incidirem a partir da decretação da falência, até que se verifique, promovido o pagamento do principal, que há sobra suficiente que possibilite a sua liquidação.

Sobre os juros há que se aplicar ainda a tese que vem há muito sustentando inconstitucionalidade da taxa Selic,

O Banco Central conta com um moderno mecanismo eletrônico de controle de custódia, liquidação e operação dos títulos da dívida pública, que leva o nome de Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-Selic. Para remunerar os investidores que dele participam, premiando-os em razão do capital alocado na compra de títulos, instituiu-se a taxa Selic.

Portanto, embora tenha sido concebida, inicialmente, como forma de remuneração do capital empregado nas aquisições de títulos da dívida pública, a taxa Selic passou a ser utilizada para fins tributários, chegando, por fim, a ser utilizada como juros de mora, para a incidência sobre créditos tributários não recolhidos no tempo oportuno.

Acredito, todavia, que a taxa Selic não pode ser empregada como juros de mora, em face da inexistência de lei que a tenha instituído para esse fim, circunstância que não se cumpre pela singela previsão, da aludida taxa, na norma, como se observa nas leis tributárias que foram editadas, possibilitando a utilização da taxa.

De fato, não basta a alusão à taxa Selic, para que se tenha como legítima a sua incidência, porque, se assim fosse, ter-se-ia como válida a lei que admite o uso da taxa como juros de mora, sem que a defina, apenas se valendo de resoluções e circulares do Banco Central, em contrariedade ao que estatui o art. 161, § 1°, do Código Tributário Nacional.

Dispondo o art. 161, § 1°, do CTN, que os juros de mora serão de 1% ao mês, se a lei não dispuser em contrário, só se pode concluir que os juros de mora só serão diferentes daqueles fixados na lei complementar, se outros forem fixados expressamente por outra lei, lei no sentido formal e material, o que afasta a hipótese de serem estabelecidos por ato administrativo regulamentar.

Sobre essa questão pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Recurso Especial n° 215.881, a Segunda Turma, embora tenha acolhido a argüição de inconstitucionalidade, para submeter à Corte Especial o julgamento da legitimidade da taxa Selic, deixou entrever peculiaridades atinentes à matéria, nos termos do voto do Relator:

"Nesse diapasão, nunca é demais insistir na questão fundamental do problema, assentada no fato de que a taxa Selic não foi criada por lei.

Escusado lembrar que o Banco Central pode perfeitamente disciplinar essa taxa mediante resoluções e circulares, por lhe tocar plena autonomia na gestão dos títulos públicos, do padrão monetário da moeda e de sua remuneração (cf. art. 164 e parágrafos da Constituição Federal). Então, não se discute essa faceta do problema. Em outras palavras, o Banco Central nada tem a ver com o que aqui interessa.

O nó górdio da questão funda-se em saber se era dado ao legislador ordinário adotar em matéria tributária, nesta incluídas as chamadas contribuições sociais, a taxa Selic, sem que esta tenha sido criada por lei nem para esse fim ou para outro qualquer. Sobre essa indagação, serão abaixo tecidas outras considerações.

É de bom conselho realçar que a taxa de juros, em matéria tributária, é fixada pela legislação em favor do Poder Tributante, mas também como garantia do contribuinte.

A propósito da impossibilidade de utilizar a Selic como taxa de juros moratórios incidentes sobre os débitos de natureza fiscal, há artigo doutrinário de lavra dos advogados Fábio Augusto Junqueira de Carvalho e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva. Acerca dessa matéria os autores oferecem importantes subsídios e concluem no sentido de ser incompatível a utilização da taxa Selic nos créditos tributários por ser indevida a sua equiparação aos juros moratórios, uma vez que a aludida taxa possui natureza remuneratória (cf. 'Da Impossibilidade de se Utilizar a Selic como Taxa de Juros Moratórios Incidentes sobre Débitos de Natureza Fiscal', in Revista Dialética de Direito Tributário, *Dialética Edições, Eventos e Cursos, São Paulo, v. 14, p. 11).*

Pode a lei tributária servir-se da taxa Selic como se juros moratórios fosse?

O art. 161, § 1º, do CTN, com força de lei complementar, diz que os juros serão de 1%, se a lei não dispuser o contrário. A lei ordinária não criou a taxa Selic, mas tão-somente estabeleceu o seu uso. Assim, a lei ordinária que estabeleceu o uso da taxa Selic está contra a lei complementar, pois esta só autorizou juros diversos de 1% se a lei estatuir em contrário. Para que a lei estabeleça taxa de juros diversa, esta taxa deverá ser criada por lei, o que não é o caso da taxa Selic. Então, somente seria possível sua aplicação se seus juros correspondessem a exato 1%, conforme dispõe o § 1º do artigo 161 do CTN" (2ª T., REsp 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 03.04.2000, p. 142).

Outro obstáculo, além da falta de lei que tenha criado a taxa Selic para fins tributários, soma-se aos fundamentos que conduzem à invalidade da aludida taxa, qual seja, o fato de

possuir nítido caráter remuneratório, em contraste com a natureza dos juros que incidem sobre o crédito tributário que não foi recolhido no momento oportuno, que é moratória.

Com efeito, os juros que recaem sobre o débito fiscal, na espécie, objetivam, unicamente, indenizar o erário pelo retardamento no cumprimento da obrigação tributária, pela imposição ao sujeito passivo, que deixa de promover o pagamento do imposto no seu vencimento, de um acréscimo em relação ao crédito principal.

Já a taxa Selic não tem outra natureza senão a de remunerar o dinheiro empregado na aquisição dos títulos públicos, premiando os investidores que dirigem seus recursos financeiros à compra de tais papéis com juros capazes de incentivá-los a perpetuar o negócio, tanto é que é calculada pela média ajustada dos financiamentos diários apurados com títulos públicos.

Não se pode, pois, permitir que os juros incidentes sobre o crédito tributário sejam transmudados, passando a apresentar feição remuneratória, a fim de privilegiar o Fisco com valores que não sejam apenas indenizatórios, mas que representem também um ganho financeiro, como se estivesse no sistema de custódia dos títulos públicos, na qualidade de investidor.

Veja-se, a propósito, parecer dos ilustres tributaristas mineiros FÁBIO AUGUSTO JUNQUEIRA DE CARVALHO e MARIA INÊS CALDEIRA PEREIRA DA SILVA:

"Apenas para se ter uma noção do que seja a taxa Selic, ressalte-se que a mesma é calculada diariamente pelo Banco Central, e é resultado das negociações dos títulos públicos e da variação dos seus valores de mercado, que são publicados também diariamente. Inicialmente a Selic, enquanto sistema, foi criada para a custódia dos títulos públicos federais e a sua liquidação. Entretanto, em função das facilidades que a tecnologia oferece, atualmente os títulos municipais e estaduais também podem ser negociados, tudo sob a supervisão e direcionamento do Banco Central, que é quem mais negocia.

Vê-se, pois, onde reside o ponto crucial da questão que se pretende abordar. Não obstante taxas referenciais como a TR, a TRD e a Selic serem materializadas, via lei ordinária, como juros moratórios que devem incidir sobre débitos tributários, as mesmas não possuem tal natureza, por traduzirem, como já preceituado, fenômeno monetário de pagamento pelo uso do dinheiro, com caráter estritamente remuneratório. Deste modo, não poderia o Fisco reclamar o pagamento de juros de mora sobre tributos vencidos, calculado por taxas de juros de natureza remuneratória, sob pena de ofensa ao conceito jurídico e econômico de juros moratórios, e de ferir os mandamentos contidos no § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional e no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal.

No estudo dos juros e seus traços peculiares, a conclusão básica e

notória a que se chega é que estes podem ser de três espécies, quais sejam: indenizatórios, remuneratórios ou moratórios.

Os juros indenizatórios são entendidos como compensação pelo uso de um bem econômico qualquer. *Por outro lado, os juros remuneratórios guardam na remuneração do proprietário do dinheiro sua principal tradução. São entendidos como* recompensa *devida àquele que 'abre mão' de seu ativo totalmente líquido, ou seja, atuam como pagamento pelo uso do dinheiro. Finalmente, resta analisar o conceito de juros de mora, figura peculiaríssima ao Direito Tributário.*

Os juros de mora, no âmbito do Direito Tributário, são devidos quando do retardamento do pagamento de uma obrigação tributária e agem como complemento indenizatório da obrigação principal, destinando-se a apenar a mora.

A própria expressão 'indenização' ajuda a esclarecer bem a função dos juros moratórios, pois indica a necessidade de se compensar *um dano ou reparar o mesmo. Não se confunde com a multa de mora, que não se restringe a ser uma indenização. A natureza da multa de mora possui perfil bem delineado de sanção e punição, e não de ressarcimento, como faz parecer o seu rótulo. O ressarcimento realizado com o fim de recomposição do patrimônio daquele lesado pela mora do devedor,* in casu, *do Estado pelo tributo não pago a tempo certo, é função dos juros e da correção monetária.*

Resta claro o motivo da impossibilidade de se utilizar a taxa de referência Selic como taxa de juros moratórios para os créditos fiscais federais, como pretende a Lei nº 9.065/95, já que a mesma, tal como definido pelo seu Regulamento, não possui característica de indenização, própria dos juros moratórios. Como bem elucidado pelo Min. Octávio Gallotti na ADIN nº 493-0/DF, 'seu cálculo se baseia na variação do custo do dinheiro, que é influenciado pela liquidez do mercado'. É um meio de remuneração, e não de indenização.

A natureza remuneratória da Selic fica evidenciada pela forma em que é calculada, qual seja, pela variação do rendimento do valor de mercado de diversos títulos públicos, em cujo sistema apenas as instituições financeiras, Banco Central, Tesouro Nacional, Estados e Municípios podem participar. O Banco Central, como instituição regulamentadora e controladora da Selic, não só pode dirigir o resultado da taxa, como até mesmo a manipular, não dispensando à mesma credibilidade para que seja usada como juros de mora para reajustes de débitos fiscais". ("Da Impossibilidade de se Utilizar a Selic como Taxa de Juros Moratórios Incidentes Sobre Débitos de Natureza Fiscal". *Revista Dialética de Direito Tributário*. Dialética Edições, Eventos e Cursos, São Paulo, v. 14.)

Não bastasse essa feição de juros remuneratórios, a taxa Selic compreende ainda correção monetária, como bem acentuou o Min. Franciulli Netto, em acórdão do Superior Tribunal de Justiça antes referido, *verbis*:

"*A partir da definição dada pelo Banco Central, e aferindo a metodologia dos cálculos efetuados e sua composição, percebe-se que a taxa Selic é composta por juros e por um sucedâneo da correção monetária. Por ora, é de bom conselho registrar que, em verdade, esses juros são de natureza remuneratória.*

O emprego da taxa Selic provoca enorme discrepância com o que se obteria se, em vez dessa taxa, fossem aplicados os índices oficiais de correção monetária, além dos juros legais.

5. Em verdade, pretendeu-se aplicar com a taxa Selic um misto de ganho de capital e neutralização dos efeitos da inflação. A rigor, não se pode dizer que a taxa Selic seja correção monetária, pois esta, sabem-no todos, é o fator de readaptação do valor monetário corroído pelos efeitos da inflação, que apenas pode ser aferida a posteriori, *por metodologia própria centrada notadamente na variação de preços dos produtos e serviços escolhidos para esse fim. A taxa Selic, como se observou, é apurada segundo a taxa média das operações com títulos públicos federais calculados com base na diferença entre o valor nominal e pago quando do resgate desses títulos.*

Entre os objetivos da taxa Selic encarta-se o de neutralizar os efeitos da inflação. A correção monetária, ainda que aplicada de forma se não disfarçada, no mínimo obscura, é mera cláusula de readaptação do valor da moeda corroído pelos efeitos da inflação. O índice que procura reajustar esse valor se imiscui no principal e passa, uma vez feita a operação, a exteriorizar novo valor. Isso quer dizer que o índice corretivo não é um plus, *como, por exemplo, ocorre com os juros, que são adicionais, adventícios, adjacentes ao principal, com o qual não se confundem.*

Sabe-se, segundo a mesma consulta, que 'a taxa Selic reflete, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta versus *demanda por recursos financeiros). Finalmente, ressalte-se que a taxa Selic acumulada para determinado período de tempo correlaciona-se positivamente com a taxa de inflação apurada* ex post, *embora a sua fórmula de cálculo não contemple a participação expressa de índices de preços' (cf. notas já citadas).*

A correlação entre a taxa Selic e a correção monetária, na hipótese supra, é admitida pelo próprio Banco Central".

Vê-se, pois, então, que a taxa Selic, embora tenha natureza de juros remuneratórios, vem sendo utilizada como juros moratórios, no que toca ao crédito tributário não pago no tempo oportuno, com o gravame de que, não obstante sobre o mesmo débito já incidir a correção monetária, a aludida taxa contempla o fenômeno inflacionário.

Daí decorre a invalidade da utilização da taxa Selic.

Passo ao exame da imposição dos ônus sucumbenciais à massa falida, por força do recurso adesivo.

Nos exatos termos do art. 208, § 2°, da Lei de Falências, a massa falida não pode ser obrigada ao pagamento de honorários de advogado a credores e falido.

Tem-se que tal proibição se dirige não só aos credores que são alcançados pelo juízo universal, haja vista a utilização da expressão no plural, sem qualquer menção à classe.

Isto posto, mantenho a sentença, julgando prejudicado o recurso principal voluntário. Outrossim, nego provimento ao recurso adesivo.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Abreu Leite - Sr. Presidente. Estou inteiramente de acordo com o excelente voto proferido pelo eminente Relator e divirjo de S. Exa. apenas quanto à taxa Selic, pois entendo que a mesma é perfeitamente aplicável à espécie.

Portanto, peço vênia ao douto Relator e reformo parcialmente a sentença.

O Sr. Des. Nilson Reis - Sr. Presidente. Também peço vênia ao eminente Relator e, em virtude de entendimento reiterado nesta Câmara, acompanho o eminente Revisor quanto à taxa Selic.

O Sr. Des. Abreu Leite - Sr. Presidente, pela ordem.

Embora vencido quanto à taxa Selic, gostaria de recomendar a publicação do voto do eminente Relator.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA EM PARTE, PREJUDICADOS OS APELOS VOLUNTÁRIOS, VENCIDO O RELATOR, PARCIALMENTE.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - PRETENSÃO DE EFEITOS DECLARATÓRIOS - IMPOSSIBILIDADE

- Inviável é a utilização do mandado de segurança para pretender o reconhecimento e a declaração de direitos.

APELAÇÃO CÍVEL N° 229.978-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Pretensão de efeitos declaratórios - Impossibilidade. - Inviável é a utilização do mandado de segurança para pretender o reconhecimento e a declaração de direitos.

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 À APELAÇÃO, REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, E DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 12 de setembro de 2002. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentações orais, pela segunda apelante e pela apelada, respectivamente, os Drs. Alberto Guimarães Andrade e Eduardo Martinelli Carvalho.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Sr. Presidente. Foi abordada na tribuna, sob a forma de preliminar, a questão de ser incabível o mandado de segurança sob a forma preventiva. Vou suplantar essa preliminar não tanto por ter sido abordada à última hora, mas também porque, em princípio, a figura do mandado de segurança sob a forma preventiva é perfeitamente viável, como também porque a abordagem que faço da questão posta em julgamento está implicando um resultado semelhante ao que se obteria com essa preliminar.

Peço licença aos ilustres advogados para dizer que da análise que fiz da espécie chego a uma conclusão que implica a denegação da impetração, sugerindo a seguinte ementa.

Trata-se de sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, por ter, na 4ª Vara de Execuções Fiscais da Comarca da Capital, concedido a segurança impetrada por Carrefour Comércio e Indústria Ltda. e outro contra ato do Diretor da Superintendência Regional da Fazenda do Estado de Minas Gerais, ficando declarado o direito dos impetrantes ao aproveitamento integral e sem limitação temporal dos créditos oriundos da incidência do ICMS na aquisição de bens destinados ao ativo fixo e no consumo de energia elétrica e de serviços de telecomunicações.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual apelou, regularmente, buscando a reforma da sentença (fls. 258/285-TJ).

Houve apresentação de contra-razões (fls. 302/323), e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela confirmação da sentença (fls. 340/345-TJ).

É o relatório.

No entanto, a questão não parece bem decidida, *data venia*.

É que os impetrantes-apelados pretenderam o reconhecimento judicial de "*seu direito líquido e certo de aproveitar, imediata, integral e independentemente de qualquer limitação imposta*

pela Lei Complementar nº 102/2000 e pela legislação estadual aplicável, os créditos de ICMS decorrentes de aquisições de bens do ativo fixo, energia elétrica e serviços de comunicação realizadas a partir de 1º.8.2000, ressalvado, contudo, o direito do Fisco de proceder à conferência do valor dos créditos aproveitados".

Ora, vale lembrar a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

"*Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais*" (cf. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção,* Habeas Data, 1995, 16ª ed., p. 28).

Com efeito, o mandado de segurança, tal como previsto no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição da República e regulado pela Lei nº 1.533/51, prende-se à existência de direito líquido e certo do impetrante, lesado ou prestes a sê-lo por ato de autoridade e passível de demonstração, de plano, não se prestando a sua utilização como ação declaratória.

É precedente adequado desta Quinta Câmara Cível:

"*Mandado de segurança - Efeitos de ação declaratória - Impossibilidade. - Não serve o mandado de segurança à declaração de possíveis direitos, e, ainda, é inadmissível a via para se declararem, ainda que incidentalmente, possíveis inconstitucionalidades de normas vigentes no ordenamento jurídico. Segurança denegada*". (Apelação Cível nº 228.600-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator Des. Campos Oliveira.)

Assim, tal como posta a matéria, com os impetrantes querendo reconhecimento e declaração de direitos, não cabe solução na via estreita e excepcional do mandado de segurança.

Em tais termos, em reexame necessário, dou provimento à apelação e reformo a sentença para denegar a impetração.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Sr. Presidente. Coerente com posição anteriormente assumida e declinada da tribuna, denego a segurança.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, E DENEGARAM A SEGURANÇA.

-:::-

MILITAR - PENA DISCIPLINAR DE EXCLUSÃO - COMPETÊNCIA DO COMANDANTE GERAL - ADMISSIBILIDADE - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR EM CASOS DE CRIMES MILITARES - INOBSERVÂNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - NULIDADE DA PENA - MEDIDA INCIDENTAL NA SEGUNDA INSTÂNCIA

- A autoridade militar administrativa é competente para aplicar pena disciplinar de exclusão, cabendo à autoridade judiciária fazê-lo apenas nas hipóteses de crimes militares.

- É nulo o processo disciplinar militar no qual não se tenha observado o devido processo legal.

- Indefere-se, *in limine*, a medida incidental na segunda instância, se inepta e se prejudicada pela decisão no processo principal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 231.243-7/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Competência do comandante-geral - Pena disciplinar de exclusão - Admissibilidade - Competência da Justiça Militar em casos de crimes militares - Inobservância ao devido processo legal - Nulidade da pena - Medida incidental na 2ª instância - Indeferimento. - A autoridade militar administrativa é competente para aplicar pena disciplinar de exclusão, cabendo à autoridade judiciária fazê-lo apenas nas hipóteses de crimes militares. É nulo o processo disciplinar militar no qual não se tenha observado o devido processo legal. Indefere-se, *in limine*, a medida incidental na segunda instância, se inepta e se prejudicada pela decisão no processo principal.

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, 19 de setembro de 2002. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

As teses centrais em debate dizem respeito à argüida incompetência da autoridade militar para praticar o ato de exclusão e, de outro lado, à sustentada nulidade do processo disciplinar, pela inobservância às garantias constitucionais deferidas aos acusados.

Decido, entretanto, antes de examiná-las, a medida cautelar incidental de reintegração do autor ao cargo que ocupava na administração militar, por força de *sursis* que lhe foi concedido pela 1ª Auditoria Judiciária Militar.

Indefiro, *in limine*, o pedido, não só por sua inépcia, nos termos do parecer da PGJ - fls. 501/505-TJ - como, sobretudo, porque estará ela prejudicada pela decisão principal que se seguirá.

Examinemos, então, as questões discutidas.

Da alegada incompetência da autoridade militar para praticar o ato de exclusão do apelante.

Nesse particular, peço vênia para transcrever, aqui, trecho do voto proferido pelo eminente Desembargador Campos Oliveira, Relator da AC nº 115.503-5, adotando-o como razão de apreciação e decisão da preliminar:

"Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, mas anoto que o autor busca a nulidade do ato do Sr. Comandante do 1º Batalhão de Polícia Militar, que o teria excluído de suas fileiras.

Entretanto, o documento de fls. 8, trazido pelo próprio autor, mostra que o ato questionado foi materializado 'por decisão do Comandante Geral, ratificando o parecer do Conselho de Disciplina'.

E as razões recursais confirmam isso, com apoio no documento do fls. 58, oriundo do Gabinete do Comandante Geral da Polícia Militar, que, na realidade, excluiu o autor das fileiras da Corporação, com recomendação

'aos órgãos próprios a adoção das medidas administrativas decorrentes para o imediato cumprimento dessa decisão' (fls. 103).

Mas o certo é que ataca o ato de sua exclusão, que teria sido expedido por autoridade incompetente, estando desmotivado. E passo a examinar a primeira alegação, anotando que, quando do julgamento da Apelação Cível nº 111.552-6, da Comarca de Belo Horizonte, tratando de matéria absolutamente idêntica - incompetência do comandante de BPM -, o em. Relator, Des. Hugo Bengtsson, assim se pronunciou, com a adesão de seus Pares:

'conforme se sabe, o mérito do ato administrativo refoge ao âmbito de apreciação pelo Judiciário, visto que sua competência para revisão de atos administrativos se restringe ao controle da legalidade do ato impugnado.

Assim é que o autor-apelante, pura e simplesmente, insiste na tese de incompetência do Comandante para sua exclusão, sendo matéria reservada ao Tribunal de Justiça Militar.

Para tanto, cita o dispositivo constitucional nos seguintes termos:

'Art. 125. Os estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição...

§ 4º. Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda de posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças'.

A toda evidência, referida decisão sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças apenas se dá em razão da prática e julgamento de crimes militares.

No caso, a penalidade imposta ao ora apelante é de natureza disciplinar, sem qualquer espaço, portanto, para a pretendida incidência do dispositivo constitucional citado e transcrito.

Na verdade, as instâncias administrativas e criminal são independentes. O mesmo fato pode dar ensejo à eclosão de dupla providência: administrativa e criminal. Isto a teor, mesmo, do contido no art. 14 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar.

*É que 'a punição pela falta disciplinar independe do resultado do processo penal onde se julgará o crime'. É a 'autonomia das instâncias administrativas e penal', no entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça (*RSTJ, *84/304, RMS nº 1.995-0-RJ, Rel. Min. Assis Toledo).*

Aliás:

'Recurso em mandado de segurança. Militar. Penas disciplinares de exclusão da corporação. Competência da autoridade administrativa. Inaplicabilidade do artigo 125, § 4º, da Constituição Federal...

*... apenas nos crimes militares (e não nos casos de infrações disciplinares) compete ao Tribunal de Justiça, na hipótese decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças' (*RSTJ, *51/471, Rel. Min. Hélio Mosimann)'.*

A propósito, lembro que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 5.407-0-DF, tendo como Relator o Min. Adhemar Maciel, assim se pronunciou:

'Administrativo - Competência - Policial militar - Pena disciplinar - Exclusão das fileiras - Autoridade administrativa - Recurso especial - Administrativo - Competência da autoridade administrativa que o prolatou. - Tratando-se de policial militar que fora excluído das fileiras militares tendo em conta infrações disciplinares por ele cometidas e devidamente apuradas em sindicância, o ato de exclusão é da competência da autoridade administrativa, não sendo o caso de

aplicar-se o art. 125, § 4º, CF, pois ali se cuida de crime militar' (Boletim do STJ *nº 03, de 16.03.98).*

Como se verifica, o eg. Tribunal de Justiça Militar só tem competência para se manifestar 'sobre a perda do posto e da patente de oficial e da graduação de praça', quando se trata do julgamento de crime militar (CE, art. 111), até porque os crimes comuns praticados por policial militar são julgados pela Justiça Comum.

Portanto, o autor não tem razão quanto à competência da autoridade expedidora do ato".

Sem razão, pois, o apelante sobre a questão da incompetência.

Nulidade do processo, por falta de ampla defesa.

A primeira alegação do apelante, quanto a esse aspecto, consiste em que a sindicância levada a efeito pela autoridade militar, para apurar denúncia de infração disciplinar atribuída ao apelante, não teria sido regida pelo devido processo legal.

A análise da argüição, em termos de procedência ou improcedência, pode ser resumida e concluída em função da própria denominação dada ao procedimento: Sindicância Regular Reservada (*sic*).

Se é ela regular, não pode ser reservada. E, se é reservada, deixa de ser regular.

De qualquer forma, porém, não obstante respeitáveis opiniões, como a de Hely Lopes Meirelles, que considera dispensável a participação da defesa na fase de sindicância, a realidade sempre demonstrou e continua a demonstrar que exatamente durante ela é que a autoridade, sem a fiscalização e a presença da defesa, dispõe unilateralmente dos mecanismos coercitivos de obtenção de prova, sempre em favor do *jus puniendi,* e nunca em benefício do *jus defensionis.*

Prefiro, então, em nome do espírito da carta constitucional, filiar-me à lição de Frederico Marques, igualmente seguida por JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"*Garante-se no texto o* processo, *que envolve o direito à ação, o direito de defesa, o contraditório e a bilateralidade dos atos* procedimentais" (primeiro destaque do original e nosso o segundo). (*Curso de Direito Constitucional Positivo.* 9ª ed., p. 377.)

Ora, essa sindicância, encaminhada ao Comandante do 27º BPM, veio a degenerar, por ato dessa autoridade militar, na submissão do impetrante ao Conselho de Disciplina daquela unidade, durante cujo funcionamento se registrou a inusitada e grave irregularidade apontada e verberada no próprio parecer do Assessor Jurídico do 4º CRPM, *verbis:*

"*O egrégio Conselho de Disciplina disse ao final da letra* e *do nº 1, de seu Relatório-Parecer, ter tornado* imprestável *o depoimento da testemunha José Heitor Biata, prestado em IPM, que foi juntado aos autos às fls. 121 a 125, em virtude de haver ela, apesar de devidamente notificada, deixado de comparecer perante ao CD para ser ouvida*" (grifo nosso).

Ora, apesar dessa imprestabilidade:

"*(...) o Conselho acabou apreciando também as declarações de José Heitor Biata prestadas somente em IPM em data de 03.11.98 (fls. 138,* in fine*), demonstrando com isso* ter aproveitado o depoimento imprestável" (destacamos).

E, em seguida:

"*Ocorre que o depoimento da nominada testemunha foi retificado posteriormente no referido IPM, em Termo de Acareação datado de 30.11.98,* não tendo este documento, em virtude de conclusão anterior do CD, sido juntado aos autos" (grifamos) - fls. 384-TJ.

Prosseguindo:

"*Surge, inicialmente, em virtude de valoração da* prova emprestada, violação do contraditório, já que produzida à revelia da defesa, *e, por via de conseqüência,* ante a inexistência também, nos autos, de cópia *do Termo de Acareação retificando a prova trasladada do IPM, flagrante prejuízo para o acusado,* fato este que compromete de forma inequívoca o processo disciplinar e decisões posteriores dele advindas" (grifos nossos) - fls. 385-TJ.

Essa prova - registre-se - foi colhida *aliunde,* em procedimento paralelo e unilateral, ao qual também esteve ausente o apelante, como se vê do depoimento de fls. 323/327-TJ.

Ao contrário do que o afirma o apelado, em suas contra-razões, a defesa não subscreveu o questionado depoimento, tendo-o feito apenas, ao contrário, a encarregada daquele IPM, o depoente, duas testemunhas de declarações e o escrivão - fls. 327-TJ -, devendo-se assinalar que a prova colhida *aliunde não foi reproduzida* pelo CD, o qual apenas juntou cópia das respectivas peças (termo de acareação e depoimento da testemunha José Heitor Biata).

Toda a acusação contra o apelante se acha *concentrada* nesse depoimento, constituindo-se ele, portanto, na peça fundamental na qual veio a ser decalcado o ato de exclusão.

Por toda essa ordem de considerações, dou provimento ao recurso, para, reformando a sentença recorrida, conceder a segurança, nos termos e para os fins pleiteados na inicial, ressalvando-se à autoridade impetrada a faculdade de, *em processo regular,* prosseguir em seus trabalhos investigatórios até final apreciação e julgamento.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

MAGISTÉRIO - PROFESSORA GESTANTE - FÉRIAS COLETIVAS - COINCIDÊNCIA COM O PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE - IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE REMUNERAR OS DOIS PERÍODOS COINCIDENTES - DUPLO BENEFÍCIO VEDADO

- Se o período de licença-maternidade concedido à professora coincide com o das férias coletivas do mês de julho, estas ficam abrangidas naquela (a licença). Trata-se de abrangência que decorre da simultaneidade dos dois referidos períodos, ou seja, o da licença e o das férias, porque o duplo benefício, no mesmo período, é vedado, ainda que decorrente de situações ou motivos diferentes (salvo no caso de acumulações permitidas, o que não é o caso).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 231.439-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Servidora pública - Magistério - Professora gestante - Coincidência entre o período de licença-maternidade e o de férias coletivas - Impossibilidade legal de remunerar os dois períodos coincidentes - Duplo benefício vedado. - Se o período de licença-maternidade concedido à professora coincide com o das férias coletivas do mês de julho, estas ficam abrangidas naquela (a licença). Trata-se de abrangência que decorre da simultaneidade dos dois referidos períodos, ou seja, o da licença e o das férias, porque o duplo benefício, no mesmo período, é vedado, ainda que decorrente de situações ou motivos diferentes (salvo no caso de acumulações permitidas, o que não é o caso).

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 DA REMESSA OFICIAL E DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de setembro de 2002. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi a apelação interposta em ação ordinária ajuizada por Analise de Jesus da Silva contra o Município de Belo Horizonte, julgada procedente pela r. sentença de fls. 47/49-TJ, da lavra do dinâmico Magistrado Dr. Antônio Francisco Gonçalves, que condenou o Município a conceder à autora férias correspondentes ao período adquirido, e não gozado.

Irresignado, apela o Município (fls. 52/54-TJ), aos seguintes fundamentos:

a) que "... *as férias regulamentares do magistério, previstas para o mês de julho,* coincidiram *com a licença-maternidade a que fez jus, no mesmo período, a autora. Diante disso, requereu lhe fosse concedido novo período de férias, em época diversa, ou o pagamento da indenização equivalente, acrescida do terço legal*" (fl. 52-TJ);

b) que "... *a licença-maternidade é um direito reconhecido pelo artigo 148 do Estatuto dos Servidores (Lei 7.169/96), assim como as férias são asseguradas pelo artigo 56 da Lei Orgânica do Município...*" (fl. 52-TJ);

c) que, entretanto, "... *sendo as férias do magistério coletivas e preestabelecidas, não pode o servidor alterá-las, transferindo-as para o período que entender mais conveniente...*" (fl. 52-TJ);

d) que "... *a prevalecer o entendimento da requerente, abrir-se-ia um precedente para se adequar esse período de licença ao período de conveniência do servidor, descaracterizando e desvirtuando o benefício*" (fl. 53-TJ);

e) que "... *não cabe à autora estabelecer o período que entende melhor para gozo de suas férias, mormente se considerando serem elas coletivas e que o seu gozo no período de preferência do servidor (professor) inviabilizaria a vida funcional do estabelecimento de ensino*" (fl. 54-TJ).

Há contra-razões (fls. 56/59-TJ).

O Ministério Público de 2º grau, em r. cota do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Paulo Roberto Rodrigues da Silva, manifesta a desnecessidade de sua intervenção (fls. 68/69).

É, em síntese, o relatório.

Passa-se à decisão.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do apelo voluntário do Município.

Com relação à remessa *ex officio*, note-se que ele (o Município) foi condenado em obrigação de fazer, ou seja, "... *conceder à autora o período de férias, correspondente ao período adquirido e não gozado*" (fl. 49), além do pagamento das custas e honorários advocatícios.

Note-se, mais, que a condenação *in pecunia* sequer se aproxima de 60 salários mínimos.

O art. 475 do CPC, § 2º, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.352/2001, assim determina:

"*Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à

execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

(...)

§ 2º. Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor".

Ressalte-se que a norma ora transcrita *está em pleno vigor* desde 27 de março de 2002.

Logo, não é o caso de reexame necessário e dele, portanto, não se conhece. Conhece-se, portanto, *apenas do recurso voluntário.*

Do mérito.

A ação ordinária foi ajuizada por Analise de Jesus da Silva, professora do ensino público, contra o Município de Belo Horizonte, ao argumento de que, estando grávida, com parto previsto para 02.06.1999, encontrava-se em licença médica desde abril daquele ano e que também teria direito às férias coletivas de julho/99, mas o Município entende que não há como deferir novo período de férias, se estas (as férias coletivas de julho) abrangidas estão no período de licença-maternidade.

O direito a 120 dias de licença-maternidade às servidoras públicas civis está previsto no art. 39, § 3º, c/c art. 7º, inciso XVIII, da CF/88, que concede "*licença a gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias*". É, portanto, previsão constitucional cogente e de obediência obrigatória e deve prevalecer em qualquer hipótese em razão do princípio da hierarquia das normas.

No que concerne às férias, a *Lex Major* as inscreve entre os direitos e garantias sociais deferidos ao trabalhador (em sentido genérico): "*o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais que o salário normal*" (CF/88, art. 7º, inciso XVII).

Ressalte-se que são duas garantias independentes e autônomas, cada uma delas inspirada em causas e motivações diversas e que nada têm em comum.

A Lei Municipal nº 2.610, de 08.01.62, e o Decreto Municipal nº 1.805, de 10.10.69, bem como a Lei Estadual nº 7.109/77 (Estatuto do Magistério do Estado de Minas Gerais) são anteriores à Constituição Federal, mas já previam que, no âmbito do Magistério, as férias coletivas seriam gozadas nos meses de janeiro e julho de cada ano. Entretanto, trata-se de legislação *anterior* à vigente Constituição que não previa a situação peculiar exposta nestes autos, ou seja, a decorrente da simultaneidade do período de férias coletivas com o de licença-maternidade.

Como o parto da autora-apelada estava previsto para 02.06.1999, é evidente que o período de licença-maternidade alcançava o das férias coletivas de julho, o que, segundo ela, acarretar-lhe-ia prejuízo.

A esse respeito, já se pronunciou o emérito Desembargador Cláudio Costa, no julgamento da Apelação Cível nº 232.939-9, ocorrido em 09 de maio de 2002. Merece transcrição excerto de seu voto que reflete, às inteiras, o entendimento esposado por este Relator:

"*A legislação existente a respeito - Lei Municipal nº 2.610, de 08.01.62, e Decreto Municipal nº 1.805, de 10.10.69 - são anteriores à CF/88, como também o é a Lei Estadual nº 7.109, de 13.10.77, que contém o Estatuto do Magistério do Estado de Minas Gerais.*

Todas essas disposições legais já estabeleciam a norma segundo a qual, na área do magistério, as férias coletivas seriam gozadas no mês de julho.

Não previram, entretanto, como não o podiam prever, uma situação singular criada pelo Constituinte de 1988, que é, em verdade, a concomitância de férias coletivas e o de licença-maternidade. Se há essa coincidência, a servidora-gestante fica, em verdade, prejudicada.

Todavia, como essa situação constitucional sui generis *não mereceu, até agora, qualquer regulamentação conciliadora, seja em termos de legislação complementar, seja em termos de legislação ordinária, medidas que ressaem implicitamente da natureza da norma, não cabe ao Judiciário a missão legiferante de contornar o impasse que se criou em torno do assunto.*

Se o direito a essa dupla situação se encontra garantido na CF/88, os meios adequados à sua concretização constituem matéria de lege ferenda, *que* não poderá ser atendida pelo Judiciário".

Em suma, se o período de licença-maternidade coincide com o das férias coletivas do mês de julho, estas ficam abrangidas naquela (a licença). Trata-se de abrangência que decorre da simultaneidade dos dois referidos períodos, ou seja, o da licença e o das férias, não gerando direito à concessão de novo período de férias. E não gera porque o duplo benefício é vedado, ainda que decorrente de situações ou motivos diferentes (salvo no caso de acumulações permitidas, o que não é o caso).

À luz do exposto, não se conhece da remessa oficial, por não ser caso dela, e, *no mérito*, dá-se provimento ao apelo do Município para reformar a r. sentença objurgada, e, via de conseqüência, julgar *improcedente* o pedido da autora. Ainda em conseqüência, invertem-se os ônus sucumbenciais.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Jurema Brasil Marins Miranda - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA REMESSA OFICIAL E DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

-:::-

ICMS - CHESTER - AVE ABATIDA, TEMPERADA, CONGELADA E EMBALADA - PRODUTO *IN NATURA* - OPERAÇÃO INTERNA - ALÍQUOTA APLICÁVEL - SUJEITO PASSIVO OMISSO - INVOCAÇÃO DO ART. 148 DO CTN - FAZENDA PÚBLICA - PARTE VENCIDA NA AÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CAUSA

- Considera-se, no conceito de produtos comestíveis resultantes do abate de aves, em estado natural, o chester simplesmente temperado, congelado e acondicionado em embalagem de apresentação. Nesta hipótese, por não se tratar de produto industrializado, a alíquota do ICMS a ser aplicada, em operação interna, é de 12%, nos termos do art. 59, inciso I, letras *b* e *b.1*, do RICMS/84.

- A invocação do art. 148 do CTN só é cabível quando o sujeito passivo foi omisso, reticente ou mendaz em ralação ao valor ou preço de bens, direitos ou serviços.

- Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios a serem por ela suportados deverão ser fixados com aplicação do que determina o § 4º, e não o § 3º do art. 20 do CPC. Importa isso dizer que o juiz, ao fixá-los "*consoante apreciação eqüitativa*", sem deixar de levar em consideração as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do já referido art. 20, nada obsta que o faça utilizando-se de um percentual qualquer sobre o valor da causa, mesmo que em desacordo com os limites retromencionados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 232.944-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Chester - Ave abatida, temperada, congelada e embalada - Produto *in natura* - ICMS - Alíquota aplicável. - Considera-se no conceito de produtos comestíveis resultantes do abate de aves, em estado natural, o chester simplesmente temperado, congelado e acondicionado em embalagem de apresentação.

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. NÃO CONHECER DO APELO ADESIVO, PREJUDICADO O VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Conheço da remessa oficial e da apelação interposta por Perdigão Agroindustrial S.A., aos seus pressupostos de admissibilidade.

Não conheço dos recursos oferecidos pela Fazenda Pública do Estado.

Quanto ao principal, porque interposto fora do prazo: publicada a sentença em 18.11.2000, a interposição ocorreu apenas em 05.02.2001 (fls. 296/302).

Quanto ao adesivo, por ausência do pressuposto da adequabilidade, sendo próprio o manejo de apelação adesiva à situação de sucumbência recíproca, que não ocorre nos autos, aqui julgado procedente o pedido inicial (fls. 289/295).

Evidentemente, não cabia o oferecimento deste recurso, como asseverou a recorrente, "*para a improvável hipótese do não recebimento da* apelação ordinária" (fls. 289).

Examina-se a questão.

Cuida-se de embargos opostos por Perdigão Agroindustrial S.A. à execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

O crédito tributário teve a seguinte origem:

a) no exercício de 1990, ter dado saída a ave (chester) temperada, em operação interna, sob a alíquota de 12% do ICMS, quando a correta seria a de 18%, pois o tempero e a embalagem agregam ao produto *in natura* o caráter de produto industrializado;

b) ter recebido, em transferência de outros Estados, produtos de fabricação própria, com valor superior ao custo de produção, nos exercícios de 1989 e 1990;

c) falta de escrituração do Livro de Registro de Controle de Produção e Estoque, nos exercícios de 1988 a 1991.

O MM. Juiz julgou procedentes os embargos:

- primeiro, considerando que "*não será apenas a adição de temperos ao produto gerado com o abatimento animal, ou o grau de seu mero resfriamento, mas o processo objetivo e claro*

que o possa mudar efetivamente noutro, sucessivo a ele, o elemento diferenciador e característico da industrialização";

- depois, "*pela fragilidade dos elementos que foram colhidos a fontes alheias à tributação estadual, e que são variadas, amplas e exógenas ao ICMS exigível ao estabelecimento fiscalizado, não há qualquer possibilidade de convalidação do critério utilizado na autuação fiscal para chegar à conclusão de que houvera transferência de produtos com valor superior ao do custo de produção*";

- por último, que fora efetivamente substituído o "*Livro de Registro de Controle de Produção e de Estoque*", pelo de "*Controle Quantitativo de Mercadoria*".

A sentença merece confirmação, *data venia.*

Três, como acima exposto, foram as questões discutidas nos autos.

A primeira delas, sobre se seria o chester - vendido pela embargante - temperado, embalado e congelado produto *in natura* ou industrializado.

Alegou a embargante, invocando o "*entendimento científico sobre a matéria*", com base em laudo técnico fornecido pela Faculdade de Engenharia de Alimentos da Unicamp, que "*as carnes, quando temperadas com sal, condimentos, especiarias, desde que não adicionadas de nitritos ou nitratos e não sejam submetidas a tratamento térmico (acima de 45°C), mantêm seu estado* in natura, *sua natureza química*".

Redargüindo, sustentou a embargada que deixa de ser *in natura* o produto que sofra qualquer transformação que lhe modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade e o aperfeiçoe para o consumo (RICMS/84, art. 5°) e que, além disso, o chester, além de ser ave temperada, "*é comercializada em embalagem de apresentação, o que também, segundo o RIPI, art. 3°, IV, é considerado produto industrializado*".

Ora, à época, dispunha o RICMS:

"*Art. 5°. Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto, considera-se:*

I - omissis...

II - industrialização, qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, tais como:

a - (...)

b - (...)

c - (...)

d - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte de mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento)".

E, a seu turno, definia o art. 59 daquele mesmo RICMS:

"*Art. 59. As alíquotas do imposto são:*

I - nas operações e prestações internas:

a - (...)

b - 12% (doze por cento) nas operações com as seguintes mercadorias:

b. 1 - arroz, feijão, fubá de milho, farinha de milho, farinha de mandioca, leite tipos "A" e "B", aves, peixes, gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino e produtos comestíveis resultantes de seu abate, em estado natural, resfriados ou congelados, quando de produção nacional".

Parece não haver dúvida, portanto, de que o chester, resfriado ou congelado, está em seu estado natural.

Está-lo-ia, também, quando temperado, resfriado ou congelado?

A própria Fazenda do Estado de Minas Gerais, pela DOT/DLT/SRE, respondendo à Consulta n° 369/92, como se constata à fl. 74-TJ, destes autos, manifestou o entendimento segundo o qual, *verbis*: "*considera-se, também, no conceito de produtos comestíveis resultantes do abate de aves, peixes, gado bovino, bufalino, caprino e ovino,* em estado natural, *o produto simplesmente temperado*" (grifos originais).

Essa resposta não inclui no conceito de produtos comestíveis aqueles que, resultantes do abate daqueles animais, além de resfriados ou congelados e temperados tenham sido acondicionados em embalagens de apresentação (que significa industrialização), e não em simples embalagem para transporte, como lembrado pela Fazenda Estadual em sua apelação.

Esse fato, no entanto, pouco importa, pois é o próprio RIPI, no § 2° do art. 5°, que dispõe: "*O acondicionamento do produto, ou a sua forma de apresentação, será irrelevante quando a incidência do imposto estiver condicionada ao peso de sua unidade*".

A segunda delas, a de ter havido transferência de produtos de fabricação própria para o Estado de Minas Gerais com valor acima do custo.

Alegou a embargante ter o Fisco "presumido" que as transferências das mercadorias para a filial de Belo Horizonte foram efetuadas em discordância com o que estabelece a legislação, baseando-se na constatação de que o "valor adicionado" da empresa como um todo foi maior que a diferença entre o preço de venda obtido por aquela filial e o valor pelo qual recebeu as

mercadorias em transferência, presunção esta que não é autorizada por lei, e, além disso, errônea, porque fundada em conceitos do imposto de renda.

Respondeu a embargada que, sendo o ICMS tributo calculado sobre os preços de bens e serviços informados pelo contribuinte, em não merecendo fé suas informações, deve ele, *ex officio*, rever os lançamentos efetuados, como disposto no art. 148 do CTN. E foi o que fez.

Fê-lo, no entanto, no mínimo, açodadamente, pois a invocação do art. 148 do CTN só é cabível quando o sujeito passivo foi omisso, reticente ou mendaz em relação ao valor ou preço de bens, direitos e serviços, segundo magistral observação de Aliomar Baleeiro (cf. *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., p. 513).

Respondendo ao quesito nº 9 da embargante, se havia nos autos do PTA demonstrativos de custos por ela elaborados, e se tais demonstrativos haviam sido tomados por base na lavratura do auto de infração, respondeu a douta perita ser positiva a primeira parte do quesito e negativa a segunda.

Esse era, reconheça-se, um direito da Fiscalização. Mas, para desprezar tais demonstrativos, não poderia ela ter deixado de justificar por que o fazia. Por que lhes negava fé.

Definitivamente, não pode prevalecer o critério utilizado pela embargada de se valer da declaração feita pela empresa, como um todo, à Receita Federal, para efeitos do imposto de renda, para obter o custo de um dos seus inúmeros produtos, com base no lucro declarado.

Como anotado em primeiro grau, imprópria a presunção adotada para a base de cálculo, com elementos informativos distorcidos.

Por fim, *a terceira* delas, a da não-escrituração do Livro de Registro de Controle de Produção e de Estoque.

Alegou a embargante que não escriturava e não escritura aquele livro porque o substituíra pelo de "Controle Qualitativo e Quantitativo de Mercadoria", como permitido na legislação, e que dessa substituição deu notícia à repartição estadual competente.

Respondeu a embargada, sem contestar que a aquela substituição era permitida ou que fora dela cientificada, sustentando apenas que, como vinha esse segundo livro sendo escriturado pela Perdigão Agroindustrial S.A. em nome da Perdigão Alimentos S.A., empresa por ela sucedida desde 21.06.85, passados 6 (seis) anos já não era mais possível "*poupar-lhe a desobediência*".

Apurou a perita, no entanto, que "*existe na filial da Embargante em Belo Horizonte controle de estoques no qual se apresenta a referência dos produtos, o saldo anterior, as entradas, as saídas e o saldo atual de cada um dos produtos*".

Existe, portanto, o controle qualitativo e quantitativo de mercadorias.

A sentença, acolhendo as alegações da embargante, desse modo, decidiu com inegável acerto, tanto que a Fazenda Estadual mostra, a princípio, com ela concordância, só vindo dela apelar, sem nenhuma inovação, com os mesmos argumentos de antes.

Resta apreciar, agora, a irresignação da embargante no tocante aos honorários advocatícios fixados em sucumbência, por entender que, como arbitrados, não fizeram justiça ao trabalho e às qualidades pessoais do causídico.

E, evidentemente, objetivando a majoração da verba, a embargante alega não ter sido corretamente aplicado o critério preconizado no § 4º do art. 20 do CPC, não se podendo admiti-la arbitrada em quantia insignificante, afrontosa à nobre atividade dos profissionais do direito.

Enfatizou que 2% do valor da demanda não atende ao princípio da eqüidade, que deve nortear a fixação dos honorários, nem atende ao trabalho desenvolvido pelo profissional que patrocinou a defesa dos seus direitos, dele tendo sido exigidos conhecimentos não só jurídicos como contábeis.

E invocou o ensinamento de YUSSEF SAID CAHALI: "... *o que não se pode admitir é que o arbitramento da honorária em quantia simbólica, irrisória, insignificante, que, além de afrontosa à nobre atividade dos profissionais do direito, implicaria a própria negação do princípio inserto no § 4º do art. 20 do CPC*".

O acerto desse ensinamento é indiscutível.

No entanto, não tem pertinência nenhuma no caso *sub judice*.

O valor (aproximado) de R$46.000,00, que corresponde a 2% do valor atribuído à causa, definitivamente não é uma quantia simbólica, irrisória, insignificante, que afronte a nobre atividade dos profissionais do direito.

Muito pelo contrário!

Além disso, sem desdouro do trabalho desenvolvido pelo procurador da apelante, a causa não teve a complexidade que se lhe quis emprestar.

Por outro lado, os limites fixados no § 3º do art. 20 do CPC, entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%), se aplicam ao valor da condenação, e não ao da causa.

Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios a serem por ela suportados deverão ser fixados com aplicação do que determina o § 4º, e não o § 3º do art. 20 do CPC, importando isso dizer, que, ao fixá-los "*consoante apreciação eqüitativa*", sem deixar de levar em consideração as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º, nada obsta que o faça o juiz utilizando-se de

um percentual qualquer sobre o valor da causa, mesmo que em desacordo com os limites retromencionados.

Com estas considerações, confirmo a r. sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA. NÃO CONHECERAM DO APELO ADESIVO, PREJUDICADO O VOLUNTÁRIO.

-:::-

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - ENTIDADE DE ENSINO - LIMITES CONSTITUCIONAIS DO BENEFÍCIO - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU E TAXA DE SERVIÇOS URBANOS (TSU)

- Os bens da instituição sem fins lucrativos compõem sua reserva técnica, cujo objetivo é garantir suas próprias finalidades assistenciais, de forma a não descaracterizar a entidade assistencial.

- Se o imóvel é usado pelos religiosos diretamente para suas atividades de educação e assistência social, constituindo ele uma de suas unidades, enquadra-se perfeitamente no art. 150, VI, *c*, da CF/88. Assim, acobertado está pela imunidade constitucional invocada, relativamente aos impostos (IPTU).

- Entender que a taxa de serviços urbanos pode ter a mesma base de cálculo do IPTU é tornar letra morta a proibição constitucional, o que é inadmissível.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 236.413-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Imunidade tributária - Entidade de ensino - Limites constitucionais do benefício - Execução fiscal - IPTU e TSU - Embargos.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2002. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Na execução fiscal que a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte move à União Brasileira de Educação e Ensino-UBEE, visando à cobrança de IPTU e taxas, esta apresentou embargos, pugnando pelo reconhecimento de sua imunidade tributária por ser instituição educacional, sem fins lucrativos, além de alegar prescrição de créditos e ilegalidade da cobrança das taxas de limpeza urbana.

A sentença rejeita parcialmente os embargos, declarando legítima a ação fiscal e considerando que a apelante não logrou provar que o imóvel sobre o qual recai a cobrança dos tributos esteja vinculado às suas atividades essenciais, declarando nula apenas a cobrança da TSU. Condenou a embargante ao pagamento de 50% das custas, isentando a embargada; sem honorários, em face da sucumbência recíproca. Sentença sujeita ao reexame necessário.

A UBEE pede a reforma da sentença, renovando as razões dos embargos para que seu pedindo seja integralmente atendido.

Também inconformada, apela a Fazenda Municipal, pedindo a reforma da sentença na parte que declarou nula a cobrança da TSU, defendendo a legalidade da referida taxa.

A UBEE não apresentou suas contra-razões.

Por sua vez, a Fazenda municipal espera a manutenção do julgado no que se refere à cobrança do IPTU.

Desnecessária a sua intervenção (Súmula 189-STJ).

É o relatório.

Conheço dos recursos voluntários, bem como do reexame necessário.

Não se trata, aqui, de entidades de previdência privada às quais tenho negado o benefício da imunidade tributária.

Trata-se de instituição de educação, dedicada ao ensino, conforme minhas manifestações no exame de entidades da mesma espécie (Apelações Cíveis 74.816-6, 89.054-4, 72.506-9 e 87.697-9).

Como bem demonstrou o em. Des. Murilo Pereira ao enfrentar tema semelhante (Ap. Cível nº 28.613-8), essas instituições complementam as funções do Estado e fazem jus à imunidade.

Prefiro transcrever essa tese, mais adequada ao estudo em foco, compartilhando inteiramente de seus argumentos:

"... *o art. 14, I, do CTN, como ressalta com irrecusável procedência a apelada (...), 'não proibe nem mesmo pagamento de salários aos diretores das entidades imunes como contraprestação dos serviços prestados, quanto mais o oferecimento de moradia'. Neste último item, insere-se a afirmação do* decisum, *no sentido de que o patrimônio imobiliário atende às finalidades institucionais da autora-apelada e concorre para o pleno exercício de suas funções. A propósito, já decidiu esta e. Terceira Câmara Cível, Relator o em. Des. Hugo Bengtsson questão relativa aos bens da instituição sem fins lucrativos para comporem sua reserva técnica e 'cujo objetivo é garantir suas próprias finalidades assistenciais', de forma a não descaracterizar a entidade assistencial*" ("*Jurisprudência Mineira*", v. 119, p. 208).

Embora o objeto da ação ora versada seja diverso daquele ali retratado, o princípio é o mesmo e se reflete às inteiras, na lição de ALIOMAR BALEEIRO, trazido à colação no voto do citado e em. Relator, e ensina: "*A imunidade, para alcançar os efeitos da prestação, proteção e estímulo, inspiradores do constituinte, pelo fato de serem os fins das instituições beneficiadas também atribuições, interesses e deveres do Estado, deve abranger os impostos que, por seus efeitos econômicos, segundo as circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades presumidamente desinteressadas, por sua própria natureza*" (*Dir. Tributário Bras.*, 7ª ed. fls. 108/109-cf. fl. 210 - "*Jurisprudência Mineira*" cit.).

Por outro lado, deflui dos autos a conclusão inafastável de que o oferecimento de moradia aos diretores da apelante "*é absolutamente necessário ao desenvolvimento de suas atividades de educação e assistência social, pois todos os diretores são padres e trabalham gratuitamente, desenvolvendo suas atividades junto às comunidades assistidas*" (...). Está evidenciado que a apelada mantém todo o seu patrimônio, renda e serviço, relacionados à suas atividades estatutárias, ligadas à educação e à assistência social (...).

E mais: "*os padres envolvidos com a Sociedade além dos serviços que prestam, muitos deles aposentados, doam à mesma os proventos que recebem da aposentadoria, o mesmo fazendo aqueles que recebem direitos autorais provenientes da edição de livros*" (...). A jurisprudência sufraga o entendimento de que "*basta para a imunidade tributária a demonstração de que a sociedade não tenha fins econômicos, não remunerando seus diretores pelo exercício de seus cargos*" (*RT*, 557/123 - in "*Jurisprudência Mineira*", v. 119, p. 209, citada).

No caso agora em exame, percebe-se a semelhança com o que foi acima indicado: o imóvel é usado pelos religiosos diretamente para suas atividades, constituindo uma de suas unidades, enquadrando-se perfeitamente no artigo 150, VI, *c*, da CF/88.

Portanto, reconheço estar o referido imóvel acobertado pela imunidade constitucional invocada, relativamente aos impostos (IPTU).

Quanto às taxas de serviços urbanos, essa matéria já está sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo:

"*Tributário. Município do Rio de Janeiro. Ilegalidade da taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Art. 145, II, da Constituição Federal. Tributo vinculado não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos, hipótese em que os serviços são executados em benefício da população em geral (*uti universi*), sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários e, conseqüentemente, da referibilidade a contribuintes determinados, não se prestando para custeio mediante taxa. Impossibilidade, no caso, de separação das duas parcelas*" (STF - 1ª T., AGRAG nº 245.539/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 14.12.99, *DJ* de 3.3.00).

No mais, nossa doutrina é unânime no mesmo sentido, valendo citar exemplificativamente:

"A base de cálculo das taxas tem características próprias, *não podendo se identificar com a de impostos e isso por força da sua própria natureza. Não corresponde a uma grandeza relativa ao contribuinte, mas a uma grandeza relativa ao serviço em razão do que é exigida. Do contrário, não seriam taxas*" (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. Livraria do Advogado, 1998, p. 38, grifos nossos).

Ainda:

"*Na taxa, a base de cálculo deverá estar ligada intimamente ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, que é a atividade estatal dirigida ao contribuinte*" (RIBEIRO, Bernardo de Moraes. *Compêndio*. Forense, 1995, 4ª edição, p. 553).

Entender que a taxa pode ter a mesma base de cálculo do IPTU é tornar letra morta a proibição constitucional, o que é inadmissível.

Portanto, em reexame necessário, reformo a sentença de modo a reconhecer a imunidade da UBEE em relação ao IPTU, mantendo a decisão no que tange à inconstitucionalidade da taxa de serviços urbanos, ficando prejudicados os recursos voluntários.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte se incumbirá de seus próprios honorários.

Custas, meio a meio.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

FALÊNCIA - SÓCIO QUE CONTRAI DÍVIDA EM BENEFÍCIO PRÓPRIO COM UTILIZAÇÃO DO NOME DA SOCIEDADE - NÃO-RESPONSABILIDADE DESTA PELA DÍVIDA - INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DO CREDOR DE SUJEITAR A SOCIEDADE À FALÊNCIA POR IMPONTUALIDADE NO PAGAMENTO

- Se o sócio, sem poderes para representar a sociedade, contrai dívida em benefício próprio, utilizando-se de seu nome (dela, sociedade), sua atitude anômala não faz com que ela responda pela dívida, nem fique sujeita à falência por impontualidade no respectivo pagamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 236.541-9/00 - Comarca de Abre-Campo - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Falência - Sócio que contrai dívida em benefício próprio com utilização do nome da sociedade - Não-responsabilidade desta pela dívida - Inviabilidade da pretensão do credor de sujeitar a sociedade à falência por impontualidade no pagamento. - Se o sócio, sem poderes para representar a sociedade, contrai dívida em benefício próprio, utilizando-se de seu nome (dela, sociedade), sua atitude anômala não faz com que ela responda pela dívida, nem fique sujeita à falência por impontualidade no respectivo pagamento.

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, 12 de setembro de 2002. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi o pedido de falência ajuizado pela Takenaka S.A. Indústria e Comércio contra Incoma Agrícola Ltda., à alegação de ser credora da apelada pela quantia de R$21.116,00, representada pelas notas promissórias revestidas de liquidez, certeza e exigibilidade, já vencidas e protestadas por falta de pagamento (fls. 02/13).

Insurge-se a Takenaka S.A. Indústria e Comércio contra a r. sentença (fls. 152/164-TJ, prolatada pelo dinâmico Magistrado Dr. Marcus Vinicius do Amaral Dahe), que julgou *improcedente o pedido*, ao fundamento de que "*... as notas promissórias objeto da presente ação são nulas, porque, consta como sendo emitidas pela Incoma, mas são assinadas por quem não era seu representante legal*" (fl. 162).

Em suas razões, vale-se a apelante das alegações a seguir aduzidas:

a) que "*... o título em questão foi devidamente protestado, sem que a apelada esboçasse o menor gesto para impedi- lo*" (fl. 170);

b) que "*... não é crível que alguém que diz não ter adquirido a mercadoria, veja seu nome no título oriundo dessa compra e venda sendo levado a protesto e não tome nenhuma medida*" (fl. 170);

c) que não poderia ter sido determinada procedente a juntada do cheque emitido por Geraldo Magalhães Bifano, porque, além de ter sido depois da contestação, a apelante sequer recebeu o respectivo valor;

d) que "*... está sobejamente provado nos autos que houve a transação e que não houve o pagamento do título*" (fl. 172);

e) que a apelada apenas se propôs a debater questões formais do título e do débito, pois em momento algum negou a transação.

Almeja o provimento do apelo, com a conseqüente decretação da falência da apelada e a inversão dos ônus sucumbenciais, além de condenação nas custas processuais.

Há contra-razões (fls. 182/192).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra da conceituada Procuradora de Justiça Drª. Fé Fraga França, recomenda o desprovimento do apelo (fls. 202/206).

Em síntese, é o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Em que pese a argumentação exposta no recurso, não é possível acolher a pretensão da apelante.

Note-se que os títulos que instruem a inicial são notas promissórias emitidas por Geraldo Magalhães Bifano em nome de Incoma Agrícola Ltda. (fls. 08/13-TJ). Todavia, não tinha ele poderes para representar a empresa em nome da qual foram elas emitidas. E não os tinha, em decorrência da alteração contratual de fls. 31/38-TJ, devidamente registrada na Junta Comercial.

Infere-se da alteração contratual que a gerência da sociedade passou a ser exercida por Gilca Magalhães Bifano, cabendo a ela, portanto, gerir os seus negócios (dela, sociedade).

Sem legitimidade para representar a sociedade, não poderia Geraldo Magalhães Bifano ter contraído dívida em nome dela (sociedade), que, à sua vez, não responde pela obrigação contida nos títulos (notas promissórias), para fins falenciais.

Como salientou, com acuidade, a apelada fez juntar aos autos um cheque no valor de R$25.230,00 (fl. 142), com o intuito de demonstrar que Geraldo Magalhães Bifano fez a dívida em nome dele, e *não em nome da sociedade*, pois não tinha poderes para

representá-la, como salientado. Utilizou ele o cheque para comprar mercadorias da apelante, mas não em nome da sociedade.

Se assim é, não se poderia considerar *como dívida da sociedade* a obrigação contraída por pessoa sem poderes para representá-la. E o DL nº 7.661/45, art. 4º, cuja enumeração é exemplicativa, e não exaustiva, obsta a decretação da falência.

Conforme salientou a atenta Procuradora Drª. Fé Fraga França, em seu lúcido parecer, "... *a dívida foi contraída por um dos sócios, e não pela sociedade, ou seja, esse sócio agiu irregularmente, ao adquirir produtos para benefício particular, utilizando-se do nome da sociedade*" (fl. 203).

Por oportuno, é de ressaltar-se que os títulos foram avalizados pelo próprio Geraldo Magalhães Bifano (fls. 08, 10 e 12), não tendo a apelante sequer tomado os devidos cuidados para que fosse apresentado outro avalista, contra o qual caberia a propositura de ação de cobrança da dívida, que se afigura o meio adequado para se obter o devido pagamento.

Ademais, o processo de falência não constitui meio de cobrança de dívidas, por importar em desvio de função específica e, conseqüentemente, em constrangimento ilícito. O meio próprio para a cobrança da dívida é a execução.

À luz do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Jurema Brasil Marins Miranda - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - CAUSA CUJO VALOR NÃO ULTRAPASSA 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS - § 2º DO ART. 475 DO CPC, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.352/2001 - REEXAME NECESSÁRIO - NÃO-SUJEIÇÃO

- Não se sujeita ao reexame necessário a causa cujo valor não ultrapassa 60 (sessenta) salários mínimos, a teor do disposto no § 2º do art. 475 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001, publicada no *Diário Oficial da União* **em 27 de dezembro de 2001. Tal norma, por ser de cunho processual, tem aplicação imediata desde a data em que entrou em vigor (27.03.2002, conforme art. 2º da referida lei).**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 236.735-7/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. BADY CURI

Ementa oficial: Reexame necessário - Causa cujo valor não ultrapassa 60 (sessenta) salários mínimos - Aplicação do disposto no § 2º do artigo 475 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001.

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.

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2002. - *Bady Curi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Bady Curi (convocado) - Não conheço da remessa oficial, vez que a Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, publicada no Diário Oficial da União em 27 de dezembro de 2001, acrescentou ao artigo 475 do Código de Processo Civil, entre outros, o § 2º, que dispõe:

"*§ 2º. Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor*".

A referida norma entrou em vigor aos 27 dias do mês de março de 2002, segundo se infere do art. 2º da Lei nº 10.352/2001, tendo aplicação imediata desde então, uma vez que se trata de norma de cunho processual.

No caso dos autos, pretende o autor o recebimento de parcelas descontadas de seus vencimentos referentes aos meses de janeiro de 1997 a janeiro de 2000, num valor a ser apurado, cujo montante jamais atingiria os 60 (sessenta) salários mínimos estabelecidos como teto, vez que tais descontos eram feitos no percentual de 3,5% sobre os proventos de aposentadoria, nos termos do inciso IV do art. 2º da Lei Estadual nº 12.278/96, já não mais em vigor.

De se ver que o caso em exame se enquadra na norma do § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, não estando sujeito ao reexame necessário, razão pela qual deixo de conhecer da presente remessa oficial.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

-:::-

SERVIDOR - FUNÇÃO PÚBLICA - ESTABILIDADE SINDICAL - DIREITO NÃO RECONHECIDO - INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS

- A precariedade da função pública mostra-se incompatível com a estabilidade sindical traçada pelo art. 8º, VIII, da CF, devendo ser afastada em prol dos princípios constitucionais que regem o tema, dentre os quais a discricionariedade administrativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 237.472-6/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Estabilidade sindical - Função pública - Incompatibilidade entre os institutos - Direito não-reconhecido. - A precariedade da função pública se mostra incompatível com a estabilidade sindical traçada pelo art. 8º, VIII, da Constituição da República, devendo ser afastada em prol dos princípios constitucionais que regem o tema, dentre os quais a discricionariedade administrativa. Em reexame necessário, reforma-se parcialmente a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de setembro de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de reexame necessário bem como de apelação interposta contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Fazenda, Falências, Concordatas e Registros Públicos da Comarca de Contagem que, nos autos da ação de reintegração de cargo cumulada com cobrança ajuizada por Edemar Afonso Gonçalves em face da Famuc-Fundação de Assistência Médica e de Urgência de Contagem, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar nulo o ato de dispensa contido na Portaria nº 998/98, condenando a ré ao pagamento dos vencimentos e demais encargos dali decorrentes, até o dia 05 de maio de 1999, com todas as vantagens decorrentes da relação jurídica entre as partes, corrigidas monetariamente a partir da distribuição e acrescidas de juros a partir da citação.

Alega a apelante que, após período em que esteve em desvio de função, foi o apelado convocado a retornar à unidade cedente, chamado ao qual não atendeu e que teria dado ensejo à sua dispensa *ad nutum* pelo abandono de emprego. Aduz que a estabilidade especial suscitada pelo recorrido não se aplica à hipótese dos autos, tendo em vista que o sindicato disciplina relações jurídicas de caráter celetista, não podendo as suas normas prevalecer sobre aquelas de cunho administrativo. Assevera não ter sido comunicada da eleição do apelado para o cargo de dirigente sindical, o que justifica o não-reconhecimento de sua estabilidade. Ressalta que o recorrido exercia apenas função pública, não havendo que se falar em estabilidade, que só se verifica após decorridos 3 anos de efetivo exercício do servidor nomeado para cargo de provimento efetivo. Requer, assim, a reforma da r. sentença.

Conheço do processo em sede de reexame necessário, não obstante a ausência de sua remessa oficial, bem como da apelação interposta, presentes os pressupostos para sua admissão.

Vejamos, inicialmente, a situação fática narrada nos autos:

- o apelado foi contratado pela apelante, pelo regime celetista, em setembro de 1991;

- em fevereiro de 1994, foi cedido para a Fhemig (Sanatório Santa Izabel);

- através de telegrama, realizou-se a sua convocação para, no dia 14.04.97, reassumir as suas atividades profissionais, ocasião em que suscitou estabilidade especial, devido à assunção de cargo de dirigente sindical;

- houve, então, a sua advertência e suspensão por três plantões consecutivos;

- através da Lei Municipal nº 2.957, de 1º de julho de 1997, adotou-se o regime estatutário em Contagem, passando o recorrido a exercer função pública;

- aos 15.10.98, foi o apelado dispensado pela apelante através da Portaria nº 998/98.

Agora, através da presente demanda, busca o recorrido ver-se reintegrado nos quadros da Famuc, nas mesmas condições anteriores, ou seja, cedido à Fhemig, ao fundamento de que possui a estabilidade especial do art. 8º, inciso VIII, da Constituição Federal, bem como o recebimento dos vencimentos não pagos desde julho de 1997.

Ab initio, cumpre ressaltar que não se discutirá, na presente via, a irregularidade da contratação do apelado, sem a realização de concurso público pela Municipalidade, atendo-se esta demanda ao exame do direito sindical invocado.

Cinge-se a controvérsia, pois, a se perquirir se o apelado, enquanto detentor de função pública, faz jus à estabilidade sindical traçada pelo art. 8º, VIII, da Constituição da República.

Como se sabe, é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical. Este o preceito insculpido no art. 37, VI, da Constituição da República.

Logo, decorrência lógica e viabilizadora de tal direito é o reconhecimento da estabilidade sindical disposta no art. 8°, inciso VIII, da Carta Política, de maneira a conferir à norma constitucional a maior eficácia possível.

No entanto, o caráter precário da função pública exercida pelo apelado não se coaduna com o instituto da estabilidade sindical.

Vale dizer, mesmo se admitindo a extensão da estabilidade sindical ao servidor, tal direito não pode se sobrepor à própria natureza da função pública, que se mostra precária, sendo o seu ocupante demissível *ad nutum* por oportunidade e conveniência da Administração Pública.

Outro não é o entendimento deste Tribunal a exemplo das ementas ora transcritas:

"*Servidor público municipal - Contratação temporária - Exercício de função pública a título precário - Dispensa pelo vencimento do prazo legal - Estabilidade de dirigente sindical que não afeta o poder discricionário da Administração - Segurança denegada - Sentença confirmada*" (Apelação n° 173.581-0 - Rel. Des. Francisco Bueno).

"*Estabilidade sindical - Pretensão por servidor ocupante de função pública - Garantia constitucional assegurada aos trabalhadores em geral, regidos pela CLT, regendo-se os servidores públicos por estatuto próprio e normas constitucionais específicas - Precariedade da função pública incompatível com a estabilidade buscada*" (Apelação n° 184.478-6 - Rel. Des. Pinheiro Lago).

Com base em tais adminículos, entendo ser incabível a pretensão do apelado no que concerne à estabilidade sindical, não havendo que se falar, assim, em nulidade da Portaria n° 998/98, pela qual a apelante formalizou a dispensa deste.

Frise-se, mais uma vez, que referido ato encontra amparo nos princípios constitucionais vigentes, não sobrepujados pelo direito individual postulado.

Com relação ao pedido de vencimentos atrasados, os quais, segundo o recorrido, teriam deixado de ser pagos a partir de julho de 1997, tenho por cabível o seu ressarcimento desde tal data até a dispensa, operada pela Portaria n° 998, de 15 de outubro de 1998.

Isto porque, segundo o documento de fls. 32-TJ, o recorrido estava, de fato, a prestar serviços ao Sanatório Santa Izabel, não tendo a apelante demonstrado que efetuou a sua contraprestação. Pelo contrário, afirma a recorrente, em sua peça de defesa, não

haver qualquer ilegalidade na retenção de pagamentos de dias não trabalhados. Porém, estes dias, de acordo com o documento supracitado, foram trabalhados junto ao Sanatório Santa Izabel e, enquanto não rompido o vínculo laboral, devem ser pagos. A partir daí, no entanto, inexiste razão para o pagamento dos vencimentos almejados, já que tinha sido o apelado regularmente dispensado, através da Portaria n° 998/98.

Eventual direito ao recebimento das parcelas posteriores somente poderia se apoiar na nulidade desta portaria pelo reconhecimento da estabilidade sindical, o que, consoante se viu acima, não ocorreu na hipótese dos autos.

Com essas considerações, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, para declarar válida a dispensa do apelado, não fazendo jus, a partir daí, aos vencimentos pleiteados, como consectário deste entendimento. Confirmo, quanto ao mais, a r. decisão monocrática. Prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, pelo apelado.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA PARCIALMENTE, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR - SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO - APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE DA MEDIDA IMPUGNADA - INTELIGÊNCIA DAS NORMAS CONSTANTES DAS LEIS N°s 8.078/90, 8.987/95, 9.427/96 E ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL

- Da análise conjunta das disposições do art. 22 da Lei n° 8.078/90, do art. 175 da CF, do art. 17 da Lei n° 9.427/96, do art. 6°, §§ 1° e 3°, II, da Lei n° 8.987/95, e do art. 1.092 do Código Civil, ressai induvidoso que o corte de energia elétrica do consumidor inadimplente é legal e não configura descontinuidade na prestação do serviço, mesmo porque dito serviço continua à disposição do usuário, desde que ele implemente sua contraprestação, não constituindo a medida infração penal por exposição do inadimplente a ridículo ou submissão a constrangimento ou ameaça (arts. 42 e 71 da Lei n° 8.078/90).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 237.894-1/00 - Comarca de Andradas - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Energia elétrica - Ação civil pública contra suspensão de fornecimento de energia por inadimplência do consumidor - Pedido julgado improcedente - Apelação do MP (autor) - Legitimidade da medida impugnada - Inteligência das normas constantes das Leis 8.078/90, 8.987/95, 9.427/96 e art. 1.092 do Código Civil - Desprovimento do recurso.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 05 de setembro de 2002. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Enderson Couto Miranda.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço do recurso.

O digno Promotor de Justiça de Andradas apela da r. sentença que, nos autos da ação civil pública por ele movida contra Companhia Energética de Minas Gerais-Cemig, julgou improcedente o pedido.

Insiste na tese inicial, sustentando ser ilegal a interrupção de fornecimento de energia elétrica por inadimplência do consumidor. Nesse sentido, cita e junta jurisprudência do STJ. Alega, ainda, que a Cemig "*terceirizou o corte de energia e o prestador do serviço ganha por produtividade*" e que, na Comarca, o consumidor não é avisado previamente da medida. Termina narrando fato recente, envolvendo corte sumário de energia elétrica. Pugna pela inversão do julgado.

A meu ver, não merece guarida o inconformismo recursal.

De fato, sem embargo dos judiciosos fundamentos da jurisprudência em que se assenta a bem elaborada peça recursal, mantenho entendimento diverso sobre a matéria, posição essa que já manifestei nestes autos, quando do julgamento do agravo de instrumento interposto contra o deferimento de tutela antecipada.

Como ressabido, a norma legal não pode ser interpretada isoladamente. Há que se levar em conta o sistema em que o dispositivo está inserido, relacionando-o com outros diplomas concernentes à mesma matéria, pois somente se considerando o sistema, isto é, estabelecendo-se as conexões sistemáticas entre as normas, que se chega ao sentido e alcance de determinada regra legal.

Dispõe a Lei 8.078/90:

"*Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*".

O art. 175 da CF/88 determinou ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou mediante concessão ou permissão. Entre esses serviços está o fornecimento de energia elétrica.

A Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos prevista no citado art. 175 da CF, estabelece, *in verbis:*

"*Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*

(...)

§ 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

(...)

II - Por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade".

E a Lei 9.427/96, que institui a Agência de Energia Elétrica-Aneel, prevê em seu art. 17 a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica, por falta de pagamento, até mesmo ao consumidor que preste serviço público essencial à comunidade.

Ademais, "*quando a empresa pública e a sociedade de economia mista desempenham atividades econômicas, industriais e comerciais, estamos diante de administração, não de Administração, mesmo que o Estado esteja presente, participando em grau maior, médio ou total, da atividade, pois a prestação é de caráter privado, embora estatal*" (J. CRETELLA JÚNIOR, *in Comentários a Constituição de 1988*, citado na contestação).

Daí que se há de considerar, ainda, a natureza jurídica sinalagmática do contrato de prestação de serviço celebrado pelo usuário e a empresa fornecedora de energia elétrica, com reciprocidade das obrigações avençadas; de um lado, prestação de um serviço adequado e, em contrapartida, pagamento da remuneração tarifária (art. 6º, § 1º, Lei 8.987/95).

Portanto, como ressaltado na sentença apelada, aplica-se ao caso a regra do art. 1.092 do CC: "*Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprir a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*".

Da análise conjunta dos diplomas citados, todos vigentes, ressai induvidoso que o corte de energia

elétrica do consumidor inadimplente é legal e não configura descontinuidade na prestação do serviço, mesmo porque dito serviço continua à disposição do usuário, desde que ele implemente sua contraprestação, não havendo falar que a medida constitui infração penal por exposição do inadimplente a ridículo ou submissão a constrangimento ou ameaça (arts. 42 e 71 da Lei nº 8.078/90).

Nesse sentido, registre-se doutrina de ÁLVARO LAZZARINI, a qual, depois de observar que "*A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas, reiterou a observância da boa doutrina e do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor*" termina concluindo que "*O cidadão terá direito a indenização enquanto consumidor de serviços públicos que lhe causem dano, material ou moral, sendo a responsabilidade de natureza objetiva*, tornando-se útil, no entanto, sempre conciliar a previsão do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor com os conceitos expostos no artigo 6º do Estatuto da Concessão e Permissão, que lhe é posterior, em tudo respeitados os princípios da realidade e da razoabilidade" (*RDA*, 219, p. 9), grifos meus.

Mesmo se se quisesse entender que o aludido corte de energia elétrica do consumidor inadimplente caracteriza descontinuidade da prestação do serviço, aplicar-se-ia à espécie a lição do sempre autorizado HELY LOPES MEIRELLES:

"*Há que distinguir entre o serviço obrigatório e o facultativo; naquele, a suspensão do fornecimento é ilegal, pois se a Administração o considera essencial, impondo-o coercitivamente ao usuário (como a ligação domiciliar à rede de esgoto), não pode suprimi-lo por falta de pagamento; nesse, é legítima, porque, sendo livre a sua fruição, entende-se não essencial, e, portanto, suprimível quando o usuário deixar de remunerá-lo*".

Quanto à matéria fática com que se finalizam as razões recursais, vê-se que o autor-apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrá-las. Intimado para especificar as provas, manifestou-se dizendo não ter provas a produzir. Como já diziam os romanos, alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo.

Sem custas.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA – EDIFICAÇÃO DE MURO EM TERRENO DA MUNICIPALIDADE – LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO

- É vedado ao particular edificar muro em terreno pertencente à municipalidade, porque não há, no ordenamento jurídico pátrio, norma que autorize tal edificação em propriedade pública, mesmo que o particular alegue que a construção visava impedir futuras invasões. Nessa hipótese, possui o município legitimidade para a propositura da ação de nunciação de obra nova, tendo esta via processual o escopo de evitar que a obra em construção prejudique prédio já existente, bem como viole normas, regulamentos ou posturas municipais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 239.000-3/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Nunciação de obra nova. - É vedado ao particular edificar muro em terreno pertencente à municipalidade, porque não há, no ordenamento jurídico pátrio, norma que autorize tal edificação em propriedade pública, mesmo que o particular alegue que a construção visava impedir futuras invasões.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuida-se de apelação aviada da r. sentença monocrática de fls. 81/84-TJMG, que julgou procedente o pedido inicial na presente ação de nunciação de obra nova, proposta pelo Município de Governador Valadares em face da Fundação Percival Farquhar.

Acatando o pedido liminar formulado pelo Município de Governador Valadares, o douto Juízo *a quo* determinou, liminarmente, o embargo da edificação de um muro, que estava sendo construído em plena via pública, o que ficou comprovado pelos documentos acostados nos autos. Em caso de descumprimento da liminar, foi fixada multa diária de R$1.000,00 (mil reais).

A nunciada confessou os fatos alegados na inicial, aduzindo, no entanto, que a edificação da obra ocorreu para evitar invasões futuras, resguardando, assim, o interesse público. Requereu a improcedência do pedido,

argumentando que a qualquer tempo a Municipalidade poderá utilizar a área.

O MM. Juízo monocrático julgou procedente o pedido, tornando definitiva a liminar concedida. A sentença desafiada determinou a demolição e paralisação de qualquer edificação na propriedade, sob o fundamento de que a requerida, além de reconhecer os fatos alegados pelo Município-autor, exerceu sua defesa destituída de amparo legal. Ao final, condenou a nunciada ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios em 15% do valor da causa (fls. 81/84-TJMG).

Irresignada, a ré aviou apelação requerendo a reforma da sentença monocrática, porque o Poder Público e os proprietários confrontantes, há mais de 20 anos, não utilizam a via pública. Diante de tais circunstâncias, a nunciada resolveu murar o terreno para evitar invasões de terceiros, resguardando, assim, o interesse público (fls. 89/90-TJMG).

Contra-arrazoando o recurso, o Município de Governador Valadares requereu a manutenção da r. sentença hostilizada (fls. 97/102-TJMG).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 123/126-TJMG, opinou pelo improvimento da apelação.

Presentes os pressupostos e requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ressalta-se a legitimidade do Município para a propositura da ação de nunciação de obra, o que é expressamente previsto pelo art. 934, inciso III, do CPC, mormente no caso vertente, em que a apelante desconsiderou a notificação feita pela Prefeitura Municipal. Nesse sentido, a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça tem assente:

"*Ação de nunciação de obra nova - Loteamento irregular - Município - Interesse de agir. - Possui o Município interesse de agir na ação de nunciação de obra nova em virtude de loteamento irregularmente levado adiante por particular*" (Ac. unân. da Terceira Câmara do TJMG, de 16.11.2000, pub. no *DJMG* de 01.12.2000, Apel. 153.719-0, Relator Des. José Antonino Baía Borges).

A via eleita tem o escopo de evitar que a obra em construção prejudique prédio já existente, bem como viole normas, regulamentos ou posturas municipais.

É incontroverso o fato de que a apelante edificou o muro em área pública. Restou provado, através da documentação acostada aos autos e na confissão exercitada pela apelante, que a área utilizada para edificar o muro pertence ao Município de Governador Valadares.

Em suas alegações recursais, a apelante aduziu que a edificação do muro, teve como finalidade resguardar o interesse público, já que o Município de Governador Valadares, há mais de

20 anos, não efetuou qualquer medida para exteriorizar o seu domínio. Alegou, ainda, que, ao murar a área, estaria evitando futuras invasões.

Data venia, as alegações da apelante são destituída de amparo legal. Ao contrário do alegado, a conduta levada a efeito pela apelante violou a norma do artigo 36 da Lei Municipal nº 3.665/92, que veda qualquer conduta que impeça ou dificulte o Poder Público de exercitar seus direitos inerentes à propriedade.

Com efeito, nem mesmo o argumento de que a edificação do muro, em terreno de propriedade do Município, visava resguardar o interesse público, ou seja, evitar futuras invasões, tem guarida na legislação vigente.

Por oportuno e diante do acima exposto, convém assinalar que o Ministério Público, no respeitável parecer de fls. 79/80-TJMG, salientou que a apelante, ao edificar o muro para evitar invasões de terceiros, nada mais fez que invadir primeiro.

Conclusão.

Ex positis, nega-se provimento ao recurso voluntário, para manter a r. sentença desafiada, colacionando à mesma os fundamentos aqui esposados.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ATO ADMINISTRATIVO - AUTORIZAÇÃO - LICENÇA PARA FUNCIONAMENTO DE FEIRAS - CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO - PRESSUPOSTOS - INTERESSE PÚBLICO - LEGALIDADE - DECRETOS MUNICIPAIS Nºs 10.243/00 E 10.282/00 - FAZENDA PÚBLICA - INTIMAÇÃO - PRAZO RECURSAL - CÔMPUTO

- A Fazenda Pública, exceto nas ações de execução fiscal (art. 25 Lei nº 6.830/80 - Lei de Execução Fiscal), não tem o direito - como regra - de ser intimada pessoalmente das decisões, contando-se o prazo recursal, portanto, a partir de sua publicação no órgão oficial.

- Os Decretos nºs 10.243/00 e 10.282/00 do Município de Belo Horizonte regulamentaram a Lei Municipal nº 6.854/95, que versa sobre a expedição de alvará de funcionamento de quaisquer atividades, de todo tipo e natureza, no

âmbito de Belo Horizonte. Estão, assim, em perfeita sintonia com a legislação que rege o assunto, não havendo falar em ilegalidade e inconstitucionalidade dos mesmos.

- A autorização para se obter a licença para funcionamento de feiras é ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Deve adotar, como pressuposto, critérios definidos em norma regulamentar, atendo-se o Poder Público, ainda, ao interesse, à segurança e ao bem comum da coletividade, caso em que, não configurados tais elementos, inexistirá para a Administração a obrigação de fornecer o alvará.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 239.108-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Administrativo - Ato administrativo - Autorização - Licença para funcionamento de feiras - Decretos Municipais nºs 10.243/00 e 10.282/00 - Interesse público - Conveniência da Administração - Legalidade.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 03 de junho de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de recurso de apelação em que o Município de Belo Horizonte se insurge contra a r. sentença de fls. 54/56, da lavra do MM. Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública Municipal, que concedeu a segurança impetrada por Universal Feiras e Eventos Ltda., suspendendo os efeitos dos Decretos nºs 10.243/00 e 10.282/00.

Para tanto, aduz o apelante, no seu arrazoado de fls. 59/65, a legalidade das aludidas normas sobre as quais se baseou o Poder Público para disciplinar a realização de feiras no âmbito do Município, porquanto decorrentes da Lei nº 6.854/95, o que é o bastante para afastar a alegada violação ao princípio da legalidade.

De outra forma, argumenta-se que o alvará de licença para funcionamento da feira, tal como pleiteado à fl. 13 dos autos, poderá ser concedido pela Administração, segundo o interesse público, bem como sua conveniência e oportunidade, em se tratando de

ato administrativo de autorização, tendo em vista, ainda, os pressupostos estabelecidos na legislação.

Assim, afirmando o apelante haver, no presente caso, ato discricionário, não poderá o Judiciário intervir na conveniência da Administração, estando em consonância com os referidos decretos municipais a negativa de se liberar o alvará em favor do apelado, razão pela qual pugna pelo seu provimento.

Em contrapartida, oferecendo as contra-razões, às fls. 70/71, limita-se o apelado em sustentar a intempestividade do apelo, assim como a imposição da deserção, diante da ausência de preparo.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça recomendou, às fls. 79/82, a reforma da r. sentença, no reexame necessário.

Em face das preliminares invocadas pelo apelado, hei de examinar, de saída, os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Foi levantado que a Fazenda Municipal, quedando-se inerte, apresentou o devido recurso após o prazo de 30 dias, a que faz jus o ente público, nos termos do art. 188 do CPC.

Neste ponto, sobreleva destacar que a Fazenda Pública, exceto nas ações de execução fiscal (LEF, art. 25), não tem o direito - como regra - de ser intimada pessoalmente das decisões, contando-se o prazo recursal, portanto, a partir de sua publicação no órgão oficial.

Sendo esta a regra, tem-se, pois, que se contar o prazo, para a interposição do recurso, da data da juntada aos autos do aviso de recebimento, à luz do art. 240, c/c o art. 241, I, do CPC, o que ocorreu, no presente caso, no dia 12 de fevereiro de 2001, fluindo daí, pois, os 30 dias a que tem direito o Município.

Tendo sido o recurso em exame protocolizado apenas no dia 16 de abril, torna-se, rigorosamente, claro que foi apresentado a destempo, não tendo como ser conhecido.

Logo, acolho a preliminar de intempestividade da apelação interposta pela Fazenda Pública de Belo Horizonte, deixando de conhecê-la.

Entretanto, a par da regra disposta no parágrafo único, do art. 12 da Lei nº 1.533/51, reexamino os autos em função da remessa compulsória.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela empresa Universal Feiras e Eventos Ltda., especializada em organizar feiras, através do qual se insurgiu contra a alegada negativa, por parte do Sr. Secretário Municipal de Atividades Urbanas (fl. 14), em lhe fornecer o alvará de funcionamento da feira de calçados e variedades, que ocorreria em espaço aberto, no período compreendido entre os dias 25.08.2000 a 11.09.2000, em face dos Decretos Municipais nºs 10.243/00 e 10.282/00.

Por conta disto, entendeu o MM. Juiz singular pela concessão da segurança, ao fundamento de que "*patente a ilegalidade e inconstitucionalidade dos Decretos nºs 10.243/00 e 10.282/00, tendo em vista a inexistência de lei, que seja regulamentada por decreto, limitando as atividades de feiras, configurando-se, portanto, violação ao princípio da legalidade*".

Na realidade, em reexame obrigatório, a r. sentença haverá de ser reformada.

É que, ao contrário do que fora firmado pela instância monocrática, os aludidos decretos municipais regulamentaram a Lei Municipal nº 6.854/95, que versa acerca da expedição de alvará de funcionamento de quaisquer atividades, de todo tipo e natureza, no âmbito de Belo Horizonte.

Tal aspecto entendo que é o bastante para reconhecer a pertinência e a legalidade das normas regulamentadoras expedidas pelo Executivo, estando, assim, em perfeita sintonia com a legislação que rege o assunto.

De outra forma, impende ressaltar que a licença requerida pelo apelado é um tipo de autorização a ser examinada pelo Poder Público, segundo critérios e requisitos sobre os quais irá se basear para expedir o respectivo alvará de funcionamento.

Por oportuno, vale relembrar que esta espécie de ato é caracterizada, pelas palavras de MARIA SYLVIA DI PIETRO, como sendo "*ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos*" (*Direito Administrativo*, Atlas, 7ª ed., p. 189).

Em assim sendo, a autorização para se obter a licença para funcionamento de feiras adotará, como pressupostos, critérios definidos em norma regulamentar, atendo-se o Poder Público, ainda, ao interesse, à segurança e ao bem comum da coletividade, caso em que, não configurados tais elementos, inexistirá para a Administração a obrigação de fornecer o alvará.

No caso dos autos, verifica-se, ademais disso, que não havia a autoridade coatora negado a expedição do alvará solicitado, já que, antes disso, prezou-se a Administração de explicitar que a licença seria fornecida, condicionando-se ao cumprimento dos requisitos dispostos nos decretos municipais, como se extrai, claramente, do teor da resposta dada à fl. 14.

Assim porque não há de se falar em ausência de motivação, hábil a anular o ato administrativo em tela, na medida em que, como se viu, inexistindo a negativa por parte do Poder Público em expedir a almejada licença, não houve qualquer ato a ser reprimido através do mandado de segurança.

Enfim, entendo que a Administração Pública, no exame da autorização, antes de negar ou consentir o uso de espaço público, pelo apelado, explicitou quais os pressupostos para a licença de funcionamento da feira, não havendo, nisto, qualquer ilegalidade a ser afastada.

Do exposto, embora não conheça do apelo voluntário, reformo a r. sentença, por força do duplo grau de jurisdição, denegando a segurança.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

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

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO, NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - SEMÁFORO COM DEFEITO - NÃO-COLOCAÇÃO DE AGENTE CONTROLADOR DO TRÁFEGO NO LOCAL ATÉ O SEU CONSERTO - OMISSÃO DO PODER PÚBLICO - NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA - ÔNUS INDENIZATÓRIO

- Se demonstrada *salienter tantum* a existência de nexo causal entre o acidente de trânsito e o não-funcionamento do semáforo no cruzamento onde ocorreu e que o Poder Público foi omisso, por não ter sequer colocado um agente controlador do tráfego no local até que o semáforo voltasse a funcionar, fica configurada sua manifesta negligência e, via de conseqüência, sua responsabilidade pelos danos materiais resultantes desse acidente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 239.991-3/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Ementa oficial: Responsabilidade civil - Acidente de trânsito - Semáforo com defeito - Não-colocação de agente controlador do tráfego no local até o seu conserto - Omissão do Poder Público - Negligência configurada - Ônus indenizatório. - Se demonstrada *salienter tantum* a existência de nexo causal entre o acidente de trânsito e o não-funcionamento do semáforo no cruzamento onde ocorreu e que o Poder Público foi omisso, por não ter sequer colocado um agente controlador do tráfego no local até que o semáforo voltasse a funcionar, fica configurada sua manifesta negligência e, via de conseqüência, sua responsabilidade pelos danos materiais resultantes desse acidente.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de setembro de 2002. - *Hyparco Immesi* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi a apelação interposta em ação regressiva ajuizada pela Vera Cruz Seguradora S/A contra o Município de Uberlândia, ao fundamento de que o segurado Luiz Antônio Ribeiro Soares se envolveu em acidente de trânsito no dia 20.07.1998, motivado ele, única e exclusivamente, por defeito no semáforo da Av. Afonso Pena, que, naquele momento, estava totalmente apagado, isto é, não funcionava.

A r. sentença de fls. 174 *usque* 177, da lavra do dinâmico Magistrado Dr. Wagner Guerreiro, julgou *procedente* o pedido exordial, para condenar "... *o Município-réu ao pagamento da reparação regressiva, no importe de R$4.865,16 (...), com correção monetária e juros legais à taxa de 6% ao ano...*" (fl. 176), além das custas processuais e honorários de advogado arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Irresignado, apela voluntariamente o Município (fls. 178/182), às seguintes alegações: a) que, "... *embora o MM. Juiz tenha entendido dispensável o debate, quanto a ser objetiva ou subjetiva a culpa, o ilustre representante do Ministério Público sustentou o seu parecer na teoria do risco administrativo*" (fl. 180); b) que, "... *embora dispense prova da culpa do Estado, a teoria do risco administrativo permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização...*" (fl. 180); c) que, "... *após realizar algumas diligências, bem como no próprio cruzamento onde ocorreu o sinistro, o apelante verificou e conseguiu provar que houve uma simulação entre os dois condutores envolvidos com o acidente...*" (fl. 180); d) que "... *a culpa exclusiva, seja da vítima ou de terceiro, que não seja o agente nessa qualidade (...), é causa excludente da responsabilidade estatal, porque desfaz o próprio nexo causal necessário à responsabilização*" (fl. 181); e) que, "... *em todas as avenidas (sentido centro-bairro), encontram-se instalados semáforos de duas seções, uma em plano superior e outra em plano inferior, de forma a diminuir o risco na falha do sistema. Portanto, se a seção superior ou central encontrava-se com as luzes queimadas, a seção inferior ou vertical estava funcionando*" (fl. 182); f) que "... *deve prevalecer o direito de preferência de passagem (regra geral), que é da via da direita em cruzamento orientado por semáforo, quando as luzes do mesmo não estiverem funcionando (CTB , art. 29, III, letra c)*" (fl. 182); g) que, em "... *conseqüência, responsável pelo sinistro foi a condutora do veículo VW Gol, que agiu com imprudência quando ingressou em cruzamento com semáforo inoperante, com velocidade excessiva e desrespeitando a prioridade do veículo Fiat Uno que provinha da sua direita*" (fl. 182).

Há contra-razões (fls.184/185).

O Promotor de Justiça, Dr. Hamilton Pires Ribeiro, tem a cogitação recursal à conta de não-merecedora de receptividade (fls. 187/189).

O Ministério Público de 2º grau, por conta de seu ilustre Procurador de Justiça, Dr. Roberto Cerqueira Carvalhaes, entende desnecessária a apresentação de parecer (fls. 197/199).

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso de ofício e do voluntário, eis que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Ab initio, é oportuno salientar que se filia este Relator à corrente que entende ser aplicável o princípio da responsabilidade objetiva do Poder Público, mesmo em acidentes de trânsito, tido em conta que inexiste qualquer exceção aberta, pela Lei Magna, de que o disposto em seu art. 7º a eles (acidentes) não se aplica.

Ressalte-se que o risco sofre temperamentos e, embora a teoria do risco administrativo *dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização.*

O Ministro Celso de Mello bem definiu os elementos que compõem a estrutura da *responsabilidade civil objetiva*, a saber:

"*Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: a) a alteridade do dano; b) a causalidade material entre o* eventus damni *e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (*RTJ, *140/636) e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (*RTJ, *55/503, 71/99, 99/1155 e 131/417)*" (STF - 1ª T.- RE - Rel. Ministro Celso de Mello - j. em 28.5.96 - *RTJ*, 163/1108 e *RT*, 733/130).

Assim, nos casos de *responsabilidade objetiva do Estado*, a prova do fato constitutivo do direito daquele que busca a indenização diz respeito, apenas, àqueles elementos, ou seja, a ocorrência do evento lesivo (fato), a existência de dano (e respectiva extensão) e o nexo causal entre aquele e este, isto é, entre o fato e o dano.

No caso concreto, como a autora da demanda é a seguradora de um dos veículos envolvidos no sinistro, ela deve provar, além daqueles três elementos (fato, dano e nexo de causalidade), o seu interesse de agir, ou seja, a sua qualidade de seguradora e o efetivo pagamento das despesas atinentes ao conserto do veículo segurado.

Ora, a análise do acervo instrutório (notadamente do boletim de ocorrência de fls.10/12-TJ, dos documentos de fls. 13 a 27 e dos depoimentos de fls. 101/105-TJ) evidencia que a seguradora (ora apelada) cumpriu, às plenas, o ônus de comprovar a coexistência daqueles elementos (fato, dano e nexo de causalidade).

Também comprovou sua qualidade de seguradora do veículo envolvido no acidente, bem como o respectivo pagamento do sinistro e a extensão dos danos causados nos automóveis.

Cumpria, *in haec specie*, ao Município, demonstrar se a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento, ou se essa culpa (da vítima) é total, visando à redução ou exclusão do dever de indenizar.

Assim, resta analisar *as circunstâncias em que o sinistro ocorreu*, para verificar se houve culpa exclusiva da vítima, hipótese que elidiria a responsabilidade civil do Município, ou se houve culpa concorrente, visando à redução proporcional do *quantum* indenizatório.

Extrai-se da prova colacionada que, tendo em vista o não-funcionamento do sinal de trânsito no cruzamento da Av. Afonso Pena com a Rua Prata, no Município de Uberlândia, o veículo Fiat Uno, conduzido por Luiz Antônio Ribeiro Soares, foi abalroado pelo veículo Gol, conduzido por Márcia Aparecida de Melo, que provinha dessa rua (a Rua Prata). Mantendo Luiz Antônio contrato de seguros com a apelada, ambos os veículos foram devidamente reparados a seu custo (dela, seguradora-apelada), que propôs esta ação de indenização regressiva contra o Município. Tais fatos são incontroversos.

Do depoimento de Márcia Aparecida de Melo extrai-se que:

a) a sinalização da Rua Prata estava em pleno funcionamento, e que "*... estando o sinal verde (...), prosseguiu para transpor o cruzamento desta com a Avenida Afonso Pena*" (fl. 148);

b) "*... o semáforo para a Avenida Afonso Pena estava queimado...*" (fl. 148);

c) "*... pelo que observou, para a Avenida Afonso Pena só havia um conjunto de sinalizadores...*" (fl. 148).

Do depoimento do Policial Militar que lavrou o boletim de ocorrência do acidente, Márcio Gonzaga de Carvalho (fl. 164), infere-se, às claras, que os semáforos da Avenida Afonso Pena *estavam queimados*.

Em contrapartida, do depoimento dos funcionários do Município (fls. 158/161), verifica-se que, apesar de "*... apenas uma equipe trabalhar na manutenção dos semáforos de Uberlândia*" (fl. 158), conseguiu essa mesma equipe fazer a troca de lâmpadas do semáforo da Av. Afonso Pena "*... em apenas três minutos*" (fl. 161). Não há como ter-se por verídica tal afirmativa, *permissa venia*.

Tudo leva a crer que faltou uma eficaz atuação do Poder Público, uma vez que a falha da sinalização no local foi o fato determinante para a ocorrência do sinistro.

Como visto, o aparato de trânsito falhou, não sendo imputável a causa da falha a nenhum dos envolvidos no acidente.

Vislumbra-se nestes autos que o apelante voluntário (Município) utiliza-se do *jus esperniandi* para tentar desvencilhar-se de sua responsabilidade, alegando que o sinistro se dera por culpa da condutora do Veículo Gol WG, que viria em "*... velocidade excessiva e desrespeitando a prioridade do veículo Fiat Uno que provinha da sua direita*" (fl. 182).

O fato de divergir a doutrina acerca da natureza da responsabilidade estatal, quanto aos danos decorrentes de sua omissão (se subjetiva ou objetiva), não socorre o Município, já que é inegável que agiu ele com culpa, no caso negligência, ao não providenciar a tempo e modo, ou seja, prontamente, o conserto do semáforo. Fê-lo, às pressas, tão logo cientificado do acidente, o que demonstra que *poderia tê-lo feito antes* que tivesse ocorrido (ele, acidente).

Ressalte-se que a testemunha Márcia afirmou que, "*... segundo testemunha do local, inclusive, quase teria ocorrido outro acidente no mesmo ponto e no mesmo dia, horas antes; o quase-acidente também teria sido provocado pelo semáforo queimado da Avenida Afonso Pena...*" (fl. 148).

Nada há a justificar a demora do Município em resolver o problema. Foi ele negligente, pois nem se preocupou em colocar um agente de trânsito no local para gerir o tráfego no cruzamento até que o semáforo voltasse a funcionar, a fim de evitar acidentes, como o ocorrido.

Nesse sentido, mesmo que se considerasse que, na espécie *sub judice*, ter a responsabilidade do Município natureza subjetiva, estaria ele obrigado a indenizar a seguradora apelada, conforme se depreende da abaixo transcrita lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"*Em suma: a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados*" (*in Curso de Direito Administrativo*, Editora Malheiros, 12ª ed., 2ª tiragem - 2000).

Assim, uma vez demonstrados o nexo de causalidade e o comportamento omissivo ilícito da pessoa juri-

dica de direito público, fica evidenciada *salienter tantum* sua obrigação de reparar os prejuízos causados a terceiro.

À luz do exposto, em reexame necessário, confirma-se a sentença.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Jurema Brasil Marins Miranda - De acordo.

O Sr. Des. Bady Curi - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

IPTU - PROGRESSIVIDADE FISCAL - IMPOSSIBILIDADE - VALOR VENAL DO IMÓVEL - BASE DE CÁLCULO - MAJORAÇÃO POR DECRETO - INADMISSIBILIDADE - ARTS. 156, I, § 1°, E 182, § 4°, II, DA CF - INTELIGÊNCIA DO ART. 97, II, §§ 1° E 2°, DO CTN

- O IPTU é imposto de natureza real, em que não se leva em consideração a capacidade contributiva do sujeito passivo. A única hipótese de progressividade de alíquotas desse imposto, admitida pela Constituição Federal, é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (arts. 156, I, § 1°, e 182, § 4°, II, da CF). É inconstitucional a lei municipal que institui a progressividade do IPTU, segundo a localização e o valor do imóvel.

- O Poder Executivo municipal não pode, por mero decreto, majorar o valor venal do imóvel, com base em tabela, para cálculo do IPTU, de modo a ultrapassar os índices da correção monetária, em face das disposições contidas no art. 97, inciso II, §§ 1° e 2°, do CTN.

APELAÇÃO CÍVEL N° 240.973-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALUÍZIO QUINTÃO

Ementa oficial: IPTU - Progressividade fiscal - Impossibilidade. - Conforme ponderável precedente do Supremo Tribunal Federal, sendo o IPTU um tributo de natureza real, a única hipótese constitucional de progressividade de alíquotas é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (arts. 156, § 1°, e 182, § 4°, inciso II, da CF).

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, 03 de outubro de 2002. - *Aluízio Quintão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aluízio Quintão - Trata-se de sentença sujeita ao duplo grau obrigatório e à apelação (fls. 186/196-TJ) interposta pelo Município de Belo Horizonte, por ter, na 2ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca da Capital (fls.179/184-TJ), julgado procedente o pedido de ação ordinária formulado por Maria Helena Coelho Andrés Ribeiro e outros, declarando a prescrição do crédito tributário relativo ao exercício de 1993, reconhecendo a inconstitucionalidade da progressividade do IPTU do exercício de 1994 e autorizando os autores-apelados a levantarem a quantia depositada, além de condenar o Município no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Foram apresentadas contra-razões (fls.202/206-TJ) e a Procuradoria-Geral de Justiça não quis opinar (fls. 213-TJ).

É o relatório.

Primeiramente, correto foi, quanto ao exercício de 1993, o decreto da prescrição, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, e face ao implemento de cinco anos do prazo, contados da data da constituição definitiva do crédito tributário, que ocorreu com seu lançamento em 01.01.93.

Quanto à sentenciada inconstitucionalidade da progressividade do IPTU, não merece qualquer reparo a sentença.

Em que pesem as divergências doutrinária e jurisprudencial em torno da validade do IPTU progressivo, a posição judicial está conforme ponderáveis precedentes do STF, tais como:

"*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 artigo 145, § 1°, 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, § 1° (específico).

- A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4° do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação

temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludida no artigo 156, I, § 1°.

- Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, §1°, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2° e 4° 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 5.641, de 22.12.89, no Município de Belo Horizonte. CRE".

"*Constitucional. IPTU. Progressividade. Capacidade econômica do contribuinte. Imposto de natureza real. Impossibilidade. - A progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível, para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, obedecidos os requisitos previstos na Constituição Federal (art.182, §§ 2° e 4°)*" (RE n° 167.654-0/MG, Rel. Min. Carlos Velloso).

Além disso, acórdão, em sentido contrário, da Quarta Câmara Cível deste Tribunal foi reformado pelo acórdão do RE 219.664-5, com ementa idêntica ao RE 192.731/SP:

"*Constitucional - Tributário - IPTU - Progressividade.*

- I - Inconstitucionalidade de qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no art. 156, § 1°, aplicado com as limitações constantes do §§ 2° e 4° do art. 182, ambos da Constituição Federal.

- II - Precedentes do STF: RREE 153.771/MG, 204.827/SP, 205.464/SP, 198.506/SP, 202.261/SP, 194.036/SP, 192.737/SP, 193.997/SP e 194.183/SP.

- III - Voto vencido do Ministro C. Velloso

- IV - RE conhecido e provido".

O certo é que, ao prever a possibilidade de graduação dos impostos, conforme a capacidade econômica dos contribuintes, o art. 145, § 1°, da Constituição Federal teve em mira, sem dúvida, os chamados impostos pessoais, não abrangendo aqueles ditos reais, que alcançam bens ou rendimentos objetivamente considerados, como o IPTU, que tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana do Município, sem levar em consideração a capacidade contributiva do sujeito passivo.

A propósito, está na lição de ALIOMAR BALEEIRO:

"*Em regra geral, só os impostos pessoais se ajustam adequadamente à aplicação de critérios progressivos medidos pela capacidade contributiva, se bem que esta se possa presumir da natureza, valor ou aplicação específica de determinada coisa, no sentido de que a possui, compra ou prefere o indivíduo de maiores recursos econômicos. Mas imposto sobre coisa, em princípio, exclui, por exemplo, a progressividade em atenção à pessoa, salvo casos de aplicação extrafiscal*". (Cf. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 363.)

Assim é que, no compasso desse entendimento e cuidando da disciplina específica dos impostos municipais, a Constituição Federal cogitou, apenas, da progressividade extrafiscal do IPTU, de molde a assegurar a função social da propriedade.

É o que prevê o art. 156, inciso I e § 1°, da Constituição Federal:

"*Art. 156. Compete aos municípios instituir impostos sobre:*

I - propriedade predial e territorial urbana;

(...)

§1°. O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade".

E essa progressividade extrafiscal é a mesma a que se refere o art. 182, § 4°, inciso II, também da Carta Magna, *verbis*:

"*Art. 182. (...)*

§ 4°. É facultado 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, subtilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

(...)

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo".

Vêm, a propósito, ainda, os seguintes arestos:

"*Imposto predial e territorial urbano (IPTU). Alíquotas progressivas. Capacidade contributiva. - O STF, em Sessão Plenária, já firmou o entendimento de que o IPTU, como imposto de natureza real que é, incidindo sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil localizado na zona urbana do município (CTN, art. 32), não pode variar segundo a presumível capacidade contributiva do sujeito passivo. A única progressividade admitida pela Constituição Federal de 1988 é a extrafiscal (art.182, § 4°, II), que todavia, depende de lei federal. Daí a declaração de inconstitucionalidade de normas de leis municipais de Belo Horizonte (RE 153.771) e São Paulo (RE 204.827), que instituíram a*

progressividade do IPTU, segundo a localização e o valor do imóvel (...)". (RE nº 221.585-1/SP, Rel. Min. Sydney Sanches.)

"*A progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, obedecidos os requisitos previstos da Constituição Federal (art.182, §§ 2º e 4º)*" (STF - RE 206.970-1/MG - Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 27.6.97, *in RT* 745/175).

Ademais, conquanto haja autorização dos arts.71 e 72 da Lei nº 5.641/89 para o Executivo avaliar anualmente, através do Mapa de Valores Genéricos, os imóveis, para fins de apuração de seu valor venal, incabível é fazê-lo por mero decreto, majorando-o com base em uma tabela, de modo a ultrapassar, sensivelmente, a correção monetária, a qual, nos termos do art. 97, II, §§ 1º e 2º, do CTN, tem a ver apenas com a base de cálculo, ou seja, o próprio valor venal, e cujos índices somente podem ser suplantados por majoração do tributo decorrente de lei.

Ressalta-o o seguinte precedente:

"*Tributário. Imposto predial e territorial urbano (IPTU). Base de cálculo. Majoração. Planta de valores genérica baixada por decreto. - É ilegítima a majoração do valor venal do imóvel, mediante decreto do Poder Executivo, em montante superior ao apurado com aplicação do índice de correção monetária. Precedentes. Recurso conhecido e parcialmente provido*". (REsp nº 62.960-8, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Enfim, não resta dúvida sobre a inconstitucionalidade da combatida progressividade.

É em tais termos, pois, que confirmo a sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, de lei.

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

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EMBARGOS DE TERCEIRO - SÓCIO-COTISTA - DÍVIDA DA SOCIEDADE - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Em apreço à boa técnica processual, aquele que figura no pólo passivo na execução deve opor embargos à execução, e não embargos de terceiro (Súmula nº 184 do TFR). Não obstante, a jurisprudência iterativa do STJ vem mitigando aquele formalismo, admitindo que o sócio-cotista de sociedade de responsabilidade limitada, sem poder de gerência ou representação, possa interpor embargos de terceiro para desconstituir penhora sobre bem de sua propriedade particular.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 241.431-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Embargos de terceiro - Sócio-cotista demandado por dívida da sociedade - Precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça. - Em apreço à boa técnica processual, aquele que figura no pólo passivo na execução deve opor embargos à execução, e não embargos de terceiro (Súmula nº 184 do TFR). Não obstante, a jurisprudência iterativa do eg. STJ vem mitigando aquele formalismo, admitindo que o sócio-cotista de sociedade de responsabilidade limitada, sem poder de gerência ou representação, possa interpor embargos de terceiro para desconstituir penhora sobre bem de sua propriedade particular.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuidam os presentes autos de recurso de apelação interposto da v. sentença que, nos embargos de terceiros opostos por Armando Nunes Baeta e sua mulher Fernanda Farinha Silva Baeta contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, condenando os embargantes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor do débito atualizado (fl. 244/246-TJMG).

A sentença desafiou os embargos declaratórios de fl. 248/255-TJMG, os quais foram rejeitados pela v. decisão de fl. 256/257-TJMG, que

considerou os embargos meramente protelatórios e, por conseqüência, condenou os embargantes ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa.

Inconformados, insurgem-se os embargantes contra a sentença, requerendo, preliminarmente, seja conhecido o agravo retido acostado às fl. 176/177, manifestado contra a v. decisão interlocutória que indeferiu a produção de prova pericial. Ultrapassado este aspecto, alegam que os embargantes são terceiros e, portanto, parte ilegítima para suportar os efeitos da execução fiscal manejada contra a sociedade comercial "Jolian Moda Feminina Ltda.". Salientam que desde 16 de maio de 1997 não mais pertenciam ao quadro societário daquela empresa, além do que desde setembro de 1980 ocuparam o papel de sócios-cotistas, sem qualquer poder de administração ou gestão. Argumentam também que a sociedade executada não se dissolveu irregularmente, mas teve sua falência decretada pela MMª 2ª Vara de Falências e Concordatas de Belo Horizonte. Afirmam que não há provas nem sequer menção na inicial da execução de que tenham agido com excesso de poderes, em infração do contrato à lei, a tanto não se equiparando a inadimplência. Alegam também que não participaram do processo administrativo onde foi constituído o crédito exeqüendo. Prosseguem aduzindo que a d. Magistrada sentenciante se apegou a "formalismos exagerados e prejudiciais à satisfação da justiça". Por fim, insurgem-se contra a multa aplicada em razão dos embargos tidos como protelatórios (fl. 258/269-TJMG).

A Fazenda Pública estadual ofertou as contra razões de fl. 272/274-TJMG, pugnando pelo improvimento do apelo.

Desnecessária a intervenção do i. órgão ministerial, na forma da Súmula nº 189/STJ.

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo e regularmente processado.

Preliminarmente. Agravo retido.

Conheço do agravo retido de fl. 176/177-TJMG, porque observado o comando do art. 523, *caput*, do CPC, já que os agravantes requereram sua apreciação como matéria preliminar na apelação.

Não obstante, deixo de acolhê-lo.

Alegam os embargantes que, na condição de sócios minoritários e de ex-sócios da sociedade comercial falida Jolian Moda Feminina Ltda., não poderiam ser responsabilizados pelos débitos daquela e, por isso, ilegítima seria a constrição que recaiu sobre seus bens particulares.

E, para prova de tais fatos, pretendiam os apelantes ouvir testemunhas em audiência.

Ocorre que a oitiva de testemunhas é absolutamente incabível para estes fins, já que apenas mediante prova documental se poderia alcançar tal desiderato. Aplica-se,

como uma luva, o comando do art. 400, II, do CPC.

Aliás, os próprios apelantes têm ciência da impropriedade da prova requerida, tanto é assim que no corpo do próprio agravo retido constou que a prova testemunhal deveria ser produzida "apenas e tão-somente caso esse r. Juízo ainda não tivesse formado o seu convencimento sobre o direito dos agravantes, já que a robusta prova documental que sustenta a exordial por si só demonstra tal direito" (fl. 176/177-TJMG).

Rejeito o agravo.

Embargos de terceiro. Sócio-cotista demandado por dívida da sociedade. Precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Conforme se infere dos autos da execução fiscal em apenso, proposta em agosto de 1997, pretende a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais haver os créditos tributários decorrentes do ICMS declarado e não pago pela contribuinte Jolian Moda Feminina Ltda., no período de abril a outubro de 1996, acrescidos dos encargos legais, num importe de R$26.582,39 (vinte e seis mil, quinhentos e oitenta e dois reais e trinta e nove centavos).

Não tendo sido encontrados bens da sociedade que pudessem satisfazer a execução, requereu a exeqüente recaísse a constrição sobre os bens de seus sócios.

Dessa forma, foram penhorados os veículos relacionados no auto de penhora de fl. 64-TJMG (autos em apenso), de propriedade do embargante Armando Nunes Baeta.

Ocorre que, conforme fazem ver os atos constitutivos e alterações contratuais da sociedade comercial executada, o embargante Armando Nunes Baeta apenas exerceu a administração da "Jolian Moda Feminina Ltda." no período de 16 de dezembro de 1975 a 1º de setembro de 1980, quando a sociedade passou a ser administrada apenas pelo sócio João Antônio Monteiro Vicente (v. fl. 68-TJMG).

A partir daí, Armando Nunes Baeta e sua mulher Fernanda Farinha Silva Baeta passaram a ocupar a posição de meros sócios-cotistas, minoritários (1% do capital para cada um), sem qualquer poder de gestão (v. alterações contratuais de fl. 69/72-TJMG) até que, em 16 de maio de 1997, se desligaram da sociedade, transferindo suas cotas à sócia remanescente Maria Júlia Nunes Baeta (fl. 73-TJMG).

A d. Juíza sentenciante, por sua vez, extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, declarando a ilegitimidade ativa dos postulantes, aos seguintes argumentos:

"*A ação foi proposta como 'embargos de terceiro', conforme consta na inicial. Ocorre que, de fato, os Embargantes não têm legitimidade para a via judicial escolhida, uma vez*

que foram citados como responsáveis tributários, e o primeiro teve bens penhorados (fls. 64 do apenso). Assim, não podem ser considerados como terceiros na ação de execução" (fl. 245-TJMG).

De fato, em apreço à boa técnica processual, aquele que figura no pólo passivo na execução deve opor embargos à execução, e não embargos de terceiro (Súmula nº 184 do TFR). Não obstante, a jurisprudência iterativa do eg. STJ vem mitigando aquele formalismo, admitindo que o sócio-cotista de sociedade de responsabilidade limitada, sem poder de gerência ou representação, possa interpor embargos de terceiro para desconstituir penhora sobre bem de sua propriedade particular.

Neste sentido, colhem-se os seguintes arestos:

"*Ementa - Processual Civil. Execução fiscal. Sócio-quotista. Embargos de terceiro (art. 1.046, CPC). Princípio da ampla defesa, instrumentalidade e da fungibilidade.*

- 1. Os embargos de terceiro prestam-se a quem não é parte no processo de execução (art. 1.046, CPC). A jurisprudência, todavia, tem mitigado a compreensão linear, admitindo que o sócio, citado como litisconsorte passivo do devedor, visando livrar da constrição judicial seus bens particulares, como homenagem aos princípios da ampla defesa, da instrumentalidade e da fungibilidade, assegurando-se-lhe o acesso ao Judiciário, tenha os seus embargos recebidos e processados como a execução.

- 2. Precedentes da jurisprudência.

- 3. Recurso provido". (Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp 31.347/SP, Reg. 199300007467, v.u., julg. em 14.12.1994, Min. Milton Luiz Pereira, pub. *DJ* de 20.02.1995, p. 3.152.)

"*Ementa - Processual - Execução fiscal - Sociedade limitada - Execução contra sócio sem poder de gerência - Embargos de terceiro. - Admite-se que o sócio não gerente, citado em execução fiscal - como litisconsorte passivo da sociedade limitada - ofereça embargos de terceiro, para desconstituir penhora incidente sobre seus bens particulares. Precedentes do STJ*". (Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp 139.199/MG, Reg. 199700469115, v.u., julg. em 15.09.1998, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, pub. *DJ* de 03.11.1998, p. 22, *in RSTJ*, 116/78).

No caso dos autos, não havendo qualquer prova ou alegação de que os embargantes tenham exercido atos de administração da sociedade. Demais disso, a sociedade "Jolian Moda Feminina" encerrou suas atividades em razão de falência, o que não se equipara a dissolução irregular, para fins de responsabilização dos sócios.

Em caso como tais, tem assentado o eg. Superior Tribunal de Justiça:

"*Ementa - Tributário. Execução fiscal. Embargos. Art. 135, III, CTN.*

- 1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.

- 2. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei, praticada pelo dirigente.

- 3. Não é responsável por dívida tributária, no contexto do art. 135, III, CTN, o sócio que se afasta regularmente da sociedade comercial, transferindo suas quotas a terceiro, sem ocorrer extinção ilegal da empresa.

- 4. Empresa que continuou em atividade após a retirada do sócio. Dívida fiscal, embora contraída no período em que o sócio participava, de modo comum com os demais sócios, da administração da empresa, porém, só apurada e cobrada três anos depois do aditivo contratual que alterou a composição societária.

- 5. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

- 6. Recurso especial provido". (Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp 215.349/MG, Reg. 199900442270, julg. em 31.08.1999, Rel. Min. José Delgado, pub. *DJ* de 11.10.1999, p. 45, *in RSTJ*, 128/113.)

Conclusão.

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso, para afastar o decreto de carência de ação, por ilegitimidade *ad causam*, e, considerando que a causa versa matéria exclusivamente de direito e está em condições de imediato julgamento (art. 515, parágrafo 3º, do CPC), julgo procedente o pedido inicial, liberando os bens dos embargantes da constrição judicial.

Em razão da sucumbência, condeno a Fazenda Pública Estadual ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono dos embargantes, estes arbitrados em R$1.000,00, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Custas, pela embargada, isenta, em face do art. 10 da Lei Estadual nº 12.427/1996.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - SEGURADORA - AJUIZAMENTO DA AÇÃO EM FACE DO ESTADO - CARRO OFICIAL - AGENTE PÚBLICO - DANOS CAUSADOS AO SEGURADO - SUB-ROGAÇÃO - PROVA - INEXISTÊNCIA DE APÓLICE - IRRELEVÂNCIA - OITIVA DO SEGURADO COMO INFORMANTE - POSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - CONDENAÇÃO - VALOR - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO

- Em ação de indenização ajuizada por seguradora em face do Estado, objetivando o ressarcimento dos danos que teve de reparar ao particular segurado, em razão de acidente de trânsito provocado por agente público, ao dirigir veículo oficial, a inexistência de apólice para comprovar o direito de sub-rogação é irrelevante, se os autos revelam robusta dilação probatória acerca do contrato de seguro. Outrossim, a oitiva do segurado em audiência apenas como informante não encontra óbice legal, mas, ao contrário, está amparada pelo art. 405, § 4º, do CPC.

- A responsabilidade civil do Estado é objetiva e não pode ser confundida com a responsabilidade de seus agentes, que é subjetiva. Tratando-se de ação de indenização proposta contra o Estado, a condenação deste independe da culpa de seu agente, bastando que se prove o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, bem como o seu montante. O Estado somente se livra do dever de indenizar, se demonstrar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

- Impossível a redução da condenação, se demonstrado por documentos colacionados aos autos que o seu valor se refere exatamente ao que foi pago pela seguradora ao segurado, para ressarcir o prejuízo por ele sofrido, em razão de danos causados em seu veículo.

- Vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado devem ser fixados na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 242.397-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Responsabilidade civil - Acidente de trânsito - Ausência da apólice de seguro - Irrelevância - Oitiva do segurado como informante, amparado pelo art 405, § 4º, CPC - Agravo retido desprovido - Responsabilidade objetiva do Estado, § 6º do art. 37 da CF - Impossibilidade de redução da condenação, demonstrado que se refere ao exato ressarcimento do prejuízo causado - Honorários nos termos do art 20, § 4º - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, NO REEXAME NECESSÁRIO, E REFORMAR, EM PARTE, A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Conheço do presente recurso por estarem presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais contra r. sentença exarada em autos da ação de ressarcimento de danos, aviada pelo apelado, que, em cumprimento de obrigação decorrente de contrato de seguro, reparou os danos decorrentes do sinistro noticiado na inicial, comprovado pelos dados e declarações constantes do boletim de ocorrência policial, das fotografias e notas fiscais nela acostadas.

Quanto ao mérito, relata que, na ação de indenização por danos materiais decorrentes de colisão de veículos, não é aplicável a responsabilidade subjetiva do Estado, vez que, em caso de acidente de trânsito, a responsabilidade é objetiva, não se enquadrando a hipótese na teoria do risco administrativo, requerendo ainda a redução do valor arbitrado, referente ao lucro cessante, perdas e danos.

Por fim, o apelante requer, dentro do princípio da eventualidade, a redução do *quantum debeatur*, relativamente ao lucro cessante e perdas e danos.

Contra-razões às fls. 185/189, pelo desprovimento do apelo e manutenção da r. sentença recorrida.

Inicialmente é de se examinar o agravo retido nos autos, que em síntese alega inexistir no feito documento essencial a comprovar o direito de sub-rogação, vez que não fez juntar cópia de contrato de seguro, ou apólice, contestando ainda a oitiva do segurado arrolado como testemunha, vez que é parte interessada no deslinde da questão.

No que tange à primeira alegação, não merece acolhida, pois que os documentos colacionados nos autos de fls. 07 a 13 se constituem em espelho da apólice de seguro firmado pelo Sr Orozimbo Alves Barbosa. Ademais o variados elementos de informação do autos revelam robusta dilação probató ria a estancar qualquer dúvida acerc do contrato de seguro firmado entre Sr. Orozimbo e a seguradora, especia mente o termo de quitação de respor sabilidade e a ordem de pagament colacionados à fl. 43 e 43-v.

Outrossim, pretende o Estado recorrente exigir da parte a apresentação de prova específica, o que não permite o ordenamento jurídico, exceto em casos especialíssimos em que determinada prova se constitui o único meio de comprovação do alegado direito, a exemplo da exigência da escritura pública para provar o direito de propriedade, sob pena de violação ao princípio da liberdade da prova; assim, essa alegação tão-somente se consubstancia em efeito procrastinatório.

Do direito de sub-rogação não há o que questionar, pois que se encontra respaldado pelo art. 985 do CCB, sendo que os documentos juntados pela recorrida são suficientes à demonstração do vínculo entre o Sr. Orozimbo e a seguradora, estando esta última por força do dispositivo legal autorizada a exercer seu direito de sub-rogação perante o devedor.

No que pertine à oitiva do segurado em audiência, melhor sorte não assiste ao Estado, como se verifica do termo de depoimento de testemunha, o recorrente contraditou a testemunha, o que foi acatado pela douta Magistrada procedendo a oitiva apenas como informante, o que não encontra qualquer óbice jurídico, sendo esta inclusive a orientação legal, conforme se extrai do art. 405, § 4°, do CPC, dispondo que, sendo estritamente necessário, qualquer pessoa poderá ser ouvida em audiência, ainda que tida como suspeita ou impedida nos termos do art. 405, sendo que seu depoimento será prestado independentemente de compromisso (art. 415), e o juiz lhe atribuirá o valor que possa merecer.

Nesse sentido, nego provimento ao agravo retido.

Passa-se, pois, ao exame do mérito.

O art. 37 da CF, § 6°, preconiza que respondem as pessoas jurídicas de Direito Público pelos danos causados pelos seus agentes, assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso de culpa ou dolo.

Assim, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, não sendo certo confundir a responsabilidade de seus agentes, esta sim é subjetiva.

A jurisprudência encontra-se pacificada neste sentido: "*Tratando-se de ação de reparação de danos proposta contra o Estado, a condenação deste independe de prova da culpa do seu agente. Basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, bem como o seu montante*" (1° TACível SP, 2ª C., Ap., *RT*, 647/134).

Ressalte-se ainda que o Estado somente se livra do dever de indenizar ao demonstrar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

As provas carreadas aos autos demonstram que não se pode atribuir ao condutor do veículo segurado pela apelada ter sido o causador do acidente. Ao contrário, pelos termos da ocorrência lavrada pela Polícia Militar, à fl. 16, percebe-se imprudência do motorista do réu.

Ele próprio, descrevendo o fato, disse que trafegava pela Rua Bueno Brandão "*e ao aproximar-se do cruzamento da rua Hermílio Alves parou seu veículo, pois a pista da rua Hermílio Alves encontrava-se congestionada. Então um dos veículos parou e mandou que passasse, o que foi feito até atingir a outra pista onde parou novamente. E como a visão se encontrava encoberta por outro veículo prosseguiu vagarosamente para ter melhor visão, momento em que foi abalroado pelo V2*".

Ora, aí está caracterizada a confissão de imprudência. Não podia tentar atravessar a pista congestionada em várias pistas.

A testemunha Ulisses Herculano Sobrinho, arrolada pelo próprio réu condutor da viatura do Estado, colega do mesmo, eis que sargento comandante da diligência que era efetuada, evidencia sua preocupação pela imprudência, ao afirmar "*que então a viatura policial começou a avançar para o meio do cruzamento, quando o declarante ainda alertou o 2° suplicado, dada a experiência que o declarante tem com veículos, para tomar cuidado com cruzamentos porque às vezes ocorre que um motorista pára para dar passagem mas vem outro e avança de uma vez*" (fls. 66/67).

Diante de tal circunstância, correta a sentença quando concluiu pela procedência do pedido indenizatório.

O Estado-apelante não demonstrou qualquer excludente e, assim sendo, configurou-se o dever de indenizar o valor pretendido, constante das notas fiscais acostadas a partir de fls. 38.

Não procede ainda o pedido de redução da condenação para R$2.601,29, pois que resta indubitavelmente demonstrado pelos documentos colacionados aos autos que o valor da condenação foi o valor pago ao segurado pelos prejuízos causados ao seu veículo.

Quanto ao valor dos honorários arbitrados, melhor sorte não assiste ao recorrente, pois que explícito é o dispositivo legal pertinente à espécie, corretamente aplicado pela douta Magistrada, qual seja, o art. 20, § 4°, do CPC, que dispõe que, em ações em que a Fazenda Pública for vencida, aplicar-se-á tal dispositivo, em que prevalecerá a apreciação eqüitativa do juiz, considerando as alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

O reexame da sentença no duplo grau, porém, diante da fundamentação aqui desenvolvida, leva-nos a reformá-la, parcialmente, para julgar procedente o pedido inicial também contra o co-réu Emerson Antônio de Souza Naziazeno, cuja imprudente conduta deu causa ao acidente.

Pelo exposto, no duplo grau, reformo parcialmente a sentença para manter a responsabilidade solidária do co-réu.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Com acesso aos autos, na condição de Revisor, concluo que a r. sentença de primeiro grau está a merecer reforma, com a devida vênia à ilustre Sentenciante.

Sendo assim, no duplo grau de jurisdição, hei por bem reformar parcialmente a r. sentença, nos exatos termos do voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REFORMARAM, EM PARTE, A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - MERCADORIA ADQUIRIDA DE OUTRO ESTADO - DIFERENÇA DE ALÍQUOTA - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO - LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 - APLICAÇÃO - ICMS E ISSQN - FATOS GERADORES - CONTRIBUINTES

- Os fatos geradores do ISSQN e do ICMS são distintos e devidamente previstos em suas respectivas legislações, não existindo vedação legal para que um mesmo contribuinte o seja para os dois impostos.

- Se o apelante, além da revelação e ampliação de fotos, vende seus produtos a consumidores finais, não pode fugir à contribuição do ICMS, bem como de seu diferencial de alíquota, haja vista a aquisição de mercadorias de outro Estado para a utilização, vendendo-as com o serviço. Ainda que não fosse contribuinte do ICMS, deveria, baseado no art. 155, § 2º, inciso VII, *b*, da CF, recolher a alíquota interna, relativa ao Estado em que executa seus serviços.

A Lei Complementar nº 87/96 regulamenta o aproveitamento de créditos do CMS, inclusive quanto às condições temporais para seu exercício.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 42.416-6/00 - Comarca de Ubá - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Processual - Tributário - Execução fiscal - ICMS - Contribuinte - Diferença de alíquota - Não-cumulatividade - Lei Complementar 87/96 - Aplicação. - É devida a diferença de alíquota sobre mercadoria adquirida de outro Estado para a utilização, vendendo-a com o serviço. A Lei Complementar 87/96 regulamenta o aproveitamento de créditos do ICMS, inclusive quanto às condições temporais para seu exercício.

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, 03 de outubro de 2002. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelada, a Drª. Nardele Débora Carvalho Esquerdo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedentes embargos contra execução fiscal, por ser a apelante contribuinte do ICMS e conseqüentemente devedora de diferença de alíquota sobre aquisição de mercadorias em outro Estado, além da impossibilidade da compensação de créditos do tributo, referentes a período anterior a janeiro de 1998, tudo conforme relatório que passa a fazer parte deste voto.

Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.

Alega a apelante que está sendo sujeita a cobrança indevida de valores referentes à diferença de alíquotas de ICMS.

Isto porque o objeto do presente processo seria a cobrança sobre mercadorias consumidas totalmente no processo de revelação e ampliação de fotografias, fato gerador do ISSQN.

Esquece-se a apelante de que não existe vedação legal para que um mesmo contribuinte o seja para os dois impostos. Os fatos geradores do ISSQN e do ICMS são distintos e devidamente previstos em suas respectivas legislações.

O imposto municipal será recolhido em função das atividades restritas ao campo de incidência da prestação de serviços.

O Decreto-lei 406/68 determina os fatos geradores do ISSQN, não havendo dúvidas sobre a incidência deste imposto *in casu*, como informado pela própria apelante.

O ICMS, por sua vez, será recolhido nas ocorrências de aquisição e venda de mercadorias de consumo, como se observa nos dispositivos do Convênio ICMS 66/88, que regulamentam o ICMS:

"Art. 2º. Ocorre fato gerador do imposto: (...)

II - na entrada no estabelecimento do contribuinte de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo e ativo fixo. (...)

Art. 5º. Nas hipóteses dos incisos I e II do art. 2º, a base de cálculo

do imposto é o valor da operação ou prestação sobre o qual foi cobrado o imposto no Estado de origem e o imposto a recolher será o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. (...)

Art. 21. Contribuinte é qualquer pessoa física ou jurídica que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador do imposto.

Parágrafo único. Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

X - prestador de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios e que envolvam fornecimento de mercadorias.

XII - qualquer pessoa indicada nos incisos anteriores que, na condição de consumidor final, adquira bens ou serviços em operações interestaduais".

É o caso dos autos. A apelante, além da revelação e ampliação de fotos, vende seus produtos a consumidores finais, não podendo fugir, assim, à contribuição do ICMS, bem como de seu diferencial de alíquota, haja vista a aquisição de mercadorias de outro Estado para a utilização, vendendo-as com o serviço.

Ainda que não fosse contribuinte de ICMS, deveria, baseado no art. 155, § 2°, inciso VII, *b*, da CF, recolher a alíquota interna, relativa ao Estado em que executa seus serviços.

Na lição de HUGO DE BRITO MACHADO:

"*Sendo mais baixa a alíquota interestadual, os Estados pretendiam aplicar a alíquota interna, mais elevada, sempre que o bem fosse destinado a consumo ou ao ativo fixo do adquirente. O contribuinte, por seu turno, muitas vezes afirmava que a mercadoria se destinava ao consumo, ou ao ativo fixo, apenas para que o imposto fosse calculado pela alíquota interestadual, resultando, assim, menor. Para o Estado em que estava localizado o vendedor era praticamente impossível a fiscalização do comprador para saber se na verdade a mercadoria tivera a destinação alegada. Daí a regra do art. 155, § 2°, inciso VIII, já por nós sugerida em 1971, quando comentamos a lei do ICM do Ceará. Agora a questão ficou adequadamente solucionada. Se o adquirente de um bem destinado ao consumo ou ao ativo fixo não é contribuinte do imposto, a alíquota aplicável é a interna. É irrelevante o fato de estar o adquirente domiciliado, ou sediado, em outro Estado. Se o adquirente é contribuinte do imposto, fato que comprovará facilmente junto ao vendedor, a alíquota aplicável é a interestadual. Se o contribuinte do ICMS adquire mercadoria em outro Estado e a destina ao consumo próprio, ou ao ativo fixo, pagará ao Estado de sua sede a diferença respectiva*" (*Curso de Direito Tributário, 13ª ed., Malheiros, 1998, p. 271*).

Isto posto, nenhuma crítica merece a sentença de primeira instância, neste item.

Quanto ao aproveitamento de créditos pretendido pela apelante, não merece melhor sorte, eis que a LC 87/96 efetivamente estabeleceu janeiro de 1998 como termo inicial para compensação dos créditos.

De fato, o artigo 155, § 2°, inciso XII, alínea *c*, da Constituição da República determina que cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto previsto no inciso II do *caput* do aludido artigo (ICMS).

Conforme ensina HUGO DE BRITO MACHADO (*in Curso de Direito Tributário*, Malheiros, 15ª ed., p. 292):

"*... ao admitir os créditos relativos a entradas de bens do ativo permanente, o legislador complementar apenas exerceu a competência que lhe atribui o artigo 155, § 2°, inciso XII, da alínea* c, *da Constituição Federal, disciplinando o regime de compensação do imposto. Aproximou esse regime daquele conhecido como o de créditos financeiros. Assim, não obstante várias manifestações doutrinárias no sentido de que os créditos em questão podem ser utilizados desde o advento da vigente Constituição Federal, entendemos que eles somente podem ser utilizados nos termos da Lei Complementar n° 87/1996*".

Desta forma, para o aproveitamento, pelo contribuinte, de créditos relativos a entradas de mercadorias destinadas ao uso, consumo ou ativo fixo de seu estabelecimento, bem como de energia elétrica e serviços de comunicação, deve ser respeitado o disposto na lei complementar que regula a matéria.

A pretensão da apelante de realizar o aproveitamento dos créditos oriundos da aquisição de bens de uso e consumo fundamenta-se na alegação de que o princípio da não-cumulatividade, previsto na Constituição, seria norma de eficácia imediata, sendo que qualquer limitação temporal à sua aplicação configuraria restrição indevida ao seu direito.

Não lhe cabe razão. O aproveitamento desse tipo de crédito se faz pela opção do regime de crédito financeiro, o que só veio a ocorrer com o advento da LC n° 87/96.

Antes disso, o princípio da não-cumulatividade estava sendo aplicado, só que adotando o regime de crédito físico, onde não é possível a compensação dos créditos pretendidos pela apelante.

Por essas razões, as imposições temporais de aproveitamento dos créditos acima mencionados não constituem ofensa ao princípio da não-cumulatividade, mas mera opção conferida ao legislador infraconstitucional para disciplinar a sistemática da compensação.

Se a Constituição da República prevê, expressamente, que caberá à lei complementar disciplinar o regime de compensação do ICMS e esta estipula condição intertemporal para utilização de tais créditos, tal condição em nada fere as disposições constitucionais, subsumindo-se ao comando constitu-

cional, pelo que improcede também neste item o recurso da apelante.

Ante tal entendimento, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se, de conseqüência, a sentença recorrida.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - BURACO EM VIA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - VERBA DEVIDA

- Os danos morais são passíveis de indenização, já que afetam as esferas íntima e valorativa do lesado. Caracterizam-se por lesões que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sensações e sentimentos negativos.

- Sofre dano moral quem cai em bueiro aberto, lá permanecendo por tempo razoável, enquanto aguarda resgate, estando exposto a líquidos contaminados, resultando daí prejuízos de ordem psicológica e moral.

- Demonstradas a exclusão de responsabilidade da Copasa e ausência de sinalização de buraco em via pública, é devida a indenização por danos morais decorrentes de acidente ocorrido no local não sinalizado, restando caracterizada a responsabilidade civil do município.

Ementa oficial: Responsabilidade civil - Município - Buraco em via pública - Ausência de sinalização - Indenização - Danos morais - Verba devida. - Demonstrada a ausência de sinalização em buraco na via pública, devida é a indenização a título de danos morais por acidente ocorrido no local, restando caracterizada a responsabilidade civil do Município. Recurso a que se dá provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 242.990-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

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, 31 de outubro de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação de indenização movida por Heber Magalhães contra o Município de Belo Horizonte, julgou improcedentes os pedidos iniciais de ressarcimento por danos materiais e morais.

Alega o apelante que presentes de forma clara os danos morais, seja através da farta documentação, seja através da prova testemunhal. Assevera que o fato de ter permanecido caído em um bueiro aberto até a chegada do Corpo de Bombeiros para o seu resgate, engolindo líquidos contaminados, afetou-o de forma física, psicológica e moral. Requer, ao final, a reforma da r. sentença.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a questão de fundo do recurso se cinge apenas aos danos morais, já que o apelante não se insurge quanto à parte da sentença que julgou improcedente o pedido de danos materiais.

Colhe-se dos elementos constantes dos autos que o apelante, ao caminhar no passeio da Av. Otacílio Negrão de Lima, nº 7.100, à noite, caiu em um bueiro aberto com 3 metros de profundidade, tendo permanecido no local por aproximadamente uma hora, até a chegada do Corpo de Bombeiros, para que fosse feito o seu resgate.

Com efeito, estou a entender que os elementos presentes são provas bastantes a erigir a obrigação de indenizar por parte do Município.

No caso em apreço, encontra-se presente o nexo causal, já que restou demasiadamente comprovado, pela prova testemunhal e pelos documentos presentes, que o buraco causador da queda do recorrido foi negligentemente mantido na rua, não tendo sido fechado convenientemente, ou, ao menos, não foi o local sinalizado, como aconselharia a prudência.

Assim, não se pode olvidar que o fechamento do buraco era de responsabilidade do Município e que o recorrido foi lesionado, ao menos moralmente, no local.

Ressalte-se que não se pode, neste momento processual, atribuir responsabilidade à Copasa, já que, segundo o despacho de fls. 46-TJ, o MM. Juiz primevo houve por bem rejeitar a preliminar de ilegitimidade do Município-apelado, e contra essa decisão não houve a interposição de qualquer recurso. Entende-se, assim, ser o Município responsável pelo evento danoso.

Colhe-se da perícia técnica realizada pelo Instituto de Criminalística que não existia nenhuma sinalização no local, no sentido de que fosse evitado qualquer tipo de acidente.

Dessa forma, o acontecimento se verificou por negligência do apelado, que permitiu ou deixou de zelar e cuidar para que tal evento não ocorresse.

No tocante aos danos morais, entendo que presentes os elementos a configurá-lo.

Pelos depoimentos testemunhais, vê-se que o apelante sofreu constrangimento, ao se ver confinado em um buraco de 3,40 metros de profundidade, por 1,90 metro de largura, por aproximadamente uma hora, junto a uma galeria que recebe esgotos de toda a região.

Os danos morais, segundo a doutrina, "*são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Os danos morais atingem, pois, as esferas íntima e valorativa do lesado, enquanto os materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio*" (CARLOS ALBERTO BITTAR, "Reparação Civil por Danos Morais", *in Tribuna da Magistratura*, p. 33).

A doutrina e a jurisprudência têm estabelecido parâmetros para o arbitramento do valor da indenização, traduzidos, *v.g.*, nas circunstâncias do fato, na condição do lesante e do ofendido, devendo a condenação corresponder a uma sanção ao autor do fato, para que não volte a cometê-lo. Ainda deve-se levar em consideração que o valor da indenização não deve ser excessivo a ponto de constituir fonte de enriquecimento do ofendido, nem apresentar-se irrisório, posto que, segundo observa MARIA HELENA DINIZ, *verbis*:

"*Na reparação do dano moral, o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o* quantum *da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível, tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender a necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento*" ("A Responsabilidade Civil por Dano Moral", *in Revista Literária de Direito*, ano II, n. 9, jan./fev. de 1996, p. 9).

No caso dos autos, emerge de forma induvidosa a culpa e responsabilidade do apelado pelos danos provocados ao apelante, que sofreu uma queda em um bueiro aberto na via pública, sem a devida sinalização.

De outra parte, não há por que imputar ao apelante a participação no evento de que resultou o dano sofrido, já que não era previsível que, à noite, em um passeio na via pública, houvesse um enorme "bueiro" aberto, e ainda, inquestionavelmente, houve falha do apelado, em seu mister de não proceder à sinalização do local.

Inegável, portanto, na espécie, que a conduta do apelado acarretou danos morais ao apelante.

Ressalte-se, ainda, que o dano de que se cuida, bem como os sentimentos que lhe formam o conteúdo - o aborrecimento, a emoção desagradável - não são suscetíveis de vir aos autos, como representação de sua ocorrência fática. Não é possível representá-los documentalmente, nem mesmo mensurá-los. Provavelmente, por isso é que adverte JEAN CARBONIER:

"*O que sucede é que, quando se alega um dano moral, os Tribunais - tanto ao objeto de admitir ou recusar sua existência, como de valorar sua quantia - gozam de um poder de apreciação muito mais amplo do que quando se trata de um dano material*" (*Derecho Civil*, Tomo II, v. III, p. 66).

No que respeita ao *quantum* a ser arbitrado a título de dano moral, deve este ser estabelecido diante das contingências factuais da lide, à inexistência de regra objetiva. Assim, entendo que seria prudente e equilibrado fixá-lo em R$4.000,00 (quatro mil reais), a serem corrigidos a partir da data desta decisão, de acordo com os índices divulgados pela Corregedoria de Justiça do Estado.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para condenar o apelado a pagar ao apelante danos morais, como acima explicitados.

Sem custas.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - ISSQN - DUPLICIDADE DE COBRANÇA - ART. 164, III, DO CTN - EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR DOIS MUNICÍPIOS - ACORDO OU CONVÊNIO CELEBRADO PARA RATEAR O TRIBUTO - ILEGALIDADE - JUÍZO *A QUO* - DECLINAÇÃO DA SUA COMPETÊNCIA PARA A INSTÂNCIA SUPERIOR - EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO SEM DECLARAR O VERDADEIRO SUJEITO ATIVO DO TRIBUTO - SENTENÇA - NULIDADE

- A teor do art. 164, III, do CTN, quando duas ou mais pessoas jurídicas de direito público exigem de um contribuinte tributo idêntico sobre o mesmo fato gerador, é legítima a propositura da ação de consignatória para verificar a qual ente político o contribuinte deverá recolher o tributo devido.

- Na ação consignatória em que se pretende discutir para quem se deve recolher o ISSQN exigido por dois municípios, não pode o juiz *a quo*, competente\para dirimir a controvérsia, furtar-se ao exame da incidência do imposto posta sob sua apreciação e declinar de sua competência para a instância superior. A sentença que, diante da dúvida instada no conflito entre os dois entes federativos, só impõe a extinção da obrigação, sem declarar o verdadeiro credor do imposto, é nula, porquanto deixa de enfrentar o mérito da consignatória.

- Padece de validade acordo ou convênio celebrado entre municípios, objetivando disciplinar o rateamento do ISSQN, no interesse de cada um, eis que a competência tributária, sendo inalterável e irrenunciável, disciplina-se pela incidência do imposto, segundo o Decreto-lei nº 406/68.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 243.932-1/00 - Comarca de Congonhas - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Tributário - Ação de consignação em pagamento - ISSQN - Duplicidade de cobrança (CTN, art. 164,III) - Convênio - Ilegalidade - Alteração da competência tributária - Ausência de declaração judicial acerca do verdadeiro sujeito ativo do imposto - Anulação. - 1- A ação consignatória é legítima, quando se pretende discutir para quem se deve recolher o imposto exigido por dois municípios, a teor do art. 164, III, do Código Tributário Nacional. - 2- Padece de validade acordo ou convênio celebrado entre os municípios objetivando disciplinar o rateamento do ISSQN, no interesse de cada um, eis que a competência tributária, sendo inalterável e irrenunciável, disciplina-se pela incidência do imposto, segundo o Dec.-lei nº 406/68, sendo competente o juízo onde ele deverá ser recolhido. - 3. A sentença que deixa de declarar o verdadeiro credor, diante da dúvida instalada no conflito entre dois entes federativos, é nula, porquanto deveria analisar o mérito da questão, e não só impor a extinção da referida obrigação.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 24 de junho de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Da r. sentença de fls. 150/156 que julgou procedente, em parte, o pedido inicial da ação de consignação em pagamento ajuizada por Fundesp-Fundações Especiais Ltda., dela apelam o Município de Congonhas, bem como o Município de Ouro Branco, por discordarem do fundamento no qual se baseou o MM. Juiz singular para deixar de dirimir o conflito instalado entre eles.

Para tanto, sustenta o Município de Ouro Branco, em seu arrazoado recursal de fls. 160/162, que não poderia a instância *a quo* se furtar ao deslinde da consignatória, ao pressuposto de que o art. 106, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais confere, apenas, ao Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar conflitos entre os Municípios, na medida em que concluiu, a par disto, pela extinção da obrigação tributária, em favor da apelada, sendo contraditório e desarrazoável sua decisão, de sorte que propugna pelo seu provimento, anulando a decisão exarada pelo d. Juízo monocrático, e, de resto, incompetente, para homologar o acordo realizado entre ele e o Município de Congonhas.

Este, igualmente, por intermédio do recurso de fls. 164/166, visa à anulação da sentença, em razão dos mesmos argumentos articulados pelo 1º apelante.

As contra-razões da apelada (fls. 173/176) batem pela manutenção da sentença recorrida.

Recomendado o parecer à d. Procuradoria-Geral de Justiça, esta disse ser dispensável sua intervenção no feito, de conformidade com a Súmula 189 do STJ.

Embora reconheça o reexame obrigatório, a teor do art. 475 do CPC, hei de analisar cada um dos recursos interpostos.

Conheço, pois, do 1º apelo, eis que atendidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuidam os autos de ação de consignação em pagamento aforada por empresa responsável pelo pagamento do Imposto Sobre Serviços, diante da dupla pretensão manifestada pelo Município de Ouro Branco (fl. 39), assim como o Município de Congonhas (fls. 40/41), em lhe exigirem o referido imposto, em razão dos serviços que presta à Açominas, cujo estabelecimento se encontra situado entre seus limítrofes.

Reconhecida, pois, a legitimidade para seu ajuizamento, à luz do que dispõe o art. 164, III, do Código Tributário Nacional, tenho que não agiu com acerto o MM. Juiz sentenciante, no desate da questão, *data venia*.

De início, merece ressaltar-se que a ação consignatória tributária tem razão de existir quando, ao exemplo do que acontecera entre as partes, duas ou mais pessoas jurídicas exigem de um contribuinte tributo idêntico sobre o mesmo fato gerador, o que, nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, caracteriza-se como uma bitributação, consistindo na "*pluralidade de incidências tributárias sobre a mesma riqueza ou hipótese*" (*Cadernos de Pesquisas Tributárias*, nº 17, p. 160).

Neste caso, tal remédio se justifica no intuito de restar verificado para qual ente político o contribuinte deverá recolher o devido tributo, segundo os termos da lei tributária incidente sobre determinado fato jurígeno.

Naturalmente, em virtude disto, surgirá o conflito entre dois municípios, ou dois Estados, em razão de ambos pretenderem, com o interesse arrecadatório, exigir de um contribuinte o imposto que entendem ser devido.

Sendo, pois, absolutamente relevante a consignação do tributo, em casos como este em apreço, através da qual exercerá o devedor seu direito de pagar o que deve ao correto credor, tem-se que o seu pedido centrar-se-á na liberação da obrigação, decorrendo, por conseqüência, discussão acerca de questões jurídicas e fáticas, tal como a verificação do valor do tributo que se quer pagar.

No caso dos autos, tendo havido a dupla exigência do ISS, tanto pelo Município de Ouro Branco, como pelo Município de Congonhas, sobre o mesmo fato gerador realizado pela empresa apelada, vê-se que a consignação não se cingiu ao *quantum debeatur* - aspecto este em que ambos consentiram -, mas no próprio interesse de que cada um, nos termos da lei de incidência, venha a recolher o referido imposto.

A par disto, mister destacar que, ao fito de se dirimir tal conflito, propuseram os Chefes de ambos os Executivos a execução de um novo termo de acordo, às fls. 141/142 dos autos, segundo o qual se ajustou a forma proporcional de recolhimento do imposto, pela empresa, a cada um dos cofres municipais.

Por certo e sem sombra de qualquer dúvida, tal fato, por si só, não se afigura válido, ante a sistemática constitucional a que está o poder tributário dos municípios submetido, não podendo, por conseguinte, servir-se de substrato fático, nem para a escolha de repartição de receitas - como se pretendeu -, nem, tampouco, para motivar a declinação da competência, como agiu o MM. Juiz singular.

Com efeito, o ISS foi outorgado aos municípios, nos termos da Constituição da República, em seu art. 156, não cabendo a eles, diante do poder de tributar que lhes fora conferido, modificar a forma como o imposto deva ser disciplinado, na delimitação da competência de cada ente tributante.

Para tanto, deverá, destarte, restar-se delimitado, na lei respectiva, o aspecto espacial do imposto, o pessoal, o material, o quantitativo, ou seja, todos os elementos hábeis a restar configurada a hipótese de incidência do ISS sobre certa atividade.

Daí por que a competência tributária não pode ser alterada pelo município, ao seu livre critério e conveniência, já que, como bem advertido por ROQUE CARRAZA, "*se, porventura, uma pessoa política pretender, por meio de norma legal ou infralegal, dilatar as raias de sua competência tributária, de duas, uma: ou esta norma invadirá seara imune à tributação ou vulnerará competência tributária alheia. Em ambos os casos será inconstitucional*" (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros, 8ª ed., p. 344).

Inconteste, portanto, que não poderá o acordo celebrado entre os dois Municípios, em que se pretendeu ratear, proporcionalmente, o ISS exigido da apelada, ser digno de validade, já que, distorcendo a competência tributária, padeceu de constitucionalidade em face da alteração do próprio fato gerador do imposto, nos termos do Dec.-lei nº 406/68.

Ora, se a origem da ação de consignação foi a dupla exigência daquele imposto municipal sobre um mesmo fato gerador, para que o contribuinte não arque com a exigência indevida por um dos entes da federação, entendo que, ao contrário do que procedeu a instância singular, deveria ela, além de declarar extinta a obrigação - porque foi este o pedido -, reconhecer, igualmente, qual o correto sujeito ativo do ISS.

Na realidade, julgada procedente a ação, o juiz proferirá sentença, declarando a extinção da obrigação, e determinará a conversão da importância consignada em renda à Fazenda Pública, conforme disposto no art. 164, § 2º, do CTN.

Como assim não procedeu o d. Magistrado, eis que, ao concluir por sua ilegitimidade, na solução de conflitos entre os dois municípios, declinou de sua competência para este eg. Tribunal de Justiça, tenho que a sentença deverá ser anulada, ao fito de que, retornando os autos, seja a matéria reexaminada, à luz da legislação que rege a incidência do ISS sobre a atividade específica da apelada, declarando-se, por fim, qual o verdadeiro credor para quem o pagamento deverá ser feito.

Conflitos entre dois municípios, no caso da consignação em pagamento, decorre de sua própria natureza, não podendo o juízo *a quo*, competente para dirimir tal controvérsia, furtar-se ao exame da incidência do imposto, tal qual posta sob sua apreciação.

Diante de tais considerações, como o 2º apelo se baseia nos mesmos argumentos contra os quais não se conforma o outro apelante, tenho que ambos os recursos haverão de ser conhecidos e providos, de sorte a anular a sentença, que, além de declinar da competência - que é daquela instância -, deixou de enfrentar a própria essência

da consignação, porquanto não declarou o verdadeiro sujeito ativo a quem estará vinculada a apelada, cuja obrigação legal é de pagar ò ISSQN sobre suas operações.

Do exposto, em reexame necessário, dou provimento a ambos os recursos, cassando a r. sentença recorrida, para que sejam os autos enviados à Comarca de origem e que lá seja dirimida a dúvida acerca da incidência tributária em tela.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

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

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, DERAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS E ANULARAM A SENTENÇA.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL - INCORREÇÃO NO REGISTRO DE NASCIMENTO - DANOS - INDENIZAÇÃO - CO-RESPONSABILIDADE DO ESTADO - LEGITIMIDADE PASSIVA - CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA - INEXISTÊNCIA - FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR - ÔNUS DA PROVA - ART. 333, II, CPC - DANO MORAL - FIXAÇÃO

- O Estado de Minas Gerais é co-responsável pelos atos praticados pelos notários e registradores, já que estes constituem a terceira classe dos agentes públicos, por delegação daquele. É, portanto, parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização por danos morais e materiais causados em decorrência de erros constantes na certidão de nascimento do autor.

- São requisitos configuradores da responsabilidade civil uma ação, um dano, o liame etiológico entre ambos e a culpa.

- Tratando-se de responsabilidade civil do Estado, compete a ele provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior. Fora daí, por força da citada teoria do risco administrativo, ao Estado cabe responder pelos danos decorrentes de seus agentes.

- A concorrência de culpa da vítima não se configura se o seu comportamento não viola norma preexistente.

- O ônus da prova incumbe ao réu, quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC.

- A indenização por danos morais haverá de se comportar de modo a não empobrecer quem paga, tampouco de enricar quem ganha. Há de ser justa porque seu objetivo é o de corrigir a arbitrariedade, o desmando; penalizar o infrator, de maneira a desestimulá-lo à repetição do ato abominado, e compensatória para o ofendido ver reparados os malefícios experimentados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 243.992-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Direito Civil - Registro de nascimento - Ação de indenização - Responsabilidade civil - Alegação de ilegitimidade passiva - Requisitos - Violação à norma preexistente - Fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor - Ônus da prova - Art. 333, II, CPC - Indenização - Danos morais. - 1. Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais, tendo em vista que, sendo os notários e registradores a terceira classe dos agentes públicos, por delegação do Estado de Minas Gerais, eles respondem pelos danos que causarem a terceiros. - 2. São requisitos configuradores da responsabilidade civil uma ação, um dano, o liame etiológico entre ambos e a culpa. - 3. Não se configura a concorrência de culpa da vítima se o seu comportamento não viola norma preexistente. - 4. O ônus da prova incumbe ao réu quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, CPC. - 5. Em reexame oficial, rejeita-se a preliminar e confirma-se a r. decisão, prejudicados os apelos voluntários.

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, CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 12 de setembro de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani (convocado) - Cuida-se de reexame necessário e de três (03) recursos de apelação interpostos: o primeiro, por Cleidimara Fagundes dos Reis; o segundo, pelo Estado de Minas Gerais; e o terceiro, por Alexandrina de Albuquerque Rezende, em face da r. sentença de fls. 113/120-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte, que, em ação ordinária de indenização por danos morais e mate-

riais movida por Cleidimara Fagundes dos Reis (primeira apelante), julgou parcialmente procedente a ação principal, para condenar o Estado de Minas Gerais e Alexandrina de Albuquerque Rezende ao pagamento, a título de dano moral, da quantia equivalente a 12 salários mínimos, com juros de mora, a partir da citação, de 5% ao ano, condenando-os ao pagamento de 2/3 das custas, despesas processuais e verba honorária, fixada em 10% do valor da condenação.

Outrossim, julgou improcedente a ação em relação a João Luiz Baeta de Rezende e, via de conseqüência, condenou a autora no pagamento de 1/3 das custas, despesas processuais e verba honorária, fixada em 10% sobre o valor da causa, ficando sua exigibilidade condicionada à modificação da situação financeira da autora.

Quanto à lide secundária, julgou procedente a ação, para condenar a denunciada Alexandrina de Albuquerque Rezende a ressarcir ao Estado a quantia a ser despendida por ele em razão da lide principal, bem como nas custas, despesas processuais e verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação.

Quanto ao denunciado, João Luiz Baeta de Rezende, julgou improcedente a denunciação, condenando o denunciante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação pretendida, *ex vi* do art. 20, § 4°, do Código de Processo Civil.

Irresignada com a decisão, na parte que entende que lhe foi desfavorável, ingressou a autora com recurso de apelação, através das razões expendidas às fls. 124/127-TJ, pretendendo a majoração da verba fixada a título de danos morais; a condenação dos suplicados em danos materiais, bem como a condenação do Suboficial João Luiz de Baeta Rezende; e, no que pertine à verba honorária, alega que o MM. Juiz incorreu em erro ao aplicar critérios diferentes para sua fixação, mormente tendo em vista que a autora foi vencida em parte ínfima da demanda.

Também irresignado, da r. sentença recorreu o Estado de Minas Gerais, através das razões expendidas às fls. 128/140-TJ, insistindo em sua tese no que pertine à ausência de responsabilidade por parte do Estado, invocando sua ilegitimidade passiva, a ensejar a extinção do feito sem julgamento do mérito, ou, no máximo, a improcedência do pedido.

Aduz que, a partir da edição da Lei n° 8.935, de 18.11.1994, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, tanto os funcionários dos Cartórios extrajudiciais como seus titulares desvestiram-se da sua condição anterior de servidores públicos, afastando a responsabilidade da entidade estatal, e que o pedido inicial se refere à indenização decorrente de eventuais danos causados à requerente, ocorridos nos idos de 1996, quando não pôde assumir o emprego, além de ter se submetido a constrangimentos morais, quando já em vigor o novo texto

constitucional e a aludida lei regulamentadora, que estabelece preeminentemente a responsabilidade dos titulares do Cartório pelos danos que causarem a terceiros.

Continua por alegar a existência de culpa por parte do pai da autora, que procedeu ao seu registro de forma errônea, e termina por pleitear a reforma da decisão, a fim de que seja afastada a sua responsabilidade; e, se assim não entender este colendo Tribunal, que seja a ação julgada totalmente improcedente, vez que não comprovados os danos morais deferidos.

De igual maneira, irresignada, ingressou a denunciada Alexandrina de Albuquerque Rezende (fls. 142/152-TJ), pleiteando a reforma da decisão, à alegação de existência de culpa por parte do pai da autora e de que o ato registral seguiu o disposto nos artigos 52 e 54 da Lei n° 6.015/73, que trata dos registros públicos, bem como a inexistência de prova no que pertine aos danos causados à autora.

As contra-razões recursais foram apresentadas pelo Estado de Minas Gerais às fls. 156/160-TJ e pela terceira recorrente, às fls. 162/163-TJ.

Subiram os autos.

Nesta instância, oficiou-se à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que se manifestou pelo improvimento dos recursos interpostos (fls. 177/181-TJ).

É a síntese do necessário.

Decido.

Conheço da remessa oficial do feito, bem como dos recursos voluntários, interpostos e processados a tempo e modo.

Infere-se dos autos que a autora, primeira recorrente, Cleidimara Fagundes dos Reis, ingressou com a presente ação, pleiteando indenização por danos morais e materiais, além de lucros cessantes, à alegação de erro praticado pelo Oficial do Cartório de Registro de Pessoas Naturais, no assentamento de seu nascimento, indevidamente, como sendo do sexo masculino.

Em sua peça de ingresso, sustenta que nasceu a 14 de outubro de 1977, sendo inicialmente registrada com o nome de Cleidimar Fagundes dos Reis, do sexo feminino. Contudo, ao solicitar nova certidão de nascimento para expedição de documentos, compareceu ao cartório, sendo surpreendida com a emissão de novo documento, em que constava ser esta do sexo masculino.

Aduz que solicitou, imediatamente, a correção na certidão, foi informada de que seria impossível, tendo em vista que assim estava registrado no livro, e que, somente após decisão final obtida em processo para retificação de registro, obteve êxito, passando a chamar-se Cleidimara Fagundes dos Reis.

Diante de tais transtornos, tanto do ponto de vista moral como material,

tendo passado por inúmeros constrangimentos, inclusive submetendo-se a exame para constatar sua feminilidade, solicitou a reparação do dano.

Inicialmente, há que ser analisada a questão suscitada pelo Estado de Minas Gerais, em sua peça de contestação, e reafirmada em suas razões recursais, no que pertine à sua alegada ilegitimidade passiva para compor a demanda.

À minha ótica, desassiste-lhe razão, porquanto, na condição de Oficial do Cartório de Registro Civil, detém parcela de poder do Estado, sendo seus atos praticados em razão da delegação que lhe foi concedida pelo Estado de Minas Gerais.

O art. 236 da Constituição Federal de 05.10.88 dispõe:

"*Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*".

A Súmula nº 510 do Supremo Tribunal Federal tem a seguinte redação:

"*Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial*" (grifei).

Demais disso, o Oficial do Serviço Notarial e de Registro é um profissional do direito, assim qualificado na Lei Federal nº 8.935/94, de 18.11.94, que regulamentou o artigo 236 da Constituição Federal.

O referido artigo 3º tem a seguinte redação:

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

Referindo-se aos notários e registradores, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO os classifica como a terceira classe dos agentes públicos, após os agentes políticos e os servidores estatais, porém como particulares em colaboração com a Administração:

"*sem perderem a qualidade de particulares - portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar) -, exercem função pública, ainda que às vezes em caráter episódico.*

(...)

Na tipologia em apreço reconhecem-se:

(...)

a) os concessionários e permissionários de serviços públicos, bem como os delegados de função e ofício público, quais os titulares de serventias 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*" (*Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, São Paulo: 1999, p. 180-181).

É que, embora exerçam serviços em caráter privado, dependem de delegação do Poder Público, são fiscalizados pelo Poder Judiciário, remunerados por emolumentos fixados em lei, e o ingresso à serventia somente se dá por concurso público de provas e títulos.

Assim, ainda que teoricamente, é o Estado de Minas Gerais co-responsável pelos atos praticados pelos notários, em face da natureza da atividade cartorial, oriunda de sua responsabilidade objetiva.

Vale dizer, o Estado, como pessoa jurídica de direito público, assume o risco pelos atos praticados por seus agentes que causarem prejuízos a terceiros, independentemente de culpa. Trata-se da Teoria do Risco Administrativo, adotada por nossa Carta Maior, em seu art. 37, § 6º, que constitui um avanço das teorias publicistas que explicam a responsabilidade civil do Estado, em que se prescinde do fator humano, eis que não tem a culpa como elemento de composição, preocupando-se mais com o funcionamento do serviço público. Nesse sentido, o funcionamento defeituoso do serviço, por si, já é capaz de gerar indenização.

Portanto, é o apelante titular da obrigação correspondente à pretensão da autora, sendo, pois, parte legítima passiva para a presente ação. Sobre o tema, oportuno o entendimento doutrinário, valendo transcrever excertos de processualistas pátrios, vejamos, *ipsis litteris*:

"*(...) Legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimidade ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão*" (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *in Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 17ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 57).

"*(...) Em princípio, é titular de ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva)*" (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO DINAMARCO, *in Teoria Geral do Processo*, 11ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1995, p. 259).

Rejeita-se, portanto, a preliminar enfocada pelo recorrente.

Quanto ao mérito vertido nos autos, procede-se à análise de todos os recursos, concomitantemente, uma vez que contêm fundamentos comuns, entrelaçando-se, a exigir decisão única.

Versa a ação originária sobre pedido de indenização por danos mate-

riais, lucros cessantes e danos morais, por erro do cartório ao proceder ao registro de nascimento da autora, nele fazendo constar ser esta do sexo masculino.

São requisitos configuradores da responsabilidade civil uma ação, um dano, o liame etiológico entre ambos e a culpa.

Sobre a alegação de concorrência de culpa por parte do pai da autora, tenho, vez mais, como inalbergável, visto que não há provas neste sentido; ao contrário, a primeira certidão exarada, cuja cópia se encontra à fl. 07-TJ, certifica ser a registranda do sexo feminino, a ensejar que o erro só poderia mesmo ter ocorrido em momento posterior por ato do próprio cartório.

Demais, o ônus da prova incumbe ao réu quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, CPC, inocorrente no caso em balha.

Há que se aplicar, nessa hipótese, sem a menor réstia de dúvida, a segunda alínea do art. 15 do Código Civil, segundo a qual "*as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei*".

Ao exame da questão, por outro lado podemos concluir com CELSO RIBEIRO BASTOS (*Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 11ª ed., 1989, p. 292):

"*São pois pressupostos fundamentais para a deflagração da responsabilidade do Estado: a causação de um dano e a imputação deste a um comportamento comissivo ou omissivo seu. É o chamado nexo de causalidade*".

Em tais casos, como cediço, o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior. Fora daí, por força da citada teoria do risco administrativo, ao Estado cabe responder pelos danos decorrentes de seus agentes.

Cumpre-nos, por fim, apreciar pedido quanto à majoração e/ou redução do valor fixado a título de reparação de danos.

Analisando os elementos contidos nos autos, vislumbro também não merecer reparos o *decisum* hostilizado quanto ao valor fixado.

Como é cediço, a responsabilidade civil tem por suporte três elementos sem os quais não subsiste, isto é, o ato ilícito, que se perfaz tanto pelo dolo quanto pela culpa nas suas modalidades de imperícia, imprudência e negligência, o dano e o nexo causal.

Sobre o tema, comenta MARIA HELENA DINIZ em seu *Código Civil Anotado*:

"*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; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato; e c) o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente*".

Ainda a respeito, escreve CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em sua obra *Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 420:

"*Em princípio, a responsabilidade civil pode ser definida como fez o nosso legislador de 1916: a obrigação de reparar o dano imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem (Código Civil, art. 159). Deste conceito, extraem-se os requisitos essenciais: em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) e, em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico*".

Sabe-se que os danos materiais abrangem os danos emergentes e os lucros cessantes. Nesta seara, assim como houve em entender o douto Juiz *a quo*, não logrou a autora demonstrar a existência de danos emergentes, mas esse não é o ponto da divergência nesta instância recursal.

Hodiernamente, a convicção difundida por nossos tribunais é no sentido de que a fixação do dano moral cabe ao prudente arbítrio do magistrado, que deverá sopesar, dentre outros fatores, a gravidade do fato, a magnitude do dano, a extensão das seqüelas sofridas pela vítima, a intensidade da culpa, as condições econômicas e sociais das partes envolvidas, de forma a proporcionar ao ofendido uma satisfação pessoal, de maneira a amenizar o sentimento do seu infortúnio. A propósito, calha transcrever escólio de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Confira-se:

"*Resta para a Justiça a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários.*

O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socioeconômico

dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão" (*Revista da AMAGIS*, v. XX, ano XI, julho-91, p. 445).

No sentido de que ao juiz compete a estipulação do valor indenizatório, conheça-se o seguinte julgado:

"*Indenização: Danos físicos e morais - Arbitramento pelo Juiz - Admissibilidade. - Voto vencido. O arbitramento do dano fica ao inteiro arbítrio do juiz que, não obstante, em cada caso deve atender à repercussão econômica dele, à dor experimentada pela vítima e ao grau de dolo ou culpa do ofensor*" (*in RT*, 717/126).

Medidos e balançados os ingredientes acima expostos, tem-se que a indenização haverá de se comportar de modo a não empobrecer quem paga, tampouco de enricar quem ganha. Há de ser justa porque seu objetivo é o de corrigir a arbitrariedade, o desmando; penalizar o infrator de maneira a desestimulá-lo à repetição do ato abominado, e compensatória para o ofendido se ver reparado dos malefícios experimentados.

Em suma, no que pertine ao *quantum* fixado a título de danos morais, escorreito o entendimento do douto Magistrado sentenciante, não havendo razões para modificá-lo.

Diante de tais considerações, rejeita-se a preliminar e, em reexame obrigatório, confirma-se a r. sentença, prejudicados os apelos voluntários.

Custas recursais, pelas respectivas partes.

É o voto.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

A Sr^a. Des^a. Jurema Brasil Marins Miranda - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

DEMOLITÓRIA - CONSTRUÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS MUNICIPAIS - LAUDO PERICIAL - INEXISTÊNCIA DE RISCO DE COLAPSO - DESNECESSIDADE DE INTERDIÇÃO OU DEMOLIÇÃO - REGULARIZAÇÃO DO IMÓVEL FIXADA POR SENTENÇA - MELHOR SOLUÇÃO DO PONTO DE VISTA JURÍDICO, SOCIAL E ECONÔMICO - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - REVELIA - ART. 320, I, DO CPC - RECURSO INTERPOSTO POR UM DOS LITISCONSORTES - ART. 509 DO CPC - INTEMPESTIVIDADE DE CONTESTAÇÃO - IRRELEVÂNCIA

- Consoante disposição dos arts. 320, I, e 509, ambos do CPC, nas hipóteses de litisconsórcio necessário, havendo pluralidade de réus, se um deles contestar a ação, não se verificarão os efeitos da revelia. E, ainda, o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, quando se tratar dos mesmos interesses.

- Em casos de intempestividade de constestação, embora sendo apresentada fora do prazo legal, e desde que não influencie significativamente a sentença, a permanência da peça nos autos não prejudica a parte adversa.

- Tendo o laudo técnico atestado a inexistência de risco de colapso iminente da construção, ainda mais que a sua regularização já se tenha iniciado, não se justifica a interdição da mesma.

- O fato de a construção ter sido realizada sem se observarem as normas municipais, por si só, não justifica o acolhimento do pedido inicial para deferir-se a demolição. Tal medida extrema apenas se admite quando presente o interesse público de benefício à coletividade. Havendo possibilidade de regularização, nada obsta a que assim se proceda, considerando-se esta como a melhor solução do ponto de vista jurídico, social e econômico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 244.287-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Ação demolitória - Construção em desacordo com as normas municipais - Determinação de regularização do imóvel em prazo fixado por sentença - Melhor solução do ponto de vista jurídico, social e econômico. - O fato de a construção ter sido realizada sem se observarem as normas municipais, por si só, não justifica o acolhimento do pedido inicial para deferir-se a demolição, que apenas se justifica quando presente o interesse público, de relevante benefício à coletividade. Havendo possibilidade de regularização, não há óbice a que assim se faça, considerando-se melhor solução do ponto de vista jurídico, social e econômico.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 05 de setembro de 2002. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelos apelados, o Dr. Ronaldo Poeiras.

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Conheço dos recursos.

Trata-se de ação demolitória ajuizada pelo Município de Belo Horizonte em face de Marco Aurélio de Oliveira Zocrato e Maria das Graças Comanduzi Zocrato, cujo pedido foi julgado procedente (fls. 170/177), para condenar os réus à obrigação de regularizar a construção objeto da presente ação, de acordo com a legislação municipal, no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de multa no valor de um salário mínimo ao dia.

Não se conformando com a r. sentença, o autor apelou, requerendo, preliminarmente, a apreciação do agravo retido de fls. 105/107.

Argúi, ainda, preliminar de nulidade da sentença, por haver decidido *extra petita*. No mérito, alega, em síntese: a) flagrante condição de insegurança da obra, conforme atesta o laudo pericial; b) necessidade de demolição do imóvel construído irregularmente; c) inexistir, por parte dos réus, interesse em regularizar a construção (fls. 186/190).

Às fls 197/199, o requerido reitera pedido liminar para atribuição de efeito suspensivo à apelação, visto já haver iniciado a regularização da construção do imóvel, porém, sem previsão para o encerramento. Liminar indeferida à fl. 237.

Agravo retido.

O apelante alega: a) a ação é dirigida a dois réus, porém a ré-varoa não se fez representar nos autos, motivo pelo qual requer seja sanada a irregularidade; b) a peça de contestação foi apresentada a destempo, devendo por isso ser desentranhada dos autos e devolvida aos réus; c) necessidade de interdição da construção clandestina, precária, irregular e ilegal, por causar risco à integridade física e à vida das pessoas.

Não há irregularidade a ser sanada. Consoante disposição dos arts. 320, I, e 509 do CPC, nas hipóteses de litisconsórcio necessário, havendo pluralidade de réus, se um deles contestar a ação, não implicará efeitos da revelia. E, ainda, o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, quando se tratar dos mesmos interesses.

Verifica-se, à fl. 71-v., que o apelado, bem como sua mulher foram devidamente citados, oportunidade em que ambos apresentaram defesa (fls. 73/74 e 82). O fato de a procuração ter sido outorgada tão-somente pelo cônjuge-varão não configura qualquer nulidade, pelos motivos já expostos.

No que se refere à intempestividade da contestação, há considerar-se que, muito embora tenha sido apresentada, realmente, fora do prazo legal, não vislumbro prejuízo algum ao apelante a permanência da peça de contestação nos autos, pois a decisão do MM. Juiz fundou-se nos demais elementos de prova constantes, não tendo a resposta dos réus influenciado de forma significativa na decisão final.

Ademais, conforme bem assinalado pelo ilustre Julgador, os réus não negaram os principais fatos articulados pelo autor, e, portanto, as alegações não necessitam de prova; e assim, a presunção de veracidade decorrente de revelia é desprovida de efeitos na espécie.

Quanto ao pedido de interdição da construção, é de se considerar que o laudo oficial de fl. 134 atestou inexistir risco de colapso iminente, tendo os réus já iniciado a regularização da obra, conforme determinado na sentença, o que se verifica às fls. 206/234.

Dessa forma, não há razão para acolhimento do referido pedido, ante a inexistência de motivos suficientes que o justifique.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido.

Preliminar de nulidade da sentença.

No meu entender, improcede a preliminar argüida.

O pedido de demolição foi apreciado e denegado, mas, acertadamente, entendeu o Juiz que a construção deveria ser regularizada; e isso foi determinado, sob fixação de multa. Para tanto, não carecia de pedido expresso. A multa objetiva tornar exigível a obrigação de fazer.

Ademais, inexiste vedação legal que impeça o juiz de assim proceder. É o que se verifica no julgamento do REsp 77.712/STJ, 4ª T., *DJU* de 19.12.1997, p. 67.505, em situação análoga, a adaptar-se ao caso concreto: "*A inexistência de pedido expresso do réu não impede o juiz de deferir indenização, em lugar de demolição do prédio. A invasão de área mínima do terreno, com a construção concluída de valioso prédio, resolve-se com a indenização, e não com a demolição*".

O MM. Juiz deixou de acolher o pedido inicial, no tocante à demolição, e, considerando melhor solução do ponto de vista jurídico, social e econômico, condenou os réus à obrigação de fazer, consistente na regularização da obra em prazo determinado, nada havendo decidido fora da questão posta em juízo.

Rejeito a preliminar.

No mérito, também sem razão o apelante.

Não obstante a comprovação inconteste nos autos de que a construção foi realizada de forma irregular, em desacordo com as normas municipais, assim como o ilustre Julgador, tenho por desnecessário adotar-se a medida extrema da demolição, no caso concreto, diante da possibilidade de se corrigirem as irregularidades constatadas no imóvel, por meio de reformas, a fim de torná-lo seguro, atendidas as especificações legais exigidas.

O laudo pericial atesta a inexistência de comprometimento envolvendo a estabilidade da construção, como também afirma não havèr risco de colapso iminente, não havendo falhas visíveis que comprometam irremediavelmente a construção (fls. 132/137).

O fato de a construção ter sido realizada sem observar as normas municipais, por si só, não justifica o acolhimento do pedido inicial para deferir a demolição, que, conforme bem assinalado pelo MM. Juiz, apenas se justifica quando presente o interesse público, de relevante benefício à coletividade.

Cumpre salientar que os apelados já iniciaram a regularização da construção, tomadas medidas tais como: a) ajuizamento da ação de retificação de registro de imóveis (fls. 200/201); b) contratação de engenheiro para providenciar a aprovação e regularização do imóvel (fl. 206), dentre outras (fls. 207/234), iniciando, assim, o cumprimento da obrigação de fazer que lhes foi imposta por sentença.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

Custas, pelo apelante.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

-:::-

EDUCAÇÃO - ENSINO FUNDAMENTAL - MENOR DE 7 (SETE) ANOS DE IDADE - MATRÍCULA NA PRIMEIRA SÉRIE - RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO - INDEFERIMENTO - INADMISSIBILIDADE

- A teor do art. 205 da CF, a educação é direito de todos e dever do Estado. É inadmissível o indeferimento de matrícula de criança com menos de sete anos de idade na primeira série do ensino fundamental, ainda que fundamentado em resolução do Secretário de Estado da Educação, em razão de não estar previsto constitucionalmente o limite de idade.

- V.v: - Se o indeferimento da matrícula do aluno com menos de 7 (sete) anos de idade teve como escopo resolução do Secretário de Estado da Educação, não é razoável a invocação do artigo constitucional que diz ser dever do Estado a prestação de prover a educação. Não tendo o diretor da escola se negado à prestação da educação ao menor, mas apenas cumprido a exigência da idade mínima para sua matrícula, que foi determinada por resolução da Secretaria de Estado da Educação, o ato a ser impugnado não é o do diretor da escola, mas a resolução. *(Des. José Domingues Ferreira Esteves)*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 244.655-7/00 - Comarca de Medina - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Matrícula - 1ª série do ensino fundamental - Menor de 7 anos de idade - Recusa baseada em resolução da Secretaria de Estado da Educação. - Inadmissível o indeferimento de matrícula de criança com menos de sete anos de idade para matricular-se no ensino fundamental, em razão de não estar previsto constitucionalmente o limite de idade.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 05 de agosto de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Cuida-se de reexame necessário da sentença que, em mandado de segurança impetrado por G.B.L., representado por sua mãe, contra Maria Emilce Silva Machado, Diretora da Escola Estadual Dr. Horaciano de Souza, julgou procedente o pedido inicial e tornou definitiva a ordem dada em liminar e determinou que a impetrada aceitasse a matrícula do impetrante na primeira série do ensino fundamental.

A impetração do mandado de segurança se deu em razão da recusa da matrícula do impetrante na 1ª série do ensino fundamental, na Escola Estadual Dr. Horaciano de Souza, ao argumento de que só se poderiam matricular as crianças nascidas de 1º.01.94 a 31.12.94, conforme Resolução nº 111, de 1º.8.2000, da Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais, e, como o impetrante não havia completado os seis anos de idade, visto que nasceu em 07 de março de 1995, não poderia cursar a série pretendida.

Foi alegado que, desde os 3 (três) anos de idade, o impetrante cursa o ensino pré-escolar, tendo recebido o seu primeiro diploma no dia 17 de dezembro de 2000, estando apto à 1ª série do ensino fundamental.

Para reforçar suas razões, o impetrante citou as normas prescritas no artigo 208, inciso I, da Constituição Federal/88, e no artigo 53, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, argumentou que as escolas particulares matriculam crianças com a idade do impetrante naquela série, mas na cidade não existe nenhuma escola particular de tal ensino; que o pai do

impetrante exerce o cargo de magistrado estadual na Cidade de Medina e, por força de lei, para ascensão na carreira, em determinado momento terá que mudar de residência, e, sendo assim, negado o direito à matrícula, traria ao impetrante prejuízos irreversíveis; que a matrícula não causaria nenhum prejuízo ao estabelecimento de ensino dirigido pela impetrada, tendo em vista que, além da demanda não ser tão arrojada, o ano letivo de 2001 terá início somente em fevereiro e o impetrante completará 6 (seis) anos de idade no dia 07 de março de 2001; que vige no direito administrativo o princípio da razoabilidade e, considerando que o impetrante completará 6 (seis) anos há pouco menos de 20 dias do início do ano letivo, a sua pretensão encontra-se no limite do razoável, em confronto com a norma expedida pela Secretaria de Educação.

Ao final, ressaltou que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, conforme estabelece o art. 205 da Constituição Federal/88.

Concedeu-se a liminar pleiteada.

Nas informações, a impetrada alegou que o impetrante não elegeu corretamente a autoridade coatora, devendo o impetrante ser declarado carecedor do direito de ação e extinto o processo. Alegou, ainda, que a impetrada não pode figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que não é prerrogativa sua decidir, e nem mesmo baixar "resoluções" regulamentos do processo educacional, no âmbito do Estado e nem do Município, pois, ao recusar-se a fazer a matrícula do impetrante, procurou tão-somente cumprir a legislação pertinente, que não assegura a matrícula de alunos no ensino fundamental com idade inferior a 06 (seis) anos completos, além de não se ter o impetrante cadastrado no período destinado ao recenseamento dos candidatos ao 1° ano do ensino fundamental para o ano 2001. A seguir, invocou o art. 208 e seus parágrafos da CF, bem como dispositivos de resoluções e da LDB.

A ilustre representante do Órgão Ministerial opinou pelo deferimento do remédio constitucional em favor do impetrante.

As demais alegações expendidas foram objeto de referência no relatório anexado aos autos.

Conheço do processo em reexame necessário. Ausente na espécie recurso voluntário.

De início, é de ressaltar que, nos termos do § 1° do art. 1° da Lei 1.533/51, consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções.

Diante do dispositivo citado, não vejo razão no argumento da impetrada quando diz não poder figurar no pólo passivo do presente mandado de segurança, eis que o ato foi praticado

por ela no exercício do cargo de Diretora Escolar. Neste caso, a autoridade coatora é a impetrada Maria Emilce Silva Machado.

A meu sentir, a sentença merece prevalecer, pois, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal, a educação é direito de todos e dever do Estado, da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Pelo que se vê das normas estabelecidas pelos arts. 205 e seguintes da CF, não há fixação de idade mínima para o ingresso escolar em nenhuma etapa.

Por outro lado, o art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve: "*A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado pelos seus educadores*".

Conforme ficou comprovado nos autos, o impetrante cursou o ensino pré-escolar nos períodos letivos dos anos de 1998, 1999 e 2000, estando, assim, apto a ingressar na 1ª série do ensino fundamental (fl. 15). Assim, sem nenhuma razão a recusa da matrícula do impetrante na 1ª série do ensino fundamental.

Este Tribunal já teve ocasião de decidir:

"*Dispondo a Resolução n° 96/99 do Secretário de Estado da Educação sobre a inscrição dos candidatos ao ensino fundamental, visando à garantia do seu ingresso na rede pública, ao se referir aos nascidos entre 1°.01 a 31.12.93, definitivamente não criou limites etários mínimos ou máximos como condicionantes da matrícula de crianças*" (Ap. 206.889-8, j. em 22.5.01, Rel. Des. Páris Pena).

Portanto, inadmissível o indeferimento da matrícula do impetrante, pela Diretora da Escola Estadual Dr. Horaciano de Souza, com base na resolução acima destacada, por tratar-se de garantia constitucional da educação pelo Estado.

Com essas considerações, em reexame necessário confirmo a sentença que concedeu a segurança, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Sr. Presidente. Com a devida vênia, estou divergindo do voto do eminente Relator, para reformar a respeitável sentença de primeiro grau, no sentido de que seja denegada a segurança pleiteada, ao entendimento de que o ato administrativo impugnado teve como escopo resolução da Secretaria de Estado da Educação, não parecendo razoável a invocação do artigo constitucional que diz que é

dever do Estado prover a educação. Não se nega, no caso em estudo, a prestação da obrigação e educação ao menor, apenas se faz exigência para sua matrícula na primeira série do primeiro grau, que, na verdade, não foi determinada por simples ato da Sra. Diretora da Escola de ensino, mas sim por determinação da Secretaria de Estado da Educação. Por isso que, como se trata de mandado de segurança enfrentando erroneamente o ato da Sra. Diretora, em vez de impugnar a resolução da Secretária de Educação, estou dando provimento para denegar a segurança, com a inversão das custas processuais.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - *Data venia* do entendimento do eminente Des. Revisor, acompanho integralmente o voto do Relator para também, em reexame necessário, confirmar a sentença de primeiro grau.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, VENCIDO O REVISOR.

-:::-

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - CUMULAÇÃO COM DEMOLITÓRIA - CONSTRUÇÃO EM FAIXA *NON AEDIFICANDI* - RODOVIA ESTADUAL - INTERESSE PÚBLICO - CABIMENTO - PROVA PERICIAL - LAUDO DO *EXPERT*

- Cabível é a ação de nunciação de obra nova se, ao ser ajuizada ação, a obra não havia sido terminada.

- As faixas de domínio *non aedificandi* destinam-se à segurança dos usuários das rodovias, e a construção, em seu leito, destrói essa proteção, exigida pelo interesse público. Se a obra se encontra dentro dessas faixas, cabível é a ação de nunciação de obra nova, sendo legítima a ordem para sua demolição.

- Nas ações de nunciação de obra nova, a prova pericial é fundamental, implicando sua falta cerceamento de defesa. Em tais casos, o juiz apóia-se, sempre que possível, no laudo do *expert*, a que, porém, não fica adstrito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 246.188-7/00 - Comarca de Inhapim - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Apelação cível - Nunciação de obra nova c/c demolitória - Construção em faixa *non aedificandi* - Rodovia Estadual - Interesse público - Provimento negado.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 05 de agosto de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de ação de nunciação de obra nova c/c demolitória, proposta pelo DER-MG contra Laércio Antônio dos Santos, sob alegação de que fora esbulhado em virtude de construção de uma casa realizada em faixa de domínio do Estado de Minas Gerais, na rodovia BR-458, trecho Ipatinga-BR-116.

Ao tomar conhecimento da obra, o DER notificou verbalmente e por escrito o apelante, que se recusou a paralisá-la.

O pedido foi julgado procedente, conforme sentença de fls.154, que condenou Laércio dos Santos a providenciar a demolição da obra no prazo de 30 dias, pagando as custas e honorários processuais em 20%, dos quais foi isentado nos termos do art.12 da Lei 1.060/51. Interpostos embargos declaratórios pelo DER, o juiz fixou *astreinte* de 1(um) salário mínimo por dia de atraso na demolição.

Inconformado com a decisão, recorre Laércio Antônio dos Santos, pugnando pela reforma da sentença, sob o argumento de que a obra não foi edificada em área de autarquia estadual, pedindo a condenação do DER nas custas, honorários de advogado, além de indenização por danos materiais e morais. Requer, ainda, os benefícios da Justiça gratuita.

Contra-razões de fls.183/187.

Opina a PGJ pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso.

A ação de nunciação de obra nova tem por fim impedir a edificação danosa, o que se verifica no caso, por estar a obra invadindo terreno do Estado, o que não é permitido por lei. Em certos casos, a própria lei permite fazer uso de terras do Governo, como é o caso da Lei 2.716/81, que autoriza o Poder Executivo a ceder, em comodato, as áreas de domínio do Estado que margeiam rodovias estaduais a particulares que desejem explorá-las com o plantio de culturas baixas.

A obra teve início em 09.09.95 e, quando da interposição da inicial, estava ainda inacabada. Portanto, cabível a nunciação, cuja procedência se impõe, pois, ao ser ajuizada a ação, a obra ainda não havia terminado.

O art. 4º, III, da Lei nº 6.766/79 diz que, ao longo das faixas de domínio das rodovias, será obrigatória a reserva de uma porção *non aedificandi*

de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica.

A faixa de domínio estipulada para a rodovia em questão é de 40 metros, conforme *croquis* de fls. 07.

O laudo do engenheiro José Moreira de Siqueira enfatizou:

"*Não está dentro da faixa de domínio,... mas está dentro da faixa* non aedificandi... *A construção está a 45 metros do eixo da estrada, fora da faixa de domínio 5 metros, mas dentro da faixa* non aedificandi...".

Nas ações de nunciação de obra nova, a prova pericial é fundamental, implicando sua falta cerceamento de defesa.

Em casos tais, o juiz apóia-se, sempre que possível, no laudo do *expert*, a que, no entanto, não fica adstrito.

As faixas de domínio e *non aedificandi* destinam-se à segurança dos usuários das rodovias, e a construção, em seu leito, destrói essa proteção, exigida pelo interesse público.

Nego, pelo exposto, provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Insurge-se o autor contra a sentença proferida, que determinou a demolição de sua obra, às margens da Rodovia BR-458, trecho Ipatinga, realizada na faixa de domínio do Estado de Minas Gerais, por ter a ação de nunciação sido intentada após a conclusão da construção, pelo que perdeu o objeto.

No entanto, de acordo com as provas colhidas nos autos, especialmente a prova pericial, concluiu-se que a construção se encontrava dentro da faixa classificada como *non aedificandi*, demonstrando-se, cabalmente, sua irregularidade, além do fato de que, no momento em que a ação fora intentada, encontrava-se ela ainda em construção, pelo que cabível é a ação de nunciação de obra nova.

A matéria é objeto de apreciação pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, em que se procura resguardar a segurança pública e o tráfego interestadual, constatando-se a legitimidade da ordem de demolição de imóvel construído às margens das rodovias, como se constata do aresto adiante trazido à colação:

"*Direito administrativo. Área* non aedificandi. *Situações administrativas. Estradas de rodagem.*

- 1. A segurança pública e o tráfego interestadual se sobrepõem ao interesse expansionista urbano de um só Município.

- 2. Não há ilegalidade na norma que proíbe a construção de imóvel a menos de 15,00 metros dos limites das estradas de rodagem.

- 3. Compatibilidade do art. 7, do Decreto-lei Estadual nº 13.626, de 1943, de São Paulo, com o art. 572 do Código Civil.

- 4. Recurso provido" (1ª T, REsp nº 11.181/SP, Rel. Min. José Delgado, j. em 5.8.96, *DJ* de 26.8.96).

Com o Relator.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

PERMISSÃO - SERVIÇO PÚBLICO - ATO NEGOCIAL - UNILATERALIDADE - PRECARIEDADE - DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO - PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA E DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS - INAPLICABILIDADE

- A permissão é ato negocial, por meio do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem. Tem caráter discricionário, unilateral e precário, tanto que se sujeita à revogação, e não à rescisão. Assim, é inaplicável à espécie o princípio da equivalência e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, já que não se trata de contrato propriamente dito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 247.940-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Permissão de serviço público - Ato unilateral e discricionário da administração - Não-aplicabilidade do princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. - Em se tratando de permissão de serviço público, não se há de aplicar o princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, visto não se tratar de um contrato propriamente dito, mas de ato unilateral e discricionário da Administração. Sentença que se confirma.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de setembro de 2002. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Conheço dos recursos, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Laguna Auto Ônibus Ltda. e Viação Nossa Senhora da Conceição Ltda. contra o DER/MG - Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais e o Estado de Minas Gerais, visando à indenização por prejuízos ocorridos no período de abril de 1990 a junho de 1995, além de perdas e danos correspondentes à depreciação das empresas, pedido julgado improcedente, como consta do relatório.

A questão não é nova neste Tribunal, muito menos nesta Câmara, conforme se verifica dos vários acórdãos carreados para os autos, por cópia (fls.1.200 e seguintes), inclusive o proferido no julgamento da Apelação Cível nº 137.620-1/00, de Belo Horizonte (fls. 1.241/1.251), de nossa relatoria, do teor seguinte, em parte:

"... Por outro lado, preleciona HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., RT, p. 165):

"Permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração. Não se confunde com a concessão nem com a autorização: a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral. Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público.

É admissível a permissão condicionada, ou seja, aquela em que o próprio Poder Público se autolimita na faculdade discricionária de revogá-la a qualquer tempo, fixando em norma legal o prazo de sua vigência e/ou assegurando outras vantagens ao permissionário como incentivo para a execução do serviço. Assim se reduz a discricionariedade e a precariedade da permissão às condições legais de sua outorga. Essa modalidade é adotada nas permissões de transporte coletivos e noutras que exigem altos investimentos para a execução do serviço, tornando-se necessário garantir ao permissionário um tempo mínimo de operação em condições rentáveis...".

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., Malheiros, p. 346/347):

"Permissão de serviço público é ato unilateral e precário, intuitu personae, *através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. O Poder Público pode outorgar gratuitamente a permissão ou conferi-la a título oneroso, hipótese em que o permissionário deverá pagar-lhe uma retribuição pelo desfrute daquela situação jurídica.*

O Estado vale-se da permissão justamente quando não deseja constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros. Pelo seu caráter precário é utilizada, normalmente, quando o permissionário não necessita alocar grandes capitais para o desempenho do serviço ou quando pode mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando o serviço não envolve implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário são compensáveis, seja pela rentabilidade do serviço, seja pelo curto prazo em que se realizará a satisfação econômica almejada. Em suma: tem lugar nas hipóteses em que a possibilidade de revogação unilateral a qualquer tempo e sem qualquer indenização - que é característica da permissão - não acarretaria conseqüências econômicas desastrosas para o permissionário".

Neste passo, é bom ressaltar que o prazo de cinco anos fixado nos termos de permissão já expirou há anos, nos idos de 1993 para os mais recentes, enquanto sua prorrogação era mera faculdade concedida à permitente, o que, na real verdade, não poderia ser de forma diversa, dada sua natureza jurídica, conforme alhures observado.

Ademais, de todos eles constam ainda as condições para a prestação dos serviços facultados, assim como as diretrizes para fixação da respectiva remuneração, as quais, por livremente aceitas na oportunidade, não podem ser aqui e agora questionadas, já que as interessadas assumiram os riscos do negócio.

Conforme noticiam os próprios autos, acerca da questão debatida assim se posicionou o em. Des. Sérgio Lellis Santiago, como Relator da Apelação Cível nº 55.348-7, da Comarca de Belo Horizonte:

"'... A espécie dos autos trata de serviço público delegado sob a forma de permissão, definida no Direito Administrativo como ato negocial, unilateral, discricionário e precário, através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público' (HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Adm. Bras.* 12ª ed. p. 436).

Ensina, ainda, o mestre que, 'como ato negocial, a permissão pode ser com ou sem condições, gratuita ou remunerada, por tempo certo ou indeterminado, conforme o estabelecido no termo de outorga, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração quando o interesse público o exigir, dada a sua natureza precária e o poder discricionário do permi-

tente para consentir e retirar o uso especial do bem público' (Direito Municipal Brasileiro, *p. 372, Ed. RT, 09/77).*

Ao aceitar o estabelecido no respectivo termo de permissão, a apelada sujeitou-se voluntariamente ao regime jurídico do Direito Público, que tem princípios e teoria próprios. Enquanto o Poder Público não modificar as condições ou cassar a permissão, prevalece o estabelecido e cessa qualquer direito anteriormente reconhecido a partir do momento em que o permitente, unilateralmente e discricionariamente, cassar a permissão ou impuser novas condições ao permissionário, pois, como esclarece BENJAMIM VILLEGAS BASAVILVASO (Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1952, VI, p. 218), 'toda permissão traz implícita a condição de ser em todo momento, compatível com o interesse público, e, por conseguinte, revogável ou modificável pela Administração, sem recurso algum por parte do permissionário' (fls. 883/884).

De mais a mais, indiscutivelmente, quando da alegada prorrogação das permissões, deveria ter sido observado o que a respeito dispõem os arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal, motivo pelo qual não se pode falar aqui em relação de equilíbrio de contrato".

Ainda, sobre a matéria, merece transcrição parte do voto do mesmo em. Des. Sérgio Lellis Santiago, agora relatando a Apelação Cível 137.649-0/00, de Belo Horizonte:

"*... 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 à revogação, enquanto a concessão, como contrato, rescinde-se. 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 nos contratos administrativos. 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..." (fls. 1.265/1.266).

Por manter ponto de vista já explicitado, já que ainda não se vê motivo algum para modificá-lo, a meu juízo, a pretensão das autoras, realmente, não tinha como ser acolhida.

Por outro lado, reparo algum há a se fazer na r. sentença, inclusive quanto à fixação da verba honorária, eis que o respectivo valor fora arbitrado pela culta Sentenciante com observância das diretrizes do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Com estas razões de decidir, *nego provimento a ambos os recursos.*

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

-:::-

ERRO MATERIAL - ACÓRDÃO - CORREÇÃO - PROCEDIMENTO - LEGITIMIDADE

- O erro material pode ser corrigido de ofício por quem de direito ou por provocação das partes. Se estiver na sentença, a competência para corrigi-lo é do juiz. Mas, estando localizado no acórdão, a legitimidade para proceder ao reparo necessário é do seu prolator (ou o substituto legal), e não do juiz de primeiro grau.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 248.208-1/00 - Comarca de Miraí - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Erro material - Correção - Procedimento - Legitimidade. - Podendo o erro material ser corrigido de ofício ou por provocação das partes, em se localizando ele no acórdão, é do seu relator, ou substituto legal, e não do juiz de primeiro grau, a legitimidade para proceder ao reparo necessário.

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, 18 de junho de 2002. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Trata a espécie de embargos opostos pelo Município de Miraí à execução que, embasada no v. acórdão de fls. 111/114-TJ, dos autos principais, em seu desfavor ajuizou José Gil Pereira, alegando o embargante, preliminarmente, que, padecendo aquele aresto de erro material, consistente no fato de dele constar

que acordara a Primeira Câmara, em Turma, "*em negar provimento ao recurso, vencido em parte o Relator*", quando, na verdade, dava provimento parcial ao recurso, vencido o Relator, lícito não era ao Juiz monocrático, na primeira instância, corrigi-lo, por lhe falecer competência para tanto, donde inexistir título executivo válido e eficaz para embasar a execução.

No mérito, sustentou que, transitado em julgado o acórdão, "*a presente execução não pode prosperar em face da Fazenda Pública posto ter ocorrido a preclusão*" (transcrição literal).

Sob considerar que "*tem o Magistrado, antes de tudo, o sagrado dever de zelar pela regularidade processual, não permitindo que a via judicial se transforme em instrumento de legitimação dos atos muitas vezes maliciosos de um dos litigantes*", em suma, que pode o juiz de primeiro grau, validamente, desconsiderar o erro material existente no acórdão, quando, de sua execução, julgou o MM. Juiz *a quo* improcedentes os embargos.

Apelou o embargante, insistindo nos mesmos fundamentos anteriormente expendidos (fls. 24/26-TJ).

Contra-razoada a apelação, e com manifestação do RMP opinando pela reforma do *decisum*, determinou o Juiz a remessa dos autos a este eg. Tribunal de Justiça (fls. 27/29; 30/31 e 31-v.-TJ).

Nesta instância, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção da sentença (fls. 35/38-TJ).

Conheço da remessa necessária e do recurso voluntário.

Prefacialmente, constato que, de fato, há no v. acórdão de fls. 111/114-TJ, do apenso, o erro material nele apontado, consistente no fato de que, não obstante negasse o Relator provimento ao recurso e dele discordassem, em parte, o Revisor e o Vogal, para reconhecerem devido ao apelante o direito ao recebimento das férias, acrescidas de 1/3, e do 13° salário, proporcional e integral, desse modo dando provimento parcial à apelação, constou da parte dispositiva daquele *decisum* que acordava a Primeira Câmara "*em negar provimento ao recurso, vencido em parte o Relator*"

O "*erro material*", é de sabença geral, pode ser corrigido de ofício ou por provocação das partes.

Por provocação das partes, pela via dos embargos de declaração ou de mera petição dirigida ao Relator do acórdão, que, dele tomando conhecimento, o remediará de pronto.

Evidentemente, a correção do erro material, em o constatando ou dele sendo advertido, pode-se dar "de ofício" por quem de direito.

O que se deve entender, porém, por essa expressão "*por quem de direito*"?

Se o "*erro material*" estiver na sentença, o juiz.

Mas, se estiver no acórdão, o seu relator (ou o substituto legal, evidentemente), e não o juiz, na primeira instância.

Com essas considerações, de ofício, estou corrigindo o dispositivo do v. acórdão de fls. 111/114-TJ dos autos da ação principal, em apenso, para que dele, em vez do que ali está constando: "*em negar provimento ao recurso*", passe dele a constar: "*em dar provimento parcial ao recurso, vencido em parte o Relator*".

Posto isso, como promoveu o ora apelado a liqüidação do *decisum* nos exatos termos dos votos vencedores no julgamento da apelação, vejo sem razão o Município de Miraí, quando, objetivando obstaculizar a execução do julgado, pretendeu fazer prevalecer, contra os princípios da economia, celeridade e efetividade do moderno direito processual, um "*erro material*" evidente, sanável, de ofício, a qualquer tempo, sem nenhuma objeção ao *quantum* reclamado.

São esses os motivos pelos quais, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário, mantenho a parte dispositiva da sentença.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E O REVISOR CONFIRMANDO A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão de 11.06.02, a pedido do Vogal, após votarem o Relator e o Revisor confirmando a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Com a palavra o Des. Eduardo Andrade.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Pedi vista dos autos para reexame e também cheguei à mesma conclusão dos entendimentos precedentes, pelo que com eles me ponho de acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

DIVÓRCIO INDIRETO - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ASSUMIDA NO ACORDO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL - PARTILHA DE BENS - EFETIVAÇÃO - IMPRESCINDIBILIDADE

- A inadimplência com relação ao avençado, quando da separação judicial, configura óbice à decretação do divórcio por conversão, não sendo razoável submeter a outra parte aos percalços de um posterior processo judicial para haver do inadimplente a parte que lhe cabe por força do acordo.

- Imprescindível, para a conversão da separação judicial em divórcio, a anterior e efetiva partilha dos bens.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 248.316-2/00 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Divórcio por conversão - Partilha dos bens - Efetivação - Imprescindibilidade. - Imprescindível, para a conversão da separação judicial em divórcio, a anterior e efetiva partilha dos bens. Apelo provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 03 de setembro de 2002. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de ação de conversão de separação judicial em divórcio, ajuizada por J.M.N., em face de C.M.F.

Por correto, adoto o relatório constante da sentença de fl. 9-TJ.

Acresço que o pedido foi julgado procedente.

Apela o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, representado pelo Promotor de Justiça da 1ª Vara Cível da Comarca de Visconde do Rio Branco (fls. 11-12-TJ), atacando a decisão objurgada.

Contra-razões, às fls. 14-15-TJ, batendo-se o apelado pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 22-23-TJ, opina pelo improvimento do recurso.

Assim relatados, passo à decisão.

Razão assiste ao ilustrado representante do Ministério Público em seu inconformismo.

Com efeito, a inadimplência com relação ao avençado quando da sentença da separação judicial configura óbice à decretação do divórcio por conversão, não sendo razoável submeter a outra parte aos percalços de um posterior processo judicial para haver

do inadimplente a parte que lhe cabe por força do acordado. No caso *sub judice*, o casal ajustou, entre si, "*quanto à partilha dos bens, que o varão doará a sua parte para os filhos, ficando sob a responsabilidade da varoa que administrará a totalidade dos bens*" (acordo homologado de fls. 2-3-TJ, dos autos em apenso). Assim, ao interpor o presente apelo, o digno representante do Ministério Público de primeiro grau age, sobremaneira, protegendo interesse de menores, não deixando, entretanto, de agir também como fiscal da lei.

Não é caso de aplicação da Súmula 197 do STJ, que cuida do divórcio direto.

Colhe-se na jurisprudência:

"*Divórcio indireto. Conversão de separação judicial. Prévia partilha de bens. Indispensabilidade. Pedido improcedente. Sentença confirmada.*

'O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens' (verbete nº 197, da Súmula do STJ); a indispensabilidade da partilha restringe-se ao divórcio indireto (por conversão - Lei nº 6.515/77, arts. 31 e 43)" (Apelação Cível 98.003069-2 - Terceira Câmara Cível do TJSC, Blumenau, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 08.09.1998).

E na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"*Civil. Conversão de separação em divórcio. Falta de cumprimento, pelo marido, de obrigação assumida no acordo da separação. Pagamento em dinheiro referente à venda de imóvel. Óbice ao divórcio. Partilha de bens. Divórcio indireto. Indispensabilidade. Recurso provido.*

Autor julgado carecedor.

- I - Configura óbice à decretação do divórcio por conversão a inadimplência com as obrigações assumidas quando do acordo da separação judicial, como, por exemplo, a entrega de metade do preço de venda do imóvel.

- II - Não se mostra razoável submeter o cônjuge aos percalços de um posterior processo judicial para haver do inadimplente a parte que lhe cabe por força do acordado.

- III - No divórcio indireto, por conversão, indispensável é a partilha de bens". (REsp. 58991/SP, Quarta Turma, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 01.06.1999, publ. no *DJU* de 16.11.1999, p. 212, *RT*, 774/197).

Assim sendo, pedindo vênia ao entendimento da douta Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao apelo interposto pelo digno representante do Ministério Público, para determinar que se efetive a partilha dos bens, mantida, quanto ao mais, a r. sentença hostilizada.

Custas recursais, pelo agravado, que delas fica temporariamente isento, por estar litigando sob o pálio da justiça gratuita, em face ao disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Sr. Presidente. Em outra ocasião votei no sentido de dispensar partilha de bem sobre o qual pesava vínculo de indisponibilidade.

Porém, trata-se de obrigação de doar parte a filhos, com reserva de usufruto para esposa, que não foi adimplida.

A separação é recente, e a natureza alimentar do usufruto, ainda que indireta, aconselha que se adira à solução proposta pelo eminente Relator.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DEPÓSITO DO MONTANTE - ART. 151, II, DO CTN - TÍTULO INEXIGÍVEL - INTELIGÊNCIA DO ART. 618, I, DO CPC - NULIDADE DA EXECUÇÃO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ADMISSIBILIDADE

- Admite-se exceção de pré-executividade quando se verifica nulidade manifesta da execução (art. 618 do CPC), sem qualquer complexidade e sem necessidade de dilação probatória.

- Com o depósito do montante do crédito tributário, suspende- se sua exigibilidade, conforme entendimento do art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Logo, se o título não é exigível, torna-se viável a oposição de exceção de pré-executividade para obtenção da extinção da execução fiscal alicerçada nos autos de infração originários da falta de pagamento do tributo (art. 618, I, do CPC).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 249.730-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: A exceção de pré-executividade em execução fiscal, somente deve ser aceita em se tratando de nulidade manifesta, sem qualquer complexidade, que não necessita de dilação probatória, considerando que os embargos à execução são a sede própria para se deduzir toda a matéria de defesa que possa interessar ao devedor.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2002. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação cível interposto pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte à sentença de fls. 125-126, que, nos autos da execução fiscal proposta contra Philips do Brasil Ltda., acolheu a exceção de pré- executividade e extinguiu a execução nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Sustenta a apelante (fls. 128-131) que a exceção de pré-executividade é figura estranha no direito processual civil; que, indeferida a exceção, a executada requereu "reconsideração de despacho", aceito pelo MM. Juiz, que proferiu sentença de extinção do processo, apreciando questão já decidida; que a manifestação do juiz, de fl. 119, não era despacho, e sim decisão interlocutória, atacável por agravo; requer, a final, a cassação da sentença, com o prosseguimento da execução.

Contra-razões às fls. 144-149, pugnando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer (fl. 156), em virtude da Súmula nº 189 do STJ.

A Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte propôs execução fiscal contra Philips do Brasil Ltda. em 16.06.2000. Em 28 de agosto de 2000, a executada opôs exceção de pré-executividade, visando a demonstrar que o título não era líquido, certo e exigível, pois, em ação anulatória impetrada pela executada foi feito o depósito integral do valor devido.

A exceção de pré-executividade, criação doutrinário-jurisprudencial aceita nos tribunais, somente deve ser aceita em se tratando de nulidade manifesta, sem qualquer complexidade, que não necessita de dilação probatória, considerando que os embargos à execução são a sede própria para se deduzir toda a matéria de defesa que possa interessar ao devedor.

Dispõe o artigo 618, I, do CPC que a execução é nula se o título não for líquido, certo e exigível.

Há entendimento de que, ainda não seguro o juízo, o executado pode alegar nulidade da execução (*Código Processual Civil e Legislação Processual em Vigor*, THEOTONIO NEGRÃO, 33ª ed., nota aos arts. 618 e 737 do CPC).

Assim também já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

"*Ementa: Execução por título extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Falta de liquidez, certeza e exigibilidade do título.*

- 1. Não ofende a nenhuma regra do Código de Processo Civil o

oferecimento da exceção de pré-executividade para postular a nulidade da execução (art. 618 do Código de Processo Civil), independentemente dos embargos de devedor.

- 2. Considerando o Tribunal de origem que o título não é líquido, certo e exigível, malgrado ter o exeqüente apresentado os documentos que considerou aptos, não tem cabimento a invocação do art. 616 do Código de Processo Civil.

- 3. Recurso especial não conhecido." (REsp nº 160.107/ES, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. em 16.03.1999, publ. no *DJ* de 03.05.1999.)

A nulidade da execução por ausência dos requisitos do art. 586 do CPC pode ser declarada a todo tempo. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 36268/SP, Rel Min. Barros Monteiro, j. em 13.11.1995, que:

"*A nulidade absoluta da execução pode ser declarada a todo o tempo e em qualquer grau de jurisdição. Irrelevância do fato de não haver sido argüida desde logo pelo devedor nos embargos que opôs à execução por quantia certa*".

A executada foi autuada em 23.06.97, através do Auto de Infração nº 6.023-S, em R$176.227,33 - fl. 109. Na mesma data foi lavrado também o Auto de Infração nº 6.036-S, em montante que àquela data perfazia R$58.503,42 - fl. 98.

Guias de recolhimento emitidas pela PBH, em 19.07.1999, tinham como valores para pagamento à vista R$166.018,47 e R$55.255,78 (fls. 116 e 115), totalizando R$221.274,25, valor que foi depositado pela executada em 30.07.1999, conforme documento às fl. 117. O depósito foi feito nos Autos nº 02499073055-8, que são os autos da medida cautelar (fl. 87), distribuída por dependência em 30.07.1999 aos Autos de nº 02499072770-3 (ação ordinária anulatória dos débitos fiscais constantes dos Autos de Infração nº 6.036-S e 6.023-S) - fls. 75 e 76.

A ação anulatória foi julgada, tendo sido interposta apelação, que recebeu neste Tribunal o nº 202.471-9, julgada em 26.04.2001, por este Relator, o que motivou a distribuição por dependência. Ainda não houve trânsito em julgado por terem sido interpostos agravos para o STJ e STF.

A execução fiscal, ora em exame, foi proposta com base em CDA originada do Auto de Infração nº 6.023-S, conforme doc. de fl. 2. Vê-se claramente, da análise dos autos, que a execução foi proposta sobre o mesmo crédito objeto de ação anulatória e que foi depositado judicialmente.

O CTN, no art. 151, II, dispõe que:

"*Suspendem a exigência do crédito tributário:*

II - o depósito do seu montante integral".

Proposta ação anulatória, com depósito integral do valor do débito, fica suspensa a exigência do crédito tributário:

"*Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Ação anulatória de débito fiscal. Uma vez proposta ação anulatória de débito fiscal, com o depósito do valor questionado, é defeso à Fazenda Pública ajuizar execução fiscal. Se o faz, responde a exeqüente pelo prejuízo que causou. Recurso conhecido e desprovido*" (REsp nº 4.089/SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. em 27.02.1991).

Caso seja julgada improcedente a ação anulatória, o depósito efetuado reverterá para a Fazenda, conforme, aliás, já entendeu o STJ:

"*Processo Civil. Anulatória de crédito fiscal. Efeito do respectivo depósito. - O depósito em referência suspende a exigibilidade do crédito fiscal (art. 151, II, do CTN), razão pela qual paralisa a execução. Julgada improcedente a ação, será ele convertido em pagamento. Em caso contrário, será devolvido ao depositante, monetariamente atualizado (art. 32, par. 2º, da Lei nº 6.830/80). no caso dos autos, levantado indevidamente pela Fazenda, não merece reparos a decisão que determinou a sua restituição. - Recurso não conhecido*" (REsp nº 8.585-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 2ª T, j. em 17.4.91, *DJU* de 13.05.91).

Há entendimentos, deste Tribunal, em questões como a destes autos:

"*Agravo de instrumento - Exceção de pré-executividade - Execução fiscal - Exigibilidade do crédito tributário suspenso por ação anulatória de débito - Cabimento. - Se a exigibilidade do crédito tributário se encontra suspensa por depósito integral feito no curso de ação anulatória de débito, é viável a oposição da exceção de pré-executividade para obtenção da extinção da execução fiscal alicerçada nos mesmos autos de infração*" (Agravo nº 273.382-2, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 06.05.2002).

"*Exceção de pré-executividade - ISSQN - Execução fiscal proposta na pendência de ação anulatória do débito fiscal exeqüendo - Depósito judicial do débito exeqüendo perante o juízo da ação anulatória - Extinção, e não mera suspensão, da execução fiscal - Inteligência do art. 151, II, do CTN. - Proposta ação de execução fiscal na pendência de ação anulatória do crédito fiscal exeqüendo, tendo-se efetuado depósito judicial no valor do tributo em discussão na ação anulatória, acolhe-se a exceção argüida para a extinção da execução fiscal, nos termos do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional*" (Apelação Cível nº 242.957-9/00, Rel. Des. Francisco Lopes de Albuquerque, j. em 09.04.2002).

Ante o exposto, confirmo a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, de lei.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

CONCESSÃO - SERVIÇO PÚBLICO - REVOGAÇÃO - ALEGAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PROVA DO MOTIVO DETERMINANTE - RESCISÃO DO CONTRATO - NULIDADE - PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS

- Não é válida a rescisão de contrato de concessão de serviço público, se o motivo de interesse público alegado não é eficazmente comprovado.

- O princípio da hierarquia das leis informa que uma lei se revoga por outra lei; assim, para a eficácia da revogação de uma norma jurídica, mister se faz que a norma revogadora seja de mesmo nível hierárquico da que está sendo revogada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 250.343-1/00 - Comarca de Jaboticatubas - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Mandado de segurança - Concessão - Revogação - Interesse público - Ausência de prova do motivo determinante. - Não é válida a rescisão de concessão de serviço público se o motivo de interesse público alegado não é eficazmente comprovado. Em reexame necessário, sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 15 de outubro de 2002. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do reexame necessário, na forma do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51.

Tratam os autos de mandado de segurança, impetrado pela Associação Comunitária João Nogueira Duarte, em face de ato do Prefeito Municipal do Município de Santana do Riacho-MG.

Por correto, adoto o relatório constante da sentença de fls. 319-327-TJ.

Acresço que a segurança foi concedida para decretar a nulidade do ato da autoridade coatora.

Sentença sujeita ao reexame necessário, em razão do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 336-337-TJ, opina pela confirmação da sentença.

Assim relatados, passo à decisão.

Numa exposição resumida, impugna a Associação Comunitária João Nogueira Duarte o ato do Prefeito do Município de Santana do Riacho que rescindiu, por meio do Decreto nº 20/2001 (fl. 185-TJ), contrato de concessão do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, ajustado com base na Lei Municipal nº 229/96 (fls. 15-18-TJ).

Cabe destacar que o princípio da hierarquia das leis informa que uma lei se revoga por outra lei; assim, para a eficácia da revogação de uma norma jurídica, mister se faz que a norma revogadora seja de mesmo nível hierárquico da que está sendo revogada.

É lição da autorizada MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, na sua obra *Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1996, p. 243:

"*Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-se a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário*".

E mais:

"*A concessão vem, pois, acompanhada das cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente os poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar a sua execução, aplicar penalidades; tem a mesma característica da mutabilidade, aplicando-se- lhes as teorias do fato do príncipe e da imprevisão. Aliás, foi a propósito da concessão de serviço público que se elaboraram originariamente essas teorias*".

Decerto que o parágrafo único da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão prevê a rescisão "*por motivos de interesse social*", "*por razões de ordem pública*" e "*se a concessionária dos serviços se tornar inadimplente com as cláusulas e condições da presente concessão*". O motivo, segundo a melhor doutrina, "*é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato pode vir expresso em lei, como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valorização. Da diversidade das hipóteses ocorrentes resultará a exigência ou dispensa da motivação*" (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.130).

Na espécie, se atenta estivesse a autoridade coatora à teoria dos motivos determinantes, em face do que prescreve a Cláusula Sétima do Contrato de Concessão firmado (fls. 23-27-TJ), ato administrativo válido e eficaz poderia ter praticado. É que a teoria dos motivos determinantes "*funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos*

expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade" (ob. cit., p. 176). Logo, se configurado estivesse eventual "*interesse social*", "*razões de ordem pública*", ou mesmo a "*inadimplência de cláusulas e condições contratadas*", o ato administrativo de revogação, devidamente motivado e comprovado, revelar-se-ia em instrumento eficaz para o objetivo almejado pela autoridade coatora. Assim sendo, alegar *motivo de interesse público* em decreto, sem comprová-lo, de nada vale. Ato desse jaez, na verdade, é arbitrário e fere os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

No mais, não se pode confundir o ato legislativo, que autoriza uma concessão, com o ato administrativo, que materializa essa concessão. Esta, uma vez em execução, está sujeita aos efeitos da revogação e anulação, em face do que foi contratado, pelo que essencial é a motivação válida, ou seja, plenamente comprovada, e não só imaginada, e que melhor atenda aos interesses políticos de determinada facção.

Com tais razões, em reexame necessário, mantenho a r. sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Há necessidade de processo administrativo que atenda ao princípio do devido processo legal, com imputação de fato, com oportunidade de defesa efetiva e de produção de prova útil, para apuração de causas que atenderiam ao interesse público, para o fim de rescisão de concessão.

Sem tal procedimento, a simples menção a motivo de interesse público em ato administrativo que revoga concessão outorgada por lei municipal, de nenhuma valia para regularidade daquele ato, que não deixa de ser arbitrário e abusivo.

O decreto em questão teria validade se precedido do necessário processo administrativo e se consignasse os fatos nele apurados e as penas por meio deles sugeridas.

Por isso, de acordo com o e. Relator, cujo voto recomendo para publicação.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DNA - RECUSA DO INVESTIGADO A SE SUBMETER AO EXAME

- Em investigação de paternidade, a recusa do investigado a se submeter ao exame de DNA é forte indício de veracidade dos fatos alegados. Porém, não pode a paternidade ser declarada apenas com base nessa recusa, principalmente quando não há nos autos sequer indícios da existência de relacionamento amoroso entre a genitora do investigante e o investigado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 250.604-6/00 - Comarca de Piumhi - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Investigação de paternidade - Recusa do investigado em se submeter ao exame científico de DNA. - Em investigação de paternidade a recusa do investigado em se submeter à realização do exame de DNA é um forte indício de veracidade dos fatos alegados. Porém, não pode a paternidade ser declarada apenas com base nessa recusa, principalmente quando não existem nos autos sequer indícios da existência de relacionamento amoroso havido entre a genitora da investigante com o investigado.

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, 10 de setembro de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Cuida-se de apelação à r. sentença de fls. 64/69, que julgou procedente pedido constante de ação de investigação de paternidade, para declarar o investigado como pai da autora e condenar o mesmo a lhe pagar mensalmente uma pensão alimentícia equivalente a 1/3 do salário mínimo vigente.

O apelante, nas razões recursais de fls. 72/76, sustenta que a r. decisão se baseou unicamente na recusa a se submeter ao exame de DNA, já que não consta dos autos outros elementos que comprovem a paternidade que lhe fora imputada. Alega que a simples recusa ao exame de DNA não autoriza isoladamente o reconhecimento da paternidade.

Conheço do recurso, desde que atendidos os pressupostos que regem a sua admissibilidade.

A autora ingressou com a presente ação investigatória, alegando que sua mãe, à época de sua concepção, se relacionou sexualmente com dois homens, mas que o investigado certamente é o seu pai, tendo em vista que outra ação foi julgada improcedente após o resultado de exame de DNA, que exclui a paternidade ali apontada.

Durante a instrução processual foram ouvidas seis testemunhas, além do depoimento pessoal do investigado, que se negou a colher o material para

fazer o exame de DNA "*porque está com a consciência tranqüila de que não é o pai da autora e não deve nada*" (fls. 40, 41 e 50/54).

É inegável que a recusa do réu sem justificativa plausível a se submeter ao exame de DNA na ação de investigação de paternidade constitui um dos elementos de presunção da veracidade dos fatos articulados no pedido.

Todavia, a presunção deve ser aferida juntamente com os demais elementos de prova existentes nos autos, e não é o único valor ponderante para se admitir uma paternidade.

Quem alega o fato constitutivo de seu direito deve prová-lo nos termos do art. 333, I, do CPC.

No caso específico destes autos, a própria genitora da investigante tem dúvidas com relação à paternidade, conforme se constata da cópia de seu depoimento pessoal em outra ação investigatória, onde afirma "*que não sabe de quem ficou grávida, se foi do requerido ou do 'M.'*" (fls. 67).

Nenhuma das testemunhas ouvidas viu ou ouviu falar que o investigado se tenha relacionado com a mãe da requerente.

É importante a transcrição de alguns trechos de tais depoimentos:

"*... que não tem conhecimento de que a mãe da autora já teve envolvimento amoroso com o requerido...*" (M. - arrolada pela autora - fls. 41).

"*... que não tem conhecimento de ter havido relacionamento amoroso entre a mãe da autora e o requerido...*" (A. - arrolado pela autora - fls. 50).

"*... que não tem conhecimento da existência de relacionamento amoroso entre o requerido e a mãe da autora...*" (J.A. - arrolado pelo requerido - fls. 51).

"*... que não tem conhecimento de que tenha ocorrido relacionamento amoroso entre o requerido e a Q.; que nunca viu o requerido e a mãe da autora juntos...*" (L. - arrolada pelo requerido - fls. 52).

"*... que nunca ouviu falar de relacionamento amoroso entre a Q. e o requerido...*" (V. - arrolado pelo requerido - fls. 53).

"*... que não tem conhecimento da existência de relacionamento amoroso entre o requerido e a mãe da autora...*" (S. - arrolada pelo requerido - fls. 54).

Se é verdade que na ação de investigação de paternidade a prova não é direta, tem-se como questão pacífica tanto em doutrina como em jurisprudência que a investigante deve provar que o investigado manteve relacionamento sexual com a mãe da autora à época da concepção com caráter de exclusividade.

O que se vê dos autos é que a autora não saiu dos limites das alegações contidas no pedido, não produzindo qualquer prova do envolvimento amoroso de sua mãe com o investigado; sequer existem indícios da existência de tal relacionamento.

Não basta alegar a paternidade. Era mister que a autora provasse que o réu manteve relacionamento com sua mãe à época da concepção e com caráter de exclusividade. Além de não fazer esta prova, ainda admitiu ter mantido relacionamento com outro homem na época da concepção.

Assim tenho, *data venia*, que a recusa do réu a se submeter ao exame de DNA, por si só, não justifica a procedência do pedido, pois a lei assegura ao investigado a intangibilidade corporal.

É oportuno registrar o brilhante voto proferido pelo Des. Nilson Reis na ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes nº 173.580-2/01, em 30 de abril de 2002, quando examina questão semelhante à versada nestes autos:

"*No caso, ambas as partes tiveram, no plano processual, os mesmos instrumentos para o exercício de seus direitos, inclusive na produção de provas, não se podendo afirmar que a embargante não pôde realizar a pericial, exame de DNA, porquanto a Lei Fundamental concede à pessoa a intangibilidade de seu corpo e até mesmo não produzir contra si. Mas teve a oportunidade de realizar outras provas. Não as fez. O contraditório se estabeleceu. A audiência de instrução e julgamento realizou-se na sua bilateralidade (art. 332, CPC). Se o embargado não quis submeter-se ao exame de DNA, insista-se, exerceu direito, porque assentado em Lei Fundamental, berço nobre a iluminar toda a legislação infraconstitucional. Vale, aqui, a propósito do sistema probatório no processo civil, que, no direito brasileiro, também inadmissível a prova obtida ilicitamente (art. 383 do CPC). O próprio art. 5º, LVI, da CR, dispõe:*

'São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'.

Desta forma, se o embargado quisesse submeter-se à prova pericial, contaria, com sua vontade, observando o contraditório na formulação dos quesitos, impugnação e recursos, emprestando sua vontade à busca da certeza real. Mas, diante da lei, não se pode obrigá-lo. A lei tutela e protege a intangibilidade corporal. É a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, da CR). Privacidade, intimidade, vincula-se à liberdade pessoal.

A norma constitucional é de ser respeitada. Ela instituiu a autonomia da vontade do litigante na sua privacidade, intimidade, liberdade pessoal. Se não permite violação à privacidade, então, se o litigante não se despe de sua vontade, proíbe que o exame corporal se faça coercitivamente, porque, no devido processo legal, há igualdade das partes, observância do direito de defesa, com o estabelecimento do contraditório.

Portanto, diante deste quadro, não se pode falar, concessa venia, *na aplicação do instituto da presunção,*

como forma de solucionar o pleito, diante da realidade fática estabelecida pela prova testemunhal colhida nos autos, que aponta para a ausência de relacionamento, com exclusividade, entre a mãe da recorrente e o recorrido, tornando remota a probabilidade de que seja este o pai daquela. A propósito, vale a transcrição de ensinamento de SÉRGIO CARLOS COVELLO, em sua obra A 'Presunção em Matéria Civil', Saraiva, 1983, p. 21, in verbis:

'Tanto o legislador como o juiz perseguem a verdade e atingem, pela presunção, a verdade provável (a probabilidade), que se situa entre o falso e o verdadeiro.

A probabilidade admite graus, segundo sua maior ou menor aproximação da verdade. Ela é o grau de possibilidade de um acontecimento. O provável não é o que é, mas o que pode ser, o que existe apenas em potência, enquanto o real é o que existe em sua atualidade. O grau de crença na ocorrência de um evento depende de sua freqüência relativa aos dados disponíveis. Tanto maior é a probabilidade, quanto maior a freqüência do evento. Mas o freqüente não é o que ocorre sempre, sem exceção. É por esse motivo que a conclusão obtida pelo raciocínio presuntivo é sempre discutível, donde a admissibilidade de prova em contrário. Na ausência desta, o intelecto é levado à certeza a respeito do fato desconhecido'.

(...)

Na leitura da lei, que é ordenamento, não se contém regra jurídica dispondo sobre o dever da parte de submeter-se ao exame pericial corporal, preservando a sua intangibilidade e na feição procedimental do Código de Processo Civil e da legislação extravagante ou especial também não se encontra regra que a parte vulnerize o direito à reserva da intimidade da vida privada da pessoa humana, conservando a sua autonomia e liberdade e preservando o seu egoísmo. Contudo, já existe a lei consagrando invasões da privacidade, quando permite a quebra do sigilo bancário, quando dispõe sobre o respeito do conhecimento de dados ou registros pessoais, e tanto o constituinte quanto o legislador não se ativeram, até a vigência do novo Código Civil, sobre o avanço científico em hipótese como a dos autos: o exame pericial corporal para declaração de paternidade, que inspira uma pretensão humanística. Também, não se ignora que o exame DNA não é prova de certeza absoluta diante de quadro probatório, mas nele inserindo-se como meio científico, no qual se avulta a descoberta genética.

O ideal para a Justiça, virtude cardeal, seria que o embargado se tivesse submetido ao exame. Mas não o fez, exercendo direito consagrado no ordenamento jurídico vigente. Louve-se aqui o pedido renovado da embargante, por seu ilustre, inteligente e combativo procurador, como também o do embargado diante da lei.

Na consideração humana, divina e legal de que a identidade genética da investigação de paternidade é científica e se insere, também, no direito de cidadania, o legislador da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil Brasileiro, que '... entrará em vigor um ano após a sua publicação' (art. 2.044), resolve, processualmente, a omissão da legislação atual, valendo transcrever as disposições dos seus artigos 231 e 232:

'Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se da sua recusa'.

'Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame'.

Então, o próprio legislador, com a ciência da legislação atual, e aqui uma referência elogiosa ao professor e mestre Miguel Reale e a outros mestres do Direito, jurisconsultos pátrios na história do Código Civil moribundo e ao novo - a feliz iniciativa para que a verdade formal seja a certeza verdadeira e legítima".

Acrescente-se a lição do doutrinador ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA:

"*Sendo a paternidade um fato de prova difícil, não seria possível desprezar o subsídio que, para atestá-la, oferece presunções e indícios, desde que possa conduzir à certeza moral da existência do laço de filiação, tanto mais quanto, normalmente, as relações sexuais, que são seu pressuposto necessário, somente por esses meios se demonstram.*

Indícios e presunções, porém, para que possam ser acolhidos como elementos probatórios, devem ser graves, precisos e concludentes, isto é, não gerar simples suposições, envolverem uma relação necessária, ou pelo menos provável, entre o fato conhecido e o fato probando, de modo a afastar, de certo modo, as probabilidades contrárias" (*in Investigação de Paternidade*, p. 424).

Com tais considerações, *dou provimento* ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido.

Sem custas, desde que a autora está amparada pelos benefícios da assistência judiciária.

O Sr. Des. Nilson Reis - Sr. Presidente. Embora não entenda que a recusa à submissão ao exame de DNA seja presunção, porquanto há o direito constitucional da intangibilidade corporal, no caso dos autos, ponho-me de acordo com o voto do eminente Relator.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO

-:::-

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA ASSINADO PELO FALIDO EM PERÍODO ANTERIOR À QUEBRA E NOTAS PROMISSÓRIAS A ELE VINCULADAS - PROVA DA ORIGEM DO CRÉDITO - ART. 82 DA LEI DE FALÊNCIAS

- Estando o pedido de habilitação de crédito, na falência, amparado em termo de confissão de dívida e em notas promissórias a ele vinculadas, assinado pelo falido em período anterior à quebra, é de se reconhecer estar comprovada a origem do crédito, nos termos do art. 82 da Lei de Falências (Dec.-lei nº 7.661/45), para fins de deferimento do pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 251.421-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: Habilitação de crédito - Falência - Art. 82, LF. - Estando o pedido de habilitação de crédito amparado em contrato de confissão de dívida e notas promissórias a ele vinculadas, subscrito pelo credor em período anterior à quebra, é de se reconhecer estar comprovada a origem do crédito, para fins de deferimento do pedido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de setembro de 2002. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se recurso de apelação cível interposto por Nota Factoring Ltda. contra a sentença proferida nos autos de habilitação de crédito na falência de Cofermaq Ind. Com. Importação Exportação Ltda., que julgou improcedente o pedido, à alegação de que o termo de confissão de dívida apresentado pela requerente é abusivo, violando o conceito de *factoring*, uma vez que a falida sofreu onerosidade excessiva.

Sustenta a apelante que o termo de confissão de dívida é de 10.12.1997, portanto anterior à falência, que foi decretada em 28.02.2000 (fl. 19); que o Ministério Público e o Juiz presumiram a existência de fraude na renegociação efetuada.

Contra-razões às fls. 43-45 e 47-49.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso (fls. 66-69).

A origem do débito não é o contrato de *factoring*, e sim o termo de confissão de dívida assinado pela falida, em que expressamente reconhece o seu débito para com a apelante no valor de R$8.550,00, a ser pago em 03 parcelas, representadas por notas promissórias.

A apelante requereu a falência da apelada, conforme documentos de fls. 13 e 14, extinta por ter havido a declaração de falência da apelada em outro processo. Assim, requereu a habilitação de seu crédito, amparada no Termo de Confissão de Dívida e nas notas promissórias a ele vinculadas.

Dispõe o art. 82 da LEF que é obrigatória a apresentação de declaração expressa sobre o valor do crédito e sua origem, para que se possa aferir sua legitimidade. Segundo TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE:

"*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, III, do Cód. Comercial, da qual deriva a obrigação. Daí ser necessário, ainda mesmo para aqueles créditos que se materializam nos documentos, que lhe servem de forma legal (letras de câmbio, notas promissórias), a denúncia da causa que provocou o seu nascimento*" (*Comentários à Lei de Falências*, atualizado por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos, v. II, 4ª ed., Ed. Revista Forense, p. 80).

O pedido feito pela Nota Factoring Ltda. baseia-se não no Contrato de Fomento Mercantil nº 80, mas no Termo de Confissão de Dívida, assinado antes da falência, em que reconheceu o crédito e fixou a forma de pagamento.

Não cabe discutir no processo de habilitação o contrato anterior que deu causa ao Termo de Confissão de Dívida. Apesar de ter sido assinado em 1997, não há nenhuma notícia de que a falida tenha questionado tal contrato.

Este é o entendimento deste Tribunal:

"*Habilitação de crédito. Falência. Art. 82, LF. - Estando o pedido de habilitação de crédito amparado em contrato de confissão de dívida e notas promissórias a ele vinculadas, subscrito pelo credor em período anterior à quebra, é de se reconhecer estar comprovada a origem do crédito, para fins de deferimento do pedido*" (Apelação Cível nº 230.351-9, Quarta Câmara Cível, Rel. Bady Curi, j. em 04.04.2002).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para que o crédito seja habilitado na falência.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

IPTU - IMPOSTOS - MUDANÇA DA BASE DE CÁLCULO - ELEVAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

- Na dicção do preconizado pelo art. 97, IV, do CTN, somente a lei tem poderes para determinar a fixação da base de cálculo de um imposto; daí, deriva a impossibilidade de que o município, ao seu talante, eleja outra base ou mesmo modifique aquela existente, sem a aprovação do Legislativo.

- A aventada inconstitucionalidade do IPTU, pelo requerente, não tem como pontificar; a base de seu cálculo tem sustentação no art. 69 da Lei nº 5.641/89, com parâmetro no valor do imóvel, sabendo-se que não pode ser alterada tal base, senão através da lei.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 252.231-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Elevação de impostos com mudança da base de cálculo - Impossibilidade - Código tributário nacional. - "*Na dicção do preconizado pelo artigo 97, IV, do CTN, somente a lei tem poderes para determinar a fixação da base de cálculo de um imposto; daí, deriva a impossibilidade de que o Município, ao seu talante, eleja outra base ou mesmo modifique aquela existente, sem a aprovação do Legislativo*".

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de setembro de 2002. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Recursos de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Perante a Quinta Vara da Fazenda Pública Municipal, o aqui segundo recorrente, Luiz Gonzaga de Castro Alves, impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Diretor do Departamento de Rendas Imobiliárias da Prefeitura de Belo Horizonte, que, ao seu talante, alterou a base de cálculo fixada pelo Dec. 10.447/00 (IPTU), da Taxa de Resíduos Sólidos Urbanos em afronta aos artigos 18 e segs. da Lei Municipal nº 8.147/00 e da Taxa de Iluminação Pública com base na Lei nº 5.641/89, com incidências em imóveis de sua propriedade; alega, em apertada

síntese, a inconstitucionalidade quanto à exigência do IPTU do exercício de 2001, com base no Dec. 10.447/00, eis que o artigo 150, I, da Constituição Federal e o artigo 97 do CTN exigem lei para a fixação ou aumento da base de cálculo do tributo; acrescenta, quanto "*aos serviços de coleta de resíduos sólidos urbanos e de limpeza pública, que esses não podem ser divididos em unidades autônomas para cada contribuinte*", sendo *uti universi*, e não *uti singuli*; vaticina, derradeiramente, que a exigência da "Taxa de Iluminação Pública" e da "Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos" contraria o artigo 145, II, da CF/88, bem como o artigo 77, I e II, do CTN; juntou documentos.

Colhe-se, à fl. 64-TJ, que a liminar almejada foi indeferida; entrementes, autorizado o então impetrante, por requerido, o depósito judicial dos valores aqui questionados (fl. 68-TJ); a autoridade coatora prestou informações às fls. 72/98-TJ, trazendo a reboque farta documentação (fls. 100/228-TJ); a Representante do Ministério Público com exercício naquele Juízo ofertou parecer às fls. 229/241-TJ, opinando "*pela concessão parcial da segurança*"; a v. sentença vergastada encontra-se emoldurada às fls. 243/250-TJ, concedendo parcialmente a segurança pleiteada.

Como se vê, estes autos aportaram neste Tribunal em face do duplo grau de jurisdição, bem assim pelo manejo dos recursos voluntários, com razões espraiadas às fls. 258/263-TJ e 265/270-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 305/315-TJ, opinando pelo provimento do recurso interposto pelo Município de Belo Horizonte e pelo improvimento do recurso interposto pelo segundo apelante.

Data venia, após detida análise do contido neste caderno processual, sopesando criteriosamente as argumentações aqui despendidas pelas partes demandantes, concluo que a decisão monocrática não está a merecer qualquer reparo, devendo ser mantida em toda sua inteireza.

A recalcitrância do então requerente quanto à aventada inconstitucionalidade do IPTU não tem como pontificar; a base de seu cálculo tem sustentação no artigo 69 da Lei nº 5.641/89, com parâmetro no valor do imóvel; demais, sabe-se que não pode ser alterada tal base, senão através da lei (artigo 97, IV, CTN).

Com efeito, há que se convir que a majoração do valor venal, "*para fins de atualização do tributo*", não pode receber o crivo de inconstitucional; portanto, não há qualquer ilegalidade de propósitos neste sentido.

De igual forma, também tenho por bem decidido a concernente à "Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos", instituída pela Lei Municipal nº 8.147/00; realça o texto sentencial:

"*No caso do serviço de coleta de resíduos sólidos, entendo que não se trata de serviços prestados* uti

universi *porque na utilização dos mesmos se encontram presentes os requisitos da especificidade e da divisibilidade, quer porque atende a determinada necessidade pública, implicando na limpeza do imóvel, com a coleta do lixo domiciliar, quer porque de outra parte, são utilizados separadamente, por cada usuário,* uti singuli".

Mais adiante, complementa:

"*Enfim, os serviços prestados são usufruídos por cada um dos contribuintes de forma individual. Quem custeia este serviço é aquele que produz o lixo e tem o recolhimento, transporte e tratamento do mesmo. São serviços suscetíveis de serem atribuídos aos que dele se beneficiam*".

Conclusivamente, no que pertine à Taxa de Iluminação Pública, também endosso a interpretação externada na decisão profligada quanto ao reconhecimento de sua ilegalidade, o que ocasiona, sem dúvida, a configuração do ato abusivo da autoridade aqui apontada como coatora; incontroversa a constatação de "*não ser possível verificar a relação quantitativa entre este serviço e o obrigado ao pagamento da taxa...*", porquanto sua base de cálculo "*não é capaz de mensurar o valor devido por cada contribuinte*"; óbvio, que sua prestação é *uti universi*, pois beneficia toda uma comunidade, e não isoladamente o indivíduo; arremata-se, concluindo, que este tributo foi declarado como inconstitucional (ADIn nº 171.155-5.00).

Isso colocado, em reexame necessário, mantenho incólume a decisão singular fustigada; por via de conseqüência, prejudicados os recursos voluntários.

Custas, na forma de lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

INVENTÁRIO - DOCUMENTAÇÃO INICIALMENTE APRESENTADA - POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA FORMA DOS ARTS. 999 E SEGUINTES DO CPC - PETIÇÃO INICIAL - INDEFERIMENTO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - INADMISSIBILIDADE

- É imprópria a extinção do processo, mediante indeferimento da petição inicial, quando, com base na documentação inicialmente apresentada, poderia prosseguir, na forma dos arts. 999 e seguintes do CPC, especialmente porque, não realizadas as citações previstas naquele dispositivo, mostra-se inviável à prestação jurisdicional requerida a antecipação do juiz a possíveis herdeiros ou interessados para, com excessivo rigor no exame das certidões que instruem o pedido, afirmar que a requerente do inventário não tem título hábil para qualificá-la como herdeira. Recomendável o processamento do pedido e, se for o caso, a remessa dos interessados às vias ordinárias, para a prova de fatos não documentados (CPC, art. 984), que se reputar indispensável ao prosseguimento do feito, em obséquio da orientação de que o abrandamento do rigor formal é critério salutar quando se procura construir o direito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 253.139-0/00 - Comarca de Sabará - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Processo civil - Inventário - Petição inicial - Indeferimento - Extinção do processo. - É imprópria a extinção do processo, mediante indeferimento da petição inicial, quando, com base na documentação inicialmente apresentada, poderia prosseguir, na forma dos arts. 999 e seguintes do Código de Processo Civil, especialmente porque, não realizadas as citações previstas naquele dispositivo, mostra-se inviável à prestação jurisdicional requerida a antecipação do juiz a possíveis herdeiros ou interessados para, com excessivo rigor no exame das certidões que instruem o pedido, afirmar que a requerente do inventário não tem título hábil para qualificá-la como herdeira. Recomendável o processamento do pedido e, se for o caso, a remessa dos interessados às vias ordinárias, para a prova de fatos não documentados (CPC, art. 984), que se reputar indispensável ao prosseguimento do feito, em obséquio da orientação de que o abrandamento do rigor formal é critério salutar quando se procura construir o direito. Dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2002. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, tempestivo e dispensado de preparo, porque ao recorrente foram deferidos os benefícios da Lei nº 1.060/50.

Trata-se de apelação apresentada contra a sentença de fl. 74-v.-TJ, mantida às fls. 92-v./93-TJ, que indeferiu a petição inicial do inventário dos bens de Nicolao Felipe Pinheiro, requerido por Maria do Carmo Santos, ao fundamento de que esta não provou ser herdeira do *de cujus*.

O apelante alega, em síntese, que o Sentenciante não observou o disposto nos arts. 987 a 1.000 do Código de Processo Civil e que não foram suscitadas dúvidas nem reclamações contra a nomeação da inventariante e a sua qualidade de herdeira do seu falecido bisavô. Diz que a requerente do inventário e seus familiares se encontram na posse do bem inventariado, conforme demonstram os documentos juntados nos autos. Pede o provimento do recurso, com a determinação do prosseguimento do inventário.

A despeito de algumas deficiências existentes nas certidões de registros que instruem o pedido inicial, existe correspondência bastante entre os dados nelas consignados, para sugerir que a requerente do inventário é descendente do autor da herança.

À fl. 05-TJ está a certidão de óbito do autor da herança, "Nicolao Felipe Pinheiro", falecido em 24.02.1890, constando das observações, ao final, que deixou nove filhos, dentre eles Antonio do Nascimento Felipe.

À fl. 27-TJ, a certidão de óbito de "Antonio do Nascimento Pinheiro", falecido em 10.01.1926, casado com "Anna Martha Pinheiro" e filho de "Nicolao Felipe Pinheiro" e de "Ana do Nascimento Pinheiro".

À fl. 26-TJ, a certidão de óbito de "João Bento", falecido em 09.01.1976, casado com "Anelina Felix Braga" e filho de "Antonio do Nascimento" e de "Ana Marta", constando das observações, ao final, que deixou duas filhas, dentre elas "Maria do Carmo Santos".

À fl. 25-TJ, a certidão de casamento da requerente do inventário, "Maria do Carmo Santos", filha de "João Bento do Nascimento" e de "Nelina Felicia Braga".

Os elementos constantes dos atos de registro juntados nos autos esclarecem, em princípio, a descendência alegada pela requerente do inventário e, por conterem equívocos na descrição dos nomes dos registrandos, habitualmente verificados nos registros antigos, principalmente naqueles efetivados em serventias do interior, não devem ser objeto de exame excessivamente rigoroso e formalista, que repercuta, de plano, contra direitos e interesses não impugnados.

A requerente foi nomeada inventariante (fl. 61-TJ), prestou compromisso à fl. 62-TJ e apresentou as primeiras declarações às fls. 67/68-TJ, juntando documento do bem imóvel deixado pelo *de cujus* (fl. 69-TJ), certidão negativa de ônus reais (fl. 70-TJ) e guia de pagamento de Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR (fl. 71-TJ).

Nenhum interessado se apresentou, previamente, para reclamar da nomeação da inventariante, nem para impugnar sua condição de herdeira do autor da herança.

Considero injustificável a extinção do processo, quando, com base na documentação inicialmente apresentada, poderia prosseguir, na forma dos arts. 999 e seguintes do Código de Processo Civil, especialmente porque, não realizadas as citações previstas naquele dispositivo, mostra-se inviável à prestação jurisdicional requerida a antecipação do juiz a possíveis herdeiros ou interessados para, mediante a adoção de exacerbado rigorismo no exame das certidões que instruem a inicial, afirmar que a requerente do inventário não tem título hábil para qualificá-la como herdeira.

Não desconsidero que o Juiz se portou com cautela, ao concluir que os documentos apresentados não lhe permitiam aferir a condição da requerente como herdeira do *de cujus*.

No entanto, o seu critério, ainda que louvável, não poderia, *data venia*, resultar num convencimento precipitado e determinante da extinção do processo.

É que não se trata de caso de testamento, no qual se deve redobrar o zelo na observância da forma, por envolver declaração de última vontade, que não pode ser renovada, em razão da morte de quem a fez.

Logo, recomendável o avanço no processamento do pedido de inventário e, se for o caso, a remessa dos interessados às vias ordinárias, para a prova de fatos não documentados (CPC, art. 984), que se reputar indispensável ao prosseguimento do feito, em obséquio das orientações jurisprudencial e doutrinária de que o abrandamento do rigor formal é critério salutar quando se procura construir o direito.

Portanto, sem prejuízo de posterior verificação sobre a condição de herdeira da requerente do inventário, impõe-se o prosseguimento deste.

Dou provimento ao recurso, para cassar a sentença e determinar o prosseguimento do processo de inventário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

A Srª. Desª. Jurema Brasil Marins Miranda - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PRESTAÇÃO DE CONTAS - SINDICATO DE SERVIDORES MUNICIPAIS - AÇÃO AJUIZADA EM FACE DA MUNICIPALIDADE - FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DAS CONTAS E RECURSOS GERIDOS PELO MUNICÍPIO - COMPETÊNCIA DO LEGISLATIVO LOCAL COM O AUXÍLIO DO TRIBUNAL DE CONTAS - ART. 31 DA CF - ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

- Os sindicatos de servidores municipais não possuem legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação de prestação de contas em face da municipalidade, faltando-lhes legitimidade para pretender fiscalizar e controlar as contas e recursos geridos pelo município, porquanto tal atribuição é do Poder Legislativo local, com auxílio técnico do Tribunal de Contas, conforme determina o art. 31 da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 253.948-4/00 - Comarca de Ouro Fino - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Ementa oficial: Ação de prestação de contas - Controle e fiscalização de recursos geridos pelo município - Sindicato de servidores municipais - Ausência de legitimidade ativa *ad causam* - Regra constitucional de controle da Administração Pública que cabe ao Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas - Extinção do processo, sem julgamento do mérito - Acerto da sentença - Recurso desprovido. - Falta legitimidade a sindicatos de servidores municipais para pedido de fiscalização e controle das contas e recursos geridos pelo município, porquanto seja tal atribuição especialmente do Poder Legislativo local, com auxílio técnico do Tribunal de Contas, conforme determina o art. 31 da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2002. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Ouro Fino, através do qual se insurge contra a r. sentença de fls. 130/131, que, com apoio no art. 267, VI, do CPC, julgou extinto o processo, sem exame do mérito, da ação de prestação de contas que moveu contra o Município de Ouro Fino.

Para tanto, alega que o sindicato, na qualidade de representante dos interesses dos servidores municipais de Ouro Fino, possui interesse e legitimidade em saber a destinação dos recursos provenientes da extinção da Caixa Beneficiária, não informada pelo Poder Público local, sendo pertinente, desta forma, a vigente prestação de contas, sem a qual se torna impossível a necessária vinculação de tais recursos ao fundo previdenciário do Município.

Assim, não se conformando com o entendimento da instância singular de que não possui legitimidade ativa, propugna o apelante pelo provimento do recurso, a fim de que seja anulada referida decisão (fls. 132/138).

Contra-razões apresentadas, às fls. 140/143.

Às fls. 151/153, foi acostado aos autos o d. parecer da lavra do dinâmico e culto Procurador de Justiça, Dr. Antônio Joaquim Fernandes Neto, para quem o recurso deverá ser desprovido.

Em seguida, vieram-me conclusos. Passo, pois, à sua análise.

O recurso de apelação, interposto a seu tempo e modo, deve ser conhecido.

Em que pese a bem fundamentada peça recursal, por seu ilustre procurador, tenho que o vigente apelo deverá mesmo deixar de ser acolhido por esta Turma Julgadora.

Tratou o apelante, na qualidade de sindicato representativo dos servidores do Município de Ouro Fino, de ajuizar denominada ação de prestação de contas em face do Sr. Prefeito Municipal de Ouro Fino, como Chefe do Executivo local, pretendendo fossem prestadas as contas vinculadas à extinção da Caixa Beneficiária de Ouro Fino, porquanto haveriam de ter os seus recursos finalidade previdenciária, a teor do que dispõe o art. 195 da Carta Magna.

Neste contexto, embora agisse com nobre intenção, não poderia o apelante, tal como entendeu a instância monocrática, pretender fiscalizar e controlar as contas e recursos geridos pelo Município de Ouro Fino, porquanto seja tal atribuição especialmente do Poder Legislativo local, com auxílio técnico do Tribunal de Contas, conforme determina o art. 31 da Constituição Federal.

A rigor, na lição de NELSON NERY JÚNIOR, "*entende-se por devedor de contas o que administrou bens ou interesses alheios e credor delas aquele em favor de quem a administração se deu*" (*CPC Comentado*, RT, 5ª ed., p. 1.285), o que, à primeira vista, poderia configurar a legitimidade ativa *ad causam* em favor do apelante.

Todavia, a par de os dispositivos do CPC (arts. 914 e seguintes) não se aplicarem ao fato em exame - em face da regra constitucional específica para o controle dos entes públicos (REsp nº 101.530/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* de 14.12.98) -, vale registrar ainda que, sobre os servidores públicos municipais, não recaiu prejuízo algum, na medida em que, como bem ponderado pelo d. Procurador de Justiça, Dr. Antônio Joaquim Fernandes Neto, "*todas as obrigações foram transferidas para o Município pela Lei nº 1.874, de 1999*", o que, com maior razão, dá-se a entender que o que se almeja é fiscalizar a destinação dos recursos da extinta autarquia municipal, embora vedado constitucionalmente a entes de natureza privada.

Vale citar, por oportuno, o seguinte julgado, cuja conclusão não destoou do entendimento firmado pela instância singular e que ora confirmo, *verbis:*

"*Prestação de contas. Convênio entre o Estado e a Prefeitura. Competente para apreciar matéria de natureza administrativa é do Tribunal de Contas do Estado. Preliminar de carência de ação acolhida. Extinção do feito. Aplicação dos arts. 267,§2°, do CPC e 77 da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul. Votos vencidos*" (TJMS, AC nº 28.635-1, Rel. Des. Rui Garcia Dias, *in RT,* 685/141).

Diante do exposto, acolhendo o parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso, mantendo a bem-lançada sentença em seus próprios fundamentos.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Ernane Fidelis - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITOS - JUROS DE MORA - TAXA DE 12% AO ANO NÃO EXPRESSAMENTE PACTUADA - TAXA LEGAL DE 6% AO ANO - INCIDÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.062 DO CÓDIGO CIVIL - HONORÁRIOS DO SÍNDICO - LITIGANTE QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DE SUA PRETENSÃO - EXCLUSÃO

- Em pedido de habilitação de crédito em falência, não havendo prova de que os juros tenham sido pactuados à taxa de 12% ao ano, limite permitido pelo Decreto nº 22.626/33, justifica-se o seu arbitramento à taxa de 6% ao ano, consoante disposição contida no art. 1.062 do Código Civil.

- Não obstante os honorários do síndico da massa falida sejam devidos quando a habilitação de crédito em falência tiver sido impugnada, assumindo a forma litigiosa, eles não o são, se o credor que pleiteou a habilitação tiver decaído de parte mínima de sua pretensão, de conformidade com o disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC, impondo-se, nesse caso, o provimento parcial da apelação da sentença pela qual eles foram arbitrados, com sua conseqüente exclusão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 254.102-7/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: Falência - Habilitação de crédito - Taxa de juros não expressamente convencionada - Incidência à taxa legal - Inteligência do art. 1.062 do Código Civil - Honorários do síndico - Litigante que decaiu de parte mínima de sua pretensão - Exclusão - Procedência parcial do pedido - Apelação provida em parte. - Não havendo sido comprovada a alegação de que os juros de mora tenham sido pactuados à taxa de 12% ao ano, limite permitido pelo Decreto nº 22.626/33, justifica-se o seu arbitramento à taxa legal de 6% ao ano, em pedido de habilitação de crédito perante a massa falida em processo de falência, de conformidade com o disposto no art. 1.062 do Código Civil. Não obstante os honorários do síndico da massa falida sejam devidos, quando a habilitação do crédito em processo de falência tiver sido impugnada, assumindo a forma litigiosa, eles não o são, se o credor que pleiteou a habilitação tiver decaído de parte mínima de sua pretensão, de conformidade com o disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC, impondo-se, nesse caso, o provimento parcial da apelação da sentença pela qual eles foram arbitrados, com sua conseqüente exclusão.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 29 de abril de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço da apelação, recurso próprio, tempestivo, regularmente preparado.

Não havendo a massa falida, ora ré, apelado da parte da sentença que lhe foi desfavorável, pela qual foi deferido o pedido de habilitação do crédito da apelante, no processo de falência, ela transitou em julgado nessa parte, pelo que nada há que ser decidido em relação à matéria não impugnada.

A preliminar relativa à inépcia da inicial, desacolhida pelo MM. Juiz, resultou, assim, superada, por falta de oportuna impugnação.

Resta, portanto, apenas a apreciação da questão atinente à taxa de juros arbitrada pelo MM. Juiz, com a qual não se conformou a empresa-apelante, e a questão atinente aos honorários do síndico da massa falida, objeto da apelação interposta da sentença pela autora.

Apenas em parte, merece reforma da sentença apelada, para

excluir-se a parcela arbitrada a título de honorários do síndico da massa, pelos motivos que serão adiante expostos.

No que diz respeito aos juros de mora, arbitrados à taxa de 6% ao ano, deve prevalecer a parte da sentença a eles relativa, por não haver nos autos prova de que eles tenham sido pactuados a uma taxa superior a esse percentual, dentro dos limites estabelecidos pelo Decreto nº 22.626/33.

E, para que se justifique o cálculo dos juros à taxa de 12% ao ano, é necessário que eles tenham sido expressamente pactuados a essa taxa, não sendo válida a contratação verbal que não tenha condições de ser comprovada no curso do processo, como no caso presente, em que não há prova alguma dessa contratação.

São devidos os juros à taxa legal, por não impugnada pela massa falida a autorização para a sua cobrança, desde que ocorra a hipótese prevista no parágrafo único do art. 26 do Decreto-lei nº 7.661, de 21.06.45, de acordo com o ensinamento de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, segundo o qual:

"*se, pago o principal, a massa ainda comportar o pagamento dos juros estipulados ou legais, estes deverão ser satisfeitos, só tendo o falido direito à restituição da sobra, se houver*" (*Comentários à Lei de Falências*, 2ª ed., Forense, v. 1, art. 26, nº 198, p. 217).

A sentença só merece reparos na parte em que o MM. Juiz arbitrou os honorários do síndico, não pelo fato de não ter ele direito, em tese, ao seu recebimento; de acordo com o que foi demonstrado pela apelada, com base na orientação da jurisprudência que invoca, quando há impugnação à habilitação, assumindo ela a forma litigiosa, mas porque, tendo a apelante decaído de parte mínima de sua pretensão, pelo acolhimento do seu pedido de habilitação do seu crédito, com os respectivos juros, arbitrados, porém, em percentual inferior ao por ela pretendido, impõe-se a exclusão da parcela a eles relativa, de acordo com o disposto no art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, segundo o qual, "*se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários*".

Com esses fundamentos, dou provimento parcial à apelação, para excluir da condenação a parcela arbitrada a título de honorários do síndico, confirmando quanto ao mais a sentença apelada.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

RETROCESSÃO - IMÓVEL EXPROPRIADO - DESTINAÇÃO PÚBLICA DIVERSA DAQUELA DO OBJETIVO INICIAL DA DESAPROPRIAÇÃO - PERMANÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO - DESVIO DE FINALIDADE - INOCORRÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

- Se o município deu destinação pública à área desapropriada, ainda que diversa daquela específica do objetivo inicial da desapropriação, permanecendo a característica de sua utilização a bem do interesse público, descabe falar em retrocessão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 254.266-0/00 - Comarca de Conceição do Mato Dentro - Relator: Des. ABREU LEITE

Ementa oficial: Administrativo - Retrocessão - Imóvel expropriado - Desvio de finalidade - Inocorrência - Permanência do interesse público - Improcedência do pedido - Desprovimento recursal.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2002. - *Abreu Leite* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Abreu Leite - Trata-se de ação ordinária de retrocessão movida por Sebastião Soares dos Santos e outros contra a Prefeitura Municipal de Dom Joaquim e CCPR-Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda., alegando que o bem desapropriado pela Municipalidade não foi destinado à utilidade pública, havendo apenas o início da construção de algumas dependências até o seu completo abandono.

Pela r. sentença de fls. 463/466, o pedido foi julgado improcedente, desde que "*a despeito da alteração de sua finalidade específica, o imóvel expropriado preservou a sua utilização em outra finalidade pública, situação que inviabiliza por completo o pleito dos autores*".

Os recorrentes, nas razões recursais de fls. 471/477, sustentam que o bem expropriado foi abandonado e que a instrução processual demonstrou que a finalidade da desapropriação não está sendo cumprida há quase duas décadas, sendo certo que grande parte do imóvel se encontra sem destinação ou sendo utilizada como borracharia, lavador de carros, garagem e oficina mecânica. Afirmam que o apelado somente procurou desenvolver a

suposta horta comunitária, após a perícia, temendo uma sentença desfavorável.

Conheço do recurso, desde que atendidos os pressupostos que regem a sua admissibilidade.

Vê-se dos autos, ao contrário do que sustentam os recorrentes, que a área desapropriada teve destinação pública, ainda que diversamente do objetivo inicial da desapropriação.

O laudo técnico pericial acostado às fls. 234/270 não deixa margem a dúvidas, pois informa que o imóvel é utilizado pela Prefeitura Municipal de Dom Joaquim, bem como por órgãos estaduais, como Siat, Emater, Ima e Sucan.

Aliás, as fotografias de fls. 264/270 demonstram bem as edificações realizadas no local, inclusive sendo destacado o escritório da Emater.

Sobre o tema é válida a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

"*O desvio de finalidade ocorre, na desapropriação, quando o bem expropriado para um fim é empregado e outro sem utilidade pública ou interesse social. ... Mas, deve-se entender que a finalidade pública é sempre genérica, e, por isso, o bem desapropriado para um fim público pode ser usado em outro fim público, sem que ocorra desvio de finalidade*". (*In Direito Administrativo Brasileiro*, 6ª ed., Edit. Revista dos Tribunais, p. 569.)

É verdade que houve o desvio da finalidade do imóvel expropriado, mas permaneceu a característica de sua utilização a bem do interesse público, razão pela qual não procede mesmo o pleito retrocessório.

A jurisprudência tem trilhado com o mesmo entendimento:

"*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*" (TJMG, Ap. Cível nº 143.621-1.00, Rel. Des. Hugo Bengtsson, j. 04.05.00).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos recorrentes.

O Sr. Des. Nilson Reis - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - REALIZAÇÃO - RECUSA DO RÉU - CONDUÇÃO COERCITIVA - INADMISSIBILIDADE

- Inadmissível o pedido de condução coercitiva do réu para a materialização do exame de DNA, devendo ser indeferido, uma vez que ninguém é obrigado a submeter-se a tal exame, que só pode ser realizado com ampla concordância do investigado. A recusa ao exame, aliada às evidências dos autos, permite ao juiz tirar as conclusões apropriadas.

AGRAVO Nº 254.848-5/00 - Comarca de Resplendor - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Agravo de instrumento em investigação de paternidade cumulada com alimentos - Revelia do suplicado - Requerimento de condução coercitiva do agravado para materialização do exame de DNA, indeferido pelo magistrado. - Ninguém pode ser obrigado a fazer o exame, que só pode ser feito com a plena concordância da parte investigada. A recusa a permitir o exame, aliada às evidências dos autos, pode permitir ao juiz tirar as conclusões apropriadas. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs o presente agravo, contra decisão interlocutória, em ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, que indeferiu requerimento de intimação do suplicado, para se manifestar acerca do exame de DNA.

Sob o fundamento de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, o Juiz primevo, em despacho, cópia à fl. 35 (trinta e cinco), negou o referido requerimento.

Inconformado, o MP agravou da decisão, pugnando seja o suplicado conduzido coercitivamente para a produção do mencionado exame, sob o fundamento de que, em face do direito de silêncio do réu, o direito à personalidade do menor é preponderante. Valeu-se de extensa argumentação, com diversas citações constantes das razões do agravo.

Sem contra-razões.

Agravo recebido apenas no seu efeito devolutivo.

É o relatório. Passo a decidir.

Conheço do agravo, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

O Ministério Público de Minas Gerais, ora agravante, pede a condução coercitiva do agravado, J.M., para materialização do exame de DNA, invocando a necessidade de esclarecimento acerca do direito à personalidade do menor ora autor da ação principal.

Razão não assiste ao agravante, com a devida vênia.

Não se trata apenas do direito ao silêncio do réu. Conduzi-lo coercitivamente para que tenha material genético retirado do seu próprio corpo é um desrespeito às garantias fundamentais, previstas na Constituição Federal, tal qual a prevista no inciso II do art. 5º da CF. "*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". É de se citar trecho de voto do douto Des. José Francisco Bueno, acerca do tema abordado:

"*É direito sagrado não se submeter o cidadão, nem sob ordem judicial, a exame de que elemento de seu corpo seja indispensável para realização.*

A Alemanha nazista, em busca de falsa superioridade racial, inventou a loucura da eugenia; só os perfeitos física e mentalmente, segundo o juízo da brutal política dominante, tinham o direito à vida e a constituir família.

Para cumprimento do absurdo, diplomas legais, ditatoriais, foram editados no sentido de obrigar indivíduos supostamente portadores de alguma deficiência a se submeterem a exame, pena de condução coercitiva.

Se, dentro da loucura nazista, algum defeito fosse constatado, estaria o cidadão sujeito à esterilização ou, em casos mais acentuados, a confinamento em campos, como se fossem prisioneiros.

Bem ou mal, estamos em regime democrático de direito, sob o primado da lei, em que a garantia individual impede o que a decisão agravada pretende.

Ninguém se obriga ao exame, que só pode ser feito com a plena concordância da parte investigada" (TJMG, Ap. 184.412-5, Relator: Des. José Francisco Bueno, de 19.09.2000.)

A revelia do réu e a omissão em se submeter ao exame de DNA hão de ser consideradas como comportamento que, inserido no conjunto probatório produzido nos autos, soma em favor de quem pretende a declaração de paternidade.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira - Sr. Presidente. A inviolabilidade do corpo humano veda que se possa fazer, coercitivamente, com que qualquer pessoa se submeta a qualquer espécie de exame, muito menos o de fornecimento de sangue para o exame de DNA. Por isso o acerto do respeitável despacho agravado, que deve ser mantido.

Acompanho o em. Des. Relator.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Na Alemanha de Hitler, ou em algum outro país que tenha tido ou que possua regime de governo com as mesmas diretrizes, haveria lugar para conduzir-se coercitivamente a pessoa para extrair dela prova que lhe pudesse ser contrária, não no Brasil, nem de ontem, nem de hoje, isso seria possível.

De inteiro acordo com os votos que me antecederam.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* - FATO GERADOR - LANÇAMENTO - ABERTURA DO INVENTÁRIO - AVALIAÇÃO DOS BENS DO ESPÓLIO - HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO - MOMENTO DA EXIGÊNCIA DO TRIBUTO - PRAZO - DECADÊNCIA - PRESCRIÇÃO

- O fato gerador do imposto de transmissão *causa mortis* ocorre no momento do óbito do autor da herança. Mas o lançamento efetiva-se posteriormente, após a abertura do inventário e correspondente avaliação dos bens do espólio.

- O imposto de transmissão *causa mortis* só é exigível a partir da homologação do cálculo. Somente a partir de então é que, não satisfeito o débito, conta-se o prazo de decadência (cinco anos) para que a Fazenda Pública proceda ao lançamento. Após este, começa a fluir o prazo prescricional (também de cinco anos) para a cobrança do tributo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 254.875-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Mandado de segurança - Imposto de transmissão *causa mortis* - Falecimento ocorrido em 1986 - Abertura do inventário no ano de 2000 - Decadência reconhecida - Inexistência de cálculo correspondente - Ausência de lançamento - Sentença reformada - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, CASSADA A LIMINAR.

Belo Horizonte, 19 de setembro de 2002. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela segunda apelante, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Em face de alguns elementos levantados da tribuna, peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela segunda apelante, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 12.09.2002, a meu pedido, como Relator, após sustentação oral.

Meu voto é o seguinte:

Conheço do processo, em reexame necessário, bem como do recurso voluntário, porque presentes os pressupostos próprios de admissibilidade.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Francisco Pereira da Silva contra ato do Sr. Procurador-Geral da Fazenda estadual, ordem afinal concedida, como consta do relatório.

A autora da herança faleceu aos 08 de setembro de 1986, com abertura, porém, do respectivo inventário apenas aos 25.02.2000, seja dizer, quase quinze anos após o óbito.

Sem dúvida, nos termos do art. 1.572 do CC:

"*Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*".

A respeito, observa MARIA HELENA DINIZ (*Código Civil Anotado*, 2ª ed., Saraiva, p. 983):

"*No instante da morte do* de cujus *abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do falecido aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato (RT, 160:127 e 464:242; RJTJSP, 61:167; RF, 110:379)*".

Daí, a certeza de ser a morte, na espécie, o fato gerador do tributo de transmissão, ainda sem o necessário e indispensável lançamento.

Ora:

"*Transmissão* causa mortis (...) *O fato gerador, não definido especificamente no art. 35 do CTN, é a transmissão do domínio e da posse dos bens do* de cujus *pela abertura da sucessão, 'desde logo', aos herdeiros legítimos e testamentários (CC, art. 1.572). Ocorre, pois, com o óbito e no dia deste, aplicando-se a alíquota em vigor nessa data (Súmula n. 112). Mas o cálculo do imposto será feito pelo valor efetivo na data da avaliação (Súmula n. 113)*". (Cf. ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, For., 7ª ed., fl. 152.)

O lançamento, entretanto, há de se efetivar posteriormente, após a abertura do inventário e correspondente avaliação.

E mais especificamente:

"*O lançamento retroage à data do fato gerador e rege-se pela lei então vigente.*

Essa lei regulará a base de cálculo, a tipicidade do fato gerador da obrigação principal e a alíquota...

O lançamento apura e reconhece uma situação de fato num momento no tempo...

Já vimos que o imposto causa mortis *é processado pela autoridade judicial do inventário, que apura o valor líquido da herança, manda calcular o imposto e homologa o cálculo por sentença... vários tribunais brasileiros, inclusive o STF, têm decidido que esse tributo 'é calculado sobre o valor dos bens à data da avaliação' (Súm. 113).*

Essa jurisprudência, sem dúvida, foi provocada pela inflação quase vertiginosa do Brasil, desde 1942, tanto mais quanto é notória a protelação nos inventários e partilhas, às vezes por 10 anos e mais..." (aut. e ob. cits., fls. 446).

Todavia, por culpa, única e exclusiva, do impetrante, o inventário somente se iniciou no ano 2000, quando o óbito ocorreu em 1986.

Não pode, assim, pretender benefícios, em face de sua inércia. É cediço que a parte não pode alegar a própria torpeza em benefício próprio.

Outrossim, seja nos termos dos arts. 1.013, § 2º, ou 1.031, § 2º, ambos do CPC, o imposto só passa a ser devido a partir da homologação do cálculo.

A partir de então, a toda evidência, não satisfeito o débito, conta-se o prazo decadencial (cinco anos) para que a Fazenda Pública proceda ao indispensável lançamento. E, depois, passa a fluir o prazo prescricional (também de cinco anos) para sua cobrança.

É o espírito da Súmula n. 114 do STF:

"*O imposto de transmissão* causa mortis *não é exigível antes da homologação do cálculo*".

Com acuidade, por outro lado, observou a culta Procuradora de Justiça, Dra. Aída Lisbôa Marinho (fls.102):

"*Desse modo, apesar de o óbito ter ocorrido em setembro de 1986, a contagem do prazo decadencial não se inicia a partir do mesmo, posto que não pode o Fisco efetuar o lançamento do crédito antes da homologação do cálculo por sentença judicial transitada em julgado*".

Não se vislumbra, assim, a presença de direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante.

Com essas razões de decidir, em reexame necessário, reformo a r. sentença, para denegar impetrada ordem, prejudicado o recurso voluntário, cassando-se, desde já, deferida liminar.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo com o Relator.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, CASSADA A LIMINAR.

-:::-

DEPÓSITO JUDICIAL REMUNERADO - EFETIVAÇÃO POR FORÇA DE CAUTELAR JUDICIAL REQUERIDA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DEPOSITANTE - RECONHECIMENTO POSTERIOR - LEVANTAMENTO TOTAL DA QUANTIA DEPOSITADA COM OS ACRÉSCIMOS REMUNERATÓRIOS LEGAIS - DIREITO INCONTESTÁVEL

- Reconhecida a ilegitimidade passiva do depositante compulsório, em ação cautelar, tem ele direito ao levantamento total da quantia depositada, com os acréscimos remuneratórios ocorridos, cabendo a responsabilidade pelo ônus da condenação à parte passiva reconhecida legítima.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 255.253-7/00 - Comarca de Passa-Quatro - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Depósito judicial remunerado, efetivado por força de cautelar judicial requerida - Ilegitimidade passiva do depositante reconhecida posteriormente - Levantamento total da quantia depositada com os acréscimos remuneratórios legais - Direito incontestável. - Reconhecida a ilegitimidade passiva do depositante compulsório, em ação cautelar, tem ele direito ao levantamento total da quantia depositada, com os acréscimos remuneratórios ocorridos, cabendo a responsabilidade pelo ônus da condenação à parte passiva reconhecida legítima.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGÁ-LO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 05 de novembro de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Consoante relatório, cuida-se de recursos apelatórios do autor, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais-Ecad, e do requerido - Município de Passa-Quatro, envolvendo sentença que julgou procedente, em parte, cobrança de direitos autorais de músicas executadas ou a serem em *shows* com cantores diversos, nas dependências do Parque de Exposições da Cidade de Passa-Quatro, quando da realização do "*XXIII Concurso Leiteiro - Expo Passa-Quatro MG/99*".

O Ecad ajuizou ação cautelar inominada e posterior ação de cobrança contra a Prefeitura Municipal de Passa-Quatro, o Sindicato Rural de Passa-Quatro e a firma Dotti Promoções Artísticas Ltda., buscando o recebimento da quantia de R$8.395,40, a título de direitos autorais pelas músicas executadas ou a serem, em *shows* programados para os dias 25.07 a 01.08 de 1999, requerendo o depósito liminar da quantia pretendida como estimativa, sob pena de se vedarem as festividades programadas.

Determinado o depósito cautelar, o Município o efetuou (fls. 64-v. dos autos da cautelar), garantindo a realização das festividades programadas. Todavia, alegou sua ilegitimidade passiva, bem como do Sindicato Rural de Passa-Quatro, asseverando ser parte passiva legítima o também requerido Dotti Promoções Artísticas Ltda., preliminar acolhida no despacho saneador (fl. 90 dos autos principais), decisão confirmada em acórdão proferido no Agravo de Instrumento autuado sob o nº 227.240-7.00 neste TJMG, j. em 15.05.01.

A r. sentença de fls. 128/132, declarada à fl. 139, julgou procedente, em parte, o pedido exordial, condenando o requerido Dotti Promoções Artísticas Ltda. a pagar ao autor a quantia de R$5.596,67, corrigidos e atualizados conforme índices da conta judicial, impondo-lhe, ainda, os ônus sucumbenciais, custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa, pelo réu, na ação cautelar e na proporção de 90% pelo réu e 10% pelo autor, na ação principal. Dispôs que, com o trânsito em julgado, expedir-se-á alvará *em favor do autor*, para o levantamento da quantia de

R$5.596,67 (cinco mil, quinhentos e noventa e seis reais e sessenta centavos), devidamente corrigida e atualizada, conforme índices aplicados à conta judicial, ... "*(dispositivos estes constantes na decisão dos embargos de declaração, fls. 139); e em favor do Município de Passa-Quatro, para o levantamento da quantia de R$2.798,33, corrigida e atualizada, conforme índices aplicados à conta judicial*".

Daí os recursos apelatórios *sub examine*, buscando:

1°) O Município de Passa-Quatro, o levantamento por ele da quantia total por ele depositada, R$8.395,40, com os rendimentos bancários. 2°) O Autor Ecad reformar-se a sentença, impondo-se o pagamento da importância total cobrada e depositada, aduzindo ser o Município parte ilegítima para recorrer, pois não sofrera condenação, eis que o depósito fora feito pelo então Prefeito, emitente do cheque depositado.

A requerida e condenada firma Dotti Promoções Artísticas Ltda. apresentou contra-razões, concordando integralmente com a r. sentença (fls. 164/166).

Conheço de ambos os recursos, próprios e tempestivos, para prover o recurso do Município e improver o recurso do autor Ecad, *data venia*.

Com efeito:

1°) Depura-se, à fl. 64-v. dos autos da cautelar em apenso, que o Município de Passa-Quatro, cumprindo liminar rogada, proferida na cautelar, depositou em conta remunerada a quantia cobrada pelo autor - Ecad.

Induvidosamente, como sabiamente asseverado pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Ricardo Mazzoni, ao ser reconhecida sua ilegitimidade passiva, resulta-lhe o direito induvidoso ao levantamento total da quantia depositada, "*não se justificando, por conseqüência, a parte da sentença que autoriza o levantamento de apenas parte daquele depósito.*

Ou seja, com o reconhecimento da ilegitimidade passiva do Município de Passa-Quatro, o depósito, anteriormente realizado na ação cautelar, passou a ser indevido, e, como tal, o levantamento total é medida que se impõe" (fl. 174).

Destarte, deve-se prover o recurso do Município, determinando-se a expedição de alvará a seu favor, para o levantamento da quantia de R$8.395,40, com seus rendimentos e corrigida monetariamente, vale dizer, acrescida dos rendimentos resultantes do depósito judicial remunerado.

Por conseguinte, toca ao requerido Dotti Promoções Artísticas Ltda., parte legítima passiva, providenciar o depósito judicial da quantia julgada devida e aceita por ele.

2°) Quanto ao recurso apelatório do autor Ecad-Escritório de Arrecadação e Distribuição, *improvejo-o, data venia*, considerando plenamente escorreita a r. sentença, como exposto à fl. 131:

"*... a cobrança efetuada nos autos atende aos parâmetros do regulamento, já que não há cumulação do crédito parâmetro físico com o da porcentagem sobre a receita bruta.*

No entanto, verificamos, no item "3" dos princípios gerais (fls. 22), segunda parte, que 'Quando a utilização se der exclusivamente pela execução musical ao vivo, tais valores sofrerão redução de 1/3 (um terço), seja pelo critério de cobrança por participação percentual, seja por parâmetro físico'. Nesse ponto, verificamos que o cálculo indicado não considerou a redução determinada, o que ora se determina. Assim, excluído um terço do total de R$8.395,00, temos o valor de R$5.596,67 (cinco mil, quinhentos e noventa e seis reais e sessenta e sete centavos)".

E, decidindo o recurso dos embargos de declaração, o ilustrado Juiz assentou clara e acertadamente, às fls. 139:

"*Não existe a primeira contradição indicada.*

A interpretação de texto deve ser feita integralmente e não destacada de modo intencional. Seguindo-se na frase indicada, verifica-se o seu real sentido e o motivo da afirmação. Referida frase é complementada pela afirmação: '... já que não há cumulação do critério parâmetro físico com o da porcentagem sobre a receita bruta'. As considerações feitas a seguir na fundamentação dão conta da não-realização da redução de 1/3. A indicação de cálculos (fls. 136) tentam dar caráter infringente aos embargos, que, reconhecidamente não o possuem. Desse modo, rejeita-se a alegação de contradição".

3°) Alija-se, ainda, a pretensão à multa, como, aliás, concluíram, acertadamente, o preclaro Juiz e o douto Procurador de Justiça mencionado, *verbis*:

"*... no caso dos autos, não há a incidência da referida multa, já que o evento somente foi realizado após o depósito do valor considerado devido, na ação cautelar. Não houve, portanto a execução pública indevida, mencionada no referido artigo (109 da Lei n° 9.610/68), ainda que necessário ao ajuizamento da ação cautelar*" (fls. 131, *in fine*).

Aliás, a despeito de não estar em discussão caber ou não a cobrança, no caso, dos direitos autorais "*pelas músicas executadas nos* shows *programados para os dias 25.07 a 01.08 de 1999, nas dependências do Parque de Exposições local, evento denominado 'XXIII Concurso Leiteiro - Expo Passa-Quatro MG/99', eis que a firma responsável pelo evento: Dotti Promoções Artísticas Ltda. manifestou-se de acordo com a r. sentença condenatória, em suas contra-razões ao recurso apelatório do Ecad (fls. 164/166), sobreleva a preocupação da sociedade, como um todo, e da Administração Pública, em especial,*

pela interferência dos mentores do Ecad, exigindo pagamento ou depósito adiantado de um valor atribuído por estimativa, sem vir comprovado o auferimento de lucro, condicionante imprescindível à exigência de pagamento de direitos autorais".

Consoante entendimento do colendo STJ, assentado em espécie similar, resultaria indevida a contribuição reclamada pelo Ecad, precisamente em face da inexistência clara do intuito de lucro financeiro, mas predominando claramente o interesse comunitário, como se manifestaram o Sindicato Rural de Passa-Quatro e o Prefeito Municipal local.

Reporto-me à jurisprudência pertinente do colendo STJ, *v.g.*:

"*Direito autoral. Festejos de aniversário promovidos por municipalidade. - Inocorrendo finalidade lucrativa, direta ou indireta, não é devido o pagamento do direito autoral reclamado. Recurso especial não conhecido*". (Ac. da 4ª T. do STJ - mv, REsp. 64.299-ES - Rel. para o acórdão Min. Barros Monteiro - j. em 19.06.97 - Recte: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-Ecad; Recdo: Município de Itapemirim-ES - *DJU* de 13.10.97, p. 51.595 - ementa oficial) - (Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª quinzena de dezembro de 1997, nº 23/97, caderno 2, p. 467.)

Esse norteamento é realmente o que mais se afina com o espírito da lei, devendo ser esta a correta interpretação do art. 73 da Lei nº 5.988/73.

Com tais digressões, dou provimento ao recurso do Município de Passa-Quatro e nego provimento ao recurso do Ecad-Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais.

Custas dos recursos, pelo Ecad.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM-NO AO SEGUNDO.

-:::-

IPTU - MAJORAÇÃO - DECRETO - IMPOSSIBILIDADE

- Segundo a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, o aumento de tributos far-se-á mediante lei, sendo vedado ao Poder Executivo, a pretexto de rever os valores venais de imóveis, aumentar indiretamente o IPTU.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 255.402-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Imposto Predial e Territorial Urbano-IPTU - Majoração - Decreto - Impossibilidade. - Segundo a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, o aumento de tributos far-se-á mediante lei, sendo vedado ao Poder Executivo, a pretexto de rever os valores venais de imóveis, aumentar indiretamente o IPTU. Confirma-se 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 CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2002. - *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 do recurso apresentado pelo Município de Belo Horizonte, porque próprio, tempestivo e dispensado de preparo.

A sentença de fls. 157/164-TJ concedeu, em parte, a segurança postulada, para determinar ao Município de Belo Horizonte que se abstenha de exigir do impetrante o IPTU incidente sobre o imóvel, com índice cadastral nº 010013003A048-7, no valor de R$3.884,87, devendo prevalecer o valor lançado no exercício anterior, reajustado pela inflação do período.

A preliminar suscitada no recurso do Município, que versa o não-cabimento do mandado de segurança, por envolver a necessidade de prova de que o aumento do imposto ocorreu em razão da majoração de sua base de cálculo, diz com o mérito da impetração e, por si só, não a inviabiliza de plano.

A questão de fundo, debatida nos autos, é se pode o Município, quando efetua anualmente o lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano, atualizar o valor venal dos imóveis, com base na denominada planta ou mapa de valores genéricos, ultrapassando a correção monetária verificada no período que a antecedeu.

Os diversos e conhecidos indicadores e indexadores econômicos, acumulados nos doze meses do exercício de 2000, apontam que, no caso, a revisão do valor do IPTU de 2001 foi expressivamente superior à inflação verificada naquele período.

Para se encontrar a base de cálculo do IPTU, não pode o administrador público encontrar valor venal do imóvel que seja superior ao valor veri-

ficado no lançamento antecedente, acrescido da correção monetária do período (ano 2000), sob pena de estar praticando verdadeira revisão do lançamento, e não mera atualização.

No caso em exame, para se chegar à mesma conclusão da Sentenciante, basta o confronto das guias de recolhimento do imposto exigido do impetrante nos exercícios de 2000 e 2001 (fls. 09 e 10-TJ), mediante simples cálculo aritmético. Tomando-se por base os valores do imposto cobrado em 2000 (R$1.613,64) e em 2001 (R$3.884,87), do imóvel da Rua Espírito Santo, 2182, apto. 1601, Lourdes, índice cadastral 010013003A048-7, apura-se que houve acréscimo próximo a 140%.

Esses elementos são bastantes para se afastar a necessidade da dilação instrutória, a que se referiu o Município-recorrente na preliminar de não-cabimento do mandado de segurança.

Dispõe o inciso II do art. 97 do Código Tributário Nacional:

"*Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:*

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

§ 1º. Equipara-se à majoração de tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º. Não constitui majoração de tributo, para fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo".

O presente dispositivo encontra respaldo no art. 150, I, da Constituição Federal, que determina que somente a lei pode exigir ou aumentar tributo.

É certo que tanto a instituição do tributo quanto sua majoração estão submetidas ao princípio da legalidade estrita, pelo que ao Poder Executivo Municipal não compete fixar preços e valores venais dos imóveis, mediante ato administrativo, "*porquanto, se a base de cálculo não pode ser alterada, a não ser por lei, também não pode o Executivo alterar, por decreto, o valor do metro quadrado dos terrenos e construções, o que implica a modificação da base de cálculo do tributo, importando em torná-lo mais oneroso*", conforme está consignado no voto do eminente Desembargador Antônio Hélio Silva, em caso similar, no julgamento da Apelação Cível nº 237.589-7.00, realizado em 18.12.2001.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 5.395-PA, Relator o Ministro Garcia Vieira, decidiu:

"*IPTU. Majoração. Ilegalidade. - Não pode o Município, por simples decreto, aumentar o IPTU em valor superior à sua simples atualização monetária,* ex vi *do art. 97, II, e § 1º, do CTN. O § 2º do artigo 97 do CTN diz respeito somente à correção monetária do valor venal do imóvel - base de cálculo do imposto predial - não alcançando a reavaliação econômica desse valor venal*".

Referida decisão é um dos precedentes que deram origem à Súmula nº 160 do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado:

"*É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária*" (*RSTJ*, 86/227).

No julgamento do Recurso Especial nº 3.188-0/PR, *in RSTJ*, 86/231, o eminente Ministro Milton Luiz Pereira ressaltou que, "*em torno da reavaliação dos imóveis urbanos, tornando mais oneroso o tributo incidente, baseada em planos órfãos de específica autorização legal, consubstanciaram-se questões jurídicas conhecidíssimas, cingidas à ocorrência ou não de alteração da base de cálculo ou de simples atualização, sem ofensa à Constituição e ao Código Tributário Nacional. Essas questões controvertidas, fincadas na oposição à progressividade, onde quer que se deparem, têm sido solucionadas de modo a impedir a roupagem do disfarce no fato gerador, via desmensurado aumento do valor venal, sem apoio legal. No pertencente, porém, já à época do Imposto Predial, prevaleceu na Excelsa Corte a compreensão do que 'o § 2º do art. 97 do Código Tributário Nacional diz respeito, somente, à correção monetária do valor venal do imóvel (base de cálculo do imposto predial) não alcançando a reavaliação mesma (reavaliação econômica) desse valor venal. Para se atribuir outro valor venal ao imóvel, que não o decorrente do anterior mais a correção monetária, é mister lei, não bastando, para isso, simples decreto'*". (RE nº 87.763 - Rel. Min. Moreira Alves - *in DJU* de 23.11.79; RE 85.732-Rel. Min. Leitão de Abreu - ac. de 19.10.79; RE 92.355, ac. de 1980).

Por isso, a decisão de primeiro grau prevalece por seus próprios fundamentos.

Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

A Srª. Desª. Jurema Brasil Marins Miranda - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

REGISTRO DE IMÓVEIS - DUPLICIDADE - CANCELAMENTO - ESCRITURA PÚBLICA - NULIDADE - PROCEDIMENTO PREVISTO NOS ARTS. 213 A 216 DA LEI Nº 6.015/73 - COISA JULGADA MATERIAL - INEXISTÊNCIA

- Sendo eminentemente administrativo, não comportando contencioso e contraditório, o procedimento previsto nos arts. 213 a 216 da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) não gera coisa julgada material (art. 472 do CPC), a ponto de impedir terceiros atingidos e lesados por decisões proferidas em feitos de retificação de área, nos quais não figuraram como partes, de buscar reparações devidas numa ação ordinária, de natureza contenciosa, objetivando dirimir dúvidas sobre o registro de imóvel que possuem, notadamente quando alegam a duplicidade de tal registro, o que contunde frontalmente com a sistemática de tais assentos ditada pela mesma Lei nº 6.015/73.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 256.068-8/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Ação ordinária de nulidade de escritura pública - Cancelamento de registro imobiliário - Duplicidade de registros - Coisa julgada material. - Sendo eminentemente administrativo, não comportando contencioso e contraditório, o procedimento previsto nos arts. 213 a 216 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) não gera coisa julgada material (art. 472 do CPC) a ponto de impedir terceiros, que se mostram como atingidos e lesados por tais decisões em feito onde não foram partes, de buscar as reparações devidas nas vias ordinárias, nas quais o contencioso e o contraditório não podem deixar de ser observados, tudo voltado para pôr fim a inaceitável possibilidade da persistência da duplicidade de registros imobiliários, o que contunde frontalmente com a sistemática de tais assentos ditada pela mesma Lei 6.015/73.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2002. - *Sérgio Braga* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Braga - Trata-se de ação de nulidade de escritura pública com cancelamento no registro imobiliário, proposta por Peterson Ribeiro Andrade contra Divaldo Mendes da Costa e sua esposa Lizarda Soares Costa, ao argumento de que o registro do imóvel matriculado sob o nº 12.039, no livro 2-1.V, fls. 200 do 2º Ofício teve sua origem viciada, uma vez que ocorreu a aquisição *a non domino*, sendo que

tal registro tem como base as mesmas especificações de um outro registro, este sim o que seria válido, em nome do apelante, sob o nº 02-15.091, fls. 260 do Livro nº 2.1AC.

O apelante alega ainda que teria ocorrido uma retificação no registro referente ao que hoje teria como titular os apelados, retificação essa viciada e que teria dado margem a essa duplicidade de registros, que não poderia persistir.

Assim, ajuizou a ação ordinária de nulidade de escritura pública cumulada com cancelamento de registro imobiliário, buscando desconstituir o registro que entende viciado e elaborado em duplicidade ao que ostenta e brande como correto, em seu nome.

A inicial está de fls. 2 a 7, acompanhada dos documentos de fls. 8 a 43.

Citados, os apelados não compareceram aos autos.

O pedido foi julgado extinto, sem julgamento da lide, fls. 52 a 54, ao argumento de que o seu deferimento implicaria ferir decisão já transitada em julgado, referindo-se à que deferira a retificação de área que, segundo os apelantes, teria gerado a duplicidade de registros.

O recurso de apelação, de fls. 55 a 60, insiste na legalidade dos argumentos apresentados.

A Promotoria de 1º grau, fls. 96 a 98, opina pela manutenção da decisão atacada.

O parecer da Procuradoria de Justiça, fls., recomenda que se conheça o recurso e que se dê provimento ao mesmo.

Este é o relatório.

Conheço do recurso, pois interposto tempestivamente, com observância das demais formalidades legais.

As partes não apresentaram questões preliminares.

Entretanto, preliminarmente, a decisão parece-me inteiramente equivocada.

Ora, a Lei de Registros Públicos contempla uma série de procedimentos de natureza eminentemente administrativa, que não fazem coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal.

Como se sabe:

"*A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu*" (PONTES DE MIRANDA, *RTJ*, 123/659).

No caso dos autos, lendo-se atentamente os arts. 213 e 216 da Lei 6.015/73, vamos ver que o procedimento de retificação de registros previsto no art. 213 é eminentemente administrativo.

O *caput* do artigo já prescreve que a retificação pode ser efetivada desde que não cause prejuízos a terceiros.

Além disso, o § 1° determina que tal retificação será feita mediante despacho judicial e, deixando mais claro ainda a natureza administrativa do procedimento gerado no *caput* do artigo, ali se afirma, no § 4°, que, se houver impugnação fundamentada, o juiz remeterá o interessado para as vias ordinárias.

Atente-se que esse comando do § 4°, inclusive, refere-se a um simples despacho, onde, reconhecendo a contenciosidade do problema, se remetem as partes para as vias ordinárias. Essa determinação sequer desafia o recurso de apelação, pois não é terminativa.

Além disso, o art. 216, elucidando mais ainda a situação, prescreve que:

"*O registro poderá também ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso, ou por efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução*".

Comentando tal dispositivo, diz WALTER CENEVIVA que:

"*A via contenciosa é a apropriada para a obtenção de alteração do registro imobiliário, sem prejuízo para a certeza de que deve ser revestido. Todavia, a lei abriu ensejo à retificação administrativa, na qual o contraditório não se estabelece*" (*Lei dos Registros Públicos Comentada*, 4ª ed., Ed. Saraiva, p. 467).

Como se vê, a decisão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, lastreando-se na preliminar de coisa julgada, foi infeliz. Ela equivaleria mesmo, num exemplo mais forte - mas não menos apropriado -, a que se negasse a um proprietário com imóvel registrado em seu nome o direito de questionar, na via ordinária, a ação de um terceiro que, valendo-se apenas de um procedimento administrativo, pedisse a retificação de seus registros e avançasse sobre o patrimônio alheio - o registro do nosso proprietário do exemplo -, com esse terceiro passando a constar como titular desse registro sem que o real proprietário fosse parte em tal procedimento administrativo.

Sendo mais objetivo e analisando o parecer do Promotor de Justiça de fls. 50 e 51, seria possível se negar o direito à ação ao referido Promotor se ele descobrisse que um terceiro, administrativamente e sem seu conhecimento, passara a ser o titular do imóvel que lhe pertenceria e estaria, ao que lhe constasse, devidamente registrado em seu nome?

Expondo melhor a hipótese, que me parece que seria a dos autos: seria lícito que o Promotor, que não foi parte num procedimento administrativo de retificação de área, fosse impedido de questionar, na via ordinária, alterações em registros referentes ao registro do seu imóvel?

Fique claro que com essa análise não me estou posicionando sobre o mérito do pedido dos apelantes. Apenas trabalho com a hipótese por ele aventada, em abstrato, pois o que entendo é que os apelantes reclamam que o registro do imóvel que apontam na inicial, feito em nome deles, teria sido conspurcado com a existência de um outro registro referente ao mesmo imóvel e à mesma área.

Essa é uma situação a ser decidida após regular processamento da ação contenciosa, quando depois de ampla produção de provas, se poderá decidir, diante da duplicidade de registros, qual seria o de linha válida e correta e qual seria o que deveria ser anulado.

Diz o art. 472 do CPC que:

"*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*".

É esse o caso dos autos.

Os apelantes não foram partes no procedimento administrativo de retificação de área e, portanto, não são alcançados pela decisão que fez coisa julgada formal naquele feito.

É inteiramente viável a pretensão dos apelantes, processualmente falando, no sentido de, numa ação ordinária, de natureza contenciosa, buscarem dirimir dúvidas sobre o registro que possuem sobre um imóvel, notadamente quando alegam a existência de duplicidade de tal registro.

Feitas tais considerações, entendo que a decisão atacada não pode prevalecer. Ela tem de ser afastada para que o feito avance e se examine a questão de fundo ou de mérito proposta na inicial da ação dos apelantes.

Por outro lado, não vejo como avançar para decidir o mérito do pleito inicial, reconhecendo ou não a duplicidade dos registros tal como alegado na inicial, eis que entendo que o procedimento teve abordagem precipitada, não deixando que a prova fosse melhor produzida, tudo para permitir uma correta apreciação sobre a matéria. Afora isso, o enfrentamento do mérito agora implicaria a supressão de uma instância.

Assim sendo, dou provimento ao apelo para cassar a decisão atacada e determinar o prosseguimento do feito, observadas as regras procedimentais pertinentes.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

REGISTRO CIVIL - NASCIMENTO - DESCONSTITUIÇÃO DE FILIAÇÃO - PROCESSO CONTENCIOSO - NECESSIDADE - FORMULAÇÃO DE PEDIDO EM SEDE DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 113 DA LEI N° 6.015/73

- As questões de filiação legítima ou ilegítima devem ser decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento, nos termos do art. 113 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). A modificação de filiação no registro civil, de caráter constitutivo, não pode ser feita na via do pedido de jurisdição voluntária, que circunscreve a atuação do juiz à mera homologação de atos praticados pelas partes, impossibilitando-o, inclusive, de nomear curador especial ao menor interessado, ou de ouvi-lo, sendo o caso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 256.558-8/00 - Comarca de Ponte Nova - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Registro de nascimento - Pedido formulado em sede de jurisdição voluntária - Desconstituição de filiação - Necessidade de processo contencioso. - Nos termos do art. 113 da Lei dos Registros Públicos, "*as questões de filiação legítima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento*". - A modificação de filiação no registro civil, de caráter constitutivo, não pode ser feita na via do pedido de jurisdição voluntária, que circunscreve a atuação do juiz à mera homologação de atos praticados pelas partes, impossibilitando-o, inclusive, de nomear curador ao menor interessado, ou de ouvi-lo, sendo o caso.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Contra a r. decisão de fls. 53/55, que extinguiu, sem julgamento de mérito, o pedido de retificação de registro de nascimento, em face da incorreção da via eleita, ajuizada por B.B.S., menor impúbere, representado por sua mãe M.G.B., O.G.B., M.G.B. e D.K., apela o requerente B.B.S.

Conheço do recurso.

Narra, em síntese, que o pedido foi ajuizado com o objetivo de regularizar sua documentação, a fim de que da sua certidão de nascimento passasse a constar o nome de sua verdadeira mãe, D.K., tendo optado pelo procedimento estabelecido no artigo 109 da Lei nº 6.015/73. Afirma que, "... *apesar de os interessados terem nomeado a ação como retificação de assentamento de registro de nascimento, o que na verdade corresponde ao pedido sucessivo postulado ao final, na narração dos fatos são claros em requerer o suprimento do assentamento*" (fls. 58). Alega, ainda, que, embora o artigo 113 da Lei dos Registros Públicos remeta para o contencioso as questões de filiação legítima ou ilegítima, a hipótese é diversa, pois "... *não se cuida, aqui, de ação negatória de paternidade ou maternidade, mas de procedimento cuja decisão que, se deferido o pedido, terá conteúdo não só de natureza declaratória de inexistência de filiação, decorrente de falsa declaração, como também de natureza constitutiva, na medida em que determinará a retificação do registro, para dele fazer constar o nome da mãe verdadeira*" (fls. 60). Enfatiza que a retificação do assentamento de nascimento de menor/recorrente é pretensão comum, inexistindo lide a compor, pois os interessados "... *comungam da pretensão de ver constar na certidão do registro de nascimento de B.B.S. o nome de sua mãe natural, como de direito*" (fls. 61).

Na inicial os autores afirmam que O.G.S. e M.G.B., residiam na Vila Residencial de Furnas, no Município de Angra dos Reis/RJ, quando sua filha mais nova, D.B.S., engravidou. Em razão dos fatos, a família mudou-se para a Cidade de Ponte Nova-MG, na qual nasceu B., em 25 de agosto de 1996. O registro da criança foi feito por seu avô materno, que declarou ser o menor filho seu e de sua esposa, embora fosse, na realidade, seu neto. Alegam que a irregularidade no registro de nascimento causa desconforto ao menor e que "... *a mãe natural de B. encontra-se atualmente casada, com varão que não o seu pai natural, com quem houve dois outros filhos, surgindo, então, a preocupação de se regularizar a situação do primeiro, para que venha a gozar da mesma condição jurídica de seus irmãos. (...) Além disso, haja vista ter o varão nacionalidade alemã, e residência naquele país, a irrealidade contida na documentação de B. afasta a hipótese de ir com a mãe residir no país de origem do marido desta, pois o Consulado Alemão atua com o maior rigor quando da apreciação de pedidos de entrada de estrangeiro no país*" (fls. 04). Pleiteiam, em decorrência, que seja determinado "... *o suprimento do assentamento do registro de nascimento do menor impúbere B.B.S., com a lavratura de novo registro, ou a retificação do assentamento existente, para que nele figure o nome de sua verdadeira mãe, com o seu nome de solteira D.B.S*" (fls. 05).

A inicial, nominada "retificação de assentamento de registro de nascimento", foi proposta com fundamento no artigo 109 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, no CPC, 1.103 a 1.112, e no CC, 348, 349, 147 e 153.

O Ministério Público, opinando a respeito, afirmou ser incabível a ação de retificação de registro, devendo ser a questão decidida à luz do artigo 113 da LRP, tendo sido seu parecer acolhido pelo ilustre Juiz da Primeira Vara Cível da Comarca de Ponte Nova, que assim se manifestou:

"... *A preliminar suscitada pelo Ministério Público sobre a incorreta via eleita merece acolhida.*

Ao que se vê dos autos, ajuizaram os autores ação de reforma de assento de nascimento ou anulação do assento originalmente lavrado e lavra-

tura de outro nesta Comarca, alternativamente, com fulcro no artigo 109 e seguintes da Lei nº 6.015/73, em razão dos fatos narrados na inicial.

O pedido não pode ser apreciado em procedimento administrativo, mas sim em processo contencioso, em consonância com o artigo 113 da Lei nº 6.015/73, pois não pode ser possível amoldar-se o procedimento adotado àquele cabível, qual seja, a ação declaratória de nulidade.

A questão posta nos autos vem despertando a atenção de juristas, mas ainda se encontra carente de maiores discussões. (...)

A Lei nº 6.015/73, que trata dos Registros Públicos, faz menção, em seu artigo 113, a um processo contencioso para se decidir questões ligadas à filiação legítima e ilegítima. O comando legal, porém, não é de todo translúcido e há autores que entendem ter sido ele transposto do Decreto 4.857/39, onde se inseria em outro contexto. Diante desta realidade e do preceito maior segundo o qual a todo direito corresponde uma ação que o assegura, tem-se a declaratória de paternidade, espécie de investigatória às avessas, em que busca o pai ver reconhecida a sua paternidade. Cuida-se de procedimento ordinário, com oportunidade de ampla dilação probatória e instauração de contencioso. No caso dos autos, vê-se que o autor nominou sua ação como 'retificação de assentamento de registro de nascimento'; todavia, requereu a citação dos interessados.

Pode-se observar, pois, que a ação proposta não se presta à pretensão dos requerentes, eis que envolve, ainda, interesse de menor, para quem seria necessária a nomeação de curador especial, ante o evidente conflito entre os interesses do menor e seus responsáveis" (fls. 54).

Nos termos do artigo 109 da Lei nº 6.015/73:

"*Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco (5) dias, que correrá em cartório.*

§ 1º. Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o Juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de dez (10) dias e ouvidos, sucessivamente, em três (3) dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em cinco (5) dias.

§ 2º. Se não houver impugnação ou necessidade de mais provas, o Juiz decidirá no prazo de cinco (5) dias.

§ 3º. Da decisão do Juiz, caberá o recurso de apelação com ambos os efeitos.

§ 4º. Julgado procedente o pedido, o Juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento,

indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.

§ 5º. Se houver de ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido, por ofício, ao Juiz sob cuja jurisdição estiver o cartório do Registro Civil e, com o seu 'cumpra-se', executar-se-á.

§ 6º. As retificações serão feitas à margem do registro, com as indicações necessárias, ou, quando for o caso, com a trasladação do mandado, que ficará arquivado. Se não houver espaço, far-se-á o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original".

Já o art. 113 dispõe:

"*As questões de filiação legítima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento*".

In casu, verifica-se que o menor, nascido em 25 de agosto de 1986, foi registrado como sendo filho de O.G.S. e M.G.B. (fls. 33), que seriam, na verdade, os seus avós maternos, mãe a sua filha D.B.S. (fls. 30 e 39).

Em 23 de fevereiro de 2001, O.G.S. compareceu ao serviço notarial do 2º Ofício de Ponte Nova e prestou as seguintes declarações:

"*Em data de vinte e cinco de agosto de 1986, a minha filha legítima D.B.S., então com 14 anos de idade, deu à luz a uma criança do sexo masculino no Hospital Arnaldo Gavazza Filho, nesta cidade de Ponte Nova/MG, e que foi registrada com o nome de B.B.S., constando como pai eu, outorgante, O.G.S., e mãe M.G.B., minha esposa, conforme registro efetuado por mim, outorgante, no Cartório de Paz do 4º Distrito do Município de Angra dos Reis. (...) Que na época, quando tomei tal atitude em registrar a criança como meu filho, e não como neto, como seria o certo, não pensei no mal que poderia estar cometendo, só pensei no bem-estar da criança, pois sendo minha filha tão nova e julgando sua dificuldade material e emocional para assumir a responsabilidade de mãe, achei que o melhor mesmo era registrá-lo como meu filho, podendo, assim, colocá-lo como meu dependente direto e ele usar de todos os meus benefícios. Percebendo, agora, o tamanho do problema que causei com tal atitude, venho por meio desta declarar como declarado o tenho que o menor B.B.S., hoje com 14 anos de idade, é filho legítimo de minha filha D.B.S., e não como consta no registro já citado*" (fls. 35).

Agregou-se, ainda, uma declaração da Fundação Filantrópica e Beneficente de Saúde Arnaldo Gavazza Filho, a informar "... *que D.B.S. esteve internada na maternidade do Hospital Arnaldo Gavazza Filho no período de 25/08/86 a 27/08/86, onde teve uma criança do sexo masculino no dia 25/08/86*" (fls. 37), coadjuvada pelo médico, Dr. José Anselmo,

atestando que "*...em 25.08.86 eu operei a Sra. D.B.S., que deu à luz a um ser do sexo masculino no hospital Arnaldo Gavazza Filho*" (fls. 38).

Consta, mais, declaração firmada por D.B.S K., mãe do menor, que reconhece "*... a necessidade da correção do registro de nascimento do meu filho natural B.B.S., nascido na data de 25.8.86, na cidade de Ponte Nova, no Estado de Minas Gerais*" (fls. 40).

Diz ela:

"*... Na época do nascimento do meu filho, eu tinha apenas 14 anos de idade, era solteira e tinha apenas o apoio de meus pais, por isso concordei com o registro do meu filho no nome dos avós, achando que seria o melhor para ele, e por eu ter sido tão jovem na época, não tinha perfeita compreensão dos fatos e de suas conseqüências. Antes do nascimento do meu filho moramos (...) anos em Praia Brava, distrito de Angra dos Reis, estado do Rio de Janeiro, dois meses antes do nascimento do meu filho mudamos para Ponte Nova, onde meu filho nasceu. Acho que o motivo da mudança tem ligação com minha gravidez, meus pais dizem que a casa teve que ser entregue pois meu pais tinha dado entrada na aposentadoria. Mais ou menos um ano e meio depois mudamos novamente para Praia Brava. Agora estou casada, moro na Alemanha, tenho mais dois filhos, e gostaria que o B. tivesse as mesmas condições dos meus filhos tidos no casamento*" (fls. 40).

A hipótese, a meu ver, deve ser vista à luz do artigo 114 da Lei de Registros Públicos - não do artigo 109.

Nos termos deste último, só é cabível a retificação do registro civil, se a petição vier fundamentada e instruída com documentos induvidosos ou com indicação de testemunhas, que confirmem, seguramente, a veracidade das argüições a embasarem a pretensão. Tal, porém, não ocorre relativamente à retificação de nome dos pais do menor, que é prematura, mormente quando o menor deixa de ter um pai, como no caso.

A retificação busca corrigir erros e/ou equívocos materiais constantes do assento ou da certidão de nascimento do autor/apelante, sem a amplitude da constitutividade decorrente da modificação dos nomes dos pais.

Conforme enfatiza SÍLVIO RODRIGUES (*in Direito Civil* - v. 06, 2ª ed., São Paulo: Max Lemonad Ed.):

"*A condição de filho, e mais ainda, a de filho legítimo, pode representar vantagem não apenas de caráter moral, mas também material, de interesse do próprio filho e de seus sucessores. Por isso, tanto estes, como aquele, têm legitimação para propor* a ação destinada a provar a filiação legítima. *Apenas, tal legitimação não é simultânea, mas sucessiva, no sentido de que aos herdeiros só é deferida a ação após a morte do filho, e assim mesmo se este houver morrido menor ou incapaz.*

Pois, se o filho morreu maior e capaz, sem ter querido intentar tal ação, seus motivos devem ser respeitados, ainda que dessa atitude advenha prejuízo aos sucessores.

Todavia, se a ação tiver sido iniciada pelo filho, que só não a levou a bom termo por haver morrido, é óbvio que a omissão não decorreu de qualquer razão moral, cuja delicadeza deve ser respeitada. Por isso, defere-se aos herdeiros a prerrogativa de continuá-la, salvo se o autor, ainda em vida, dela desistiu, ou permitiu que ocorresse perempção de instância" (p. 290).

Há, *in casu*, algumas lacunas: embora haja pronunciamento dos supostos avós e mãe do menor, este mesmo não foi ouvido, embora conte atualmente com cerca de 15 anos de idade. Nem foi ouvido o marido da D., que abrigaria o filho da mulher em sua casa, ou seja, teria sobre ele a guarda de fato, embora tal audiência não seja obrigatória.

Nos termos da lei civil:

"*Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher*".

Já o art. 348 do mesmo diploma legal estabelece:

"*Art. 348. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro*".

A filiação legítima prova-se, bem o sabemos, pela certidão do termo de nascimento inscrito no registro civil. Há uma presunção de verdade em favor das declarações nele contidas.

WILSON DE OLIVEIRA faz o seguinte questionamento que aqui transcrevemos:

"*Pode alguém vindicar estado contrário ao que resulta do nascimento? Não, salvo provando-se erro ou falsidade de registro*" (Cód. Civil, art. 348) (*in Direito de Família Aplicado*, 2ª ed., p. 122).

Analisando a hipótese, preleciona com sua certeza costumeira WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

"*Em tal hipótese, não só o próprio registrado, como qualquer pessoa interessada, pode promover anulação do registro*" (*in Curso de Direito Civil*, 2º v., 24ª ed., p. 242).

Em suma: a alegada presunção de verdade pode ser questionada, não sendo absoluta. É necessário, entretanto, que seja provado o erro ou a falsidade, em processo regular, albergado pelo artigo 113 da LRP, sendo imperativo que a demanda siga o rito contencioso, até mesmo para que haja produção de defesa, através de curador especial.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

"*Ementa: Extinção do processo - Filiação - Sua definição - Necessidade de processo contencioso - Matéria de prova. - A teor do art. 113 da Lei de Registros Públicos, devem ser resolvidas em processo contencioso as questões atinentes à filiação legítima ou ilegítima, para efeito de anulação ou*

reforma do respectivo assento, com produção de provas. Assim, se o processo tramitou como de jurisdição voluntária se impõe sua extinção". (Apelação Cível nº 172.123-2/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Hyparco Immesi - Quarta Câmara Cível - j. em 06 de abril de 2000 - v.u.)

Na ocasião, o Relator assim se manifestou:

"*O processo só se estabelece plenamente com a participação de três sujeitos principais: Estado, autor e réu. Exceção à regra geral está na denominada 'jurisdição voluntária', '... em que o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados...'* (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 2ª ed., p. 40, Ed. Forense).

Pondere-se ser a filiação um direito público subjetivo indisponível do menor, em relação ao qual os titulares não têm qualquer poder de disposição, como querem fazer crer os apelantes.

É certo que a doutrina e a jurisprudência classificam os direitos indisponíveis em absolutos e relativos, sendo absolutamente indisponíveis aqueles em que o próprio bem, conteúdo do direito, se faz insuscetível de disposição, pois de tal modo se vincula ao sujeito que dele é indissociável.

Ora, diante desta simples definição, resta claro que o direito de filiação é absolutamente indisponível, posto que vincula de tal modo o pai e o filho que deles jamais se dissocia.

A teor do art. 113 da Lei de Registro Públicos, devem ser resolvidas em processo contencioso as questões atinentes à filiação legítima ou ilegítima, para efeito de anulação ou reforma do respectivo assento, com produção de provas. Assim, se o processo tramitou como de jurisdição voluntária, impõe-se sua extinção.

Logo, agiu com acerto o Julgador ao extinguir o processo sem julgamento do mérito, merecendo ser mantida, às inteiras, a r. pronuntiatio judicis *de sua lavra*".

Além disso, pode haver, em tese, conflito de interesses entre o filho e sua representante legal, o que torna imprescindível a nomeação de curador especial ao menor.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas ou honorários.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

IPTU - PLANTA GENÉRICA DE VALORES - FIXAÇÃO POR DECRETO - POSSIBILIDADE - TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS - LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.147/00, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - MANDADO DE SEGURANÇA - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

- Em sede de mandado de segurança, exige-se prova pré-constituída demonstrativa de ofensa a direito líquido e certo.

- A planta genérica de valores define as formas para o cálculo do valor venal do imóvel, estabelecendo critérios objetivos para a apuração da base de cálculo do IPTU; são critérios pormenorizados em que já existe uma concretude maior da norma jurídica, mas ainda não há a identificação da base de cálculo, que somente virá com o ato administrativo do lançamento. O simples fato de a planta de valores do IPTU ser fixada por decreto não constitui irregularidade ou ofensa ao texto constitucional.

- A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos pode ser fracionada por unidade de aproveitamento. Esse serviço é suscetível de utilização pelos usuários, separadamente, o que leva ao reconhecimento da legalidade e constitucionalidade da Lei nº 8.147/00, do Município de Belo Horizonte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 256.636-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Direito Tributário - Mandado de segurança - IPTU - Planta genérica de valores - Fixação por decreto - Legalidade - Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos - Legalidade e constitucionalidade da Lei Municipal nº 8.147/00 - Prova pré-constituída. - A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos pode ser fracionada por unidade de aproveitamento, sendo certo que tal serviço é suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários, o que importa no reconhecimento da legalidade e constitucionalidade da Lei Municipal nº 8.147/00. A planta genérica de valores vai estabelecer critérios objetivos para a apuração da base de cálculo do IPTU; são critérios pormenorizados, em que já existe uma concretude maior da norma jurídica, mas ainda não há a identificação da base de cálculo, que somente virá com o ato administrativo do lançamento, ocasião em que aquela norma deixa o plano da abstração e passa a ser individual e concreta. Em sede de mandado de segurança, exige-se prova pré-constituída demonstrativa da ofensa a direito líquido e certo.

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, 10 de outubro de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani (convocado) - Trata-se de recurso de apelação em face da r. sentença de fls. 421/427-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública Municipal, que, em mandado de segurança impetrado por IC Imóveis Ltda. contra ato do Sr. Diretor do Departamento de Rendas Imobiliárias do Município de Belo Horizonte, acolheu a preliminar para julgar a impetrante carecedora de ação em relação à Taxa de Iluminação Pública, e, no mérito, denegou a segurança em relação ao IPTU e à Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos.

Embargos declaratórios aviados pelo impetrante às fls. 433/434-TJ, porém foi-lhes negado provimento, através da decisão de fl. 435-TJ.

Mediante as razões recursais de fls. 443/466-TJ, aduz a apelante, inicialmente, que, desde 1990, a fixação e o aumento da base de cálculo do IPTU são feitos por decreto do Executivo, no caso, o Decreto nº 10.447/00, ofendendo, assim, o princípio da legalidade e resultando na invalidade do mapa dos valores genéricos destinado à apuração do valor venal dos imóveis, para efeitos de lançamento do IPTU.

Sustenta que a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos-TCR, instituída pela Lei nº 8.147/00, é inconstitucional, persistindo os mesmos erros constatados na cobrança da antiga Taxa de Limpeza Urbana.

Por fim, salienta que a Taxa de Iluminação Pública lhe vem sendo cobrada, de forma mascarada, na própria conta de energia elétrica, o que era insusceptível de comprovação no momento da impetração; que, no entanto, não a prejudica, em virtude da notoriedade de tal prática.

Ante os motivos alinhavados, requer o provimento de seu apelo, para que a segurança seja concedida na sua integralidade.

Contra-razões às fls. 474/500-TJ, em que o apelado refuta as asserções recursais esgrimidas pelo apelante, pugnando, ao final, pelo seu improvimento.

Recurso de apelação devidamente preparado, conforme certidão de fl. 506-TJ.

Esclareço que deixei de determinar a remessa dos presentes autos à Procuradoria-Geral de Justiça, porque desnecessária sua intervenção nesta instância recursal, a teor da inteligência contida na Súmula nº 189 do STJ.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Conheço do recurso de apelação, presentes os requisitos de sua admissibilidade.

À minha ótica, a r. sentença apresenta-se escorreita, por isso merecendo ser mantida nesta instância recursal, em sua integralidade. Vejamos.

Primeiramente, examino a matéria controvertida nos autos no que diz respeito à fixação da planta genérica de valores para fins de cálculo do valor do IPTU, através de decreto.

Nenhuma razão assiste à apelante.

Cediço que a base de cálculo do IPTU, segundo o CTN, é o valor venal do imóvel, ou valor de venda. As chamadas plantas genéricas de valores definem as formas para cálculo do valor venal do imóvel.

A discussão parte do pressuposto de que esta planta genérica de valores está fixando a base de cálculo do IPTU, supostamente ofendendo a Constituição, uma vez que a base de cálculo só poderia ser fixada por lei em sentido formal e material, e não por Decreto Executivo, que é ato administrativo e, portanto, infralegal.

No entanto, conforme frisei anteriormente, a lei determina que a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel, sendo que toda lei é um comando abstrato. E, justamente por este motivo, não vejo a necessidade de um comando abstrato identificar o valor de cada imóvel situado na área urbana de Belo Horizonte.

Na esteira do raciocínio, a planta genérica de valores vai estabelecer critérios objetivos para a apuração da base de cálculo do IPTU; são critérios pormenorizados, em que já existe uma concretude maior da norma jurídica, mas ainda não há a identificação da base de cálculo, assim como afirma a apelante. Essa identificação virá com o ato administrativo do lançamento, ocasião em que aquela norma deixa o plano da abstração e passa a ser individual e concreta.

Cumpre salientar que o lançamento vai identificar quanto vale o imóvel naquele ano, devendo esse valor ser o mais próximo possível da realidade, pois a lei fala em valor venal do imóvel, exigindo que haja uma certa correspondência.

Portanto, inexiste irregularidade ou ofensa ao texto constitucional no simples fato de a planta genérica de valores do IPTU ser fixada por decreto.

Passo a analisar a questão referente à Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos.

Insiste a apelante em dizer que a cobrança da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos é inconstitucional por não apresentar a prestação de serviço as características de especificidade e divisibilidade e, sendo assim, não pode se

constituir em fato gerador do tributo, impondo-se, por conseqüência, o decreto de inconstitucionalidade do art. 24 da Lei Municipal nº 8.147/00 e bem assim a suspensão da exigibilidade da sobredita taxa, em sede definitiva.

A base de cálculo da precitada taxa é o custo previsto do serviço, rateado entre os contribuintes, conforme a freqüência da coleta e o número de acionistas existentes no imóvel, incidindo sobre os imóveis edificados localizados em logradouros alcançados pelos serviços descritos no art. 19, sendo o contribuinte da TCR o proprietário, titular do domínio útil ou o possuidor de imóvel urbano edificado, não incidindo sobre vagas de garagem constituídas em imóveis autônomos e sobre os imóveis constituídos unicamente por barracão, assim classificado no Cadastro Imobiliário.

O caráter genérico das taxas de conservação e limpeza pública, com o condão de beneficiar toda a população, por isso mesmo não permite que se possa cobrar diretamente apenas de alguns contribuintes, notadamente quando a base de cálculo não tem pertinência com a utilidade, ou mesmo utilização por esse mesmo contribuinte, porém com a metragem de sua propriedade.

Nesse sentido não discrepam a doutrina e construção pretoriana.

Todavia, o panorama dos autos é diverso. Há divisibilidade e especificidade manifestas, não sendo, portanto, de se falar em termos genéricos, porém específicos.

Com essa linha de entendimento, conclui-se, *ab initio*, que o serviço de coleta de resíduos sólidos, nos termos propostos pela Lei nº 8.147/00, efetivamente, se subsume à norma constitucional de taxa, inferindo, à vista disso, versar a prestação do serviço como divisível e específica.

Saliente-se que a doutrina tem feito um certo alarido sobre o que se deve entender por serviço público específico e divisível; no entanto, possuo entendimento no sentido de ser a exigência constitucional dupla, no sentido de que não basta que o serviço seja específico, sendo exigível que possa ser dividido pelos contribuintes da referida taxa.

O que se verifica, na espécie, não é com a problemática relativa a serviços de limpeza pública, o que os conduziria à imunidade da tributação. O que aqui se vê é um serviço especial, divisível, exercitado pelo município, ora recorrido, com a característica de que o fato gerador da sobredita taxa é a coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos, cuja incidência se faz apenas sobre os imóveis edificados e localizados atingidos pelo próprio serviço.

A propósito, quem colhe o benefício direto da coleta de resíduos sólidos são os proprietários, ou possuidores de imóveis edificados, já que efetiva e potencialmente apenas as unidades imobiliárias edificadas seriam capazes de produzir tais resíduos de modo constante, inexistindo dúvida de que o material produzido pelo lixo doméstico, comercial e industrial exige transporte e tratamento como forma de

preservação das condições sanitárias da cidade, inexistindo a anterior generalidade de sua prestação, porquanto o impacto de sua atuação individual seria inegável, já que, muito embora atenda a uma finalidade coletiva, estaria dentro da gama do interesse individual daqueles que se servem do serviço prestado.

Ademais, fácil seria identificar a esfera de maior interesse dos usuários e proprietários de imóveis edificados na coleta de resíduos, porquanto é serviço específico, já que a condição de sua identificação e de sua utilidade aos sujeitos passivos da obrigação tributária seria inconteste; e, muito embora sejam prestados como forma de preservação da saúde pública, cuja atuação coletiva é inegável, beneficiam, particularmente, quem produz os mesmos resíduos, cujo transporte e tratamento são realizados pelo Município de Belo Horizonte.

Em relação à divisibilidade, a legislação elegeu a hipótese de incidência com base no próprio serviço público oferecido, ou seja, impõe o seu rateio coletivo, como forma de financiamento do próprio serviço prestado, impondo uma forma de identificação equânime àqueles que se servem do serviço prestado, tanto que eliminou a sua imposição aos imóveis edificados, excluindo aqueles que não produziriam os constantes resíduos para tratamento.

De igual modo, tenho que a sobredita Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos tem uma característica especial: a mesma pode se sujeitar ao fracionamento por unidade de aproveitamento, por isso que o precitado serviço é suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários, o que importa no reconhecimento da absoluta legalidade da Lei Municipal nº 8.147/00.

Finalmente, passo à análise referente à Taxa de Iluminação Pública, na qual o nobre Julgador decidiu corretamente pela carência de ação, diante da falta de comprovação de exação suportada pela autora.

A autora, conforme a própria peça recursal, não desmente que os presentes autos carecem de prova pré-constituída de que vem sofrendo o ônus financeiro do pagamento da aludida taxa. Baseia-se apenas em fatos notórios, como se todos realmente estivessem sendo obrigados a pagar o tributo, indistintamente, e, *in casu*, seria desnecessária a comprovação.

O fato não é verdadeiro. Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, muitos contribuintes tiveram excluída a cobrança da taxa nas contas da Cemig, por simples requerimento junto à mesma. Ademais, em sede de mandado de segurança, exige-se prova pré-constituída demonstrativa da ofensa ao direito líquido e certo, fato que não ocorreu.

Portanto, não merece censura o decisório monocrático, tendo dado um escorreito desfecho ao caso.

Diante de tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo

incólume o decisório guerreado, nos exatos termos em que proferido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - DECRETO ANULATÓRIO - REVIGORAMENTO POR OUTRO, SEGUIDO DE TERCEIRO QUE O HOMOLOGA - QUARTO ATO DA MESMA NATUREZA, REVOGANDO OS DOIS ÚLTIMOS - INVALIDADE - ART. 2°, § 3°, DO DECRETO-LEI N° 4.657/42 (LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL) - MANDADO DE SEGURANÇA - RECURSO - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - INFORMAÇÕES PRESTADAS POR PROCURADOR - POSSIBILIDADE

- Tem legitimidade para interpor recurso contra decisão concessiva de segurança tanto a pessoa jurídica de direito público interno quanto a autoridade que a representa.

- Procurador constituído pode prestar as informações de parte da autoridade coatora, tal circunstância não as vicia; de resto, a falta de informações não redundaria na *ficta confessio*.

- A revogação das leis é um processo de sucessão ou de substituição. Salvo expressa disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a revogadora perdido a vigência; esse o entendimento do § 3° do art. 2° da Lei de Introdução ao Código Civil. O restabelecimento das condições que justificaram a elaboração de determinadas normas pode apenas servir ao legislador de indicativo da conduta para restaurar, ou não, a lei revogada.

APELAÇÃO CÍVEL N° 257.120-6/00 - Comarca de Januária - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Concurso público - Decreto anulatório - Revigoramento por outro, seguido de terceiro que o homologa - Quarto ato da mesma natureza, revogando os dois últimos - Invalidade - Art. 2°, § 3°, da Lei de Introdução ao Código Civil - Segurança concedida - Sentença que se confirma.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de outubro de 2002. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço da remessa oficial do feito e do recurso, afastando argüição em sentido contrário suscitada nas contra-razões dos recorridos fundada na ilegitimidade da autoridade recorrente. Tem a jurisprudência, com efeito, reconhecido legitimidade tanto da pessoa jurídica de direito público interno como da autoridade que a representa para interpor recurso de decisão concessiva de segurança (*RTJ*, 125/323 e *RSTJ*, 56/281). Também arredo preliminar levantada pelos apelados acerca de imprestabilidade das informações prestadas pela mesma autoridade por intermédio de procurador constituído. Tal ocorrência constitui simples irregularidade insuscetível de viciar as informações prestadas, mesmo porque para tanto outorgado mandato ao advogado. De resto, a falta de informações não redundaria na *ficta confessio* (*RTJ*, 142/782).

No que respeita ao mérito, objetivo do reexame necessário, este propicia convencimento autorizativo da confirmação da sentença.

Com efeito, o Dec. n° 071, de 26.12.00 (fls. 57), importou na homologação do Concurso 001/99, objeto de provas realizadas a 11.03.00 (fls. 57), anulado pelo Dec. n° 054, de 10.05.00, (fls. 55), revogado pelo de n° 070, de 14.12.00 (fls. 56).

O Dec. n° 002, de 02.01.01, por sua vez, revogou os de n° 070/00 e 071/00. Ora, o Dec. n° 054/00, anulando o concurso, fora justificadamente revogado pelo de n° 070/00, sobrevindo então o de n° 071/00 para de novo homologar o certame.

Sendo assim, já não mais podia o de n° 002/01 retirar o efeito dos de n° 070/00 e 071/00, para revigorar o de n° 054/00.

Eis, a respeito, comentário de OSCAR TENÓRIO ao art. 2°, § 3°, da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicável à espécie: "*A revogação das leis é um processo de sucessão, ou de substituição. O advento de uma lei resulta às vezes na morte de outra. Esta não ressuscita, mesmo quando a lei que a eliminou do mundo jurídico também se extinguiu. Somente por disposição expressa do legislador a lei morta ressuscita, volta a ocupar lugar no sistema jurídico do país. É o que determina o § 3° do artigo 2° da Lei de Introdução: 'Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido vigência'. A lei restauradora, chamada repristinatória, é a expressão da vontade do legislador, que se não subordina à manifestação dos motivos que*

ditaram a sua conduta. A restauração tem de ser feita de maneira expressa. Não prevalece, diante do que dispõe o § 3° do artigo 2° da Lei de Introdução, o critério que sustenta a restauração da lei revogada quando as condições de fato que constituíam o pressuposto da lei se restabelecem. O restabelecimento das condições que justificaram a elaboração de determinadas normas pode servir apenas ao legislador do indicativo da conduta a seguir para restaurar ou não a lei revogada. Se uma lei revogadora de outra (revogação expressa ou tácita) é, por sua vez, revogada, não determina o ressurgimento da primeira lei. Disposição chamada repristinatória é indispensável para que a lei revogada recupere sua força de vigência, e, portanto, de obrigatoriedade. A disposição do § 3° do artigo 2° é um critério legal, de todo necessário em face de dúvidas doutrinárias a respeito do problema" (*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Editor Borsoi, 2ª ed., t.140-141).

Oportuna, de igual modo, a lição deixada por HELLY LOPES MEIRELLES: "*Decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito pela legislação . Comumente, o decreto é normativo e geral, podendo ser específico ou individual. Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei e, por isso mesmo, não a pode contrariar. O decreto geral tem, entretanto, a mesma normatividade da lei, desde que não ultrapasse a alçada regulamentar de que dispõe o Executivo*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, Revista dos Tribunais, 14ª ed., p. 155).

Também relevante a abonação de DIÓGENES GASPARINI: "*O ato de revogação pode ser revogado? A resposta é negativa. O ato de revogação é um ato administrativo consumado, e como tal não existe mais. Desfez-se ao alcançar seu objetivo, revogando o ato administrativo que era seu objeto. Ademais, se o objetivo é a restauração do ato revogado, esta é inalcançável em nosso ordenamento jurídico, ante a expressa vedação contida no § 3° do art. 2° da Lei de Introdução ao Código Civil ('Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência'). Assim, só por expressa disposição o ato revogado pode ser restaurado. Não se diga para contraditar esse entendimento que a Lei de Introdução ao Código Civil não se aplica aos atos administrativos, como a ela se subsumem os atos jurídicos em geral, dado ser, entre nós, a lei geral de aplicação das normas jurídicas. Esse mesmo entendimento, professado por Celso Antônio Bandeira de Mello, extrai-se de José Afonso da Silva (*Manual do Vereador, *3ª ed., São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima, 1982, p. 127), quando ensina a Lei de Introdução ao Código Civil, ainda que se refira apenas à lei, também se aplica a outros atos jurídicos. Não obstante seja assim, muitos autores entendem de modo diverso. Para eles, a revogação da revogação não só é possível como restaura ou repristina o ato revogado, mesmo que a esse respeito nada tenha ficado expresso. Valem-se, para essa afirmação, da seguinte razão: por que revogar o ato revogador senão para restaurar o ato revogado? O argumento, sobre impressionar, é lógico, mas apenas isso. Não é jurídico, não prevalecendo, portanto, contra a lei*" (*Direito Administrativo*, Saraiva, 7ª ed., p. 102-103).

À vista de tais ensinamentos, confirmo a sentença, em reexame oficial, prejudicado o recurso.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SAÚDE - INTERNAÇÃO HOSPITALAR - PORTADOR DE TCE E HEMIPLEGIA - DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL - GARANTIA

- Qualificando-se o direito à saúde como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir do Estado a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional, frauda aquele direito a negativa de internação hospitalar de quem, comprovadamente, dela necessita.

- Não respeita nem garante concretamente o direito à saúde garantido pela Constituição Federal, em seu art. 196, o município que, ciente da carência de vagas na rede hospitalar pública, omite-se escudado na alegação de decorrer ela da sistemática implementada em nível nacional com a criação do SUS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 257.930-8/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Internação hospitalar - Portador de TCE e hemiplegia - Direito subjetivo constitucional - Garantia. - Qualificando-se o direito à saúde como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir do Estado a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional, frauda aquele direito a negativa de internação hospitalar de quem, comprovadamente, dela necessita.

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, 1° de outubro de 2002. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Denar Fernandes de Carvalho, qualificando-se como filho de Pernino Domiciano de Carvalho, impetrou mandado de segurança com pedido de liminar em face do Município de Juiz de Fora (*sic*), representado pelo Sr. Prefeito Municipal, objetivando que, com a concretização da garantia constitucional do direito à saúde assegurado ao cidadão como dever do Estado, fosse determinada à Secretaria Municipal de Saúde (*sic*) *a* internação de seu pai, via mandado, em regime de urgência/emergência, pois vítima de confusão mental e TCE, além de Hemiplegia E.

Fazendo tábula rasa da erronia na indicação do próprio Município de Juiz de Fora para figurar no pólo passivo da ação mandamental como autoridade coatora, tomando como tendo sido impetrado o *writ* contra o Sr. Secretário Municipal de Saúde, deferiu o MM. Juiz *a quo* a liminar postulada (fls. 08-TJ), determinando a imediata internação do doente, levada a cabo pelo Oficial de Justiça (!) - certidão fls.10-TJ.

O Prefeito Municipal de Juiz de Fora prestou as informações de fls.14/29-TJ, argüindo: preliminarmente, ser inafastável a necessidade de integrarem a lide, em litisconsórcio necessário, como gestores do SUS, o Secretário Estadual de Saúde e o Ministro da Saúde; donde, via de conseqüência, a incompetência absoluta do juízo; carência de ação, por ilegitimidade da parte; por impossibilidade jurídica do pedido e por ausência do interesse de agir. No mérito, que, *in casu*, não houve ato ou omissão abusivos, pois "*a carência de vagas na rede pública hospitalar é decorrência da sistemática implementada em nível nacional com a criação do SUS e sua legislação regulamentadora*" (*sic*).

Sentenciando, rejeitou o digno Magistrado as preliminares suscitadas e, ratificando a liminar, concedeu em definitivo a ordem mandamental (fls. 61/67-TJ).

Transcorrido *in albis* o prazo para recurso voluntário (certidão, fls. 70-TJ), subiram os autos para o reexame necessário.

Manifestando-se às fls.76/79-TJ, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso, por perda de objeto, e, no mérito, pela confirmação da sentença.

Conheço da remessa necessária e, no reexame obrigatório, pelos

mesmos fundamentos nela expendidos, que adoto, confirmo a sentença.

Cumpre não perder de vista que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 196, assegura à generalidade das pessoas, como prerrogativa jurídica indisponível, o direito público subjetivo à saúde.

O caráter programático da regra insculpida no art. 196 da Carta Magna, que tem por destinatário todos os entes políticos da organização federativa do Estado brasileiro, não pode converter-se - advertiu o Min. Celso de Mello em voto proferido no AGRRE 271.286-8/RS - em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

E continuou o preclaro Ministro:

"*Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional*".

Não respeita nem garante concretamente esse direito o Município que, ciente da carência de vagas na rede hospitalar pública, se omite escudado na alegação de decorrer ela da sistemática implementada em nível nacional com a criação do SUS.

Cumpre ao homem público que almejou, disputou e conseguiu uma representação popular, com certeza bem ciente das dificuldades que o cargo alcançado, ao par das notórias vantagens, lhe trariam, desenvolver todo o seu "engenho e arte" na busca de suas soluções.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

SOCIEDADE DE FATO - DISSOLUÇÃO - MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA - FORO COMPETENTE - DOMICÍLIO DA MULHER

- Desaparecido o antigo anátema que pesava sobre as chamadas uniões informais, ao ponto de se guardarem nos dogmas constitucionais, as questões derivadas dessas uniões devem-se incluir, necessariamente, nas hipóteses do inciso I do art. 100 do CPC. Assim e como por fundação pretoriana, a essa norma se submetem as demandas que versam sobre modificação de cláusula disposta nas ações nela expressamente previstas, pela mesma razão nessa mesma disposição legal devem agasalhar-se as ações que visem à alteração de cláusulas atermadas nas ações derivadas de união estável.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 258.746-7/00 - Comarca de Divinópolis - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Modificação de cláusula - Dissolução de sociedade de fato - Foro - Domicílio da mulher. - Desaparecido o antigo anátema que pesava sobre as chamadas uniões informais, ao ponto de se guardarem nos dogmas constitucionais, as questões derivadas dessas uniões devem-se incluir, necessariamente, nas hipóteses do inc. I do art. 100 do CPC. Assim - e como por fundação pretoriana a essa norma se submetem as demandas que versam modificação de cláusula disposta nas ações nela expressamente previstas - pela mesma razão nessa mesma disposição legal devem-se agasalhar as ações que visem à alteração de cláusulas atermadas nas ações derivadas de união estável.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2002. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço da apelação.

Os litigantes, enquanto residentes na Comarca de Divinópolis, ali sustentaram ação de dissolução de sociedade de fato e uma cautelar de modificação de guarda, conforme apensos 2/3 e 3/3.

Na mesma Comarca, poucos dias depois, foi renovada a cautelar, desta feita com pedido de tutela antecipada, a pedido do varão. Em razão disso a demandada, então já residente com sua filha na Comarca de Abaeté, ingressou com a declinatória, apontando a competência do Juízo do seu domicílio. Discordando o autor, o Juízo acolheu a exceção e determinou a remessa dos autos à Comarca, residência da excipiente. Vem daí o recurso do excepto.

Nego provimento ao recurso.

Com efeito, o inc. I do art. 100 do CPC literalmente estabelece a competência do foro da residência da mulher para as ações de separação, divórcio e anulação de casamento. Todavia, no tocante aos *casus* de incidência da regra, a orientação pretoriana acabou ampliando as hipóteses de aplicabilidade, especificamente nos feitos que versam alteração de cláusula de separação, como se vê, por exemplo, *in RSTJ,* 59/197.

Ora, desvanecendo-se o velho anátema que pesava sobre as chamadas uniões informais, e elevada a união estável ao *status* de preocupação e disciplinamento constitucional, não é admissível que às hipóteses do inc. I do art. 100 deixem de se acrescentar também os pleitos similares derivados dessas uniões.

Destarte, se nessas referidas ações há ofício e provimento de jurisdição compondo divisão de patrimônio, alimentos e guarda da prole, eventual alteração de disposição ou cláusula sobre essas matérias também se resguardará na competência prevista na regra processual citada. O apelante aponta como norte da questão o inc. V do art. 100 do CPC, no que se equivoca inteiramente, visto que a *ratio* das hipóteses ali previstas diz claramente com o instituto da responsabilidade civil.

Leve-se em conta que não é pertinente a invocação da igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, que o apelante cita invocando a Carta Constitucional. A jurisprudência já assentou que o preceito do inc. I do art. 100 não é inconstitucional, conforme julgados que se vêem *in RT,* 753/309 e *RJTJESP,* 132/279 - com realce na decisão vista *in RJTJESP,* 134/283: a norma em referência não foi afetada pelo disposto no art. 5º, I, da Constituição da República.

Por outro lado, e como bem acenam a decisão singular e o parecer da douta Promotoria, exsurgem em favor da excipiente as disposições do art. 94, *caput*, do mesmo Código. E as ponderações da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça dão remate à tese.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Sr. Presidente. A discussão de fundo é sobre o interesse da menor, onde sobreleva o interesse desta, inclusive a eleição do seu foro.

Acompanho o eminente Relator.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO CIVIL - ESTATUTO DE SOCIEDADES - BRIGA DE GALOS - ATIVIDADE ILÍCITA - ART. 115 DA LEI 6.015/73 (LEI DE REGISTROS PÚBLICOS) - VEDAÇÃO

- A realização ou promoção de briga de galos viola o art. 225 da CF e constitui contravenção de crueldade contra animais, independentemente de os mesmos serem ou não pertencentes à fauna brasileira.

- O art. 115 da Lei 6.015/73 veda o registro de atos constitutivos de sociedades, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem o destino ou atividades ilícitas, como é o caso de registro de estatuto de sociedade que objetiva a prática de "esporte" de briga de galos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 259.058-6/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Suscitação de dúvidas - Registro de sociedade - Atividade ilícita - Briga de galos - Art. 115, da Lei 6.015/73. - O art. 115 da Lei 6.015/73 veda o registro dos atos constitutivos de sociedades, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitas, como é o caso dos autos, onde se pretende registrar uma sociedade que objetiva a prática do "esporte" de briga de galos.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de setembro de 2002. - *Silas Vieira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Nelson Xisto Damasceno.

O Sr. Des. Silas Vieira - Sr. Presidente, eminentes Pares.

Ouvi com a devida atenção a sustentação oral produzida da tribuna pelo Dr. Nelson Xisto Damasceno e tenho voto escrito que passo a ler.

Trata-se de dúvida suscitada pela Oficiala Interina do Cartório de Registro de Títulos e Documentos da Serventia de Poços de Caldas, perante o Juiz da 1.ª Vara da Comarca, sobre o registro do Estatuto da Sociedade Esportiva de Criadores de Galos Combatentes de Poços de Caldas, ao entendimento de que o aludido documento viola o art. 64 da Lei de Contravenções Penais.

A dúvida foi julgada procedente e indeferido o registro.

Em suas razões, sustenta a apelante, em síntese, as seguintes questões:

- que a briga de galo é uma atividade lícita, que deve ser examinada sob o prisma da reserva legal;

- que são os galistas os responsáveis legais pela preservação do patrimônio genético da espécie *Gallus Gallus Bankivas*, e que esta espécie de galo não faz parte da fauna silvestre brasileira, motivo pelo qual não há proibição legal para a sua criação no ordenamento jurídico pátrio;

- o galista não pratica a contravenção definida no art. 64 da Lei 3.688/41.

Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Após detido exame dos elementos incidentes na questão em discussão, não vejo qualquer razão na tese recursal da apelante e tenho o *decisum* como irrepreensível.

Em primeiro lugar, sobreleva dizer que a dúvida sobre o registro do Estatuto da Sociedade Específica de criadores de galos combatentes de Poços de Caldas é um procedimento de natureza eminentemente administrativa, própria da jurisdição voluntária, sem qualquer carga de litigiosidade e não comporta, por isso mesmo, indagação de ordem litigiosa, só possível nos feitos contenciosos, com possibilidade de contraditório amplo e citação de todos os partícipes da lide.

In casu, examinando a fundo o instrumento suscitado, sobreleva-se indiscutível o seu conteúdo ilícito, e esta ilicitude decorre da norma do art. 64, § 2.º, do Decreto-lei 3.688/41, já que a realização ou promoção de briga de galo configura a contravenção de crueldade contra animais, independentemente de o mesmo ser ou não pertencente à fauna brasileira, porquanto a norma penal não faz esta distinção.

Ademais, deve-se ressaltar que a defesa e a preservação dos animais se encontra sob proteção constitucional que, em seu art. 225, assim dispõe:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

No caso em comento, observa-se facilmente que o registro pretendido pela suscitada tem por objeto uma atividade ilícita, já que o denominado "*evento esportivo*" nada mais é que um acontecimento de extrema crueldade

contra as aves concorrentes, valendo transcrever jurisprudência colacionada no brilhante parecer de fl. 32, *in verbis*:

"*A briga de galos, embora para os galistas constitua um esporte, é evidentemente, um ato de crueldade para com os animais, isto porque os galos, quando levados à rinha, enfrentam-se em luta mortal, sangrando-se, cegando-se, e brigando até que um deles caia prostrado ao chão e mortalmente ferido (TACRIM-SP - Rel. Mendes França* - RT, *302/448)*".

Certo é que o art. 115 da Lei 6.015/73 veda o registro dos atos constitutivos de sociedades, quando o "*seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos, ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes*", como é o caso dos autos, onde a apelante pretende registrar o estatuto de uma sociedade que objetiva a prática do "esporte" de briga de galos.

Não pode o Registro Público ser o canal legalizador de situações ilícitas, motivo pelo qual o indeferimento do registro era de rigor, eis que o aludido documento viola tanto o art. 64 da Lei de Contravenções Penais como o art. 225 da Constituição Federal.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR O RELATOR NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Roney Oliveira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 26.08.2002, a pedido do Revisor. O Relator negava provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Sérgio Braga.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Pedi vista nestes autos em homenagem à visível emoção com que foi proferida a brilhante sustentação oral por parte do ilustre representante do apelante e mesmo porque, muito embora já tivesse examinado o feito, percebi que precisava ordenar meus pensamentos para proferir um voto sem equívocos e lacunas.

O mérito da questão avança - através do reconhecimento da possibilidade de registro de uma sociedade de criadores de galos combatentes - no próprio reconhecimento da legalidade da prática de brigas de galo em rinhas, em nosso ordenamento jurídico, o que foi sustentado com vigor e rara combatividade da tribuna.

E, nas inúmeras colocações lançadas pelo ilustre patrono dos apelantes, muitas se mostram como possuidoras

de uma natureza dolorosa, notadamente aquelas que apontaram certeiramente e com total propriedade para seguidas crueldades e atos de insanidade cometidos pelo homem em nossa sociedade, e que ainda não foram coibidos ou combatidos da mesma forma como que se enfrentaria a questão dos galos combatentes.

Se também vejo como absurdos os espetáculos de luta livre que nossas televisões têm exibido, tudo explorando os mais primitivos instintos do homem e se revestindo de uma brutalidade revoltante para os que acreditam que a educação e a cultura possam afastar o homem de tais práticas, e, se vejo ainda a questão da violência contra os animais criados em série para serem abatidos e consumidos, tais práticas, que revelam alguns aspectos até repugnantes, não podem servir, *data maxima venia*, como quer o apelante, para como que inocentar as brigas de galos e se reconhecer que elas não teriam a mesma repugnância ou ofensividade que outras práticas sociais.

Eventuais descompassos da humanidade, com a permanência de práticas e até mesmo de manifestações culturais duvidosas não podem ter o condão de desarmar os que pugnam por um mundo mais harmônico, onde essas manifestações sejam definitivamente banidas e afastadas do meio social em nome de uma civilização que se pretende humana e construtiva.

Com essas preocupações, lancei-me na pesquisa da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria, encontrando diversas manifestações que vão de encontro às afirmações sobre a legalidade da criação dos galos de briga sustentada na tribuna.

Assim, creio poder afirmar que, no âmbito jurídico infraconstitucional, o legislador caracteriza a prática de rinha de galo como ilegal.

A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente prevê:

"*Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:*

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um ano), e multa.

§ 2º. A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se ocorre a morte do animal".

Ainda, a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41) proíbe os maus-tratos aos animais:

"*Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:*

Pena - prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.

(...)

§ 2º. Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público".

Ademais, a Constituição Brasileira é clara ao vedar tal atividade, vejamos:

"*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam *os animais a* crueldade" (grifei).

Vasta é a jurisprudência a este respeito.

O Juiz Federal José Sabino da Silveira, da Seção Judiciária do Estado do Paraná, na magnífica sentença prolatada em virtude do Mandado de Segurança nº 2000.70.09.002750-6, afirmou:

"*... a impetrante fez questão de ressaltar, na inicial, que a espécie* Gallus gallus *estaria predisposta, até mesmo por constituição genética, a brigar, ao combate, por isso que na briga de galos não haveria crueldade nem maus-tratos. Porém, uma coisa é essa predisposição desses animais ao combate em seu estado natural; outra bem diferente é levá-los a tanto, fora de seu ambiente natural, ou seja, instigá-los a se mutilarem ou, muitas vezes, até mesmo a se matarem. A propósito, é público e notório que nas rinhas se costuma encapar os esporões dos galos com* metal pontiagudo *a fim de se abreviar a vitória: um golpe na cabeça do contendor é* letal; *nos membros é* fratura *certa; no corpo é* perfuração *repetida, dilaceração, sangue jorrando etc.*

Está presente aí, como é fácil perceber, a ação do homem, sem a qual obviamente os combates se limitariam, aí, sim, ao terreno de suas condições naturais, tantas vezes ressaltadas pela impetrante.

Embora haja muitos adeptos dessas lutas, como disse a impetrante, não há como deixar de reconhecer que esses animais são submetidos a uma crueldade que a grande maioria das pessoas repele e o Estado e a sociedade têm o dever de impedir" (grifei).

Os Tribunais de Alçada são incisivos em relação à caracterização da contravenção, vejamos:

"*Contravenção penal - Crueldade contra animais - "Briga de galo" - Prática reprimida pela autoridade policial - Estrito cumprimento de dever legal - Ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção inexistente -* Habeas corpus *preventivo denegado. - Juntar numa pequena arena dois galos combatentes que se golpeiam com bicos e esporas, ferindo-se até a mutilação ou a morte, para satisfação de seus criadores e de outros aficcionados do doloroso espetáculo, fere o sentimento ético-social de humanidade e tipifica a contravenção de crueldade contra animais. O anunciado propósito da autoridade policial de reprimir essa prática, no estrito cumprimento de seu dever, não constitui ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção*" (TACRIM-SP - *HC* - Relator: Dante Busana - *RT*, 616/329, sem destaque no original).

Decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

"*Ementa: Contravenção penal - Briga de galo - Alvará - Art. 64, § 2º, do Decreto-lei 3.688/41.*

- A realização ou promoção de briga de galo configura a contravenção de crueldade contra animais, sujeitando o agente às iras do art. 64, § 2º, do Decreto-lei 3.688/41, independentemente de concessão de alvará para aquele fim.

- A briga de galos, embora considerada pelos galistas como um "esporte", é evidentemente, um ato de crueldade para com tais animais, visto que os galos, quando levados à rinha, lutam até a morte em feroz combate.

Bento Faria, ao comentar o art. 64 da Lei de Contravenções Penais, in Das Contravenções Penais, *p. 256 esclarece: 'A palavra - animal - compreende todo ser irracional, quadrúpede ou bípede, doméstico ou selvagem'.*

'Assim, sejam eles quais forem: domésticos, mansos ou ferozes, úteis ou inócuos' (p. 247).

E, na enumeração dos atos condenados pela lei está, segundo o mesmo autor:

'XXIX - realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie, ou espécie diferente... (p. 253)' (RT, *302/448).*

Damásio de Jesus, in Leis das Contravenções Penais Anotada, *Saraiva, 1994, p. 214, preleciona:*

'Briga de galo' - Configura a contravenção. Nesse sentido: STF, RT, *268/818, 410/275 e 451/409; TACrimSP,* RHC *458.511, Rel. o então Juiz Dante Busana,* RT, *616/329 e* JTACrimSP, *89/126. É irrelevante que haja ou não apostas:* RT, *451/409*'".

Uníssono é o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"*Ementa: ADIn. Normatização de competições entre aves de raças combatentes. Práticas caracterizadoras de contravenções penais, cuja competência legislativa é exclusiva da União (art. 22, I, CF), devendo o município, com autonomia limitada observá-la (art. 8º, CE), submetendo,*

ainda, as aves a crueldade, quando a competência legislativa para desporto e fauna (art. 24, VI e IX, CF) é atribuição concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, cabendo-lhe, ao contrário, a preservação (art. 13, V, CE), e na hipótese, regulamenta a crueldade e/ou brutalidade. Ação julgada procedente (fls. 6)" (ADIn nº 70004216289, Tribunal Pleno, TJRS, Rel. Des. Paulo Augusto Montes Lopes, julgado em 1º.07.02).

"*Ementa: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade.*

- 1. Compete ao Tribunal de Justiça a teor do art. 125, par. 2º, da CF/88, julgar ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto é lei municipal, em face de dispositivo da Constituição Estadual, ainda que o último reproduza o texto da Carta Federal. Precedente do STF. Preliminar rejeitada.

- 2. O art. 13, V, da CE/89 veda que a lei municipal autorize a promoção, pelo homem, da rinha de galos, ou seja, promova brutalidade animal fora de seu habitat e normalidade, que é uma das tantas formas assumidas pela crueldade humana contra outras espécies.

- 3. Ação direta julgada procedente" (ADIn nº 598104586, Tribunal Pleno, TJRS, Rel. Des. Araken de Assis, julgado em 14.09.98).

Relativo à matéria, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento a recurso interposto contra sentença que denegara ordem para trancar ação penal que tinha por objeto a contravenção discutida:

"*Penal. Processual. Briga de galos. Contravenção. Ação penal. Trancamento.*

- 1. Estando a denúncia embasada em inquérito policial que conclui pela existência de ilícito penal, em tese, juntando depoimento e provas periciais, não se fala em inépcia para justificar trancamento de ação penal.

- 2. Ademais, o habeas corpus *não serve para escarafunchar matéria fática.*

- 3. Recurso conhecido, mas improvido" (*RHC* nº 2.784-SP, Relator: Ministro Edson Vidigal, decisão unânime, pub. no *DJ* de 06.09.93, p. 18.039).

Por último, o Supremo Tribunal Federal julgou o recurso de *habeas corpus* (*RHC* - 34.936) nos seguintes termos:

"*Ementa: A briga de galo não é um simples desporto, pois maltrata os animais em luta e propicia o jogo. - Indexação: Briga de galo - Caracterização de contravenção penal - Art. 64 da Lei nº 3.688, de 1941 - Recurso de* habeas corpus *desprovido - Dir. Penal*".

Vale salientar que a nossa legislação está em consonância com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela Unesco em Bruxelas em 27 de janeiro de 1978,

subscrita pelo Brasil, que, no documento emitido pelo Fórum Permanente de Proteção Animal-FPPA, no art. 1º afirma que "*Todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência*", ainda no art. 3º: "*Nenhum animal será submetido a maus tratos e atos cruéis*". Também em conformidade com o art. 14 da Carta da Terra criada na Rio+5, que diz que devemos tratar todas as criaturas decentemente e protegê-las da crueldade, sofrimento e matança desnecessária.

Em conclusão, é oportuna a menção do pensamento do ilustre DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL, extraído da *Revista de Direito Penal*, 24:91:

"*Levantem os olhos sobre o mundo e vejam o que está acontecendo à nossa volta, para que amanhã não sejamos acusados de omissão, se o homem, num futuro próximo, solitário e nostálgico de poesia, encontrar-se sentado no meio de um parque forrado com grama plástica, ouvindo cantar um sabiá eletrônico, pousado no galho de uma árvore de cimento armado*".

Assim, diante dessas considerações, que entendi pertinentes arrolar ao longo deste voto, acompanho o d. Relator em sua pertinente manifestação.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Também nego provimento ao recurso, na esteira dos votos precedentes.

Efetivamente, se são considerados crime contra a fauna os maus-tratos infringidos aos animais; se lado outro é considerado contravenção penal o jogo ou aposta e se as apostas e rinha de briga de galo são consideradas jogos ilícitos, portanto, contravenções penais, claro e evidente que o Oficial de Registro de Títulos e Documentos agiu com acerto ao se negar a fazer o registro dos estatutos de uma sociedade para fins ilícitos; e com mais acerto ainda agiu o Juiz de Direito ao acolher aquela dúvida e impedir o registro de atividade ilícita.

Por tudo isso, apesar da excelência da sustentação oral, acompanho os votos precedentes, confirmando a decisão de primeiro grau, negando provimento ao recurso.

Tomo a liberdade de recomendar a publicação, não só do acórdão, como também da sentença.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

SENTENÇA

Vistos, etc.

A ilustre Oficiala do Cartório do Registro de Títulos e Documentos, Eliane Luisa Infante Silva, suscita dúvida quanto à possibilidade de efetuar o registro do estatuto da Sociedade Esportiva de Criadores de Galos Combatentes de Poços de Caldas-MG, em face da disposição contida no art. 64 da Lei das Contravenções Penais.

A interessada manifestou-se às fls. 13/28, em alongadas e preciosas

lições sobre os precedentes das "brigas de galo" no País, enveredando pelas características das raças dos chamados galos combatentes.

Concluindo, sustenta a apresentante que, "*sendo livre o direito de associação para fins lícitos, não sendo crime, definido em lei, a prática do esporte de briga de galos, não pode ser obstado o registro da associação*".

O Ministério Público manifestou-se às fls. 31/34, em primoroso parecer, concluindo pela procedência da dúvida suscitada, fazendo-o nos seguintes termos: "*Por derradeiro, uma vez evidenciada,* quantum satis, *a circunstância de ter a Sociedade Esportiva de Criadores de Galos Combatentes de Poços de Caldas, por objeto, uma atividade ilícita, vale dizer, uma prática contravencional tipificada no art. 64 da LCP, resta destacar a impossibilidade legal de ser levado a efeito o registro da aludida entidade na serventia representada pela Oficiala suscitante,* ex vi *da norma estabelecida no art. 115,* caput, *da Lei nº 6.015/73...*".

Isto posto, vieram-me os autos conclusos.

Relatados, decido.

Na verdade, o registro de interesse da suscitada, a denominada Sociedade Esportiva de Criadores de Galos Combatentes de Poços de Caldas, em face de seus indisfarçáveis propósitos, malferindo o art. 64 do Decreto-lei 3.688, de 3.10.1941, e, via de conseqüência, o art. 115 da Lei dos Registros Públicos, não pode ser acolhido, procedendo às inteiras a dúvida suscitada, como bem concluiu o ilustre Promotor Público em seu parecer de fls. 31/34, cujos fundamentos peço vênia para adotar como razões de decidir.

A propósito, posicionei-me no mesmo sentido quando fui chamado a apreciar o *Habeas Corpus* nº 058, como Relator e membro integrante da Turma Recursal da Comarca de Poços de Caldas.

Pelo exposto, julgo procedente a dúvida suscitada nos presentes autos, declarando impossibilidade do registro pretendido.

Custas, pela suscitada.

P. R. I.

Poços de Caldas, 23 de abril de 2001. - *Antônio Pereira Gatto* - Juiz Diretor do Foro.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DNA - EXAME REALIZADO A PARTIR DA AMOSTRA DE MUCOSA ORAL SALIVAR - SEGURANÇA CIENTÍFICA E JURÍDICA

- Reconhecido, atualmente, pela melhor doutrina médica e jurídica especializadas, bem como pela jurisprudência dominante, que o exame de DNA apresenta resultados de probabilidade acima de noventa e nove por cento ao afirmar a paternidade e de cem por cento ao negá-la; reconhecido, por conseqüência, como método científico de elevadíssima e extrema confiabilidade, suficiente para fundamentar decisão judicial sobre a afirmação ou exclusão da paternidade. Conforme informação técnico-científica, o exame realizado a partir de amostras de mucosa oral salivar (células epiteliais) é seguro e utilizado internacionalmente, uma vez que o processo de extração e purificação DNA tem como objetivo retirar as impurezas para evitar contaminações. Além disso, nenhum alimento vegetal ou animal pode contaminar o DNA, pois o material utilizado para estudo é específico para DNA humano.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 260.691-1/00 - Comarca de Muzambinho - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Investigação de paternidade - Prova técnica - DNA - Exame realizado a partir de amostra de mucosa oral salivar - Segurança científica e jurídica. - Reconhecido, atualmente, pela melhor doutrina médica e jurídica especializadas, bem como pela jurisprudência dominante, que o exame de DNA apresenta resultados de probabilidade acima de noventa e nove por cento ao afirmar a paternidade e de cem por cento ao negá-la; reconhecido, por conseqüência, como método científico de elevadíssima e extrema confiabilidade, suficiente para fundamentar decisão judicial sobre afirmação ou exclusão da paternidade. Conforme informação técnico-científica, o exame realizado a partir de amostras de mucosa oral salivar (células epiteliais) é seguro e utilizado internacionalmente, vez que o processo de extração e purificação DNA tem como objetivo retirar as impurezas para evitar contaminações. Além disso, nenhum alimento vegetal ou animal pode contaminar o DNA, pois o material utilizado para estudo é específico para DNA humano.

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, 22 de outubro de 2002. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso, presentes os requisitos à sua admissibilidade.

Trata-se de ação de investigação de paternidade c/c alimentos, cuja instrução e decisão se fundamentam em provas técnicas.

Conforme os autos, as partes, em audiência designada, após a tentativa frustrada de conciliação, resolveram pela realização do exame de DNA e, por consenso, dispensaram a oitiva das testemunhas (fl. 49), o que foi deferido e homologado judicialmente. Anteriormente, já havia sido deferido o exame hematológico (fl. 34).

O primeiro exame realizado - hematológico (fls. 39-40) - concluiu: "*Sendo o filho pertencente ao grupo sanguíneo 'O' fator Rh Positivo e sua mãe também pertencente ao grupo sanguíneo 'O' fator Rh positivo, poderemos ter como pai um indivíduo do grupo sanguíneo 'A', 'B' ou 'O' e fator Rh Positivo ou Rh Negativo. Como o requerido pertence ao grupo sanguíneo 'A' com fator Rh Positivo, não se exclui a possibilidade deste ser o pai do requerente com base nos exames realizados*".

Sabido, entretanto, e assim consagrado pela melhor doutrina, que este exame específico, por se basear em mera probabilidade, não é convincente e concreto em sua conclusão, que traz apenas a "possibilidade", em tese, da não-exclusão da paternidade, diante da análise genérica dos grupos sanguíneos. Por si só, não serve de embasamento à declaração judicial, grave e séria, de paternidade.

O segundo exame - DNA (fls. 54-56) - foi conclusivo: "*Utilizando-se a técnica de PCR, os marcadores polimórficos foram ampliados, separados por eletroforese e analisados separadamente. Nos locos genéticos estudados, os alelos encontrados no filho estavam presentes na mãe, porém em 7 locos os alelos não estavam presentes no suposto pai. As amostras foram repetidas com o outro tubo de DNA do suposto pai e confirmaram os resultados acima. O que significa que o suposto pai, o Sr. H.J.S., não é o pai biológico de D.F.O., que tem por mãe a Sra. M.L.O. Declaro que o laudo acima é expressão da verdade. Belo Horizonte, 06 de abril de 2000. Dr. Victor Cavalcanti Pardini, M. Sc., Ph. D. CRM: 27.787-T*".

Reconhecido, atualmente, pela melhor doutrina médica e jurídica especializadas, bem como pela jurisprudência dominante, que o exame de DNA apresenta resultados de probabilidade acima de noventa e nove por cento ao afirmar a paternidade e de cem por cento ao negá-la; conforme, inclusive, bem anotou o eminente Juiz sentenciante, reconhecendo-o como método científico de elevadíssima e extrema confiabilidade.

Ainda, conforme jurisprudência desta mesma 1ª Câmara Cível, TJ, no julgamento unânime da Apelação Cível nº 258.720-2/00, da Comarca de Virginópolis, da relatoria do eminente Des. Francisco José Lopes de Albuquerque: "*O exame de DNA é método científico de alta confiabilidade, suficiente para fundamentar decisão judicial sobre afirmação ou exclusão da paternidade*".

Quanto à dúvida e reclamação do apelante em relação ao exame ter sido realizado a partir de amostra salivar, o mesmo técnico, médico e responsável pelo laboratório onde se realizou, acima mencionado, esclareceu cientificamente, com clareza e segurança:

"... *O que realmente interessa é se o material apresenta condições e DNA humano suficiente para ser analisado. Para o exame identificado pelo número 30440 foram enviados Swabs de mucosa oral do suposto pai, mãe e filho contendo células epiteliais que se encontravam em ótimas condições para o estudo. O resultado ficou bem claro, mas seguindo o nosso padrão (Qualidade Internacional ISO 9002), foi repetido por outra equipe e confirmado sem a menor sombra de dúvida. As argumentações apresentadas nos autos de que o material da mucosa salivar é o pior de todos para serem utilizados em investigação genética não têm o menor fundamento científico. O material que é utilizado são as células epiteliais da mucosa oral. Estas células contém núcleo e dele é extraído o DNA. As enzimas bucais estão ali para iniciar o processo de digestão dos alimentos que ingerimos como vegetais e carnes de diversos animais. Elas realmente fazem isso. O processo de extração e purificação DNA tem como objetivo retirar estas impurezas para se evitar contaminações. Além disso, nenhum alimento vegetal ou animal pode contaminar o DNA pois o material utilizado para estudo é específico para DNA humano. Nem material genético de macacos ou chimpanzés que são geneticamente mais parecidos com os humanos amplificam com o material utilizado pelo Departamento de Genética Humana. Pelo menos 10 laboratórios do Brasil já utilizam a coleta pela mucosa oral. Sendo que fomos pioneiros no Brasil nesta forma de coleta que muito nos orgulha. Nos Estados Unidos todos os laboratórios de investigação de paternidade utilizam esta forma de coleta, inclusive o FBI (...)*".

No caso específico, pois, não se justifica e não se encontra razão jurídica ou respaldo nos fatos apresentados nos autos para a determinação e necessidade de nova perícia complementar. A realizada, quanto ao DNA, não deixa dúvida a ser esclarecida quanto à sua segurança técnico-científica e idoneidade (fls. 55 e 58-59).

Acrescenta-se, por relevante, que à prova técnica convincente aliam-se as circunstâncias de não ter sido contrariada a negativa do apelado de ter havido namoro e relacionamento amoroso, também sexual, a coincidir com o tempo de concepção do apelante, entre a mãe deste e aquele; e, ainda, conforme os autos, não se apresentaram justificativas ao fato da reclamação da paternidade ter ocorrido somente após treze anos do nascimento do apelante, residindo a sua mãe na mesma cidade onde reside o apelado, como se noticia.

Com tais razões, convencendo-se da prova concreta e contrária à pretensão do apelante, confirma-se a douta sentença hostilizada, por estes e

pelos seus próprios fundamentos, e nega-se provimento à apelação.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ADMINISTRAÇÃO - EMPREGADORA - ACIDENTE DE TRABALHO - DOENÇAS DO GRUPO LER/DORT - DANOS MORAIS E MATERIAIS - NEXO CAUSAL ENTRE O FATO LESIVO E OS DANOS - INDENIZAÇÃO

- Em caso de acidente de trabalho, constatada a culpa do empregador, mesmo que seja leve, é devida ao empregado a indenização do direito comum, conforme inteligência do art. 7°, XXVIII, da CF, bem como do art. 159 do CCB. Assim também quando o caso é de reparação de dano causado pela Administração enquanto empregadora. Quando se encontram provados o dano e o nexo causal, este e a omissão da municipalidade, ela não pode eximir-se da responsabilidade de indenizar, sob pena de infringência do art. 37, § 6°, da CF/88.

APELAÇÃO CÍVEL N° 262.037-5/00 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Responsabilidade civil do patrão - Danos morais e materiais - Doenças do grupo LER/DORT - Demonstração do nexo causal entre o fato lesivo e o dano e seu montante - Possibilidade - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2002. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço da remessa, para o necessário reexame da matéria, bem como dos apelos voluntários.

Cuida-se, conforme anterior relatório, de ação ordinária, movida por Laurita Freitas de Almeida, em face do Município de Ipatinga, pleiteando

indenização por dano moral e material em face de acidente de trabalho ocorrido, gerado pelas doenças do grupo LER/DORT, o que a tornou incapacitada ao trabalho, tendo sido aposentada pelo órgão previdenciário.

O § 6° do art. 37 da CF/88 seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.

Lado outro, sob o prisma da teoria privatística, é sabido que, em caso de acidente de trabalho, constatada a culpa do empregador, mesmo que seja leve, é devida ao empregado a indenização do direito comum, conforme inteligência do art. 7°, inc. XXVIII, da CF/88, bem como do art. 159 do Código Civil Brasileiro.

Conforme doutrina o mestre WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *in Dir. Civil*, 28ª ed., v. V, p. 3.989:

"*O agente deve ser responsabilizado não só pelo dano causado como também por aquele que seja decorrência de seu simples fato, uma vez que, no exercício de sua atividade, ele acarrete prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo*".

Também em face da nossa lei civil, a reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Todo ato ilícito gera para seu autor a obrigação de ressarcir o prejuízo causado. É de preceito que ninguém deve causar lesão a outrem. A menor falta, a mínima desatenção, desde que danosa, obriga o agente a indenizar os prejuízos conseqüentes a seu ato.

Sob o ângulo da teoria privatística, a exigência de culpa grave ou dolo para condicionar a responsabilidade civil, paralela à indenização acidentária prevista em revogada súmula do STF, foi inteiramente abolida nos termos da invocação trazida pela CF/88. Qualquer falta cometida pelo empregador, na ocasião do evento lesivo ao empregado, acarretar-lhe-á o dever indenizatório do art. 159 do CCB, mesmo as levíssimas, porque, *in legge aquilia et levissima culpa venit.*

Nesse sentido, a reparação do dano causado pela Administração é patente nos autos, corroborado pela prova técnica de fl. 109, a qual apontou a lesão, os danos, o nexo causal e a omissão da Administração, não podendo a Municipalidade eximir-se da responsabilidade, pois a ela competem os cuidados devidos para com os adminis-

trados, uma vez enquadrada que se encontra na responsabilidade objetiva, por força do art. 37, § 6º, da CF/88.

Dito isto, e não obstante as razões expendidas nos apelos voluntários, não se vislumbra em análise detida de todo o processado qualquer reforma na r. sentença monocrática, a qual avaliou corretamente a *quaestio*, inclusive no que concerne ao *quantum* arbitrado, a título de dano moral e material.

Ao deduzido, estou, em reexame necessário, confirmando a bem elaborada sentença monocrática e julgando prejudicados ambos os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

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

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

CAUTELAR - SEPARAÇÃO DE CORPOS - JURISDIÇÃO DE APARÊNCIA - LIMINAR

- Na ação cautelar de separação de corpos, prevalece a denominada jurisdição de aparência, que valoriza os elementos de prova oferecidos para o exame do pedido de liminar. Ainda que se trate de início de prova, que no curso da separação judicial será combatida, sua valoração se impõe, porque produzida com base nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos limites do procedimento instituído para a espécie.

AGRAVO Nº 262.636-4/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. NILSON REIS

Ementa oficial: Ação cautelar de separação de corpos - Jurisdição de aparência - Liminar. - Na ação cautelar de separação de corpos, prevalece a denominada jurisdição de aparência, que valoriza os elementos de prova oferecidos para o exame do pedido de liminar. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2002. - *Nilson Reis* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Tratam os autos de agravo de instrumento em face de decisão que deferiu liminar de separação de corpos, em medida cautelar, ajuizada por E.P.P., em face de G.P.P.

Inconformado, sustenta o agravante, em síntese, que a liminar foi concedida com base em fatos inverídicos, e o que é pior, que induziram a erro o Juízo. No mais, impugna o agravante o temperamento da agravada, atribuindo-lhe culpa pela anormalidade da vida conjugal (fls. 2-7-TJ).

Contraminuta, às fls. 45-48-TJ, batendo-se a agravada pela manutenção da decisão objurgada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 58-60-TJ, opina pelo não-provimento do recurso.

Assim relatados, passo à decisão.

Observa-se da decisão agravada que a liminar de separação de corpos foi deferida a partir dos elementos de prova produzidos em audiência de justificação, na qual a agravada teria logrado êxito em provar que o agravante "*... vem adotando comportamento nada compatível com os deveres do casamento, estando sua presença no lar comum, por ação própria, em princípio, causando desavenças e animosidades que deixam antever a possibilidade de ocorrência de fatos mais graves que, em assim sendo, justifica a saída compulsória do lar comum...*", sendo esse também o entendimento do Dr. Promotor de Justiça (fl. 10-11-TJ).

Como visto, a prova colhida em audiência de justificação revela a presença dos requisitos necessários para alcançar-se uma providência de natureza cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*). Ademais, em ação cautelar de separação de corpos, prevalece a denominada jurisdição de aparência, que valoriza os elementos de prova oferecidos para o exame do pedido de liminar. Decerto que se trata de início de prova, que, no curso da separação judicial, será combatida. Mesmo assim, sua valoração se impõe, porque produzida com base nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos limites do procedimento instituído para a espécie.

Aliás, assentou o excelso Superior Tribunal de Justiça:

"*Civil. Processual Civil. Liminar de separação de corpos. Legalidade. Jurisdição de aparência. - Não se ressente de ilegalidade a decisão que, ante os elementos oferecidos pela requerente, defere, liminarmente, cautela de separação de* corpus, *independente de justificação previa*" (Rel. Min. Dias Trindade, *DJ* de 06.09.1993. p. 18.029, ROMS 1.190/RJ - 199100150673 - Data da decisão: 15.06.1993, Terceira Turma).

Assim sendo, forte no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao agravo, para confirmar a r.` decisão recorrida.

Custas recursais, pelo agravante.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO - TAXA - NATUREZA - SERVIÇO ESSENCIAL - INTERRUPÇÃO - NECESSIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO PRÓPRIA - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ANTERIOR - DESNECESSIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 202, V, DO CTN

- A autarquia municipal, pessoa jurídica de direito público, responsável pela captação e distribuição de água potável, coleta e tratamento de esgotos sanitários, exerce atividade pública de caráter essencial. Criada legalmente para tal fim, não guarda compatibilidade com o conceito de atividade econômica. Assim, a remuneração por tais serviços é a taxa, sendo impróprio falar-se em preço ou tarifa. O preço é facultativo, já a taxa é a contribuição compulsória do gênero dos tributos, sendo notadamente contraprestacional.

- O fornecimento de água, a coleta e o tratamento de esgoto são serviços essenciais, não podendo a autarquia deixar de prestá-los, alegando falta de pagamento, restando-lhe a propositura de ação própria, sob pena de prejuízo.

- A teor do art. 202, V, do CTN, não é obrigatória a menção do número do PTA no termo de inscrição da dívida ativa. Isso porque nem sequer há a necessidade de processo para apuração do crédito, como é o caso da taxa de água e esgoto, que não é derivada de infração.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 263.624-9/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Ementa oficial: Execução fiscal - Regime jurídico da prestação de serviços de água e esgoto - Taxa - Natureza - Procedimento administrativo anterior para cobrança - Desnecessidade - Provimento do recurso.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2002. - *Schalcher Ventura* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Trata-se de execução fiscal, aforada pelo Departamento de Águas e Esgoto de Uberlândia contra Mário Roberto Bizinoto Macedo, por falta de pagamento de tarifas do serviço de água e esgoto.

A sentença julgou extinto o feito, apontando ser nula a execução por estar o título executivo eivado de nulidade por afrontar o princípio constitucional de ampla defesa e por ser o débito taxa pública, o que demanda a sua inscrição em dívida ativa mediante regular processo administrativo.

O DMAE recorreu, pedindo a reforma da sentença de modo que seja processada a ação executória, alegando que o regime legalmente adotado pela recorrente para remuneração de seus serviços é o contratual, tarifário, espécie do gênero preço público, e não o tributário.

Não houve resposta, pois o executado sequer foi citado.

Sem intervenção do Ministério Público, dispensável nas execuções fiscais (Súmula 189 - STJ).

É o resumo do caso; passo ao voto.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos de interposição.

Ora, entende a apelante que, por se tratar de preço público, não de taxa, dispensável o prévio processo administrativo, razão pela qual, agora, quer a modificação do julgado.

A autarquia municipal exerce atividade pública de caráter essencial, ou seja, "*captação, tratamento e distribuição de água potável, coleta e tratamento de esgotos sanitários*".

O serviço público desenvolvido pela apelante, além de sua natureza essencial, é a atividade para a qual a autarquia foi legalmente criada, não sendo compatível com o conceito de atividade econômica, razão pela qual não há pagamento de preço ou tarifa, e sim de taxa.

O serviço de fornecimento de água e esgoto é cobrado do usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, por ser compulsório. Trata-se, no caso sob exame, de serviço público, exercido de forma indireta, de natureza compulsória, visando atender necessidade coletiva ou pública.

Não tem amparo jurídico a tese de que a diferença entre taxa e preço

público decorra da natureza da relação estabelecida entre o consumidor ou usuário e a entidade prestadora ou fornecedora do bem ou do serviço, pelo que, se a entidade que presta o serviço é de direito público, o valor cobrado caracterizar-se-ia como taxa, por ser a relação entre ambos de direito público; ao contrário, sendo prestador do serviço público pessoa jurídica de direito privado, o valor cobrado é preço/tarifa.

Nas conclusões do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, prevaleceu a posição de que "*a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não sendo afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se prestasse diretamente o serviço*" (RF, julho a setembro, 1987, v. 299, p. 40).

O art. 11 da Lei nº 2.312, de 03.09.1994 (Código Nacional de Saúde), determina: "*É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluente terá destino fixado pela autoridade competente*". Assim, há a obrigatoriedade da prestação de serviço de água e esgoto por parte da Administração Pública devido à sua essencialidade, devendo ser posto à disposição da coletividade para o seu bem-estar e proteção à saúde.

"*A remuneração dos serviços de água e esgoto normalmente é feita por taxa em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública*". (MEIRELLES, H.L. *Direito Municipal Brasileiro*. RT, 1977, 3ª ed., p. 492.)

"*Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias do tributo*". (MACHADO, H. de Brito. "Regime Tributário da Venda de Água". *Rev. Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual de Minas Gerais*, nº 05, p. 11.)

De outro lado, já decidiu o STF:

"*3. Os preços públicos - A taxa é estremável dos preços públicos, pois aquela pertence ao gênero tributos e é contraprestacional. Os preços públicos são exações da competência do Poder Público para custear atividades que não sejam peculiares. A taxa é a contribuição compulsória e o preço é facultativo. Já decidiu o STF que a taxa e o preço não se confundem*" (RE's 54.194, 54.491 e 54.996).

Mais extensamente ficaram claras as distinções no RE 68.690-PR, de 27.11.1969, Rel. Min. Luiz Gallotti, *RTJ*, 53:500. A Súmula 545 do STF estatui: "*Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm a sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que a instituiu*".

Bilac Pinto, em acórdão do STF, relatou:

"*O caráter contratual do preço público foi pela primeira vez posto em relevo na classificação de Seligman e constitui uma das mais importantes contribuições para o estudo da natureza jurídica das diferentes espécies de receita pública*" ("As Classificações Teóricas da Receita Pública", *RF*, 144:529-39).

E mais:

"*... a taxa foi definida adotando um critério diferenciador, que é o caráter específico da cobrança, dirigida unicamente aos contribuintes que se utilizem ou beneficiem, efetiva ou potencialmente, do serviço estatal, cuja instituição é fundamentação do tributo...*" (PAES, P. R. Tavares. *Comentários ao Código Tributário Nacional*, 5ª ed., *RT*, p. 235).

Por esses motivos, compartilho da tese, na situação específica examinada, de que a contribuição pelo fornecimento de água é taxa, conforme, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o REsp 167.489-SP - 98.0018591-7 - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado, publicado no *DJU* de 24.08.1998.

Entretanto, apesar de entender que se trata de taxa, não de preço público, acho desnecessária a prévia apresentação de cópia do processo administrativo junto à CDA que instrui o processo fiscal, por dois motivos: primeiro, porque a legislação não o exige, mas apenas a indicação de seu número; segundo, porque essa alegação deveria ter sido feita pelo executado por ocasião de seus embargos, não cabendo ao Juízo fazê-lo de ofício, já que não há previsão de nulidade em virtude da ausência de cópia do processo administrativo em questão. A certidão de dívida ativa é título formal com presunção de certeza, liquidez e exigibilidade que admite presunção *juris tantum*, podendo ser "*... ilidida por prova inequívoca,* a cargo do executado ou de terceiro, *a quem aproveite*" (art. 3º, parágrafo único, da LEF, grifei).

Além disso, na hipótese vertente, discute-se da necessidade ou não de prévio processo administrativo com ampla oportunidade de defesa para fins de inscrição da dívida ativa.

Diz o CTN:

"*Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:*

I - (...)

II - (...)

III - (...)

IV - (...)

V - sendo o caso, *o número do processo administrativo de que se origine o crédito*" (grifei).

Logo se vê que não é obrigatório o número do PTA, como ressalva o inciso V. Isto porque nem sempre ocorre a necessidade de processo para a apuração do crédito, como ocorre nas cobranças do imposto declarado, desde que não ocorra alteração de valor.

Ora, a legislação municipal de Uberlândia (DL 2.624, art. 39) concede aos contribuintes-usuários o prazo de 30 dias, após o vencimento da conta, para reclamações. *In albis* o prazo, entende-se que o sujeito passivo aceitou os valores. Silenciando, o débito concretiza-se.

Como o crédito não deriva de infração, desnecessário o PTA, ao qual se exigiria o fornecimento do direito de defesa.

Por outro lado, sendo serviço essencial, não pode a autarquia deixar de fornecer o serviço pela falta de pagamento, restando-lhe, pois, a propositura de ação própria, o que ocorre no caso, sob pena de prejuízo.

Sob outra ótica, é legalmente previsível a elisão do crédito tributário, mas não de ofício.

Entendo, *data venia*, assistir razão à recorrente, pelo que casso a decisão *sub judice*, para determinar o retorno dos autos à origem e seu prosseguimento normal.

Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

COMPETÊNCIA - AÇÃO DE USUCAPIÃO E DE DESAPROPRIAÇÃO - CONEXÃO - INEXISTÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 34, C/C ART. 35, AMBOS DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41

- A finalidade da conexão (art. 103 do CPC) é evitar decisões contraditórias. Não há conexão entre as ações de usucapião e de desapropriação, uma vez que o objeto e a causa de pedir de ambas as ações são diversos. Pode haver, sim, a prejudicialidade no que tange à prova de domínio, mas inexistirá contrariedade no julgamento das ações, pois a decisão prolatada na ação de usucapião só será levada a efeito para provar o domínio, determinando, assim, quem fará jus à indenização expropriatória. Dada a especialidade da matéria em litígio, mesmo que se trate do mesmo imóvel, a melhor técnica recomenda que a ação de usucapião prossiga na vara cível e a de desapropriação tramite no juízo da Fazenda Pública.

- O art. 34 do Decreto-lei nº 3.365/41 determina que apenas no momento de levantar o valor da indenização é que o interessado deverá fazer prova do domínio; o art. 35 do mesmo diploma legal estabelece que, se a indenização for paga a terceiro, que não o proprietário, não se invalidará a desapropriação.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 263.945-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Ementa oficial: Conflito de competência - Ação de usucapião e de desapropriação - Conexão - Inexistência. - A finalidade precípua da conexão é evitar decisões contraditórias. Assim sendo, afasta-se sua incidência, pois a decisão prolatada na ação de usucapião só será levada a efeito para provar o domínio, determinando, portanto, quem fará jus à indenização expropriatória. Inteligência do artigo 34, combinado com o artigo 35, do Decreto-lei nº 3.365/41.

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 PELA COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2002. - *Brandão Teixeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo ilustre Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública Municipal, que, ao receber os autos da ação de usucapião ajuizada pelo espólio de Walter Germano de Freitas contra o espólio de Alípio de Andrade Mello, suscitou o presente conflito.

O d. Juízo suscitado - 23ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - declinou de sua competência para o julgamento da ação de usucapião, ao fundamento da existência de uma ação de desapropriação intentada pelo Município de Belo Horizonte contra o espólio de Alípio de Andrade Mello. Para tal, a ilustre Juíza monocrática ressaltou que o imóvel usucapiendo é o mesmo da desapropriação.

O d. Juízo suscitado, prestando informações às fls. 42/43-TJMG, asseverou que declinou de sua competência para o julgamento da ação de usucapião, ante a possibilidade de identidade de objetos entre as ações em comento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência do conflito suscitado, invocando a conexão entre as ações de usucapião e de desapropriação, na forma do artigo 103 do CPC (fls. 48/49-TJMG).

Adentrando-se a análise do conflito, verifica-se que, em novembro de

1995, o Município de Belo Horizonte ajuizou contra o espólio de Alípio de Andrade Mello ação expropriatória, referente aos lotes nºs 10, 12 e 14 da quadra 91 do Bairro Inconfidência, em Belo Horizonte. Lotes estes cuja propriedade está sendo questionada na ação de usucapião.

Analisando os institutos de usucapião e de desapropriação, colhe-se que ambas as formas de aquisição da propriedade são de natureza originária, ou seja, busca-se a declaração judicial para reconhecer o vínculo jurídico de propriedade, independentemente de qualquer vínculo com o título anterior.

Sobre as peculiaridades da ação judicial expropriatória, oportuno os escólios de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

"*A ação judicial de desapropriação pode prosseguir independentemente de saber a Administração quem seja o proprietário ou onde possa ser encontrado; mesmo porque no processo de desapropriação, as questões referentes ao domínio não são objeto de consideração, já que as únicas matérias passíveis de serem alegadas na contestação são as nulidades processuais e o preço (art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41)*" (*in Direito Administrativo*. 13ª ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 164).

Destarte, devido ao caráter originário das propriedades advindas de prestação jurisdicional prolatadas nas ações retromencionadas, bem como as especificidades que lhes são inerentes, impõe-se o afastamento da conexão suscitada.

O objeto da ação de desapropriação é a aquisição de propriedade pelo Poder Público desapropriante. Já o objeto da ação de usucapião é a aquisição de propriedade pelo particular, que é seu autor. Os objetos de tais ações são diversos. A causa de pedir em uma dessas ações é diversa da outra. Enfim, não sendo idênticos, ou seja, a mesma causa de pedir ou os pedidos, não há conexão. O que pode ocorrer é prejudicialidade no que tange à prova de domínio para fins de levantamento do valor de indenização.

Com efeito, o instituto da conexão, inserto na norma do artigo 103 do CPC, tem a finalidade precípua de evitar decisões contraditórias. Nessa esteira, a decisão a ser proferida na ação de usucapião terá o condão de declarar, tão-somente, quem é o proprietário do imóvel litigado e que, como tal, fará jus à indenização oriunda do processo expropriatório.

Destarte, não há razões fáticas ou jurídicas para se determinar a conexão mencionada.

Não obstante, o artigo 34 do Dec.-lei nº 3.365/41 determina que apenas no momento de levantar o valor da indenização é que o interessado deverá fazer prova do domínio. Demais disso, o artigo 35 do mesmo diploma legal estabelece que, se a indenização for paga a terceiro, que

não o proprietário, não se invalidará a desapropriação. Portanto, inexistirá contrariedade no julgamento das ações, pois a decisão prolatada na ação de usucapião só será levada a efeito para provar o domínio, determinando, assim, quem fará jus à indenização expropriatória.

Registra-se que, devido à especialização das matérias em litígio, *in casu*, a melhor técnica recomenda que a ação de usucapião prossiga na 23ª Vara Cível e que a desapropriação continue tramitando no Juízo da Fazenda Pública Municipal.

Conclusão.

Ex positis, dá-se provimento ao conflito negativo de competência, fixando a competência da Fazenda Pública Municipal para o julgamento da ação expropriatória e, por conseguinte, a competência da 23ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte para o julgamento da usucapião.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Lúcio Urbano - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

-:::-

USUCAPIÃO ORDINÁRIO - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - JUSTO TÍTULO - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

- O contrato de promessa de compra e venda constitui documento hábil para provar o justo título e ensejar a procedência do pedido de usucapião ordinário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 264.048-0/00 - Comarca de Betim - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Contrato de promessa de compra e venda, em casos onde o conjunto probatório lhe corroboram e aumentam a força, pode dar ensejo à procedência de pedido de usucapião ordinário.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2002. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - Conheço do recurso voluntário, por

estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cuida-se de ação de usucapião ordinário, a qual foi julgada improcedente, sob o fundamento de não existir justo título a dar guarida ao pleito inicial.

Saliento, em primeiro lugar, que o Município de Betim (MG) contestou o pedido, alegando haver declarado o imóvel de utilidade pública, para fins de desapropriação. Daí ressai o interesse do Município no deslinde do presente feito, bem como sua intervenção, atraindo a competência para julgamento do recurso para este egrégio Tribunal de Justiça.

Analisando a tese detida no presente feito, vejo que a r. sentença singular está a merecer reforma:

Por várias oportunidades, nos presentes autos foi afirmado que para dar guarida ao pleito de usucapião ordinário é preciso o lapso temporal, o justo título, a boa-fé e o *animus domini*, tudo nos termos previstos no art. 551 do Código Civil.

Os autores demonstraram sobejamente que detêm o imóvel, como seu e de boa-fé, há mais de 10 (dez) anos, pois firmaram "contrato particular de compromisso de compra e venda", no qual interveio o inventariante do espólio-requerido (fls. 08), pagando os tributos e demais consectários inerentes ao bem imóvel, além de nele haverem edificado e plantado.

Como visto às fls. 33/34, o Município de Betim (MG) contestou a ação, apenas salientando que declarou o imóvel como de utilidade pública para fins de desapropriação, mas, em nenhum momento, contrariou a pretensão dos autores de usucapir o bem.

Não foi, de outra parte, oposta qualquer contrariedade à pretensão inicial.

Ademais, os docs. de fls. 94/99 dão notícia de que o Município de Betim (MG) compôs com os autores, pagando-lhes os valores das construções e plantações existentes no imóvel, deixando para depois do trânsito em julgado da presente ação o pagamento do valor do terreno. Isso já prova, pelo menos, a posse dos autores, a boa-fé e o seu ânimo de dono.

No tocante especificamente ao título aquisitivo juntado aos autos, acato o parecer da Procuradoria de Justiça (fls. 148/152), pelo qual o contrato de fls. 08 "*de forma alguma pode ser desprezado, constituindo, sim, documento hábil, ou seja, justo título, não sendo descaracterizado por conter algum vício*".

Essa posição é corroborada pela jurisprudência prevalente no colendo STJ:

"*Usucapião ordinário. Promessa de compra e venda. Justo título. Conceito. - Tendo direito à aquisição do imóvel, o promitente comprador pode exigir do promitente vendedor que lhe outorgue a escritura definitiva de compra e venda, bem como pode requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. Segundo a jurisprudência do STJ, não são necessários o registro e o instrumento público, seja para o fim da Súmula 84, seja para que se requeira a adjudicação. Podendo dispor de tal eficácia, a promessa de compra e venda, gerando direito à adjudicação, gera direito à aquisição por usucapião ordinário. Inocorrência de ofensa ao art. 551 do Código Civil. Recurso conhecido pela alínea* c, *mas não provido*". (STJ - 3ª Turma; REsp nº 32.972/SP; Rel. Min. Cláudio Santos; Rel. p/ acórdão Min. Nilson Naves; *DJ* de 10.06.96.)

Ademais, do compulsar os autos, sobressai inequivocamente que o promitente-vendedor que figurou na promessa de compra e venda objetivava transferir não só a posse direta do imóvel, mas também a posse indireta, a fim de que a propriedade se consolidasse nas mãos dos promitentes-compradores, ora autores.

Assim, tenho plena ciência da posição doutrinária mais antiga e conservadora, que é no sentido de que justo título é somente aquele apto ao registro, qualidade de que não disporia a promessa de compra e venda. Contudo, como visto acima, a promessa de compra e venda dá ensejo à adjudicação e, dessa forma, também se torna, naquele caso, hábil a transferir a propriedade. Sendo assim, não vejo como não lhe dar força suficiente para sustentar a prescrição aquisitiva. Quanto a isso, cumpre-me citar trecho do voto do eminente Ministro Nilson Naves, no recurso especial acima citado:

"*Ora, tendo direito à aquisição do imóvel, o promitente comprador pode exigir do promitente vendedor que lhe outorgue a escritura definitiva de compra e venda, bem como pode requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. À vista da jurisprudência desta Casa, o registro não é necessário, nem o instrumento público, seja para o fim da Súmula 84, seja para que se requeira a adjudicação (entre outros julgados, ver REsp's 30, 5.643, 9.945, 10.383 e 19.414). Podendo dispor dessa eficácia, a promessa, gerando direito à adjudicação, há de poder, penso eu, gerar direito à aquisição por usucapião ordinário. Estou pois adotando conceito de justo título, talvez conceito mais abrangente, e assim estou procedendo em face de julgados mais recentes desta Corte, dos quais estimo ter tirado corretas conseqüências*" (STJ - 3ª Turma; REsp nº 32.972/SP; voto do Min. Nilson Naves; *DJ* de 10.06.96).

Ora, sendo assim, não há que se falar em impossibilidade de o mesmo se constituir em título capaz de ensejar a prescrição aquisitiva, via de usucapião ordinário.

Por fim, há que se atentar às peculiaridades do caso, que, como visto acima, dão pleno sustentáculo à procedência do pedido.

Esclareça-se, ainda, que, como muito bem salientou a Procuradoria de Justiça, no seu parecer de fls. 129/132, a improcedência desta ação provocará o enriquecimento sem causa do Município de Betim (MG), uma vez que ficará desobrigado de indenizar os autores do valor do terreno, o qual, como visto, foi declarado de utilidade pública, para fins de desapropriação.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso, para, em conseqüência, reformar a sentença monocrática, julgando procedente o pedido inicial para reconhecer o domínio dos autores sobre o imóvel usucapiendo, condenando o Município de Betim (MG) ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, que ora arbitro em R$1.000,00 (mil reais), atendendo ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PATERNIDADE - RECONHECIMENTO - ATO IRREVOGÁVEL E IRRETRATÁVEL - AUSÊNCIA DE VÍCIO NA DECLARAÇÃO DE VONTADE - ANULAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Sendo o reconhecimento de paternidade ato irrevogável e irretratável, sua desconstituição somente se opera quando provado que a perfilhação se deu em virtude de vício capaz de desconstituí-la.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 264.404-5/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Ementa oficial: Anulação de escritura pública - Reconhecimento de paternidade - Fraude - Ausência de provas - Ato irrevogável e irretratável. - Sendo o reconhecimento de paternidade ato irrevogável e irretratável, sua desconstituição somente se opera quando provado que a perfilhação se deu em virtude de vício capaz de desconstituí-la. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2002. - *Kildare Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Contagem, que, nos autos da ação de anulação de escritura pública de reconhecimento de paternidade c/c anulação parcial de certidão de nascimento ajuizada por N.S.R. em face de K.J.R., r. p/ mãe, S.A.D., e outros, julgou improcedente o pedido inicial.

Alega a apelante que as provas documentais e testemunhais produzidas no decorrer da ação, além da recusa da apelada em se submeter ao exame de DNA, demonstram a veracidade de sua alegação inicial, a qual se consubstancia na fraude perpetrada pelo seu falecido marido, Sr. J.R., quando do reconhecimento de paternidade da menor K.J.R. Aduz que o fato de seu marido haver deixado amostras de sangue em um banco de DNA demonstra o seu arrependimento pelo ato de reconhecimento da recorrida, estando claro que tais amostras servem para comprovar que ele não era o pai biológico da menor.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Cuidam os autos, como se disse, de ação de anulação de reconhecimento de paternidade ajuizada pela apelante, na condição de viúva do Sr. J.R., responsável pela declaração de paternidade da recorrida, ao argumento principal de que o ato deste fora perpetrado com o propósito espúrio de fraudar os seus legítimos direitos.

Com efeito, colhe-se do processado que a recorrente se divorciou do Sr. J.R. em meados de 1981 e o reconhecimento da apelada, ato impugnado por esta via, deu-se em setembro de 1995. Somente em outubro de 1998, a recorrente se casou novamente com o pai da menor, o qual veio a falecer apenas dois meses mais tarde.

Esta, em suma, a situação fática dos autos.

Como se sabe, os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, mediante escritura pública. É o que determinam os artigos 357 do Código Civil e 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este reconhecimento, diz a Lei 8.560/92, em seu art. 1º, é irrevogável.

Ocorre que, como qualquer ato jurídico, está o mencionado reconhecimento sujeito à anulabilidade, desde que constatados vícios que inquinem a sua validade, tais como erro, dolo, coação, simulação ou fraude.

No caso dos autos, sustenta a apelante que o ato de reconhecimento da apelada estaria maculado pela atitude fraudulenta do Sr. J. R., a lhe ferir direitos.

Sem adentrar a discussão doutrinária sobre a possibilidade de se alegar fraude quanto a direitos indisponíveis, tenho que não se deflagrou qualquer vício no ato de reconhecimento da apelada a justificar a sua revogação.

Ora, em primeiro lugar, é preciso delimitar os fatos no tempo: como se observa dos elementos constantes dos autos, quando da perfilhação da apelada, o seu pai já se encontrava divorciado da apelante há aproximadamente quatorze anos. Logo, naquele momento, nenhum direito seu poderia ser atingido, já que o divórcio põe termo à sociedade conjugal, dissolvendo o vínculo dantes existente.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a alegação de que estaria em trâmite ação revisional de alimentos à época do reconhecimento, o que justificaria a atitude do Sr. J.R., não gera a presunção almejada pela recorrente.

Mas não é só. O reconhecimento se deu voluntariamente em 1995, somente vindo o Sr. J.R. a falecer em 1998. Não há, com efeito, qualquer indício de que a sua declaração de vontade estivesse comprometida.

Além disso, a prova colhida, documental e testemunhal, a meu ver, dá conta de um estreito relacionamento entre o *de cujus* e a recorrida, a corroborar a paternidade declarada.

O que se pode inferir do arcabouço probatório é que existia uma relação de convívio, de afeto e de assunção da condição paterna por parte do Sr. J.R. com relação à menor. Isto é fato, não há como mudar pela simples circunstância de, no ocaso de sua vida, haver-se casado com a recorrente, ou mesmo deixar material genético para determinação de vínculo biológico por DNA.

Mesmo porque no documento relativo à coleta de amostras sangüíneas, o qual se perfaz em mero formulário, não há qualquer menção aos fatos narrados nos autos.

De qualquer maneira, ainda que fosse intenção, realmente, do *de cujus* desconstituir a perfilhação, deve-se ter em mente que é ela não apenas irrevogável, como também irretratável.

Este o entendimento jurisprudencial pacífico a respeito do tema:

"*Negatória de paternidade - Direito indisponível - Alegação de simulação e erro - Ausência de prova - Reconhecimento voluntário da paternidade - Irretratabilidade - Improcedência do pedido - Recurso desprovido*" (Processo nº 236.379-4 - Rel. Des. Aluízio Quintão).

Por fim, devo consignar que o fato de a recorrida não se haver submetido ao exame de DNA não tem o condão de fazer com que a demanda em apreço obtenha êxito.

É que o ônus da prova cabe a quem alega. Isto é, a quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos. No caso dos autos, todavia, a apelante não se desincumbiu deste mister. Pelo contrário, como dito linhas atrás, o conjunto probatório leva à conclusão de que não houve mácula no ato de reconhecimento da apelada, sendo a negativa de submissão ao DNA insuficiente para desconstituí-lo.

Assim e neste contexto, tenho que, de fato, o pleito da apelante se mostra insubsistente.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA - IMPROCEDÊNCIA POR FALTA DE PROVAS - COISA JULGADA - MITIGAÇÃO - DIREITO DE FAMÍLIA - EVOLUÇÃO

- Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa e considerando a ausência do exame pelo DNA, admite-se o ajuizamento de "ação investigatória", ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido, devendo a "coisa julgada", em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, ser interpretada *modus in rebus*, visando atender aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 264.746-9/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Processo Civil - Investigação de paternidade - Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas - Coisa julgada - Mitigação - Doutrina - Direito de Família - Evolução - Recurso provido. - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa e considerando a ausência do exame pelo DNA, admite-se o ajuizamento de "ação investigatória", ainda que tenha sido aforada uma anterior com

sentença julgando improcedente o pedido, devendo a "coisa julgada", em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, ser interpretada *modus in rebus*, visando atender aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de novembro de 2002. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Conheço do apelo.

Cuida-se, de ação de investigação de paternidade aforada por G.A., em face de M.V.S.

Colhe-se de todo o processado já ter sido antes ajuizada pela apelante ação idêntica, tendo, nesta instância revisora, sido julgada improcedente em face da precariedade das provas colhidas, o que levou o Juízo monocrático a acolher a argüição pelo RMP da coisa julgada, gerando o inconformismo da apelante.

Conforme reiterado proclamo doutrinário, a propositura de nova ação somente é possível quando os fatos e a causa de pedir são diferentes da ação anterior, salvo nos casos expressamente excepcionados em legislações especiais.

Também por falta ou deficiência de provas sempre se viu acolhida a coisa julgada em nosso ordenamento jurídico.

Todavia, em casos tais, de duplicidade de ações de investigação de paternidade, em períodos diversos, com a primeira pretensão investigatória julgada improcedente por insuficiência de provas, comungo com o entendimento de que a decisão é de cunho puramente processual, em que se caracteriza apenas a coisa julgada formal a permitir seja intentada nova ação de investigação.

A coisa julgada é instituto constitucional que visa a dar segurança e certeza às relações jurídicas, conseqüentemente aos direitos assumidos pelos indivíduos na vida social.

Acontece, no caso, que a decisão que julgou improcedente o primeiro pedido formulado pela recorrente, por ausência de provas, não contém certeza capaz de dar segurança às relações jurídicas que as levam a litigar, e conseqüentemente não há como se falar em coisa julgada material.

Lado outro, o v. acórdão de fls. 190/193-TJ em nenhum momento concluiu categoricamente que o recorrido não fosse o pai biológico da autora.

Em caso idêntico, o egrégio STJ, em julgado recente (REsp nº 226.436-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - *DJ* de 04.02.2002), concluiu sabiamente:

"*A decisão é meramente técnica, de cunho processual, face à regra do art. 333 do CPC, porquanto, naquele processo, o autor não conseguiu se desincumbir do ônus da prova, ou seja, não produziu prova bastante para permitir que se declarasse o requerido seu pai biológico. Ainda, também, não ficou decidido que o requerido não fosse o pai do autor*".

A propósito do tema vale aqui transcrever a seguinte lição também colacionada no julgado acima citado:

"*Todo julgamento que examine e/ou resolva (homologue transação: resolver sem examinar) a pretensão é julgamento de mérito. Aqueles outros que se limitam à análise de aspectos processuais ou constitucionais relativos à pretensão à tutela jurídica são julgamentos de não-mérito.*

Sejam os julgamentos (sic) *de mérito ou não-mérito, sempre hão de alcançar um momento em que não podem mais ser atacados através de recursos, quer porque já exercitados todos os possíveis, quer porque vencido o prazo para a interposição dos cabíveis.*

Os julgamentos de não-mérito, porque não resolvem o litígio, não impedem o retorno da matéria ao Judiciário, outra vez provocado em novo processo. Até porque o litígio que deu ensejo ao primeiro processo restou irresolvido". (*Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*, PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 19/20.)

Conclui assim o eminente Min. Relator em seu judicioso voto acima citado, no que se aproveita ao caso ora em discussão:

"*Na hipótese tratada, ocorreu tão-somente a coisa julgada formal (aquela que não comporta mais recursos e é a palavra final naquele processo), porque a decisão inserida no v. acórdão acima citado deixou o litígio irresolvido, sem estabelecer se o Requerido era ou não o pai do Autor. Apenas se pronunciou sob a ótica processual, dispondo que não havia prova suficiente para o deslinde da controvérsia.*

Assim ocorrendo, nada impede que o autor retorne ao Judiciário, em outro processo, para buscar a tutela de seu direito, principalmente agora que o avanço da ciência lhe permite a prova do DNA e o próprio Estado lhe coloque este sofisticado exame à disposição através do convênio firmado entre a Corregedoria de Justiça e a Secretaria de Justiça e Cidadania".

Entendo que não permitir à autora/recorrente o ajuizamento de nova ação, agora que tem à disposição o exame do DNA, proporcionado pelo Estado, o que não lhe estava disponível à época da primeira ação, já que o exame de sangue que realizou pelo sistema ABO, fator RH, não descartou à

época a probabilidade de o recorrido ser o pai biológico da autora, mas foi declarado insuficiente pelo v. acórdão que o apreciou; impedir dito ajuizamento é o mesmo que condená-la *ad aeternum* a não ter paternidade.

Não obstante as respeitáveis considerações colocadas contrariamente na enciclopédia doutrinária, tenho que, no caso, dadas as suas peculiaridades, somada à maliciosa atitude do recorrido, que até agora nada fez de útil para a busca da verdade, furtou-se à citação e ao exame do DNA pedido nos autos e em diversas outras ocasiões em que se aviaram várias cautelares em busca da produção de prova antecipada, a melhor solução está na busca de posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

"*O Direito de Família está dentre os ramos do Direito que apresentam as mais rápidas e consagradas evoluções, não somente no campo da cultura, dos costumes e dos valores sociais e morais do povo brasileiro em especial, mas, também, no terreno da ciência foi possível importar sistemas de pesquisa científica da ascendência e descendência genética do indivíduo humano e que provocaram verdadeira revolução na afirmação judicial da paternidade, com margens inéditas de declaração pioneira da verdade real e cujos efeitos, parece, ainda, não foram devidamente aquilatados pela ciência jurídica que evoca a autoridade da coisa julgada para as demandas passadas*". (*A Coisa Julgada na Investigação da Paternidade* - ROLF MADALENO - *apud* REsp nº 226.436-PR.)

"*Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.*

Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana". (*RSTJ*, 26/378 - REsp nº 4.987-RJ - *DJ* de 28.10.91 - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.)

Ao deduzido e em conformidade com o parecer do douto Procurador de Justiça, fl. 198-TJ, dou provimento ao recurso e determino o retorno dos autos à Comarca de origem para que seja examinado o mérito do feito no estado em que se encontra.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ICMS - AÇÃO DECLARATÓRIA - ART. 4º DO CPC - HIPÓTESES PREVISTAS - ADMISSIBILIDADE RESTRITA - BASE DE CÁLCULO - IMPOSTO ESTIMADO - COBRANÇA DEFINITIVA - VALOR PAGO A MAIOR - RESTITUIÇÃO

- A ação declaratória, cuja admissibilidade é restrita às hipóteses previstas no art. 4º do CPC, em que se pede a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou a declaração da autenticidade ou falsidade de documento, não é admissível para se interpretar a lei relativamente ao direito em tese do contribuinte à restituição parcial ou total do ICMS recolhido em regime de substituição tributária.

- De acordo com a orientação dominante da jurisprudência majoritária dos nossos tribunais, é definitiva, em regra, a cobrança de ICMS estimado com base de cálculo consistente em tabela, fornecida pelo fabricante, no regime de substituição tributária, pelo que descabe restituição da diferença entre o recolhimento efetuado mediante a base de cálculo presumida e a real, só ocorrendo tal direito se o fato gerador presumido não se realizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 265.037-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: ICMS - Ação declaratória - Admissibilidade restrita às hipóteses previstas no art. 4º do CPC - Pretensão a cujo âmbito refoge a mera interpretação da lei - Base de cálculo - Imposto estimado - Cobrança definitiva - Valor pago a maior - Restituição - Descabimento, como regra geral. - A ação declaratória, cuja admissibilidade é restrita às hipóteses previstas no art. 4º do CPC, em que se pede a declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica, ou a declaração da autenticidade ou falsidade de documento, não é admissível para se interpretar a lei relativamente ao direito em tese do contribuinte à restituição parcial ou total do ICMS recolhido em regime de substituição tributária. De acordo com a orientação dominante da jurisprudência majoritária dos nossos Tribunais, é definitiva, em regra, a cobrança de ICMS, estimado com base de cálculo consistente em tabela fornecida pelo fabricante, no regime de substituição tributária, pelo que descabe restituição da diferença entre o recolhimento efetuado mediante a base cálculo presumida e a real, só ocorrendo tal direito se o fato gerador presumido não se realizar.

ACÓRDÃO

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

PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelada, Fazenda Pública Estadual, o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Ouvi com atenção a sustentação oral feita pelo Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Tenho voto escrito e passo à sua leitura.

Conheço da apelação, recurso próprio, tempestivo, regularmente preparado.

A preliminar de ilegitimidade de parte ativa da apelante para propor contra a apelada a presente ação declaratória do seu direito à restituição de diferenças de ICMS entre a base de cálculo presumida, que ensejou o recolhimento antecipado, em regime de substituição tributária, e a base de cálculo real, relativa à comercialização de automóveis, máquinas agrícolas e acessórios, não reiterada nas contra-razões da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, não merecia acolhida, visto que se acha demonstrado o seu interesse, em tese, para o pleito.

Não merecia acolhida também a preliminar de ilegitimidade de parte passiva da Volkswagen do Brasil Ltda., para responder solidariamente com a autora, na qualidade de contribuinte substituído na substituição tributária, tendo-se em vista a orientação da jurisprudência materializada no aresto transcrito na sentença apelada.

Ocorre, além disso, que, ainda que procedessem tais preliminares, o seu acolhimento não se justificaria na hipótese ora em julgamento, tendo-se em vista o disposto no art. 249, § 2°, do Código de Processo Civil, de conformidade com o qual "*quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta*".

No tocante ao mérito, a apelação não merece provimento, pelos motivos a serem doravante expostos.

A primeira indagação que se impõe é se é admissível a ação declaratória, definida pelo art. 4° do CPC como aquela a ser manejada quando o interesse do autor se limita à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento, de conformidade com o disposto no seu parágrafo único, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

Limita-se a ação declaratória às seguintes hipóteses:

I - existência ou inexistência de relação jurídica;

II - autenticidade ou falsidade de documento.

A hipótese prevista no item I não se configura no caso presente, porque a autora não pretende ver declarada a existência ou a inexistência de relação jurídica de natureza tributária entre ela e a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais e nem ainda entre ela e a Volkswagen do Brasil Ltda., na qualidade de fornecedora dos bens por ela revendidos e de empresa solidariamente responsável pelo recolhimento do ICMS em decorrência da substituição tributária, já que essa relação é por ela posta em dúvida.

O que a autora, ora apelante, faz é afirmar a existência dessa relação jurídica, como ponto de partida para pleitear a restituição da diferença entre o tributo devido com base no preço da revenda e aquele recolhido por antecipação, em decorrência do princípio da substituição tributária.

Não pretende a apelante, por outro lado, ver declarada, através da presente ação, a autenticidade ou a falsidade de documento.

O que a apelante pretende, através da presente ação, não é, portanto, ver declarada a existência ou a inexistência de uma relação jurídica ou a autenticidade ou a falsidade de documento, mas a interpretação de norma jurídica constitucional ou infra-constitucional *in abstrato* quanto ao pretenso direito à restituição da diferença de tributo eventualmente recolhido a mais, em decorrência da substituição tributária.

E tanto isso é verdade que ela não aponta a operação ou as operações de venda *in concreto* cuja existência ou inexistência ela pretende ver declarada, sequer mencionando na inicial os valores cuja restituição pleiteia e a origem desses valores.

Orienta-se a jurisprudência dos nossos tribunais no sentido de que a ação declaratória não é admissível para a obtenção da interpretação de norma constitucional ou legal, como se vê pelo teor dos seguintes arestos:

"*Na ação declaratória pede-se a declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica, ou a declaração da autenticidade ou falsidade de documento, não sendo possível admiti-la para se interpretar a lei*" (TFR, 26.2.80, na Apel. 46.630, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, *in DJ* de 5.7.80, p. 3.160).

"*Se não se trata de incerteza sobre a existência ou inexistência de relação jurídica, nem sobre autenticidade ou falsidade de documento, mas de mera* quaestio iuris *decorrente de tal relação a ser dirimida incidentalmente quando for o caso, descabe a ação declaratória, a cujo âmbito refoge a mera interpretação da lei*" (STF, 14.5.85, no RE 102.734-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, *in Revista Trimestral da Jurisprudência*, v. 113, p. 1.322).

Tratando-se de hipótese a ausência de dúvida sobre a relação jurídica e julgando-se o contribuinte com o direito à determinada restituição de parcela de imposto recolhida indevidamente, tem ele dois caminhos para pleitear em juízo a seu direito:

O da ação ordinária, sujeita ao procedimento comum, vale comum de todas as lides, se não se preferir ação sujeita a outro rito, quando previsto em lei, ou o do mandado de segurança, largamente utilizado para a obtenção de decisão dessa natureza, desde que o contribuinte tenha a condição de demonstrar, desde logo, na data do ajuizamento, mediante prova pré-constituída, a liquidez e a certeza do seu direito, não existente na hipótese ora em julgamento.

Mas ainda que se tenha como superada a questão relativa ao cabimento da ação declaratória para o fim colimado, a pretensão da apelante não pode ser acolhida.

Há inúmeros arestos do STF e deste egrégio Tribunal no sentido de que a ressalva contida na parte final do artigo 150, § 7°, da Constituição Federal, assegura apenas a imediata e preferencial restituição da quantia paga e somente na hipótese em que o fato gerador presumido não se realize.

É o que se vê pelo teor dos seguintes arestos:

"*Agravo regimental em recurso extraordinário - Tributário - Substituição tributária - Legitimidade - Base de cálculo presumida e valor real da operação - Diferenças apuradas - Restituição - 1. É responsável tributário, por substituição, o industrial, o comerciante ou o prestador de serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subseqüentes saídas de mercadorias ou, ainda, por serviços prestados por qualquer outra categoria de contribuinte. Legitimidade do regime de substituição tributária declarada pelo Pleno deste Tribunal. 2. Base de cálculo presumida e valor real da operação. Diferenças apuradas. Restituição. Impossibilidade, dada a ressalva contida na parte final do artigo 150, § 7°, da Constituição Federal, que apenas assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga somente na hipótese em que o fato gerador presumido não se realize. Agravo regimental não provido*" (STF - AGRRE 266523 - 2ª T. - Rel. Min. Maurício Corrêa - *DJU* de 17.11.2000 - p. 00027).

"*ICMS - Substituição tributária para frente no comércio de veículos novos. Restituição ou compensação do ICMS antecipado em excesso pela venda subfaturada, improcedência. - O fato gerador do ICMS ocorre na saída da mercadoria do estabelecimento contribuinte, e a cobrança do tributo é definitiva com base de cálculo em tabela fornecida pelo fabricante, não cabendo restituição uma vez que o fato gerador presumido se tenha realizado*" (TJMG - EI 000.214.384-0/01 - 1ª C. Cív. - Rel. Des. Orlando Carvalho - j. em 06.11.2001).

"*ICMS - Base de cálculo - Tabela fornecida pelo fabricante. - A cobrança definitiva de ICMS no regime de substituição tributária, com base de cálculo em tabela fornecida pelo fabricante é definitiva, só ocorrendo a restituição se o fato gerador presumido não se realizar*" (TJMG - AC 000.214.384-0/00 - 1ª C. Cív. - Rel. Des. Garcia Leão - j. em 05.06.2001).

"*Tributário - ICMS - Substituição tributária - Hipótese de não-restituição. - Não cabe restituição do ICMS recolhido em regime de substituição tributária, se ocorreu a futura operação presumida, pouco importando se o preço de venda ao consumidor foi inferior ao preço de tabela sugerido pela empresa como base de cálculo do tributo*" (TJMG - AC 000.198.598-5/00 - 5ª C. Cív. - Rel. Des. Aluízio Quintão - j. em 19.04.2001).

"*ICMS - Substituição tributária - Matéria constitucional - Imposto estimado - Valor pago a maior - Restituição - Descabimento. - A substituição tributária, acolhida por emenda, no § 7° do art. 150 da Constituição da República, ocorrida em recolhimento de ICMS, tem base de cálculo presumível, a maior ou a menor, para dar praticidade e operacionalidade ao recolhimento, sendo incabível cobrança adicional do Fisco, na primeira hipótese, e restituição de excesso ao contribuinte, na segunda*" (TJMG - AC 000.207.256-9/00 - 1ª C. Cív. - Rel. Des. Antônio Hélio Silva - j. em 13.03.2001).

"*Tributário - ICMS - Substituição tributária - Revenda de veículos - Não-realização do fato gerador presumido - Direito à restituição do imposto - Impossibilidade legal. - O direito à restituição do ICMS na comercialização de automóveis novos, pelo sistema de substituição tributária, somente ocorre quando o fato gerador presumido não se realizar. Ocorrendo o fato gerador, mesmo que sobre base de cálculo inferior ao preço de tabela fornecida pela montadora, tem-se por realizada a circulação, não assistindo ao contribuinte substituído direito à compensação ou restituição da diferença de imposto entre o valor presumido e o realmente praticado*" (TJMG - AC 000.186.743-1/00 - 1ª C. Cív. - Rel. Des. José Brandão de Resende - j. em 06.02.2001).

Existem, é verdade, tanto no STF como neste egrégio Tribunal, inúmeros arestos, posto que integrando, ao que parece, a corrente jurisprudencial minoritária, em sentido contrário ao dos acima transcritos.

Dá-se, todavia, o caso de serem variadas ou diversificadas as situações em matéria dessa natureza, devendo cada caso concreto ser analisado separadamente, e o de só poder ser acolhida a pretensão do contribuinte quanto à restituição do imposto recolhido por antecipação no caso de não se realizar o negócio ou de existir diferença recolhida a mais, se estiver sendo pleiteada a devolução de quantia certa, comprovadamente devida pela Fazenda Pública, o que não ocorre no caso presente, como consta da sentença apelada.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença apelada.

O Sr. Des. Pedro Henriques - Quero registrar que ouvi com atenção as palavras proferidas da Tribuna pelo Dr. Carlos Victor Muzzi Filho e nada tenho a acrescentar ao voto do eminente Relator.

Nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Silas Vieira - Ouvi com atenção a sustentação oral produzida da Tribuna e cheguei à mesma conclusão do eminente Relator, a quem acompanho.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

TUTELA ANTECIPADA - LIMINAR - CONCESSÃO CONTRA O PODER PÚBLICO - POSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DE EVENTOS EM LOCAIS DESPROVIDOS DE APARATOS CONTRA POLUIÇÃO SONORA E COM SÉRIO RISCO DE INCÊNDIO

- A legislação em vigor posiciona-se, atualmente, pela possibilidade da concessão de liminar contra o Poder Público, eis que, com a recente edição da Lei Complementar nº 104/2001, veio o art. 151 do CTN a receber ampliação, pela qual inserida a concessão da tutela antecipada como hipótese autorizativa à suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

- É de se confirmar a decisão que defere liminar determinando que o município suspenda eventos em locais desprovidos de aparatos contra poluição sonora e que, ainda, oferecem risco de incêndio.

- A Administração, ao referir-se a prejuízos, deve considerar que o bem maior a ser protegido pelo Poder Público é primeiramente a integridade e o bem-estar do cidadão.

AGRAVO Nº 267.057-8/00 - Comarca de Pedra Azul - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Tutela antecipada contra o poder público - Possibilidade - Suspensão de eventos em locais desprovidos de aparatos contra poluição sonora e com sério risco de incêndio - Concessão - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2002. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Cuida-se de agravo, sob a modalidade de instrumento, postado contra decisão que deferiu liminar no sentido a determinar ao Município-agravante a suspensão de *shows* e espetáculos de música ao vivo, promovidos em ambientes previamente referidos, desprovidos da necessária segurança aos seus freqüentadores, bem assim de mecanismos ao controle da poluição ambiental.

A prefacial alavancada pela Municipalidade-recorrente, ao entorno do descabimento da concessão de liminar contra o Poder Público, a meu sentir, não tem como prosperar, *venia rogata.*

Nada obstante tormentoso o temário, tenho que a própria legislação em vigor se posiciona, hodiernamente, por tal possibilidade, eis que, com a recente edição da Lei Complementar nº 104/2.001, veio o artigo 151 do CTN a receber ampliação, pela qual inserida a concessão da tutela antecipada como hipótese autorizativa à suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Portanto, inocorrida qualquer vedação legal para a conferência da liminar, tal como acontecido, inclusive porque presente na audiência em que concedida a medida, o representante do Município, conforme constante do respectivo termo. Rejeito, pois, a preliminar em voga.

Em sede meritória, de avistar-se com inteira propriedade a concessão da medida presentemente objurgada, uma vez que amplamente configurada a noção de que os locais em que sediados os eventos, além de não contarem com mecanismos de inibição da poluição sonora, igualmente, oferecem sério risco de incêndio, conforme verificação através de laudo fornecido pelo corpo de bombeiros.

Sedimentadas tais irregularidades, inconcebível é que insista o agravante na promoção de tais eventos, mormente em se considerando que o público freqüentador desses acontecimentos é, em sua grande maioria, composto de adolescentes, consumidores de bebida alcoólica, os quais, por falta de alcance da recomendável maturidade, se afiguram mais expostos à geração de situações perigosas.

A Administração, ao referir-se a prejuízos, deve ter em linha de atenção que o bem maior a ser protegido pelo Poder Público é primeiramente a integridade e bem- estar do cidadão.

Com tais considerações estou, pela integral prevalência da decisão agravada, negando provimento ao recurso.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONVÊNIO - CELEBRAÇÃO ENTRE A UNIÃO E O MUNICÍPIO - LIBERAÇÃO DE VERBA DEPOSITADA PELA UNIÃO NA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL EM FAVOR DO MUNICÍPIO - EXIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/00

- A liberação de verbas depositadas pela União na Caixa Econômica Federal, em favor do município conveniado, pende do cumprimento das exigências contidas no art. 25 da Lei Complementar nº 101/00, devidamente comprovado por certidão de regularidade emitida pelo Tribunal de Contas do Estado, ou de sentença reconhecendo a regularidade, transitada em julgado.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 267.660-9/00 - Comarca de João Monlevade - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Convênio celebrado entre União Federal e Municípios - Liberação de verba depositada pela união na CEF, em favor do Município - Exigências da Lei Complementar nº 101/2000. - A liberação de verbas depositadas pela União na CEF, em favor de Município conveniado, pende do cumprimento das exigências contidas no art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000, devidamente comprovado por certidão de regularidade emitida pelo Tribunal de Contas do Estado, ou de sentença reconhecendo a regularidade, transitada em julgado.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 15 de outubro de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Consoante relatório, cuida-se de mandado de segurança impetrado pela CEF-Caixa Econômica Federal contra atos do MM. Juiz de Direito atuante na 1ª Vara Cível da Comarca de João Monlevade, buscando sustar os efeitos do alvará judicial, visto à fl. 39 dos autos, embasado no despacho liminar (fls. 38), prolatado nos autos da ação declaratória, c/c antecipação da tutela, complementados pelo Ofício nº 588/2001, *determinando* à CEF a liberação de verbas oriundas dos convênios celebrados entre a União Federal e o Município de João Monlevade, a despeito do parecer do Tribunal de Contas de Minas Gerais de ter o referido Município aplicado, no exercício de 2000, o percentual de 21,7% da receita municipal, ao invés de 25%, "*em programas de manutenção e desenvolvimento do ensino na função educação*", o que impede as transferências de verbas oriundas de convênios, consoante o art. 25, § 1º, inciso IV, alínea *b*, da Lei Complementar nº 101/00.

Aduz a impetrante ser a Justiça Estadual incompetente para decidir sobre matéria relativa ao repasse de verbas da União aos Municípios, sendo competente a Justiça Federal; não ter sido, a CEF, chamada a integrar a lide, não podendo ser compelida a cumprir decisão de processo do qual não participou; e que os valores reclamados e liberados por alvará judicial nem sequer estão creditados para serem transferidos.

O MM. Juiz aduziu, em suas informações, que as irregularidades apontadas não passam de suposições, estando sendo investigadas pelo Ministério Público, nada havendo, até prova em contrário, de irregular na Administração Municipal.

O Município de João Monlevade e seu Prefeito aduzem não ter a CEF interesse a proteger, pois tão-só repassa os recursos financeiros oriundos de convênios firmados entre a União e o Município, agindo como mero agente operador; limitar-se o despacho de fls. 38 a sustar os efeitos do art. 25, § 1º, incisos I, II e III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, da Lei Complementar nº 101/2000; nada ter ordenado a liminar mencionada, limitada a suprimir o obstáculo impeditivo do repasse.

O percuciente parecer da douta Procuradora de Justiça, Dra. Ruth Lies Scholte Carvalho, concluiu pela rejeição às prejudiciais e procedência parcial do pedido, deferindo-se a segurança para cassar os efeitos da liminar que determinou a expedição do alvará judicial liberatório dos recursos das transferências voluntárias da União ao Município de João Monlevade, conforme o item 35.1 da petição inicial de fls. 01/10 (fls. 155/159).

Vistas e examinadas as argüições contrapostas, concluo:

1. Descabe chamar a CEF à lide, envolvendo a ação declaratória entre o Município de João Monlevade e o seu ex-prefeito Laércio José Ribeiro, buscando afastar a anormalidade contábil detectada pelo eg. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, relativo ao exercício de 2000, pela aplicação no ensino do percentual de 21,7% da receita municipal, ao invés de 25%, constitucionalmente determinado.

O juízo competente para conhecer e julgar tal controvérsia é o estadual.

Rejeito, pois, as prejudiciais argüidas, de incompetência do Juízo Estadual e de não obrigar a CEF a cumprir decisão judicial reconhecendo regular a aplicação do percentual destinado ao ensino.

2. *De meritis*, todavia, a adimplência ou não do Município, no concernente ao cumprimento dos limites estabelecidos no art. 212 da CF e no art. 25 da Lei Complementar nº

101/2000, ou a certidão da regularidade a ser emitida pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ou por decisão judicial transitada em julgado, tem pertinência com os deveres estatuídos à CEF pelo art. 25, § 1°, inciso IV, alínea *d*, da Lei Complementar n° 101/2000, dispondo:

"*§ 1°. São exigências para a realização de transferências voluntárias, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:*

(...)

IV - Comprovação por parte do beneficiário de:

b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde".

Atente-se a que o contrato de repasse do Fundo de Participação foi firmado em 29/dez./2001 (fls. 126/138). E a liminar sustando os efeitos do art. 35 da Lei Complementar n° 101/2000 é de 28/dez./2001 (fls. 38), foi comunicada à CEF sem implicar ordem, ônus decorrente de uma ação declaratória da qual a CEF não participou.

Entretanto, o Ofício n° 588/2001, visto à fl. 40, efetivamente "*determinou*" à CEF "*a liberação da verba oriunda do Ministério do Meio Ambiente - Programa Fundo Nacional do Meio Ambiente - Brasil Joga Limpo*", bem como a importância oriunda do Ministério do Esporte e Turismo - Programa do Esporte Solidário, efetivamente, extrapolando, *data venia*, a competência da Justiça Estadual, cujas decisões têm valia *erga omnes*, incluídos os Órgãos Federais, *v.g.*, a CEF, porém, após o afastamento dos fatos impeditivos da liberação de verbas, previstos em leis federais, desde que transitada em julgado, afastando o impedimento legal.

Induvidosamente, não há interesse jurídico da CEF em jogo, mas o cumprimento obrigatório das disposições legais impeditivas da liberação de verbas creditadas, em especial, no caso *sub examine*, o disposto no art. 25, § 1°, inciso IV, alínea *b*, da Lei Complementar n° 101/00.

Assim, concedo a segurança requerida, confirmando a liminar da lavra do em. Des. Francisco Lopes Albuquerque (fls. 48), dando efeito suspensivo ao alvará expedido às fls. 39 e do ofício de fls. 40, até a prolação de sentença definitiva transitada em julgado, reconhecendo a adimplência do Município no concernente ao cumprimento dos limites estabelecidos no art. 212 da CF e no art. 25 da Lei Complementar n° 101/00, ou da competente certidão de regularidade a ser emitida pelo eg. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, reconhecendo a regularidade, bem como certidão de sentença transitada em julgado, também reconhecendo a regularidade exigida.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes (Convocado) - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

-:::-

ÁGUA - SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL - FORNECIMENTO - SUSPENSÃO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - TARIFAS EM ATRASO - RECEBIMENTO - AMEAÇA E CONSTRANGIMENTO - ILEGALIDADE - ART. 42 DA LEI N° 8.078/90 - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE PÚBLICO - AUTORIDADE COATORA - REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

- Em mandado de segurança, coator é o representante do ente público, sendo citado em juízo como tal, e não como parte. O legislador, ao referir-se a pedido de informações à autoridade coatora, apenas mudou a técnica a bem da brevidade processual. O ato do funcionário é o da entidade pública à qual ele se subordina, e, por lei, esta é que tem a capacidade para ser parte.

- A água é um bem essencial e indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, pelo que a suspensão do seu fornecimento constitui ato ilegal, reprovável e desumano. É inadmissível que a prestação de um serviço tão essencial à vida e à integridade da pessoa humana seja suspenso somente porque o consumidor se encontra em atraso com o pagamento das tarifas. Tal suspensão, além de violar o art. 22 da Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que determina que os serviços essenciais sejam contínuos, macula o art. 42 da mesma lei, que proíbe a adoção de constrangimento ou ameaça ao consumidor na cobrança de débitos. Para receber seus créditos, tem o prestador do serviço meios legais próprios. Bens maiores, como a vida, a saúde e a dignidade do consumidor, não podem ser sacrificados em função do direito de crédito (um bem menor).

APELAÇÃO CÍVEL N° 267.813-4/00 - Comarca de Sete Lagoas - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Direito do consumidor - Suspensão no fornecimento de água - Serviço público contínuo, de natureza essencial e ininterrupta -

Violação ao direito fundamental de defesa do consumidor, à vida, à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana - Cobrança abusiva - Adoção de ameaça e constrangimento para recebimento de tarifas com pagamento em atraso - Prática vedada pelos arts. 22 e 42 da Lei nº 8.078/90 - Precedentes doutrinários e jurisprudenciais do STJ - Sentença confirmada em reexame necessário. - O ato de suspensão de fornecimento de água praticado pela empresa prestadora de serviço público de água, esgoto e saneamento de Sete Lagoas - SAAE - é ilegal, reprovável e desumano. Não se pode admitir que a prestação de um serviço público tão essencial à vida e à dignidade da pessoa humana, como é o caso de fornecimento de água, seja suspensa somente pelo fato de o consumidor estar em atraso com o pagamento de algumas tarifas. A conduta da impetrada não é admitida pelo Código de Defesa do Consumidor, visto que, além de violar o art. 22, que determina que os serviços públicos essenciais sejam contínuos, macula o art. 42, que proíbe a adoção de constrangimento ou ameaça ao consumidor na cobrança de débitos. Para receber os seus créditos, tem a impetrada os meios legais e próprios, não podendo fazer justiça privada, já que os litígios são compostos pelo Poder Judiciário, e não pelo particular. - A água é bem essencial e indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no pagamento de sua tarifa. (Precedente do STJ: REsp nº 201.112-SC). Um bem maior, como a vida, a saúde e a dignidade do consumidor do serviço público de fornecimento de água, não pode ser sacrificado em função do direito de crédito (um bem menor) do prestador de serviço de público.

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, 24 de outubro de 2002. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Maria Elza - Cuida-se de reexame necessário e de recurso voluntário de apelação interposto por SAAE-Serviço Autônomo de Água, Esgoto e Saneamento Urbano de Sete Lagoas contra sentença de fls. 38/40-TJ, que, nos autos de um mandado de segurança impetrado Lúcio Andrade contra ato ilegal praticado pelo Diretor Presidente do apelante, concedeu a segurança para determinar a continuidade da prestação do serviço de fornecimento de água.

Em razões recursais de fls. 43/46-TJ, o apelante argumenta que não é justo, nem legal o fornecimento de um serviço público sem que lhe seja

assegurado o direito à devida contraprestação, qual seja, o pagamento da tarifa. Pede, por tal motivo, seja provido o recurso de apelação.

Recurso contra-arrazoado às fls. 51/52-TJ, sendo pugnado o seu não provimento. Para tanto, alega o recorrente que é ilegal a suspensão de fornecimento de água, quando praticada com intuito de retaliar o consumidor que questiona o abuso do valor cobrado em sua tarifa.

Parecer do douto Procurador de Justiça Antônio Sérgio Rocha de Paula, à 59/66-TJ, opinando pela confirmação da remessa necessária.

É o breve relato. Passa-se ao exame da remessa necessária.

Preliminar de ilegitimidade passiva: Em suas informações de fls. 12/16-TJ, a autoridade coatora alega que o impetrante se insurge contra ato de um ente público, e não de um agente ou autoridade daquele ente, daí o equívoco processual cometido a ensejar a ilegitimidade passiva da impetrada.

Com efeito, razão não lhe assiste.

Conforme doutrina de CELSO AGRÍCOLA BARBI, "*a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. O ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem capacidade de ser parte do nosso direito processual civil. A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a pedido de informações à autoridade coatora, significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como representante daquela pessoa, e não como parte*" (*Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense. 7ª ed., p. 154/155).

Ante o exposto, infere-se que o douto Juiz *a quo* decidiu bem ao rejeitar a presente preliminar.

Mérito.

O ato de suspensão de fornecimento de água praticado pela empresa prestadora de serviço público de água, esgoto e saneamento de Sete Lagoas - SAAE - é ilegal, reprovável e desumano. Não se pode admitir que a prestação de um serviço público tão essencial à vida e à dignidade da pessoa humana, como é o caso de fornecimento de água, seja suspenso somente pelo fato de o consumidor estar em atraso com o pagamento de algumas tarifas. A conduta da impetrada não é admitida pelo Código de Defesa do Consumidor, visto que, além de violar o art. 22, que determina que os serviços públicos essenciais sejam contínuos, macula o art. 42, que proíbe a adoção de constrangimento ou ameaça ao consumidor na cobrança de débitos. Para receber os seus créditos, tem a

impetrada os meios legais e próprios, não podendo fazer justiça privada, já que os litígios são compostos pelo Poder Judiciário, e não pelo particular. A água é bem essencial e indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no pagamento de sua tarifa. (Precedente do STJ: REsp nº 201.112-SC).

O entendimento acima encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

"*Fornecimento de água - Suspensão - Inadimplência do usuário - Ato reprovável, desumano e ilegal - Exposição ao ridículo e ao constrangimento. - A Companhia Catarinense de Água e Saneamento negou-se a parcelar o débito do usuário e cortou-lhe o fornecimento de água, cometendo ato reprovável, desumano e ilegal. Ela é obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua, não expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento*" (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 201-112 - SC, Relator Ministro Garcia Vieira).

"*Administrativo. Mandado de segurança. Energia elétrica. Ausência de pagamento de tarifa. Corte. Impossibilidade.*

- É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até responder penalmente.

- Essa violação, contudo, não resulta em se reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento de energia.

- A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

- Os arts. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

- O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

- Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida por credor econômico e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nº 8.915-MA, Relator Ministro José Delgado).

No mesmo sentido, o posicionamento de LUIZ ANTÔNIO RIZZATO NUNES, renomado juiz e doutrinador consumerista:

"*Infelizmente alguns juristas, de forma equivocada, têm-se manifestado no sentido contrário à norma (e mesmo contra a sua letra expressa), admitindo que o prestador do serviço público corte o fornecimento do serviço essencial em caso de inadimplemento.*

Antes de apresentar os argumentos pró e contra a descontinuidade em caso de inadimplemento, há que se abordar, como preliminar, a hipótese inserta na Lei nº 8.987, supracitada.

Isso porque aquele mesmo parágrafo 3º do art. 6º dispõe não se caracterizar como descontínuo o serviço quando ocorrer 'inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade'.

E essa disposição tem servido de apoio àqueles que, erradamente, admitem o corte do fornecimento em caso de não-pagamento da tarifa.

Teria sido melhor a Lei nº 8.987 não ter tratado do assunto, porque:

a) seria inconstitucional, como veremos, a lei ordinária admitir o corte por mera inadimplência;

b) para dizer o que disse, bastavam as disposições já vigentes da Lei nº 8.078/90, que dão cabal solução à questão.

Mas, como a lei está elaborada, cuidemos dela, pois, antes de prosseguir. A redação do inciso II do parágrafo 3º do art. 6º fala em inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade. É essa parte da proposição normativa que salva o texto.

O interesse da coletividade que seja capaz de permitir a interrupção do serviço público essencial - garantido constitucionalmente - só pode ser a fraude praticada pelo usuário.

Conforme veremos mais à frente, admitir-se-á o corte de fornecimento do serviço apenas após autorização judicial, se demonstrado no feito que o consumidor inadimplente, podendo pagar a conta - isto é, tendo condições econômico-financeiras para isso -, não o faz. Fora essa alternativa e dentro dessa condição - autorização judicial - , o serviço não pode ser interrompido.

Na seqüência deixaremos tal circunstância mais esclarecida.

O fato é que aqueles que pensam que se pode efetuar o corte confundem o direito de crédito, que tem o fornecedor, com o direito que ele não tem, de cessar a prestação do serviço.

Os partidários dessa posição alegam que o Poder Público não pode ser compelido a prestar serviço público ininterrupto se não for feito o pagamento da tarifa e da taxa.

Mas isso também não corresponde à verdade:

a) O principal argumento contra essa 'tese' da possibilidade do corte do fornecimento dos serviços essenciais no caso de inadimplemento é não só o do expresso texto legal, mas simplesmente o da lógica mais simplória.

Pergunta-se: para que então o legislador escreveu que os serviços essenciais são contínuos?

Se fosse para permitir que eles pudessem ser interrompidos em caso de inadimplemento, então não precisaria ter sido escrito. Bastava a redação do art. 22 terminar no adjetivo seguro.

Se assim fosse, o prestador do serviço público essencial poderia cortar o seu fornecimento, desde que existisse previsão contratual para tanto. Se isso fosse o que a lei quisesse, mas não foi, pois expressamente declara: serviço essencial é contínuo!

b) Por outro lado, se o legislador escreveu apenas para dizer que os serviços públicos são essenciais e contínuos, não precisava, porque não é o art. 22 que faz esse tipo de prestação ser essencial, mas sua própria natureza.

c) Lembre-se que, antes de tudo, a determinação de garantia da dignidade, da vida sadia, meio ambiente equilibrado é constitucional, como visto. É direito inexpugnável a favor do cidadão-consumidor.

d) Existem, além disso, outros argumentos jurídicos menos relevantes, mas que também são aplicáveis ao caso:

d.1) Há milhares de cidadãos isentos de pagamentos de tributos e taxas sem que isso implique a descontinuidade dos serviços ou qualquer problema para a administração do Estado.

d.2) Um bem maior como a vida, a saúde e a dignidade não pode ser sacrificado em função do direito de crédito (um bem menor). (...)

Não se pretende simplesmente tirar-lhe o direito de receber o quantum *relativo ao fornecimento do serviço. Ele pode, é claro, receber seu crédito. Mas esse crédito, para ser cobrado, está também submetido às regras instituídas no CDC.*

A cobrança não pode ser abusiva (art. 42, c/c o art. 71). E, como se verá, nos comentários ao art. 42, exatamente uma ameaça ilegal de cobrança é a do corte do serviço essencial. E pior: o corte efetivo com o intuito de forçar o consumidor inadimplente ao pagamento é uma concreta violação. Em ambos os casos, tipificado como crime no art. 71.

A nosso ver, só há um caminho para o prestador do serviço essencial suspender o fornecimento do serviço essencial: é ele propor ação judicial para cobrar seu crédito e nessa ação comprovar que o consumidor está agindo de má-fé ao não pagar as contas. Pode haver, inclusive, pedido de antecipação de tutela ou pedido de liminar em cautelar, se o fornecedor-credor puder demonstrar a má-fé do consumidor. (...)

Com isso, salva-se o sistema jurídico, respeita-se o consumidor e garante-se o direito do credor. A justiça plena do sistema constitucional se realiza. Nem se argumente que tal circunstância seria uma violação ao direito do credor, porquanto receber ou não o crédito decorre do risco de sua atividade" (Luiz Antônio Rizzato Nunes. Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, p. 308/315).

Desse modo, se a impetrada deseja receber o que lhe é devido pelo consumidor inadimplente, que se valha dos meios legais e não ameaçando privá-lo do consumo da água, um dos bens mais preciosos da humanidade.

Ao utilizar-se de meio inidôneo para receber o que lhe é devido, está a impetrada agindo desconforme os arts. 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor. Assim sendo, há por concluir-se, inafastavelmente, que o impetrante teve o seu direito líquido e certo violado, pois o débito não constitui motivo que autorize a suspensão de fornecimento de água, dada a sua condição de serviço essencial de natureza contínua e ininterrupta.

Por isso, com amparo no art. 1° da Lei n° 1.533/51 e artigos 22 e 42 da Lei n° 8.078/90, confirma-se, em reexame necessário, a sentença, para determinar a cessação de qualquer ato da impetrada tendente a suspender o fornecimento de água ao impetrante.

Pelo que restou decidido, julga-se prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

RESSARCIMENTO DE DANOS - ERÁRIO MUNICIPAL - DESVIO DE FINALIDADE - PREJUÍZO - AUSÊNCIA DE PROVA - VERBA VINCULADA A CONVÊNIO FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO E O ESTADO - PRESTAÇÃO DE CONTAS - COMPETÊNCIA DO ESTADO

- O desvio de finalidade, a rigor, não é sinônimo de prejuízo, e a obrigação de restituir aos cofres públicos pressupõe não somente a ilegalidade do ato, mas o seu poder de causar prejuízo, haja vista que o dano não se presume.

- Se a pretensão ressarcitória diz respeito a verba vinculada ao convênio celebrado entre o Município e o Estado, tendo este disponibilizado os recursos

para a finalidade específica da construção de creche infantil e cuidando de quantia proveniente dos cofres do governo estadual, ao município não pertencia, sendo do Estado a competência para requisitar a prestação de contas ao ente municipal para que este possa munir-se de legitimidade necessária para buscar o ressarcimento do prejuízo que o ato do então administrador público tenha efetivamente causado ao erário municipal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 268.293-8/00 - Comarca de Brasília de Minas - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Ação indenizatória - Ressarcimento de danos ao município - Ausência de prova do efetivo prejuízo - Verba vinculada a convênio firmado com ente estadual a quem compete requerer a prestação de contas do município, para após se tornar legítima a ação do município contra o causador do dano - Desvio de finalidade que a rigor não é sinônimo de prejuízo, sendo que a obrigação de restituir aos cofres públicos pressupõe não somente a ilegalidade do ato, mas o seu poder de causar prejuízo, posto que o dano não se presume.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Cuida-se de apelação interposta por Paulo Antônio Antunes Lima, ex-prefeito municipal no período de 1989 a 1992, contra a sentença de fls. que acolheu pedido formulado em ação de ressarcimento promovida pelo Município de Brasília de Minas, buscando a recomposição do patrimônio público da quantia equivalente ao material especificado na nota de empenho de fl. 05, adquirido pelo réu durante sua gestão, para a construção de centro comunitário infantil em benefício da comunidade de Vargem Grande, na forma de convênio firmado com a então vice-governadora do Estado, obra esta que não restou realizada.

Sustenta o apelante a ausência de prova do ilícito praticado e da lesão patrimonial aos cofres públicos, confirmando a versão de que o interesse social naquele momento convergiu para a construção de uma fabriqueta de farinha com os blocos adquiridos através da nota de empenho de nº 2.457/89, acrescentando que a constatação pela prova pericial de que na obra realizada foram utilizados tijolos furados, e não blocos comprova apenas a substituição de material, sem sinais de lesão aos cofres públicos.

O processo já recebera decisão terminativa anterior, mas cassada a primeira sentença pelo tribunal para que, não obstante a intempestividade da contestação, fosse oferecida oportunidade de prova, tendo em vista o alegado prejuízo aos cofres municipais.

Retornando os autos à comarca de origem, é prolatada sentença pela procedência do pedido, após vistoria feita na fabriqueta de farinha e a constatação de que ali se utilizou tipo de tijolo diverso daquele discriminado na nota de empenho de fls.

Importa atentar que o pedido é de ressarcimento de prejuízo aos cofres públicos e este não restou demonstrado, ainda em face da prova pericial promovida.

O desvio de finalidade a rigor não é sinônimo de prejuízo, e a obrigação de restituir aos cofres públicos pressupõe não somente a ilegalidade do ato, mas o seu poder de causar prejuízo, haja vista que o dano não se presume.

O desvio de finalidade na aplicação do material é fato confessado pelo recorrente; e, conquanto possa tal conduta ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, importa ressaltar que esta (a improbidade administrativa) não está somente ou necessariamente ligada ao conceito de apropriação indébita ou do enriquecimento ilícito do agente público ou do prejuízo causado ao erário, para encerrar obrigação indenizatória.

Conforme anotado por AGUIAR DIAS: "*O prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação*" (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 14/221, Carvalho Santos e colaboradores), aderindo a tal raciocínio YUSSEF CAHALI ao afirmar que: "*quanto a este requisito, nenhuma presunção favorece a quem quer que seja, cumprindo à parte que tem interesse na demonstração do dano ministrar-lhe a respectiva prova*"(*RT*, 591/15).

Os documentos anexos à inicial comprovam que a pretensão ressarcitória diz respeito à verba vinculada a convênio celebrado entre o Município e o Estado de Minas Gerais, tendo este disponibilizado os recursos para a finalidade específica da construção de creche infantil e cuidando de quantia proveniente dos cofres do governo estadual, ao Município não pertencia, sendo do Estado a competência para requisitar a prestação de contas ao ente municipal para que este possa munir-se da legitimidade necessária para acionar o requerido, buscando o ressarcimento do prejuízo que o ato do então administrador público tenha efetivamente causado ao erário municipal.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para reformar a sentença proferida, invertendo os ônus da sucumbência. Custas, *ex lege*.

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

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CASAMENTO - MENOR TUTELADA - REGIME DE BENS - COMUNHÃO UNIVERSAL - ANULAÇÃO - POSSIBILIDADE - CONSENTIMENTO DO TUTOR - IRRELEVÂNCIA - VIOLAÇÃO DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DO CÓDIGO CIVIL - INÉPCIA DA EXORDIAL - INEXISTÊNCIA - PACTO ANTENUPCIAL - NATUREZA NÃO CONTRATUAL - INOCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

- Em ação de nulidade de regime de bens do casamento, se o proponente evidencia suas pretensões, mostrando a possibilidade de reflexos patrimoniais e direitos em discussão, não há que falar em inépcia da exordial.

- O irmão do cônjuge é parte legítima para postular a nulidade do regime de bens do casamento deste, desde que haja a possibilidade de serem afetados interesses e direitos seus.

- Para validar-se a escolha do regime de comunhão universal de bens, quando se casa um menor, é indispensável que se celebre o pacto antenupcial, já que o regime de bens é elemento primordial, que trará conseqüências jurídicas. O dito pacto não tem caráter contratual, mas institucional, não procedendo a alegação de decadência em quatro anos.

- Em caso de casamento de menor tutelada, órfã de pai e mãe, é nulo de pleno direito o pacto antenupcial que prevê o regime da comunhão total de bens, ainda que tenha havido o consentimento do tutor. Atende-se, assim, ao preceito de ordem pública insculpido no art. 258, parágrafo único, III, do Código Civil, já que o consentimento do tutor se restringe à possibilidade de realização do casamento.

- O caráter protetivo do inciso III do parágrafo único do art. 258 do Código Civil não afronta o princípio da igualdade constitucional nem viola o preceito da isonomia entre menores tutelados e outros menores. O citado dispositivo busca proteger menores em situação artificial de proteção, qual seja, a tutela.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 268.363-9/00 - Comarca de Águas Formosas - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Pacto antenupcial - Preliminares - Natureza não contratual - Legitimidade de terceiros - Casamento de menor tutelada - Regime de comunhão universal de bens consentido pelo tutor - Art. 258, parágrafo único, III, do Código Civil - Violação de norma de ordem pública - Nulidade - Disposição legal de natureza protetiva. - O pacto antenupcial tem natureza institucional, e não contratual, não se podendo falar na ocorrência da decadência em quatro anos. - Não se pode tomar como inepta a inicial em ação de nulidade de regime de bens em casamento, se o proponente evidencia suas pretensões, mostrando a possibilidade de reflexos patrimoniais e direitos em discussão. Da mesma forma não se pode aceitar a alegada ilegitimidade de parte, se o autor é irmão da parte contrária, tudo evidenciando seu interesse de postular. - É nulo de pleno direito o pacto antenupcial que prevê o regime de comunhão universal de bens, em casamento de menor, órfã de pais, mesmo com o consentimento do tutor, tudo à vista de preceito de ordem pública insculpido no art. 258, III, do Código Civil. - O consentimento do tutor restringe-se à realização do casamento. O caráter protetivo do art. 258, parágrafo único, III, do Código Civil não afronta o princípio da igualdade constitucional e nem viola o preceito de isonomia entre menores tutelados e outros menores, porque busca proteger menores que estão em situações diferentes.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2002. - *Sérgio Braga* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Braga - Trata-se de ação de nulidade do regime de bens do casamento, proposta por J.S.N., em face de M.Q.P. e seu marido R.G.P. Relata que, sendo M., à época de seu casamento, menor e órfã de pais, não poderia ter adotado o regime de comunhão universal de bens, ainda que com autorização do tutor e com pacto antenupcial. O apelado é irmão unilateral do cônjuge-virago.

Afinal, o pedido foi julgado procedente, folhas 74 a 80.

Inconformados, os requeridos interpuseram recurso de apelação, folhas 86 a 102, alegando, preliminarmente, carência de ação por falta de interesse de agir e por ilegitimidade ativa, inépcia da exordial com extinção do processo, decadência e necessidade de suspensão do processo até o julgamento final da ação rescisória em ação de investigação de paternidade. No mérito, validade do pacto antenupcial diante do princípio constitucional da isonomia e conseqüente controle difuso de constitucionalidade do art. 258, parágrafo único, III, do Código Civil.

O apelado apresentou as contrarazões, folhas 106 a 108, rebatendo as alegações apresentadas.

O Ministério Público de 1º grau absteve-se de se manifestar, folhas 109, por considerar terminada a jurisdição com a decisão ora atacada.

A Procuradoria de Justiça, em parecer de folhas 117 a 125, opina, preliminarmente, pelo não-acolhimento do recurso e, no mérito, é pelo seu improvimento.

Conheço do recurso por ser próprio, tempestivo e por preencher as demais formalidades legais.

Examinando a preliminar de inépcia da exordial, posto que o apelante fundamentaria sua pretensão alegando nulidade de regime de bens adotado no casamento, e não na nulidade do pacto antenupcial que preparou e antecedeu o regime de bens questionado, temos que está sem razão o apelante, notadamente porque o pacto antenupcial é condição inicial para a opção pelo regime de bens, que poderá, em princípio, ser escolhido pelos nubentes. Se escolheram o regime de comunhão universal, sendo a nubente menor, teriam que celebrar o pacto antenupcial, que é essencial ao ato de escolha do regime. O pacto é condição para validade da escolha do regime de comunhão universal de bens quando se casa um menor, sendo o regime de bens o elemento primordial que trará conseqüências jurídicas.

Vendo assim a questão, creio que o pedido está devidamente fundamentado, deixando claro o que se almeja com o mesmo, sendo imperioso que se tenha como afastada esta preliminar.

Do mesmo modo, examinando as preliminares de falta de legitimidade *ad causam* e falta de interesse de agir, também brandidas pelos apelantes, penso que tais colocações devem ser afastadas principalmente porque é fácil se perceber que o regime de bens adotado pode ter reflexos - em tese - sobre interesses e direitos brandidos por terceiros. Ora, o apelado é irmão unilateral do cônjuge-virago, e há um inventário do pai ainda em aberto, razão pela qual interpôs a presente ação.

Assim, rejeito mais essas duas preliminares.

Com relação à preliminar de decadência para a busca de tais direitos, isso porque já teriam decorrido mais de quatro anos da celebração do casamento, ocorrido em 1995, enlace que se escora no pacto antenupcial, e este, tendo natureza contratual, prescreveria em quatro anos, a teor do art. 178 do Código Civil, também creio estar sem razão o apelo.

O pacto antenupcial não tem caráter contratual tal como afirmam os apelantes, mas sim institucional, conforme ensinamento de ORLANDO GOMES:

"*Conquanto seja negócio de conteúdo patrimonial, o pacto antenupcial não é um contrato da mesma natureza dos regulados no Livro das Obrigações, afirmando-se que tem caráter institucional porque, verificada a condição a que se subordina o início de sua eficácia, as partes, ainda de comum acordo, não podem modificá-lo nem dissolvê-lo. As cláusulas estipuladas são intangíveis, conservando-se a disposição originária até a dissolução da sociedade conjugal. Justifica-se sua imutabilidade no interesse da família e de terceiros que venham a travar relações patrimoniais com os cônjuges*". (ORLANDO GOMES, *Direito de Família*, Ed. Forense, 14ª ed., Rio de Janeiro, atualizado por Humberto Theodoro Júnior, p. 177).

Com isso fica também afastada a preliminar de decadência.

Quanto à preliminar de suspensão do processo até que se decida a ação rescisória, contra julgado deste Tribunal, que declarou o autor irmão unilateral do cônjuge virago, não vejo como se possa dar, neste caso, um arremedo de efeito suspensivo a uma ação que não o possui, notadamente porque o próprio art. 489 do CPC assevera que a rescisória não suspende a execução da sentença que se busca rescindir.

Igualmente rejeito a preliminar.

Com relação à preliminar levantada pela Procuradoria de Justiça, de não-conhecimento do recurso, por ofensa ao princípio da dialeticidade, art. 514, II, do CPC, também não vejo como acatá-la.

O art. 515 do CPC prevê que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento de toda a matéria impugnada. Embora repetitiva quanto aos argumentos em si, os apelantes impugnaram as questões principais da decisão. De acordo com ensinamento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, citando Barbosa Moreira "*obedece-se assim, ao princípio do duplo grau de jurisdição, que consiste na possibilidade de submeter-se a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes, como garantia da boa solução*". (*Curso de Direito Processual Civil*, 37ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 492).

Com isso, rejeito a derradeira preliminar aventada pelas partes.

Quanto ao mérito, creio que a decisão deve ser confirmada. Ainda menor, com 19 anos e órfã de pais, a nubente celebrou o pacto antenupcial com o regime de comunhão universal de bens e com o consentimento do tutor, contrariando, assim, o art. 258, III, que proíbe o regime de comunhão universal de bens de menor tutelada, mesmo com o consentimento do tutor.

Conforme observado pela Juíza sentenciante, trata-se de preceito de ordem pública que, conforme o art. 257, II, "*ter-se-á por não escrita a convenção, ou a cláusula que contravenha disposição absoluta da lei*".

A leitura desse dispositivo, seguida do exame da questão central deste feito, nos mostra que o regime de casamento pactuado é, portanto, ato nulo.

E, sendo preceito de ordem pública, não há que se abrir espaço para a tecitura de considerações pessoais, de nada valendo o argumento de que o consorte teria patrimônio igual ou superior ao da varoa, visto que

normas de ordem pública não podem ser violadas por pactos particulares.

Além disso, o consentimento do tutor restringir-se-ia apenas à realização do matrimônio, não tendo o condão de elidir preceito de ordem pública. Também a ratificação através de escritura pública não deve ser considerada. Não há como se admitir a retificação de ato nulo, cujas conseqüências são paralisadas pela própria lei, restando ao juiz apenas declarar tal nulidade.

Quanto ao argumento dos apelantes, no sentido de que a vedação do estabelecimento de tal regime para o caso estaria a ferir o princípio constitucional da igualdade, tudo porque obriga o órfão de pai e mãe sob tutela regular a casar sob o regime de separação legal de bens, ao passo que o menor de 21 anos pode fazê-lo com a anuência dos pais, não vejo também como acatá-lo.

Muito embora os apelantes não queiram perceber isso, as situações são desiguais, contendo nuances que impedem a aceitação da argumentação em torno de tal princípio da igualdade. O menor sob o pátrio poder dos pais está, em princípio, bem mais protegido, notadamente em decorrência da convivência com a própria família. Já o instituto da tutela tem por objetivo criar uma situação artificial de proteção.

Portanto, se em ambos os casos teríamos pessoas que a princípio seriam iguais porque menores, não há como se deixar de ver que as situações vividas por eles são desiguais. Os primeiros estariam protegidos pelos próprios pais, e, os segundos, os tutelados, estariam protegidos por alguém nomeado em função de uma legislação que tem caráter protetivo.

Conforme jurisprudência do STJ, em Recurso Especial nº 2000/0051074-2, sendo Relator o Min. Nancy Andrighi, REsp 260.462/PR (1118), *DJ* de 11.06.2001 - 17.04.2001, na questão relativa a Direito Civil e que retrata situação análoga, ou seja, violação do art. 258, parágrafo único, inciso II, que se refere à proibição de regime de comunhão universal de bens em casamento de sexagenários, assim ficou decidido:

"*Regime de separação de bens. Sexagenário. Art. 258, parágrafo único, inciso II, do código civil. Doação de imóvel ao cônjuge. Violação de norma de ordem pública. Nulidade. Simulação de compra e venda. Contrato dissimulado de doação. Vício social. Art. 104 do código civil. Legitimidade do doador, sexagenário, em virtude de disposição legal de natureza protetiva. Falta de capacidade ativa para proceder à doação.*

- Viola o art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil a disposição patrimonial gratuita (simulação de contrato de compra e venda, encobrindo doação) que importe comunicação de bens não adquiridos por esforço comum, independente da natureza do negócio jurídico que importou em alteração na titularidade do bem, porque é obrigatório, no casamento do maior de sessenta anos, o regime obrigatório de separação quanto aos bens entre os cônjuges.

- Tratando-se de ato simulado malicioso, com infração de ordem pública, de natureza protetiva de uma das partes, esta - que pretendeu contornar a norma protetiva, instituída em seu favor, buscando renunciar o favor legal por via transversa - tem legitimidade para requerer sua declaração de nulidade.

- Há possibilidade jurídica no pedido de supressão da doação, ainda que esta não tenha sido feita por escritura pública, porque a causa de pedir é a invalidade do negócio jurídico que importou em transferência gratuita de bem imóvel, e, em conseqüência, de todos os atos que o compõem, violadores do regime obrigatório de separação de bens do sexagenário.

- O fundamento jurídico da nulidade do contrato que importou em disposição patrimonial é o distanciamento, a burla, a contrariedade do regime do art. 258, II, do Código Civil".

Aplicando-se a decisão acima ao caso dos autos, verifica-se que o preceito de ordem pública foi violado, razão pela qual merece ser confirmada a decisão que declara a nulidade do regime de bens adotados pelos apelantes por ocasião do casamento para que se cumpra o preceito legal contido no art. 258, parágrafo único, III, do Código Civil.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a bem-elaborada decisão por seus legais fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR CONCURSADO - TRANSFERÊNCIA PARA LOCAL DIVERSO DAQUELE EM QUE FOI LOTADO - DESOBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA MOTIVAÇÃO - AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO - ATO ADMINISTRATIVO - INVALIDADE - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - REMESSA OFICIAL - CONHECIMENTO

- É de se conhecer da remessa oficial, apesar do ínfimo valor da causa, em face da inexistência de condenação em valor certo, o que torna inaplicável, no caso, o disposto no art. 475, inciso II, do CPC, com o § 2º que lhe foi acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001.

- É inválido o ato administrativo de transferência de servidor concursado para local diverso daquele em que foi lotado, quando realizado com desobediência aos princípios da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF) e da motivação, bem como sem visar ao interesse público.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 268.386-0/00 - Comarca de Novo Cruzeiro - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Transferência indevida de funcionário concursado para local diverso daquele em que foi lotado - Ilegalidade - Procedência - Reexame necessário - Confirma sentença.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por José Jayme de Abreu Chaves contra ato do Prefeito Municipal de Caraí, que, através da Portaria 010/2001, transferiu o impetrante, motorista aprovado em concurso público, para o povoado de Ribeirão de Santana.

O impetrante alega ser o ato impugnado despótico e fruto de perseguição política, vez que ele já manifestou, publicamente, sua preferência eleitoral por outro candidato a prefeito no último pleito, quando o impetrado logrou reeleger-se.

A liminar, objetivando a suspensão dos efeitos da mencionada portaria, foi indeferida, à fl. 21-verso.

Na sentença de fls. 143/147, a segurança foi concedida para assegurar ao impetrante sua permanência no cargo de motorista, na sede do Município.

O impetrado opôs embargos de declaração, às fls. 151/153, conhecidos e desacolhidos, à fl. 161.

Não houve recurso voluntário.

Decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Parecer da PGJ, às fls. 171/174, pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Conheço da remessa oficial, apesar do ínfimo valor da causa, em face da inexistência de condenação em valor certo, o que torna inaplicável, à espécie, o disposto no art. 475, inciso II, do CPC, com o § 2º que lhe foi acrescentado pela Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001.

O impetrado, ao realizar o ato em apreço, não obedeceu ao "*princípio da impessoalidade*", previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

A uma, porque o Prefeito se ateve aos seus interesses particulares ao efetuar tal medida, não ao interesse público.

A duas, porque o impetrante foi prejudicado por uma perseguição política e pessoal.

Outro princípio, ao qual a Administração Pública deve obedecer, foi ferido: o da "motivação".

Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "*motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo*" (*Direito Administrativo*, 6ª edição, p.174). "*A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo*" (p.175 da mesma obra).

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

PRESCRIÇÃO - AÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA - CONVÊNIO - SUPOSTAS IRREGULARIDADES - PRESTAÇÃO DE CONTAS - OBRIGATORIEDADE

- A prescrição de ação pessoal, de que a Fazenda Pública seja autora, rege-se pela norma geral, porque a norma especial, se restritiva de direito, não pode ter interpretação expansiva.

- Cabe a ação de prestação de contas, decorrente de supostas irregularidades na execução do convênio, no qual ficou consignado que a parte receberia do Poder Público uma determinada quantia para atender a assistência social e a promoção cultural.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 269.005-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Ementa oficial: Prescrição de ação pessoal da Fazenda Pública - Prestação de contas - Convênio - Obrigatoriedade. - A prescrição de ação pessoal, de que a Fazenda Pública seja autora, rege-se pela norma geral, porque a norma especial se restritiva de direito, não pode ter interpretação expansiva. Cabe a ação de prestação de contas, decorrente de supostas irregularidades na execução de convênio, no qual ficou consignado que a parte receberia do Poder Público uma determinada quantia para atender a assistência social e a promoção cultural. Não se conhece do primeiro agravo retido, nega-se provimento ao segundo agravo retido, rejeita-se a preliminar e nega-se provimento à apelação.

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 PRIMEIRO AGRAVO RETIDO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO AGRAVO RETIDO. REJEITAR A PRESCRIÇÃO QÜINQÜENÁRIA. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2002. - *Almeida Melo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, o Dr. José Gama Dias Júnior.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. Devo dizer que a sustentação oral produzida impressionou-me e, embora o texto expresso da lei que rege o assunto seja pela prescrição qüinqüenária da dívida ativa do Estado, sei que há alguma controvérsia, na aplicação do princípio comutativo a esse respeito. Como não tenho opinião formada, peço vista dos autos para examinar esse aspecto.

Súmula - PEDIU VISTA O EMINENTE RELATOR, APÓS A SUSTENTAÇÃO ORAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, o Dr. José Gama Dias Júnior.

O Sr. Presidente (Des. Carreira Machado) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 03.10.2002, após sustentação oral.

Com a palavra o Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso voluntário, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a decisão de fls. 253/255-TJ, que "*julgou procedente o pedido formulado pelo Estado de Minas Gerais e condenou a Associação Extremense de Assistência Comunitária e Valdomiro Juvenal de Oliveira a prestar contas pedidas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas*".

Sustentam os apelantes, às fls. 256/259-TJ, que ocorreu a prescrição do direito do autor, uma vez que já ultrapassado o prazo de cinco anos. Requerem a apreciação do agravo retido, em face do indeferimento da produção de provas.

Contra-razões às fls. 262/268-TJ.

Ressalve-se, de início, que não conheço do agravo retido de fls. 189/190-TJ, uma vez que não foi requerida sua apreciação.

A orientação da jurisprudência é a seguinte:

"*Não havendo pedido expresso da parte para o seu julgamento, não se conhece do agravo retido*" (STJ - 1ª Turma, REsp nº 9.669-SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, j. 10.2.98, v.u., 27.4.98).

Quanto ao agravo retido de fls. 206/207-TJ, dele conheço, mas nego-lhe provimento pelas seguintes razões.

À fl. 205, o Magistrado *a quo* indeferiu a produção das provas requeridas (fl. 201-TJ), ao fundamento de que eram desnecessárias.

Entendo que não houve cerceamento de defesa, uma vez que a presente ação foi ajuizada com objetivo de que os réus cumprissem a obrigação decorrente do Convênio nº 12.657-2.

O que se pretende, nestes autos, é tão-somente a discussão sobre o dever ou não de prestar contas, daí dispensável, neste momento, a realização das referidas provas.

Como destacado pelo Sentenciante, à fl. 255-TJ, "*a perícia, nesta fase indeferida, deveria vir na fase própria, mas apenas para confirmar a prestação de contas apresentada sob forma contábil, como exige a lei*".

Examino, agora, a prescrição qüinqüenária que incidiria quando o Estado de Minas Gerais seja autor.

Os recorrentes fundamentam-se na autorizada doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o qual, na última edição de seu *Curso de Direito Administrativo*, p. 210/211, reformulou entendimento anterior a esse respeito.

Menciona que diversas leis existem para fixar o prazo de cinco anos como:

"*... uma constante nas disposições gerais estatuídas nas regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição*

legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente proporem ações.

Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra os administrados é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de atos anuláveis.

Ressalte-se, todavia, que, por força do art. 37, § 5°, da Constituição, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário".

A antiga norma do Decreto n° 20.910, de 6 de janeiro de 1932, determina que:

"*Art. 1°. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qualquer for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem*".

É necessário ter-se a idéia do que é dívida passiva da Fazenda Pública.

Existe noção expressa do que seja dívida ativa, conforme o disposto no § 2° do art. 39 da Lei n° 4.320, de 1964:

"*§ 2°. Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa Não-Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados, por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, assim como os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, contratos em geral ou de outras obrigações legais*".

A contrario sensu, a dívida passiva da Fazenda Pública são as obrigações desta em sentido geral.

Portanto, a pretensão dos apelantes não se enquadra na regra do Decreto n° 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

Realmente, não há regra específica para dispor sobre a prescrição da ação em que o Estado figure como autor, exceto quando se trata de sua dívida ativa tributária, nos termos do Código Tributário Nacional, em seus arts. 173 e 174, que regulam, respectivamente, o direito à constituição do crédito e, sucessivamente, à sua cobrança. Essa regra especial restringe a norma geral da prescrição e, por

conseguinte, da ação pessoal, segundo o Código Civil, e não deve ser interpretada extensivamente, por se tratar de norma restritiva de direito.

A tradicional ressalva que a jurisprudência efetua é quanto à ação real contra a Fazenda Pública, ao fundamento de que, mantida a propriedade, preserva-se a ação que a protege, inclusive quando substituída a pretensão reivindicatória pelo pedido indenizatório (REsp n° 77.541/SP, Relator em. Min. Milton Luiz Pereira, julgado pela Primeira Turma do eg. STJ em 8 de fevereiro de 1996 e publicado no *DJ* de 22 de abril de 1996).

Nessa ressalva jurisprudencial, existe fundada causa, que não há para a Dívida Ativa não Tributária. Ao contrário, a causa remota de uma ação de prestação de contas é uma obrigação pessoal, cuja ação prescreve, em regra, aos vinte anos, nos termos do Código Civil.

Acrescento que, sem embargo de não necessitar de aplicar o conceito, ainda, a tendência da atual Constituição é no sentido de ampliar o prazo, para as ações de ressarcimento, em favor da Fazenda Pública. E, em tese, uma ação de prestação de contas pode estar na procura de algum ressarcimento, quando a ação é imprescritível.

Rejeito a prescrição qüinqüenária.

Verifica-se, nos autos, que a obrigação de prestar contas decorre de supostas irregularidades na execução de convênio (fls. 24/25-TJ), firmado entre a Secretaria de Estado da Casa Civil e a Associação Extremense de Assistência Social, no qual ficou consignado que esta receberia a quantia de Cz$700.000,00 (setecentos mil cruzados) para atender a assistência social e a promoção cultural.

O item 2.1 da cláusula IV do referido convênio estabelece que cabe à entidade "*prestar contas da aplicação dos recursos financeiros, através de demonstrativo receita e despesa à Superintendência de Finanças da Secretaria, ficando os documentos comprobatórios à disposição dos órgãos de controle interno e externo do Estado*".

Cabe aos apelantes prestar contas, nos termos do item citado, bem como de acordo com o artigo 74, § 2°, da Constituição Estadual.

Quanto à impugnação ao valor da causa, apresentada na contestação (fl. 150-TJ), não deve ser examinada, uma vez que o artigo 261 do Código de Processo Civil disciplina que o réu poderá impugnar o valor atribuído à causa pelo autor, mas devendo esta ser apresentada e autuada em autos apartados.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "*não se conhece de impugnação ao valor da causa, formulada no corpo da contestação*" (AR 164-SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, *RT*, 498/108, 506/127, 574/171, 746/313).

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Segundo o convênio, a associação dele beneficiária receberia determinado *quantum*, destinado às suas atividades assistenciais e culturais. Bastaria, portanto, o seu recebimento, para justificar a necessidade (e obrigatoriedade, frise-se) da prestação de contas. Também desprovejo o apelo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO PRIMEIRO AGRAVO RETIDO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO AGRAVO RETIDO. REJEITARAM A PRESCRIÇÃO QÜINQÜENÁRIA. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - INDENIZAÇÃO - JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS - CABIMENTO - PERCENTUAL - MOMENTO DA INCIDÊNCIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO - DEC.-LEI Nº 3.365/41 MODIFICADO PELA MP Nº 2.183-56/01

- Em ação de desapropriação para constituição de servidão administrativa (Dec.-lei nº 3.365/41), os juros compensatórios destinam-se a compensar o proprietário do imóvel que sofre restrições ao uso e gozo da propriedade. Independentemente da rentabilidade do imóvel e da existência de benfeitorias, são devidos tão-só pela sua ocupação. Devem incidir a contar da imissão prévia na posse, calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização efetivamente paga, obedecido o limite de 6% ao ano (MP 2.183-56/01), vedado o cálculo de juros compostos.

- Nas indenizações decorrentes de servidão administrativa, havendo imissão na posse em virtude de urgência, os juros moratórios devem incidir a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, à razão de até 6%, na forma do art. 15-B, acrescido pela MP 2.183-56/01 ao Dec.-lei nº 3.365/41.

- Os honorários de advogado, no caso previsto no § 1º do art. 27 da Lei de Desapropriação (Dec.-lei nº 3.365/41), introduzido pela MP 2.183-56/01, devidos pela expropriante, nas indenizações decorrentes de servidão administrativa, serão calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente (Súmula 141, STJ), em percentual entre 0,5 e 5%, observado o disposto no art. 20, § 4º, CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 270.169-6/00 - Comarca de Alfenas - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Servidão administrativa - Cemig - Linhas de transmissão - Valor da indenização fixado de conformidade com o laudo pericial - Juros moratórios e compensatórios - Percentual e momento de incidência - Honorários - Custas - Sentença parcialmente reformada em reexame obrigatório, prejudicados os recursos.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2002. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Trata-se de ação de constituição de servidão administrativa na qual a CEMIG, Companhia Energética de Minas Gerais, declarando de utilidade pública área pertencente aos réus, para fins de construção de linhas de transmissão, imitiu-se na posse em virtude da urgência, efetuando o depósito prévio.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente em parte o pedido, para fixar o valor da indenização de acordo com o apresentado pelo perito oficial, acrescido de juros compensatórios de 6%, calculados entre a diferença da oferta e da indenização, contados a partir da data prévia da imissão na posse, juros moratórios também de 6% a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que se deveria ter realizado o pagamento, ou seja, 1º de janeiro/98, correção monetária, declarando incorporado ao patrimônio da expropriante o direito de servidão sobre as áreas descritas na inicial, mediante o pagamento de indenização total no importe de R$ 42.264,22, condenando a autora nas custas e honorários fixados em 15% do valor da indenização total, submetendo a decisão ao duplo grau obrigatório.

Pugna a Cemig pela reforma da r. decisão requerendo a exclusão da condenação dos juros compensatórios, uma vez que não houve comprovação da perda de renda pelos requeridos; a incidência dos juros moratórios somente a partir do trânsito em julgado; que os honorários sejam fixados na forma do §1º do art 27 do DL 3.365/41 (introduzido pela MP 2.183-56/2001), ou seja, entre meio e cinco por cento do valor da diferença entre o valor ofertado e aquele fixado por sentença, corrigidos monetariamente. Requer, a final, que as custas processuais sejam suportadas proporcionalmente entre as partes, na forma do art. 30 do DL 3.365/41.

O recurso foi regularmente contra-arrazoado, fls. 320/333.

Os apelados apresentam recurso adesivo, fl. 334/348, insurgindo-se contra o valor da indenização e contra o percentual fixado a título de juros compensatórios, requerendo a sua majoração para 12%. Sustentam serem inaplicáveis os comandos da MP 2.183-56/2001, que não tem força de lei.

A Cemig apresenta contra-razões ao recurso adesivo, defendendo ser justo o valor da indenização, merecendo também confirmação a r. sentença no tocante à indenização da área remanescente, sendo pequena a restrição ao imóvel, não impedindo em caráter definitivo a finalidade específica de caráter ruralista. Pugna pela manutenção do valor da indenização, bem como pela desconsideração da absurda tese dos recorrentes no que concerne aos juros compensatórios.

O ilustre representante do MP deixa de emitir parecer, opinando a D. Procuradoria-Geral de Justiça pela reforma parcial da sentença.

Em síntese, este é o relatório.

Decide-se:

Conheço da remessa e dos recursos.

Cuida a espécie de ação expropriatória para constituição de servidão administrativa regida pelo Decreto 3.365/41, que obriga a indenização correspondente não ao valor do imóvel, mas à desvalorização em face da instituição do ônus de que se trata.

Juros compensatórios.

Entende a apelante não serem devidos os juros compensatórios, já que não comprovada a perda de renda pelos apelados.

Data venia, entendo que a modificação introduzida pela MP 2.183-56/2001, art. 15-A, § 1°, ofende o princípio constitucional da prévia e justa indenização, alterando conceito já firmado de juros compensatórios na Súmula 56 do STJ, segundo a qual os juros compensatórios se destinam a compensar o proprietário do imóvel pelo fato de não poder usá-lo, sofrendo restrições ao uso e gozo da propriedade.

A questão é nova nesta Turma Julgadora, mas firmo minha posição amparado pela notícia de que o STF suspendeu, por inconstitucionalidade, os §§ 1° e 2° do art. 15-A, no julgamento da ADIn 2.332-2 - Medida liminar, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 05.09.01, pub. no *DJ* de 13.09.01.

Os juros compensatórios são devidos pela só ocupação do imóvel, não dependendo da rentabilidade deste nem da existência de benfeitorias (*RTJ*, 83/266, 126/1.048 e 152/919). " *Não há necessidade de se comprovarem os lucros cessantes, pois o dano é inerente ao desapossamento do bem*" (STJ, 1 ª T., REsp 7.050-PR, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 22.04.91, *DJU* de 20.05.91, p. 6.511, 1ª col., em., in CPC, THEOTÔNIO NEGRÃO, 29ª edição, p. 871).

Quanto ao momento de incidência dos juros moratórios, não há dúvida de que devem incidir a partir de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, ou seja, 1° de janeiro/98, na forma do art. 15-B, acrescido ao DL 3.365/41 pela MP 2.183/01.

No tocante à verba honorária, é devida pela expropriante, sendo calculada sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente (Súmula 141 do STJ), em percentual entre 0,5% e 5%, observado o disposto no § 4° do art. 20 do CPC, como previsto no § 1° do art. 27 da lei de desapropriação, introduzido pela MP 2.183/01.

Por fim, quanto às custas processuais, devem estas ser suportadas proporcionalmente entre as partes, já que a oferta não foi aceita pelos apelados, sendo o valor objeto de discussão neste feito.

Entendo, *data venia*, que a indenização fixada se mostra justa.

O criterioso laudo pericial oficial esclarece que "*os terrenos incluídos nesta ação encontram-se em regiões vizinhas à malha urbana de Alfenas, apresentando no entanto, todas as características ainda rurais*".

Esclarece, ao classificar os imóveis, que " *a área pertencente a Juscelino Paulino da Costa e s/m, objeto da instituição de servidão, classifica-se, quanto à delimitação definida em lei, como terreno urbano; quanto ao cadastramento, como terreno rural e quanto à natureza, como gleba sem urbanização*".

Por sua vez, reconhecendo a possibilidade futura de loteamento do imóvel, concluiu com acerto o i. Magistrado: "*Embora o imóvel se situe em área de fácil acesso, podendo-se, inclusive falar em futuro loteamento para fins residenciais, indispensável que se considere em sede de indenização decorrente de servidão a destinação real e atual do imóvel. Certo é que os terrenos são caracteristicamente rurais...*" (fl. 307).

Assim, em laudo complementar, fls. 228/241, o i. *expert* procedeu à reavaliação dos valores dos imóveis, adotando o método involutivo; aquele que considera a vocação da gleba para loteamento, apontando valores justos, admitidos pelo Julgador e que devem prevalecer.

É certo que haverá desvalorização em virtude das torres de alta tensão ali implantadas, mas tal ônus será justamente compensado com o valor da indenização.

A servidão impõe restrições ao particular em face do interesse público, mas não inviabiliza, no presente caso, a utilização dos terrenos ao fim a que se prestam atualmente, ou seja, para plantio de milho e pastagens.

Quanto aos juros compensatórios, razão não assiste aos apelantes, devendo estes ser mantidos em 6% sobre o valor da diferença apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos (art. 15-A introduzido na lei de desapropriação pela MP 2.183/01).

Diante do exposto, em reexame obrigatório, reformo parcialmente a r. sentença de primeiro grau, apenas para reduzir a verba honorária a 6% e condenar as partes na sucumbência recíproca, prejudicados os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

A Sr^a. Des^a. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

REGISTRO PÚBLICO - CESSÃO DE DIREITO DE PREFERÊNCIA DE PESQUISA E LAVRA DE MINAS E JAZIDAS FEITA EM 1957 - AVERBAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DISPOSIÇÕES LEGAIS IMPEDITIVAS - OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS - LEGITIMIDADE PASSIVA - MATÉRIA PURAMENTE DE DIREITO - REVELIA - EFEITOS - RECONHECIMENTO - INOCUIDADE

- O oficial do Cartório de Registro de Imóveis é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação em que se pretende o cancelamento de averbação por ele lavrada.

- Em ação em que se discute matéria puramente de direito, considerando-se que os efeitos da revelia só atingem fatos (art. 319 do CPC) e que estes se encontram comprovados por documentos, torna-se inócuo o reconhecimento daqueles efeitos.

- O direito de preferência de pesquisa e lavra de minas e jazidas que a Carta de 1946 concedia ao proprietário do solo foi substituído pela sua participação nos eventuais resultados da lavra, em obediência à Constituição Federal de 1967. Assim, a cessão daquele antigo direito, em 1957, conferida pelo detentor do domínio do solo e não exercida naquela oportunidade, não mais pode ser objeto de averbação no registro de imobiliário, dadas as disposições legais ulteriores e diante de um novo proprietário do solo, que desconhecia tal cessão.

- Conforme estatui o art. 12 do Código de Mineração, o direito do proprietário do solo, que não é dono do subsolo ou do direito de lavra, cinge-se à participação na exploração da lavra. Tal direito não pode ser objeto de transferência ou caução destacado do imóvel. Admite-se que o proprietário transfira ou caucione o direito ao recebimento de prestações futuras ou renuncie a ele; o que valerá contra terceiros apenas a partir da inscrição no Registro de Imóveis (parágrafo único do art. 12 do Código de Mineração).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 270.976-4/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Registro público - Averbação da escritura de cessão do direito de preferência datada de 1957 - Nulidade. - O direito de preferência de pesquisa e lavra de minas e jazidas que era então conferido ao proprietário do solo pela Carta de 1946 foi abolido pela Constituição da República de 1967, sendo substituído aquele sistema pelo da participação do mesmo nos eventuais resultados da lavra. - Assim, a cessão conferida pelo então detentor do domínio do solo no ano de 1957 e não exercida naquela oportunidade, não mais pode ser objeto de averbação no registro imobiliário, sob a égide de novas disposições e diante de um novo proprietário do solo que, por não constar do registro público, desconhecia tal cessão.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 05 de novembro de 2002. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso, ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos da ação formulada por Yolanda de Carvalho contra a Companhia Brasileira de Alumínio-CBA, e Oficial do Cartório do Registro de Imóveis, Sr. Benedito Pomárico, com pretensão, em síntese, do cancelamento da averbação 6, protocolo 96.424 04.07.2000, de cessão e transferência de direitos preferenciais de pesquisa e lavra de bauxita e associados, do Sr. Edmundo Bandeira de Carvalho e s/m à Cia Brasileira de Alumínio, conforme escritura lavrada em 06.02.1957, feita à margem da matrícula 6.631 do imóvel rural de sua propriedade.

A sentença excluiu da lide o Oficial do Cartório e julgou improcedente a pretensão de nulidade de aver-

bação no registro de imóvel, revogando a tutela antecipada e, por conseqüência, condenou a autora ao pagamento das custas processuais. Insurge-se a autora contra a sentença defendendo a legitimidade passiva do titular do cartório do registro de imóveis, desde que foi quem efetivou a tardia averbação.

Quanto ao mérito, aduz a apelante que a CBA, citada, não contestou a ação, devendo-se submeter aos efeitos da revelia, e que também deve ser modificada a sentença, por ferir o princípio da continuidade registrária.

Anota a apelante ser relevante o fato de haver adquirido o imóvel tornando-se titular da matrícula 6.331, indene de qualquer gravame, ônus ou restrição e o negócio celebrado entre a CBA e o casal Edmundo Bandeira de Carvalho e sua mulher se deu há mais de 45 anos e não pode repercutir perante a requerente se não houve a inscrição no registro oportunamente.

Acrescenta a apelante que a averbação é ato acessório ao registro e que não pode ser feita com ofensa ao direito do titular da referida matrícula e, portanto, deve ser desconstituída por decisão judicial.

De plano, de ser anotado que, relativamente à exclusão da lide do Oficial do Cartório do Registro de Imóveis, assiste razão à apelante, já que esta se afigura como parte legítima passiva para responder aos termos da ação em que se pretende o cancelamento da averbação por ele lavrada.

É que, nas circunstâncias, o ato de averbação se teria dado de forma irregular, que, se constatada poderá, em tese, resultar na sua responsabilização subjetiva por eventuais danos decorrentes. Ademais, veio o referido Oficial na defesa do ato, aduzindo que tal se fez "*em virtude do exercício de suas funções no cargo de Oficial, visto não ter encontrado proibição na execução da referida averbação, aliás, um ato previsto na legislação do Código de Minas*" (fls. 31).

Por fim, como bem salientou a d. Procuradoria de Justiça junto a esta Câmara, o Oficial do Cartório "*é o único que, em razão do cargo que ocupa, tem, no seu exercício, a função especial de fazer efetivar qualquer assentamento no RI, bem como efetuar o seu cancelamento, mediante ordem*" (fls.107).

Assim, afasta-se a preliminar que decretou a carência de ação, por ilegitimidade passiva do Oficial do Cartório, julgando-a, quanto ao mérito, somente contra a primeira demandada.

Quanto à questão do reconhecimento ou não dos efeitos da revelia em relação à 1ª requerida, Cia. Brasileira de Alumínio-CBA, de ser anotado, inicialmente, que a matéria é puramente de direito e os efeitos maléficos da revelia só atingem fatos, a teor do art. 319 do CPC, e estes encontram-se comprovados pelos documentos nos quais se assentam, independem, portanto, de tal reconhecimento inócuo.

No mais, de ser inicialmente relembrado que, pelo sistema de direito

Constitucional vigente, de fato ocorre a separação jurídica entre a propriedade do solo e a propriedade mineral, esta incidente sobre jazidas em lavra ou não e demais recursos minerais do subsolo, atribuindo à União Federal, a titularidade dessa propriedade.

Assim, os recursos minerais contidos no subsolo, para o específico efeito de exploração econômica e/ou de aproveitamento industrial são de domínio público e, portanto, integram o patrimônio da União Federal.

Entretanto, embora toda a discussão travada nestes autos em torno da distinção entre as propriedades do solo e a do subsolo, tendentes a justificar a validade da averbação feita à margem do registro de imóvel de propriedade privada, da cessão e transferência dos direitos de pesquisa, exploração e lavra de bauxita e associados, feita por Edmundo Bandeira de Carvalho e sua mulher à Cia. Brasileira de Alumínio, conforme escritura lavrada em 06.02.1957, vê-se que se trata de discussão completamente inócua.

Com efeito, da referida escritura observa-se que cessão feita por instrumento público data do ano de 1957 e tratava especificamente da cessão e *transferência de direitos* preferenciais de pesquisa e lavra.

Antes da Carta Constitucional de 1946, o proprietário do solo realmente tinha a livre propriedade do subsolo; a partir de então, passou ele a deter mero direito de preferência, a ser exercido em igualdade de condições com terceiros, para a exploração de jazidas ou lavra, a qual podia ou não lhe ser concedida.

Com efeito, dispunha o art. 153 da Constituição de 18 de setembro de 1946:

"*Art. 153.O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.*

§1º. As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. *Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.*

§2º. .... " (grifo nosso).

Entretanto, o direito de preferência de pesquisa e lavra de minas e jazidas que era então conferido ao proprietário do solo pela Carta de 1946 foi abolido pela Constituição da República de 1967, sendo substituído aquele sistema pelo *da participação* do mesmo nos eventuais resultados da lavra.

Veja-se o que dispôs a Carta de 24 de janeiro de 1967, *verbis:*

"*Art. 161 . As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o*

efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§1°. A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§2°. É assegurado ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; *quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.*

§3°. A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.

§4°. (omissis)" (grifo nosso).

À evidência que a referida cessão conferida pelo então detentor do domínio do solo no ano de 1957, e não exercida naquela oportunidade, não mais pode ser objeto de averbação no registro imobiliário, sob a égide de novas disposições e diante de um novo proprietário do solo que, por não constar do registro público, desconhecia tal cessão.

Tal direito preferencial foi abolido do sistema jurídico-constitucional, fazendo desaparecer eventual direito vigente naquela época e então cedido, pela inércia do seu exercício pelo titular.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila a decisão proferida pelo Pleno do excelso STF, no RE n° 67.977, julgamento de 09.12.1970, cuja ementa é a seguinte:

"*A Carta Política de 1967 aboliu a preferência conferida ao proprietário do solo na exploração das minas e jazidas, assegurada pelo constituinte de 1946. O sistema da preferência para a exploração foi substituído pelo da participação nos resultados da lavra. O proprietário do solo não pode alegar o direito de preferência para autorização de pesquisa, assegurado na constituição de 1946, contra preceito constitucional em vigor, ou seja o art. 161 e seus parágrafos 2° e 3° da Constituição Federal de 1967. Aplicação imediata do novo princípio constitucional, eis que a norma constitucional anterior, em torno da preferência, não chegou a ter incidência no caso dos autos. Procedência dos recursos e conseqüente cassação do mandado de segurança*". (Origem DF , publicação *RTJ*, v. 61403, *DJ* de 08.10.1971, pg-05509, ementa vol-00850-01, pg-00200, *RTJ*, vol-00061-03, pg-00403, Relator Ministro Djaci Falcão.)

Ademais, como bem observou a Procuradoria de Justiça, nem sequer há nos autos qualquer prova de que os cedentes Edmundo Bandeira de Carvalho e sua mulher Maria Regina de Carvalho Bandeira, que naquela ocasião tinham direito subjetivo de preferência de pesquisa e lavra, tivessem exercido tal direito com a obtenção da necessária concessão para pesquisa e lavra conferida pela União, proprietária do subsolo.

Também não veio aos autos nenhuma comprovação de que a Cia. Mineradora em questão detenha, atualmente, o direito de pesquisa, lavra ou exploração dos minerais eventualmente existentes no local, o que só se dá mediante autorização ou concessão da União, através do DNPM, nos termos do §1° do art. 176 da Constituição da República.

Por fim, saliente-se que, conforme Código de Mineração, o direito do proprietário do solo, cinge-se à participação na exploração da lavra, a qual não pode ser objeto de transferência ou caução destacado do imóvel (art. 12 do Código de Mineração), podendo, entretanto, transferir ou caucionar o direito ao recebimento de determinadas prestações futuras ou renunciar a esse direito, mas só "*valerão contra terceiros a partir da sua inscrição no Registro de Imóveis*" (parágrafo único, art. 12, Código de Mineração); não é ele dono do subsolo e tampouco do direito de lavra.

Assim, nula e sem qualquer efeito jurídico a averbação procedida indevidamente junto à matrícula do imóvel da autora.

Com tais razões, dá-se provimento à apelação para modificar a sentença e julgar procedente o pedido exordial, determinando o cancelamento da averbação referida, para o qual deve ser expedido o competente mandado e condenando-se os requeridos, solidariamente, ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios, que se fixam em 15% (quinze por cento) sobre o valor dado à causa.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Insurge-se a autora-apelante, Yolanda de Carvalho, contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Substituto, Dr. Nelzio Antônio Papa Júnior (fls. 58/72), que declarou, de ofício, o Sr. Oficial do Registro de Imóveis parte passiva ilegítima para a causa e julgou improcedente o pedido de cancelamento de averbação imobiliária, feita sob o n.° 6, junto à matrícula 6.631 do Registro Imobiliário, em 04 de julho de 2000, referente a imóvel rural adquirido pela autora-apelante sem qualquer gravame ou ônus, mas que, a requerimento da Cia. Brasileira de Alumínio-CBA, processou-se a averbação de "*escritura pública de cessão e transferência de pesquisa e lavra*", lavrada em 06.02.1957, no Livro 288, p. 62-v., pelo 16° Cartório de Notas de São Paulo, em que figuram como cedentes Edmundo Bandeira de Carvalho e s/m Maria Regina de Carvalho Bandeira, e como cessionária a primeira demandada, CBA.

A apelante sustenta a legitimidade passiva do Oficial Titular do Registro de Imóveis, Dr. Benedito Pomárico, tanto que reconheceu sua *legitimatio ad causam*, e a procedência do pedido de cancelamento da averbação processada indevidamente, onerando imóvel adquirido e registrado sem qualquer ônus ou gravame, resultando ofensa ao princípio da continuidade registral imposta pelo art. 195 da Lei n° 6.015/73.

Com plena razão a apelante, *data venia*, conforme, aliás, reconheceram o MM. Juiz Titular da Vara, Dr. Márcio Silva Cunha, em seu despacho liminar determinando o cancelamento da averbação (fls. 25); o ilustre Promotor de Justiça Cooperador, Dr. José Eduardo de Souza Lima, em seu parecer de fls. 53/55, e o douto Procurador de Justiça, Dr. Paulo Roberto Rodrigues, no parecer de fls. 103/114, opinando "*pelo conhecimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença recorrida,* inclusive no que se refere a carência de ação em relação ao demandado Sr. Oficial do Cartório *de Registro Imobiliário da Comarca de Poços de Caldas/MG, e seja julgado procedente o pedido formulado na inicial, dando integral provimento a interposta apelação*" (fls. 113, *in fine*).

Com efeito:

1. O Sr. Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Poços de Caldas é parte legítima e necessária para figurar no pólo passivo da demanda, em razão do cargo que ocupa, tendo no seu exercício a função especial de efetivar qualquer assentamento no RI, bem como o seu cancelamento, mediante ordem judicial, se impróprio ou errôneo tiver sido o assentamento, assim entendido escorreitamente pela autora da demanda, ora apelante.

Assente é caber ao Oficial velar pela observância dos princípios normativos que são peculiares aos Registros Imobiliários, dentre eles o da *continuidade* dos registros, *transgredida* com a averbação n.º 6 junto à matrícula 6.631 do Registro Imobiliário, sem intervenção da titular do registro.

2. Meritoriamente, em duplo equívoco incidiu o ilustrado Juiz sentenciante:

2.1. Ocorreu a revelia da CBA-Cia. Brasileira de Alumínio, eis que, regularmente citada, não contestou o pedido, reputando-se verdadeiros os fatos invocados na inicial, consoante estatui o art. 319 do CPC.

2.2. A averbação n.º 6, efetuada junto à matrícula 6.631 do Registro Imobiliário, em 04 de julho de 2000, referente ao imóvel registrado em nome da autora-apelante sem qualquer gravame, só poderia ser processada com autorização da titular constante da referida matrícula, consoante jurisprudência assente, *v.g.*:

"*Sem titularidade tabular, o registro não pode acolher documento algum de transmissão, constituição de direitos reais ou gravames de cláusulas restritivas. O Titular extraregistral de um direito pode outorgar atos de alienação do mesmo. Todavia, estes não se beneficiarão do acesso ao Registro enquanto aquele não for registrado em nome do disponente*" (*in Revista Jurídica Mineira* , v. 9, p. 43/46).

2.3. Como já observado no feito, embora se deva ter em conta o que estatui o art. 176 da CF, de que as jazidas e

os demais recursos minerais ... constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração e aproveitamento, e pertencem à União, cuja exploração poderá ser concedida a terceiro.

Todavia, a mesma CF garante o direito de propriedade do solo, tornando-se inviável a averbação de gravames sobre o solo por terceiro não proprietário, impondo ao atual proprietário superficiário um ônus limitador do seu domínio. Daí se tornando inadmissível legalmente a averbação de um ônus resultante de um negócio celebrado entre a CBA e o casal Edmundo Bandeira de Carvalho e Maria Regina de Carvalho Bandeira, em 1957, portanto, há mais de 45 anos.

Ora, a averbação junto ao registro é um ato acessório do registro e, se feita à revelia do titular da matrícula, resulta em evidente ofensa ao direito do titular da matrícula, podendo e/ou devendo ser desconstituída por decisão judicial, embora ainda sujeita a recurso, até mesmo porque o Código de Mineração, art. 12, item I, preceitua que "*O direito de participação de que trata o artigo anterior não poderá ser objeto de transferência ou caução separadamente do imóvel a que corresponder, mas* só o proprietário deste poderá transferir *ou caucionar o direito ao recebimento de determinadas prestações futuras* ", ou seja, o direito de participação nos resultados da lavra (art. 11, *b*, do mesmo código), dada a servidão da parte da superfície necessária à exploração do subsolo, como, aliás, vem disciplinado pelo Regulamento do Código de Mineração, garantindo a participação do proprietário do solo na exploração da lavra (artigos 10, 81 e 86 do Decreto n.º 62.934/68).

Portanto, totalmente nula é a averbação n.º 6 feita na matrícula n.º 6.631, garantindo a propriedade do solo à titular, Yolanda de Carvalho.

Daí, dou provimento ao recurso apelatório *sub examine*, para reformar a sentença objurgada e julgar procedente o pedido exordial, confirmando a liminar da tutela antecipada concedida à fl. 25, invertendo os ônus sucumbenciais.

Fixo os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor dado à causa.

Custas do recurso, pelos apelados.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MENOR MORTO EM UNIDADE DA FEBEM - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO

- Sendo o Estado responsável por todos os atos praticados pelos detentos em uma de suas unidades, tem não só a obrigação de manter sua integridade física, mas, sobretudo, a vida dos detentos. A omissão dos agentes públicos caracteriza a culpa.

- Inexistindo prova do *quantum* recebido pela vítima, a indenização não poderá ser superior a um salário mínimo, com dedução de 1/3 correspondente às despesas com sua própria manutenção. Assim, a indenização deverá ser de 2/3 do salário mínimo mensalmente, até a data em que a vítima completaria vinte e cinco anos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 271.559-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Responsabilidade do Estado - Menor morto em unidade da Febem - Indenização devida até o menor completar a idade de vinte e cinco anos. - "*Inquestionável que o Estado é responsável por menores internados na Febem; deriva daí sua responsabilidade em responder por indenização em razão do falecimento do menor, em favor da mãe, em cálculo presumido, até quando completaria vinte e cinco anos*".

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2002. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Recursos de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Perante a Segunda Vara da Fazenda Pública desta Capital, a ora segunda recorrente T. A. G., dizendo-se mãe do menor U. J. T., ajuizou a presente ação indenizatória, sob o pálio da justiça gratuita, em face do Estado de Minas Gerais, alegando que seu filho estava internado em uma das unidades da Febem, em Sete Lagoas, quando ocorreu uma rebelião no interior do prédio em que foi ateado fogo, tendo como conseqüência a sua morte; por entender que o Estado é o responsável pela guarda dos menores lá internados, requereu indenização no valor de um salário mínimo mensal até a data em que seu filho completasse sessenta anos, mais danos morais e materiais (Súmula 37 do STJ); juntou documentos.

O Estado apresentou contestação às fls. 15/22-TJ, alegando, preliminarmente, ilegitimidade ativa, e, no mérito, não ser responsável por atos de terceiros; quanto aos valores pretendidos como indenização, entendeu exagerados, eis que a jurisprudência entende devidos 2/3 do salário mínimo, mensalmente, até a data em que a vítima completasse vinte e cinco anos; juntou farta documentação.

O Promotor de Justiça com atuação naquele Juízo, às fls. 129/130-TJ, entendeu ser desnecessária sua participação no presente feito, com espeque na Súmula 189 do STJ, que diz ser desnecessária a intervenção daquela instituição nas execuções fiscais; todavia, não se trata de execução fiscal, e sim de ação indenizatória.

A sentença encontra-se emoldurada às fls. 232/239-TJ, julgando procedente a ação com a condenação do Estado ao pagamento de 1/3 do salário mínimo até a data em que o filho da requerente completasse 25 anos, mais o valor de 50 salários mínimos a título de dano moral, com aplicação de juros moratórios de 0,5% ao mês a contar da citação.

Inconformada, a autora apresentou sua irresignação recursal através das razões de fls. 241/246-TJ, visando à majoração da condenação para dois salários mínimos mensais até o dia em que o menor completasse 65 (sessenta e cinco) anos, mais 200 (duzentos) salários mínimos de dano moral.

O Estado, também, não se conformando com a decisão monocrática, irrogou-se através das razões de fls. 248/253-TJ, alegando, preliminarmente, quanto ao agravo retido interposto pelo fato de o Juiz monocrático não ter reconhecido a argüida ilegitimidade ativa; no mérito, buscou a reforma total da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos.

Data maxima venia, entendo que a douta sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito *a quo* merece parcial reforma; isso, na exegese do artigo 475, II, do CPC.

Bem repelida a argüição quanto à "ilegitimidade processual ativa", nos termos ali colocados.

A Constituição Federal, em seu parágrafo 6º, artigo 37, adotou a teoria do risco administrativo no sentido de que a vítima fica dispensada de provar a culpa da Administração; esta, por sua vez, só poderá se eximir total ou parcialmente da responsabilidade, se solidamente demonstrar a culpa da vítima no evento danoso; tenta o Estado-réu eximir-se da responsabilidade alegando que não fora responsável pelo incêndio causado na Febem, mas sim um dos seus detentos; ora, o Estado é responsável por todos os atos praticados pelos detentos em uma de suas unidades; tem não só a obrigação de manter sua integridade física, mas, sobretudo, a vida dos detentos.

O professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO diz que:

"... *é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter evento lesivo*"; comprovada a culpa do Estado no episódio, conforme depoimentos testemunhais; mais, o evento não ocorreu pela primeira vez, não sendo, pois, surpresa para os responsáveis da instituição, que deveriam tomar as preventivas providências; houve omissão de agentes públicos, caracterizando-se a culpa.

Andou bem o Prolator da sentença ao dizer que, não havendo prova do *quantum* recebido pela vítima, a indenização não poderá ser superior a um salário mínimo, com dedução de 1/3 correspondente às despesas com sua própria manutenção. Assim, a indenização deverá ser de 2/3 do salário mínimo mensalmente, e não 1/3, conforme constou na sentença, por erro material, acredito.

No que pertine à indenização por danos morais, entendo factível o equivalente a 100 (cem) salários mínimos, com juros de mora a partir da citação.

Isso posto, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença monocrática, aumentando a pensão mensal para 2/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria, se vivo fosse, vinte e cinco anos; o valor da indenização por dano moral para 100 (cem) salários mínimos, acrescidos de juros de mora de 0,5 % ao mês, a partir da citação; no mais, deve pontificar o decidido; por via de conseqüência, tenho por prejudicados os recursos voluntários.

Custas recursais, na forma da lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA PARCIALMENTE, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO - RECEBIMENTO - EFEITO DEVOLUTIVO - ART. 475, II, DO CPC - LEI Nº 9.469/97 - INAPLICABILIDADE

- O efeito do recurso de apelação, no mandado de segurança, é sempre devolutivo, dado o caráter auto-executório da decisão nele proferida. Não se lhe aplicam o art. 475, II, do CPC nem a Lei nº 9.469/97, pois o mandado de segurança é regido por lei especial, a de nº 1.533/51, sendo aplicável, neste caso, o seu art. 12. Dessa forma, é de se manter a sentença que, na referida ação mandamental, recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo.

AGRAVO Nº 272.277-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Ementa oficial: Mandado de segurança - Concessão - Apelação - Recurso recebido apenas no efeito devolutivo - Recurso. - É de ser mantida decisão que, em mandado de segurança, recebeu a apelação contra a sentença concessiva no efeito apenas devolutivo, eis que o efeito do recurso, em mandado de segurança, é sempre devolutivo, pois a decisão tem caráter auto-executório. Decisão 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, 24 de outubro de 2002. - *Cláudio Costa* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Cláudio Costa - Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.

Os fundamentos de fato e de direito, colocados no recurso e retratados no relatório, não estão a justificar o provimento do recurso, eis que a decisão tem respaldo em normas jurídicas especiais.

O que se vê dos autos é que, no mandado de segurança aforado pelos agravados, contra o agravante, a sentença lhes foi favorável, determinando que o agravante se abstenha de descontar dos proventos dos agravados o valor correspondente à contribuição para a pensão no percentual de 4,8%, tendo o agravante, no prazo legal, interposto o recurso de apelação, com o pedido de efeito devolutivo e suspensivo, mas o Juiz recebeu o recurso apenas no efeito devolutivo, decorrendo daí o presente recurso, em que o agravante entende que, em face do art. 475, II, do CPC, a apelação deve ser recebida nos dois efeitos: devolutivo e suspensivo.

Não lhe assiste razão.

É que o art. 475, II, do CPC, e a Lei nº 9.469, de 10.7.97, não se aplicam ao presente caso, que é regido por lei especial, Lei nº 1.533, de 31.12.51, que se sobrepõe à lei ordinária e, por isso mesmo - vê-se de plano - é aplicável à espécie o art. 12 da referida Lei nº 1.533/51.

A jurisprudência aí está para confirmar o referido entendimento.

"*O efeito do recurso, em mandado de segurança, é sempre devolutivo, à vista do caráter auto-executório*

da decisão nele proferida" (STJ-Corte Especial, MS 771- DF-AgRg, *in DJU* de 3.2.92).

"*Sentença de natureza mandamental, antes de transitada em julgado, pode ser cumprida provisoriamente e imediatamente via simples notificação por ofícios, independentemente de caução ou de carta de sentença*" (STJ-RMS 2.019-8-CE, *inDJU* de 23.5.94).

"*A atribuição do efeito suspensivo ao recurso manifestado contra decisão concessiva de segurança importaria, por uma via transversa, na sustação da execução da sentença proferida no* mandamus, *providência incompatível com a legislação específica*" (*RSTJ*, 7/430; 96/188; STJ-*RJTJERGS*, 165/31).

Com esses fundamentos, mantenho a decisão recorrida e nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ATENTADO - LIMINAR - INADMISSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE O OBJETO DA AÇÃO CAUTELAR E O DA AÇÃO PRINCIPAL - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS DA AÇÃO - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE INOVAÇÃO ILEGAL NO ESTADO DE FATO QUE ATENTE CONTRA A AÇÃO PRINCIPAL - INDEFERIMENTO DA INICIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO

- Em ação cautelar de atentado, não cabe liminar.

- A ação cautelar de atentado é instrumento processual que tem o objetivo de fazer prevalecer o dever que compete à parte, de conservar inalterado o estado de coisas envolvidas no litígio até a solução final do processo, para não inutilizar seus eventuais efeitos. Ausentes os requisitos essenciais da ação incidental, inexistindo relação entre o seu objeto e o da ação principal, não havendo, ainda, configuração de inovação ilegal no estado de fato que atente contra a ação principal, escorreita é a sentença que indefere a petição inicial e julga extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, I e VI, c/c o art. 295, I, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 273.196-6/00 - Comarca de Uberaba - Relator: Des. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Ementa oficial: Ação cautelar de atentado - Inexistência de relação entre o objeto da ação incidental com a ação principal - Ausência dos requisitos essenciais da ação - Não-configuração de inovação ilegal no estado de fato que atente contra a ação principal - Recurso desprovido para manter a r. sentença.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2002. - *Sérgio Lellis Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Conheço do presente recurso de apelação por estarem presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação interposta por Paulo Affonso Silveira e outro contra a r. sentença proferida nos autos da ação cautelar de atentado, incidente interposto no curso da ação popular movida contra o Município de Uberaba e outro, em que o douto Magistrado indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem apreciação do mérito nos termos do art. 267, I e VI, c/c 295, I, parágrafo único.

A ação incidental ora em debate objetiva a suspensão liminar dos efeitos da Lei 8.134, que autoriza a majoração da taxa de esgoto de 50% (cinqüenta por cento) para 100% (cem por cento) sobre a taxa de água consumida, até ulterior decisão desse juízo, pleiteando ao final o julgamento pela suspensão definitiva dos efeitos da referida lei, aos argumentos de ser ilegal e lesiva aos consumidores.

Em suas razões de apelação, alega o recorrente que a r. sentença deve ser reformada integralmente por estar contrariando as provas dos autos, assim como o próprio direito expresso.

Diz que aforou ação popular contra o Município de Uberaba, Companhia de Águas de Uberaba-Codau e outros, visando à preservação e conservação do meio ambiente da Bacia Hidrográfica do Rio Uberaba, devastados por ação e omissão das várias e últimas administrações do Município, com o concurso da população ribeirinha do mencionado rio, sendo que a Codau já cobrava há mais de 20 anos 50% sobre a tarifa de água, como pagamento de taxa de esgoto para a construção de estação de tratamento dos dejetos coletados, e que jamais o fez, desviando o dinheiro arrecadado para outros fins.

Que, com o ajuizamento da ação popular, o Município resolveu aumentar em mais 50% a cobrança da

taxa de esgoto sobre a tarifa de água, através da Lei 8.134, onerando ainda mais o consumidor, motivo pelo qual se interpôs a ação de atentado, fulminada no r. *decisum* atacado.

Sustenta que, ao contrário do entendimento esposado pelo douto Magistrado, o art. 5º, LXXIII, da CF dispõe sobre a legitimidade do cidadão comum assim como sobre a propriedade da ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público.

Aduz que a jurisprudência tem entendido que, em qualquer processo, cabe ação de atentado, requerendo finalmente a anulação da r. sentença e julgamento da ação, conforme pedido inicial.

Em que pesem os argumentos lançados pelo apelante, vê-se que razão não lhe assiste.

Inicialmente registre-se que não cabe medida liminar em ação cautelar de atentado (*RT*, 526/105, 574/193, 629/154; *RJTJESP*, 135/284; *JTA*, 109/183). Este também o ensinamento doutrinário de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ao tratar da ação de atentado, que deve obedecer ao procedimento comum das ações cautelares, não havendo deferimento liminar.

A ação cautelar de atentado é instrumento processual que tem o objetivo de fazer prevalecer o dever que compete à parte, de conservar inalterado o estado de coisas envolvidas no litígio até a solução final do processo, para não inutilizar seus eventuais efeitos.

Em acurada análise dos autos, vê-se que a ação principal - ação popular - tem por objetivo a anulação dos atos administrativos que autorizaram loteamentos urbanos ou rurais no limite territorial destinado à preservação e conservação da mata ciliar da Bacia Hidrográfica do Rio Uberaba, bem como dos atos omissos que infringiram o disposto no Código Florestal, tudo com base na Lei 4.771/65.

E, como se infere da ação cautelar de atentado, esta, por seu turno, visa à suspensão dos efeitos da Lei 8.134, que autoriza o Poder Executivo municipal a majorar a taxa de esgoto de 50% para 100%, incidentes sobre a taxa de água consumida, gradativamente nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2002.

Ora, não se depreende dos autos qualquer relação entre o objeto da ação principal com a ação de atentado, não há qualquer implicação da lei aprovada pelo Município com o objeto da ação popular.

A editada Lei 8.134, que tem caráter genérico e meramente autorizativo, sem efeitos concretos, editada nos estritos limites da competência legislativa municipal, não configura, em nenhuma hipótese, atentado; ao contrário, o que se vê é uma clara demonstração por parte das autoridades municipais no sentido de buscar meios que visem à preservação do Rio Uberaba, procurando viabilizar recursos para este fim.

O fundamento jurídico utilizado pelo autor-apelante, qual seja, o inciso

III do art. 879 determina que a inovação há de ser contra direito - ilegal; e, como se verifica de todo o processado, nada há de ilegal na conduta das autoridades municipais no tocante à edição de lei nova, porquanto contra nada não atenta, tampouco altera o estado das coisas em que decorre a ação popular.

Não obstante não guardar a referida ação de atentado qualquer relação com o objeto da ação principal, é de esclarecer que, para averiguar se a debatida lei traz em seu teor irregularidades no que tange a sua legalidade e se é, ou não, lesiva ao consumidor, para tal não serve o instrumento ora utilizado, que, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra previsto remédio próprio.

Assim, a espécie não se subsume exatamente na previsão legal do CPC, art. 798, eis que, a rigor, se trata de inadequação de procedimento.

Vê-se a inexistência da prática de inovação ilegal no estado do processo, despindo da ação interposta de seus requisitos essenciais para sua propositura, caracterizando a ausência das condições de ação estatuídas pelo CPC.

Nesse sentido orienta a melhor doutrina: "*se não houver expressa violação judicial, simples continuação da atividade ou exploração econômica normal do bem, sem comprometer-lhe a essência, não deve ser entendida como atentado. É, ainda, de exigir-se o requisito do prejuízo, de forma que não é qualquer alteração de fato que configura atentado, mas tão-somente aquela que afetar, lesivamente, o interesse da parte a ser eventualmente tutelado na providência final de mérito*".

Ressalte-se que a presente ação cautelar não se presta a assegurar melhor eficácia e utilidade do processo principal, ação popular, pois que, nenhuma relação existe entre seus objetos, sendo inócua a edição da Lei 8.134 no que tange ao objetivo da ação popular, qual seja, a conservação do Rio Uberaba, contraproducente, portanto, o acolhimento da ação de atentado.

O exame de mérito na referida ação consiste exatamente na aferição quanto ao prejuízo e ilegalidade da inovação no estado da lide, o que somente pode ser realizado se presentes os pressupostos processuais, as condições da ação e depois de regularmente desenvolvida a relação processual, o que inocorre no caso em tela, pelo que escorreita a r. sentença.

Ausentes os requisitos necessários à procedência da ação cautelar de atentado, escorreita a sentença recorrida, que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso, confirmando a sentença recorrida, por esses e seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Acompanho o Relator e também nego provimento ao recurso em apreço, nos exatos termos de seu judicioso voto.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO - PROFESSOR E AUXILIAR DE SECRETARIA - ERRO NA CORREÇÃO DE PROVA DE TÍTULOS - MANDADO DE SEGURANÇA - EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS - SUBSTITUIÇÃO DE AÇÃO DE COBRANÇA - INADMISSIBILIDADE - LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - AUTORIDADE COATORA - SECRETÁRIO DE ESTADO DE RECURSO HUMANOS E ADMINISTRAÇÃO - DIRETOR DO INSTITUTO MINEIRO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL-IMAM

- No mandado de segurança, tem legitimidade para figurar no pólo passivo a pessoa jurídica de direito público da qual a autoridade coatora faz parte. Autoridade coatora é aquela que pratica o ato impugnado e detém poderes para corrigi-los.

- O Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração e o Diretor do Instituto Mineiro de Administração Municipal-Imam respondem pelos atos relativos à operacionalização de concurso público para preenchimento de vagas do quadro da Secretaria de Estado da Educação. Suas atribuições não alcançam os atos de designação de professores e auxiliares de ensino, de competência delegada do Secretário de Estado da Educação (art. 25 do Decreto Estadual nº 33.336/92).

- O ordenamento jurídico brasileiro não assegura efeitos patrimoniais pretéritos ao mandado de segurança, via distinta da ação de cobrança (Súmulas 269 e 271 do STF).

- Constatado erro na correção da prova de títulos, é assegurado aos candidatos aprovados em concurso público para preenchimento de vagas de professor e auxiliar de secretaria no quadro da Secretaria de Estado da Educação o direito de reclassificação no resultado final.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 273.429-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Processual e Administrativo - Mandado de segurança - Concurso público - Erro na avaliação de títulos - Direito líquido e certo - Legitimidade passiva - Pagamento de vencimentos - Inadmissibilidade. - Autoridade coatora é aquela que pratica o ato impugnado e detém poderes para corrigi-lo. O Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração e o Diretor do Instituto Mineiro de Administração Municipal-Imam respondem pelos atos relativos à operacionalização de concurso público para preenchimento de vagas do quadro da Secretaria de Estado da Educação. Suas atribuições não alcançam os atos de designação de professores e auxiliares de ensino, de competência delegada do Secretário de Estado da Educação (art. 25 do Decreto 33.336/92). O ordenamento jurídico brasileiro não assegura efeitos pretéritos ao mandado de segurança, via distinta da ação de cobrança (Súmulas 269 e 271 do STF). Aos profissionais aprovados em concurso público para preenchimento de vagas de professor e auxiliar de secretaria no quadro da Secretaria de Estado da Educação, constatado erro na correção da prova de títulos, é assegurado o direito de reclassificação no resultado final.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA PARCIAL DO SECRETÁRIO DE ESTADO E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA PARCIAL DA IMPETRAÇÃO, REJEITANDO AS DEMAIS PRELIMINARES. NO MÉRITO, CONCEDER A ORDEM, EM PARTE, TUDO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Galileu Campos de Oliveira, Maria das Graças Duarte Ribeiro, Regina Costa Ferreira e Souza, Rita de Cássia Reis Alves, Tânia Ronalda Antônia Amarante de Jesus, Vânia Fontes Campos e Sônia Teixeira de Menezes Lopes da Mota, qualificados nos autos, com fundamento no art. 5º, incisos XII, XXXV, XXXVI, LV e LXIX, da Constituição Federal, art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 10, inciso III, do Decreto Federal nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, art. art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.906/94, e art. 1º da Lei nº 1.533/51, impetram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra atos do Sr. Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração e do Sr. Diretor do Instituto Mineiro de Administração

Municipal-Imam praticados nos meses de janeiro, fevereiro e março do ano de 2002, através dos quais negaram pedidos de revisão de provas de títulos e classificação final de concurso público realizado em 2001, nos termos do Edital 01/2001, manifestamente ilegais, consubstanciando-se em afronta ao direito dos impetrantes. Alegam que, após a aprovação nas primeiras etapas, seus títulos não foram avaliados de forma correta e até mesmo invalidados, prejudicando suas classificações. Em razão disso, estão desempregados, pois as designações efetivadas pela Secretaria de Estado da Educação obedeceram à lista classificatória do concurso. Enfatizam que recorreram do resultado de avaliação dos títulos, mas a correção procedida pelo Imam não foi satisfatória, motivo pelo qual interpuseram novo recurso, não recebido; que o impetrante Galileu Campos de Oliveira comprovou tempo de docência em História, não lhe sendo atribuído nenhum ponto; que o edital do concurso apresenta lacunas, como a detectada no anexo V, item 1: "*Atuação na área específica, no campo da educação*", correspondendo à área de auxiliar de secretaria, que pode ser interpretado como tempo em escola particular ou pública, e tempo trabalhado em desvio de função, entendendo compreendido no referido item a função de Professor PA1, ocorrendo erros e arbitrariedades também com relação ao anexo V, item 2. Considerando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pugnam pela concessão da liminar, determinando-se a revisão das notas referentes aos títulos e a conseqüente reclassificação, possibilitando-lhes assumirem vagas, as existentes quando das designações efetivadas, com o pagamento dos salários a que teriam direito caso os fatos não tivessem ocorrido. Por fim, pedem a concessão definitiva da segurança, ordenando-se "*a realização do ato administrativo citado que está a impedir o livre exercício profissional*" dos impetrantes.

Tendo em vista a complexidade fática estampada nos inúmeros documentos, a exigir detida análise, determinei, antes de apreciar o pedido de liminar, que fossem ouvidas as autoridades apontadas como coatoras.

Nos autos, informações prestadas pelo Sr. Secretário de Recursos Humanos e Administração argüindo, em preliminar, falta de interesse de agir pela inexistência de pretensão resistida, podendo o direito ser resolvido sem a intervenção do Judiciário, já que os impetrantes ajuizaram o mandado de segurança antes do julgamento dos recursos apresentados. Ressalta que o Imam procedeu à correção da prova de títulos, chegando à pontuação correta, a ser corrigida na próxima publicação, motivo pelo qual se deve reconhecer a carência de ação, com extinção do processo sem julgamento do mérito; que a pretensão dos impetrantes esbarra no disposto no art. 5° da Lei n° 1.533/51; que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do *writ*, porque a designação para o exercício de função pública em caráter temporário e precário na Secretaria da Educação não é ato do

Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração, e sim do Diretor de Superintendência Regional de Ensino, agente público vinculado àquela Secretaria; que o pedido é juridicamente impossível pela inadmissibilidade de se assegurarem efeitos pretéritos ao mandado de segurança, como demonstra o enunciado da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, sustenta a impossibilidade de confundirem-se as normas para o processo de designação em caráter precário com aquelas relativas à nomeação, posse e exercício em cargo público; que os candidatos ainda não estão aptos à nomeação porque ainda não homologado o resultado final; que a designação dos candidatos ocorreu dada a necessidade dos profissionais nas salas de aula dos diversos estabelecimentos da rede pública, conforme determinado na Resolução n° 153, de 18.12.2001, que utilizou como critério de designação a classificação dos candidatos aprovados no concurso realizado, objetivando maior organização dos quadros das escolas; que, ao Estado, a Constituição Federal outorgou autonomia política e administrativa, podendo dispor sobre o regime de trabalho e remuneração de seus servidores, não sendo lícito aos impetrantes invocar tratamento diferenciado daquele estabelecido no edital de concurso e válido para todos os candidatos; que não é razoável queiram os impetrantes fazer crer terem exercido a função de "Auxiliar de Educação-Auxiliar de Secretaria II", em escola particular, por se tratar de cargo público criado por lei, não se podendo aceitar também a contagem de eventual tempo de serviço como Professor Nível I Grau A-PA1, como de atuação na referida função específica; que não se vislumbra o direito líquido e certo dos impetrantes hábil a ensejar a concessão da ordem por não terem direito à pontuação apontada na inicial, e que o processo de designação ocorreu dois meses antes da impetração do presente mandado de segurança, e não foi atacado por recurso administrativo oportuno, não se vislumbrando os requisitos necessários ao deferimento da liminar.

Informações prestadas pelo Diretor do Instituto de Administração Municipal-Imam argüindo, em preliminar, ilegitimidade passiva por se tratar de entidade privada, contratada para prestar serviços ao Estado de Minas Gerais, não sendo delegado de função pública, nem mesmo integrante da Administração; que o contrato é fruto de processo licitatório de concorrência, cujo resultado foi homologado em 04.05.2001; que a execução material dos serviços não significa delegação de função; que a inicial deve ser indeferida pela ausência dos requisitos específicos do mandado de segurança, conforme determina o art. 8° da Lei n° 1.533/51, não estando demonstrado o direito líquido e certo dos impetrantes.

No mérito, sustenta que os autores se equivocaram na contagem dos pontos, por entenderem como curso de atualização os certificados de habilitação profissional, bem como por não observarem o requisito de experiência na área específica do cargo escolhido.

As preliminares, por se inserirem no mérito, com ele serão examinadas.

Em mandado de segurança, a autoridade coatora não é parte passiva, mas representante processual da pessoa jurídica de direito público da qual emanou o ato considerado lesivo, sendo o órgão apenas um meio através do qual se obtêm as necessárias informações hábeis à apreciação do pedido formulado.

No magistério de CELSO AGRÍCOLA BARBI (*in Do Mandado de Segurança*, Ed. Forense, 8ª ed., 1998, p. 154/155):

"*Quem é parte passiva no mandado de segurança? - A nosso ver, a razão está com Seabra Fagundes, Castro Nunes e Temístocles Cavalcanti, a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem 'capacidade de ser parte' do nosso direito processual civil.*

A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a 'pedido de informações à autoridade coatora' significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como 'representante' daquela pessoa, como notou Seabra Fagundes, e não como parte".

Na ação de mandado de segurança, tem legitimidade para figurar no pólo passivo a pessoa jurídica de direito público da qual a autoridade coatora faz parte.

Autoridade coatora é aquela que pratica o ato impugnado, detendo poderes para corrigi-lo.

Segundo o magistério do ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (*in* "Mandado de Segurança: uma Visão de Conjunto" *apud Mandados de Segurança e de Injunção* - coordenação: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; São Paulo: Saraiva Ed., 1990, p. 111/112):

"*... qualifica-se como coatora a autoridade que determina a realização do ato. Ou a que se omite em praticá-lo. E não a que expede normas para a sua execução ou o recomenda, nem o mero executor, ou seja, o agente público que apenas cumpre a ordem sem por ela responsabilizar-se, na medida em que não dispõe de poder decisório*".

No caso em exame, os impetrantes consideram terem sido prejudicados pelo Imam, que não executou corretamente a contagem de pontos quanto aos títulos que apresentaram, causando-lhes prejuízos na classificação, obedecida quando das designações dos profissionais no início do ano letivo.

Ora, é função da Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração o recrutamento e a administração de pessoal ocupante de

cargos públicos, e foi através dela que o resultado da classificação dos candidatos aprovados foi publicado pelo *Minas Gerais* de 02.03.2002 (fls. 106).

Acresça-se que o contrato de prestação de serviços da instituição especializada para operacionalizar concurso público, tendo em vista o resultado do Processo Licitatório de Concorrência nº 01/2001, foi celebrado entre a Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração e o Instituto Mineiro de Administração Municipal-Imam (fls. 170/175), estando evidenciada sua legitimidade para figurar no pólo passivo do presente *writ*. Tanto é assim que as autoridades apontadas como coatoras prestaram as informações, defendendo-se nos autos.

Vale lembrar que a Secretaria de Estado da Educação não praticou qualquer ato ilegal, pois, seguindo a ordem classificatória já publicada, e em caráter precário, designou tantos aprovados quantas eram as vagas existentes, não alcançando os impetrantes, prejudicados sim, mas por ato do Imam em não avaliar corretamente os títulos por eles apresentados.

Com relação à imediata designação dos impetrantes para o exercício de suas funções, para as quais, segundo eles, teriam direito caso não ocorresse erro na avaliação dos títulos apresentados, é patente a ilegitimidade das autoridades apontadas coatoras.

Nos termos do art. 25 do Decreto 33.336, de 23.01.92:

"*Fica delegada ao Secretário de Estado da Educação ou autoridade por ele indicada competência para designar pessoal para a função pública, observado o disposto na Lei nº 10.254, de 20 de junho de 1990*".

Consta ainda das informações prestadas pelo Sr. Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração, referendadas pelo ilustre Procurador do Estado, que, pela Resolução/SEE 153, de 18 de dezembro de 2001, o Secretário de Estado da Educação delegou tais poderes aos Diretores das Superintendências Regionais de Ensino:

"*Art. 15. Compete à SRE coordenar o processo centralizado de designação de pessoal para as escolas de cada município de sua jurisdição*".

Ora, se as autoridades apontadas como coatoras não praticaram o ato impugnado, obviamente não detêm poderes para corrigi-lo. E a ordem, no mandado de segurança, só pode ser dirigida contra quem pode praticar e/ou emitir o ato legal, veículo de correção de ilegalidade reconhecida.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro não assegura efeitos pretéritos ao mandado de segurança, via distinta da ação de cobrança, sendo matéria já sumulada pelo Supremo Tribunal Federal:

"*Súmula 269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança*".

"*Súmula 271. Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria*".

A propósito:

"*Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Ação de cobrança. Efeitos patrimoniais pretéritos. Súmulas 269 e 271/STF.*

- 1. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação de cobrança, nem produz efeitos patrimoniais pretéritos, que devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

- 2. Recurso em mandado de segurança conhecido mas não provido". (ROMS 12.674/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 07.02.2002, *DJ* de 18.03.2002, p. 277.)

O pedido inicial de pagamento dos valores que, segundo os requerentes, lhes seriam devidos em face do equívoco cometido pelas autoridades apontadas como coatoras, caso lhes fosse de direito, somente poderá ser pleiteado em ação própria, e não através do presente mandado, sendo o pedido juridicamente impossível. Entretanto, há pedidos cumulados, sendo perfeitamente admissível a análise do alegado equívoco quanto à nota que lhes foi atribuída na prova de títulos.

Analiso o mérito.

O mandado de segurança visa proteger direito subjetivo individual, líquido e certo, que deve ser comprovado documentalmente e de plano.

Ensina Carlos Mário da Silva Velloso (*in* "Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988"; *apud Mandados de Segurança e Injunção* - coordenação: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; São Paulo: Saraiva Ed., 1990, p. 81).

"*... O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é, também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual. 'Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual'* ".

Cumpre aos impetrantes, portanto, demonstrar, através de prova preconstituída, o seu pretendido direito líquido e certo. E tais documentos devem, forçosamente, vir juntados à inicial, nos termos do artigo 283 da lei processual.

Na lição de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (*in* "Mandado de Segurança Individual e Coletivo", ob. cit., p. 128):

"*... direito líquido e certo é o que pode ser reconhecido apenas pela apreciação do modelo jurídico próprio com o fato nele adequado, sem necessidade de se socorrer de provas que não seja a documental, em princípio, induvidosa. Mas, veja-se bem, 'que pode', e não 'que deva' ser reconhecido, porque, como é normal a qualquer julgamento, o direito poderá ser negado definitivamente. Se a questão fática depender de provas, as vias ordinárias são o caminho específico*".

O pedido inicial visa à concessão de segurança em definitivo, declarando-se o direito dos impetrantes à revisão das notas referentes aos títulos apresentados e à conseqüente reclassificação, possibilitando-lhes assumirem vagas nas designações já levadas a efeito, com o pagamento dos salários a que fariam jus caso os fatos narrados não tivessem ocorrido.

De acordo com as informações prestadas pelas autoridades apontadas como coatoras, os impetrantes ajuizaram o mandado de segurança antes do julgamento dos recursos apresentados perante o Imam, que, ao analisá-los, procedeu à correção da prova de títulos conforme demonstrado pelo documento de fls. 154. Entretanto, as informações datam de 09.04.2002, posteriormente à impetração do *writ*, inexistindo, nos autos, qualquer prova de que tenham sido seus recursos julgados em data anterior.

Relativamente a Galileu Campos Oliveira e Regina Costa Ferreira e Souza, está claramente evidenciado o direito aos pontos pretendidos na inicial, conforme já reconhecido pelo órgão responsável pelo concurso.

Quanto aos demais impetrantes, o valor atribuído aos títulos apresentados não corresponde às suas pretensões. Não considerados conforme entendem de direito, a questão depende da produção de provas, a serem produzidas em ação própria, dada a impossibilidade de dilação probatória nos estreitos limites do mandado de segurança, no qual só se admite a prova preconstituída.

Não tendo sido homologado o concurso em tempo hábil à nomeação dos aprovados, a Administração Pública houve por bem designar os servidores de acordo com a lista de classificação para, em caráter precário, exercerem suas funções nos inúmeros estabelecimentos de ensino público, visando, com tal providência, não prejudicar os milhares de alunos e não retardar o início do ano letivo.

Como bem anotado pela autoridade apontada coatora, não se pode confundir o processo de designação em caráter precário com aquele referente à nomeação, posse e exercício em cargo público.

Entretanto, após a nova lista a ser publicada, a classificação dos

impetrantes sofrerá sensível modificação, o que, certamente, lhes dá direito à designação nos cargos para os quais foram aprovados, até que seja o resultado homologado, quando lhes surgirá a oportunidade de nomeação.

Em síntese: aos aprovados em concurso público para preenchimento de vagas de professor e auxiliar de secretaria no quadro da Secretaria de Estado da Educação, constatado erro na correção da prova de títulos, é assegurado o direito de reclassificação no resultado final do concurso.

Diante do exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Sr. Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração e do Diretor do Imam *quanto ao pedido de designação imediata*, bem como a impossibilidade jurídica do pedido em relação ao pagamento de vencimentos e, rejeitando as demais, concedo a ordem apenas para determinar que as autoridades coatoras providenciem a imediata reclassificação dos impetrantes no resultado final do concurso, com publicação no órgão oficial no prazo máximo de trinta dias.

Defiro os benefícios da assistência judiciária pleiteados na inicial, isentando os impetrantes do pagamento das custas recursais.

Os Srs. Desembargadores Sérgio Braga, Pinheiro Lago, Alvim Soares, Antônio Carlos Cruvinel, Fernando Bráulio, Pedro Henriques, Edivaldo George e Silas Vieira - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA PARCIAL DO SECRETÁRIO DE ESTADO E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA PARCIAL DA IMPETRAÇÃO, REJEITANDO AS DEMAIS PRELIMINARES. NO MÉRITO, CONCEDERAM A ORDEM, EM PARTE, TUDO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DIREITO SURGIDO APENAS NA ÉGIDE DA LEI Nº 8.560, DE 29.12.92, QUANDO JÁ EM VIGÊNCIA A REGRA DO ART. 27 DA LEI 8.069/90 (ECA) - INTELIGÊNCIA DOS DISPOSITIVOS E DAS NORMAS - INAPLICABILIDADE DO ART. 178, § 9º, III, DO CÓDIGO CIVIL - HIPÓTESE SINGULAR DE IMPRESCRITIBILIDADE - SENTENÇA CASSADA

- Se, ao tempo em que completou a maioridade civil, o investigante não podia promover a ação de investigação de paternidade, tendo em vista o fato de ser seu pai investigado casado, o que a lei obstava e, em conseqüência, somente surgindo o seu direito após a entrada em vigor da Lei nº 8.560, de 29.12.92, com efeito que não se lhe pode aplicar a prescrição de quatro anos para propositura da ação de investigação de paternidade, prevista pela regra do art. 178, § 9º, III, do Código Civil, visto que, tendo a Lei nº 8.069, de 13.07.1990, ECA, antecedido aquela Lei nº 8.560/92 e proclamado no seu art. 27 a imprescritibilidade da ação investigatória, por óbvio que o direito surgido de investigar o foi também sob a égide da imprescritibilidade.

- É de se cassar a sentença que desconhece a singularidade da hipótese da ação investigatória, em que o autor exerce um direito às graças das Leis nºs 8.069/90 e 8.560/92, aliado ao fato de que desde o advento de sua maioridade o seu pretenso pai ser casado e continuar a sê-lo, e aplica a prescrição, no caso inocorrente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 273.444-0/00 - Comarca de Leopoldina - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Investigatória de paternidade - Leis 8.069 (ECA) e 8.560, de 29.12.92 - Possibilidade.

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, 17 de dezembro de 2002. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, a Drª. Alessandra Paes Barretos Salomão.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da apelação por própria e regularmente processada.

O presente cenário, dentro da espécie investigatória, pode ser considerado um caso singular e extremamente sutil.

O autor nasceu aos *28.10.57*. No seu registro de nascimento (fl. 08), consta o nome do pai e da mãe. Falecidos estes, aos *06.05.99*, propõe a presente ação investigatória contra o investigado, *casado*, todos residentes na Cidade de Leopoldina.

O histórico da exordial, narrado pelo autor-investigante, é que o seu nascimento foi fruto de uma relação íntima de sua mãe com o médico da família, ora réu-investigado, e que somente depois da morte de seus pais é que pôde exercer o seu direito personalíssimo de propor a presente investigatória, pois o seu pai legal morreu sem saber do fato; e, quanto à mãe, depois da morte dela é que veio a saber do fato.

Citado o réu, este diz que o autor decaiu do seu direito, em face do artigo 178, § 9º, item VI, do Código Civil, que, quanto à prescrição, reza:

"*Art. 178* (omissis)

§ 9º. Em 4 (quatro) anos: (omissis)

VI - a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar".

Para tanto, o réu juntou várias fotocópias - fls. 57/75 - de julgamentos do Superior Tribunal de Justiça que demonstram a impossibilidade da presente ação; e a nobre Colega de primeira instância, louvando-se ainda no parecer ministerial, de plano, decide, sentenciando pela extinção do processo, sem apreciar o mérito, na forma do artigo 267 - item VI - do Código de Processo Civil.

De tal decisão é que decorreu a apelação, estribando-se na hipótese do cerceamento de defesa, visto que ficou impedido de provar o que alegou. Como o recurso *só cuida disto*, deixo de examinar a questão como preliminar para tê-la como mérito próprio.

Antes de iniciar o raciocínio do meu voto, gostaria, antecedentemente, de deixar registrado que *estou inteiramente de acordo* com os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça de fls. 57/75, relatados pelo grande mineiro, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, principalmente com o de fl. 69, em que é abordada também a decisão da imprescritibilidade da ação, em razão do advento da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, como bem disse, no início do meu voto, esta ação *sub judice*, especificamente, "*pode ser considerada um caso singular e extremamente sutil*"; e, digo mais, não acredito que outro caso análogo possa aparecer, em razão da dinâmica do tempo. O presente caso, *data venia*, não tem como ser enquadrado na jurisprudência carreada aos autos, oriunda do STJ, o que o classifico como singular e sutil, porque as partes, o Ministério Público e a MMª. Juíza *a quo* não se detiveram (e nem ao menos mencionaram a Lei 8.560, de 29.12.92), que "*Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências*".

Assim, as minhas razões de decidir são as seguintes:

1ª) Realmente não precisava o autor cumular a presente ação investigatória à ação de nulidade de registro, pois seu "pai legal" já havia falecido, e, sendo o direito personalíssimo do autor, a questão restou processualmente acertada, pois não teria nem a quem citar.

2ª) Com relação ao exame do acolhimento da preliminar, peço licença aos meus Pares para demonstrar a seguinte ordem cronológica dos fatos e suas repercussões jurídicas:

a) O autor nasceu aos 28.10.1957 (fl. 8) e adquiriu sua maioridade em 28.10.1978, quando completou 21 anos de idade.

b) Segundo a interpretação que se pretendeu dar aos acórdãos do STJ nas considerações dos quatro anos decadenciais (art. 178, § 9º, item VI, do Código Civil), em prorrogação, o direito do autor teria o seu prazo terminado em *28.10.1982*, quando completou 25 (vinte e cinco) anos, ou seja, vinte e um anos da maioridade civil mais quatro anos do referido prazo decadencial citado.

Então, agora, temos que responder à seguinte pergunta que é a decisão deste recurso:

No prazo decadencial - de 28.10.78 (maioridade do autor) a 28.10.82 (término do prazo) -, poderia o autor, conforme o referido artigo do Código Civil e os festejados arestos do STJ, propor a ação de investigação de paternidade?

A minha resposta é *não*!

Não, porque a sentença olvidou que o pretenso pai, ora investigado é - *e continua sendo* - casado; e contra homem casado só se pôde mover ação investigatória a partir de 29.12.92 (Lei nº 8 560/92). Mesmo que o réu fosse casado, até mesmo com outra mulher, mas que à época do prazo decadencial ao autor - ou parte deste prazo - fosse solteiro, divorciado ou viúvo, não tergiversaria em momento sequer de acolher a preliminar. Aí, sim, o entendimento do STJ entraria como luva. Mas o réu, repito, *era* e *continua sendo casado* com a mesma mulher. Por isso é que disse, considerando que o autor tem hoje quase 45 anos e, quando nasceu, o réu já era médico, esta hipótese, provavelmente, e pelo advento da Lei 8.560/92, não mais se repetirá em nossos julgamentos.

Dada já a minha resposta decisória, ainda gostaria de propor mais uma pergunta, para espancar qualquer outra lucubração jurídica subseqüente:

- Não seria, então, o caso de se considerar os quatro anos decadenciais a partir da data da Lei 8.560, de 29.12.92?

A minha resposta é novamente *não*!

E por que não?

Pelo fato de que, tendo sido a Lei 8.560, de 29.12.92, *antecedida* pela Lei 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de 13.07.1990, que, em seu artigo 27, proclama a *imprescritibilidade* da ação investigatória.

O exercício do direito do autor de manejar a presente ação, quando foi autorizado, já nasceu em nova *égide* legal, razão pela qual não se aplica agora as hipóteses dos acórdãos do STJ, pois os cenários fático e legal são totalmente diferentes das hipóteses tratadas nos arestos.

Sou obrigado a reconhecer (razão pela qual disse ser o presente cenário "singular" e "sutil") que o autor exerce um direito às graças das Leis nºs 8.069, de 13.07.90, e 8.560, de 29.11.92, aliado ao fato de que desde o advento de sua maioridade o réu era - e continua sendo - casado.

Assim sendo, dou provimento à apelação para cassar a sentença, para que a nobre Colega monocrática proceda à instrução e decida o feito como lhe parecer de direito. Tenho para mim que a instrução deste feito, pelas suas características especiais, poderá ser muito rápida, com a feitura do DNA, sendo que o réu, por ser médico, sabe, melhor do que nós, do valor científico dessa prova.

Aliás, lembro as partes do magistério contido no artigo 231 do novo Código Civil.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SOCIEDADE DE FATO - PATRIMÔNIO ADQUIRIDO COM O ESFORÇO COMUM - PARTILHA - SERVIÇOS DOMÉSTICOS - PRESTAÇÃO NO ÂMBITO DO LAR - INDENIZAÇÃO - INADMISSIBILIDADE

- Provando-se a existência da sociedade de fato e que a companheira contribuiu efetivamente para o acréscimo do patrimônio do companheiro, cabível é a sua dissolução judicial, com a partilha dos bens adquiridos com o esforço comum, a teor da Súmula nº 380 do STF.

- A prestação, pela mulher, de serviços domésticos normais e corriqueiros para uma dona de casa, durante o período de relação concubinária, não justifica o pagamento, pelo companheiro, de qualquer indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 273.996-9/00 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Sociedade de fato - Concubinato - Patrimônio comum - Participação da mulher - Direito à meação - Serviços domésticos, prestados dentro do lar - Indenização - Inadmissibilidade. - A prestação, pela mulher, de serviços domésticos normais e corriqueiros para uma dona-de-casa, durante o período de relação concubinária, não justifica o pagamento, pelo companheiro, de qualquer indenização.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de setembro de 2002. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Conheço de ambos os recursos, posto que próprios e tempestivos.

Hei por bem analisá-los conjuntamente.

Registre-se, de início, que não se pretendeu, com o ajuizamento da presente ação, o reconhecimento de união estável entre os litigantes, a qual, segundo se sabe, pressupõe a convivência duradoura, permanente, como marido e mulher, apenas diferenciada do casamento pela ausência da celebração matrimonial perante a autoridade legal e conseqüente registro na serventia competente.

No caso presente, tal não poderia mesmo ter ocorrido, tendo em vista o impedimento matrimonial do réu da ação, J.B.M., que mantinha casamento civil com outrem, não havendo prova de que dela tenha se separado.

Ora, nesse caso, é remansoso o entendimento de que a matéria tem contornos sintonizados com o direito obrigacional, sendo impositiva a comprovação de que houve efetiva e estreita colaboração do convivente na formação do patrimônio do outro, de molde a caracterizar a existência da sociedade de fato entre os dois.

Quanto a tal aspecto da controvérsia, não resta dúvida alguma de que a prova dos autos demonstra ter ocorrido um concubinato entre a Sra. L.A.A. e o Sr. J.B.M., consoante os depoimentos de fls. 32/33.

Em verdade, ficou bem esclarecido, através das provas documental e testemunhal, que os dois viveram em autêntica relação concubinária, durante vários anos, publicamente, como marido e mulher, e que o único bem em disputa se constitui do automóvel Parati Surf, ano de fabricação 1994, modelo 1995, placa GQR-7152, cujo certificado de registro e licenciamento se encontra à fl. 19.

Ao contrário do que restou decidido pelo douto Juízo de origem, estou em dizer que houve, sim, um acréscimo patrimonial ao réu durante o concubinato e que a autora tem direito à partilha do referido bem, pois, durante todo o tempo da convivência, proporcionou uma vida digna ao companheiro, ajudava na mantença do lar e colaborava com o pagamento do aluguel da casa onde moravam, segundo restou esclarecido pelos depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo.

Com base nisso, é de ser acolhida a tese da autora-apelante, no sentido

de que contribuiu efetivamente para a relação havida entre as partes, inclusive economicamente; e, se houve um aumento no patrimônio do réu, tal ocorreu, também, graças à colaboração daquela, pelo que nada mais justo do que autorizar a partilha do veículo em questão, com o qual o réu-apelado começou a trabalhar, como taxista, após o início do concubinato.

Incide, pois, a jurisprudência cristalizada na Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal, de teor seguinte:

"*Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*".

No que pertine ao pleito de indenização por serviços domésticos prestados, já há algum tempo me manifesto pelo descabimento da mesma, por entender, no âmbito da relação concubinária, o dever de mútuo auxílio.

Sobre o tema, trago à colação recente ementa de acórdão unânime da eg. Segunda Câmara Cível deste Tribunal, proferido nos autos da Apelação Cível nº 202.998-1, *DJ* de 19.04.2002, da qual fui Relator:

"*Concubinato - União estável - Serviços domésticos normais, prestados dentro do lar - Indenização - Inadmissibilidade. - A prestação, pela mulher, de serviços domésticos normais e corriqueiros para uma dona-de-casa, durante o período de relação concubinária, não justifica o pagamento, pelo companheiro, de qualquer indenização*".

A jurisprudência desta Corte não discrepa deste entendimento, senão vejamos:

"*Concubinato - Serviço doméstico prestado pela concubina - Inadmissibilidade da verba indenizatória pleiteada a título de vida em comum. - 1. Descabe indenização por serviços domésticos prestados pela concubina, posto que a simples prestação dos mesmos, constituindo mera rotina da vida em comum na qual se pressupõem auxílio e socorro mútuos, sem nenhum prejuízo ou sacrifício da amásia, não enseja a indenização quando da dissolução do concubinato*" (TJMG, Apelação Cível nº 171.410-4, Rel. Des. Célio César Paduani).

"*Indenização - Serviços prestados ao concubino. - A simples existência de concubinato, em princípio, não gera direito à indenização por serviços domésticos executados pela concubina, pois pressupõe mútuo auxílio*" (TJMG, Apelação Cível nº 165.700-6, Rel. Des. Aloysio Nogueira).

Com tais considerações, reformando a decisão hostilizada, dou provimento ao recurso interposto pelo réu, para decotar a condenação imposta ao mesmo quanto ao pagamento de indenização por serviços domésticos prestados pela autora, e, ao mesmo tempo, provejo o recurso interposto pela autora da ação, para assegurar-lhe a partilha do automóvel adquirido pelo esforço comum dos conviventes, durante a relação concubinária.

Custas recursais, suspensas, tendo em vista que as partes litigam os benefícios da justiça gratuita.

Mantenho a condenação em honorários advocatícios de 1ª instância, tendo em vista que a ação restou julgada procedente, mas suspendo tal ônus, pelo mesmo motivo referido no parágrafo anterior.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - EXECUÇÃO - CAUSÍDICO QUE RECEBE SUBSTABELECIMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DA AÇÃO - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

- O advogado que não atuou no feito, mas que recebeu substabelecimento após o encerramento da ação, é parte legítima para postular a execução de honorários advocatícios.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 274.000-9/00 - Comarca de Araçuaí - Relator: Des. GARCIA LEÃO

Ementa oficial: Execução de honorários advocatícios arbitrados por sentença judicial - Legitimidade ativa. - Se o advogado não atuou nos feitos, mas recebeu substabelecimento após o encerramento das ações, é parte legítima para postular a execução de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de novembro de 2002. - *Garcia Leão* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Garcia Leão - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de embargos à execução de honorários opostos pelo Município de Araçuaí contra Ivãm

Benedito Brandão, requerendo a extinção da execução por ilegitimidade da parte.

A MM.ª Juíza, pela sentença de fls. 23/24, julgou procedentes os embargos.

O embargado interpôs apelação, pelas razões de fls. 28/30.

Conforme as palavras da Julgadora, quando do ajuizamento da execução dos honorários advocatícios, o Dr. Nerval Barbosa Cardoso substabeleceu seus poderes ao Dr. Ivâm Benedito Brandão.

Assim, este é parte legítima para cobrar os honorários advocatícios.

É que:

"*O mandatário, ao aceitar o encargo, terá o direito de substabelecer os seus poderes representativos* (RF, *111*; 421/RT, *724: 358, 101: 244), pois, apesar de o mandato ser* intuitu personae, *competindo sua execução ao mandatário, ser-lhe-á permitido convocar auxiliares na realização de certos atos, fazendo-se substituir por outra pessoa de sua confiança, mesmo que haja proibição nesse sentido, sem poderes expressos e especiais outorgados pelo mandante*" (*RT*, 517: 126, 488:224 e 486:145).

Pelo exposto, invertendo os ônus sucumbenciais, fixados nos embargos, dou provimento ao recurso.

Custas, pelo Município.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PENSÃO - SERVIDOR FALECIDO - PROVENTOS - REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR DA ATIVA - PARIDADE - PREVISÃO CONSTITUCIONAL - INCIDÊNCIA IMEDIATA - DEFESA DO RÉU - ALEGAÇÃO DE FATO EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR - ÔNUS DA PROVA - COISA JULGADA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO

- A matéria contida no inciso V do art. 267 do CPC, por ser de ordem pública, não é alcançável pelos efeitos da preclusão, consoante se extrai do § 3º do retromencionado texto legal.

- O instituto jurídico da coisa julgada não se apresenta, quando faltar no feito qualquer um dos tríplices elementos, na forma prevista no art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC.

- Reconhecido ao pensionista pelo art. 40, §§ 7º e 8º, e pelo art. 20 do ADCT da Constituição Federal que a sua contraprestação pecuniária mensal tenha valores iguais aos proventos do servidor falecido, os quais, por sua vez, sejam equivalentes aos da remuneração dos servidores da ativa, cuja aplicação é imediata, não pode refugir o município a este comando, sob o infundado argumento de que alterou a sua estrutura administrativa, extinguindo o cargo do falecido marido da autora.

- Opondo o réu, na sua defesa, fato extintivo do direito reclamado, resta-lhe atraído o ônus de realizar tal prova, a teor do art. 333, II, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 274.086-8/00 - Comarca de Resplendor - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Previdenciário - Coisa julgada - Não-caracterização - Pensão - Remuneração do servidor da ativa - Paridade - Previsão constitucional - Incidência imediata - Ônus da prova. - O instituto jurídico da coisa julgada não se apresenta, quando faltar no feito qualquer um dos tríplices elementos, na forma prevista no art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC. Reconhecido ao pensionista pelo art. 40, §§ 7º e 8º, e pelo art. 20, ADCT da CR, que a sua contraprestação pecuniária mensal tenha valores equivalentes aos da remuneração dos servidores da ativa, cuja aplicação é imediata, não pode refugir o município a este comando, sob o infundado argumento de que alterou a sua estrutura administrativa, extinguindo o cargo do falecido marido da autora. Opondo o réu, na sua defesa, fato extintivo do direito reclamado, resta-lhe atraído o ônus de realizar tal prova, a teor do art. 333, II, do CPC. 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 REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2002. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Cuida-se de apelação intentada por Dilene Cerqueira de Castro contra sentença que julgou improcedente ação ordinária, aforada contra o Município de Itueta.

As razões recursais das partes e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram objeto de sucinta dissertação no relatório de fls.

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

Inicialmente, aprecia-se a preliminar esgrimida pelo apelado às fl. 358-TJ, pela qual assevera incidir no presente caso dos efeitos da coisa julgada, em razão da sentença, com trânsito em julgado, que extinguiu, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, a ação de revisão de proventos, aforada por João Osório de Castro contra a Prefeitura Municipal de Itueta, consoante o disposto às fls. 31/32-TJ, do volume 02, em apenso. Assim, pugna o apelado pela extinção do presente feito, a teor das disposições do art. 267, V, do CPC.

Embora esta questão tenha sido apreciada pelo Juiz primevo, considero que a matéria contida no inciso V do art. 267, do CPC, por ser de ordem pública, não é alcançável pelos efeitos da preclusão, consoante se extrai do § 3º do retromencionado texto legal; por isso, tenho que o apelado está habilitado a argüir este tema nesta instância revisora, ainda que tenha havido expressa decisão a respeito (fls. 44/45-TJ) e dela não haja recorrido naquela oportunidade.

Todavia, considero acertado o entendimento do Juiz singular vazado na referida decisão no sentido de não se caracterizar na presente espécie o instituto jurídico da coisa julgada, porquanto não se perfectibilizou a definição ínsita no art. 301, § § 1º e 2º, do CPC, em razão de as partes serem distintas, como também o seu objeto, além de a referida ação de revisão de proventos ter sido extinta sem o julgamento do mérito, sendo essas circunstâncias suficientes para afastar a extinção deste feito, como pretendido pelo apelado.

A propósito, é o que informa NELSON NERY JÚNIOR:

"*Inexistência tanto da exceção da coisa julgada quanto da litispendência, também argüida, por não configurada a tríplice identidade de que trata o art. 301, §§ 1º a 3º, do CPC*" (*Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., p. 796).

Por conseguinte, *repele-se a preliminar em apreço.*

A apelante alega que restou estampado no feito o fato de o seu falecido marido ter exercido o mais alto cargo do funcionalismo do apelado, inclusive, reconhecido pelo próprio Juiz singular; por isso, considera incidir a regra do art. 40 da Constituição da República à finalidade de adequar a sua pensão aos vencimentos do servidor da ativa, que exerce o cargo correspondente ao do seu finado esposo. Neste sentido, afirma que as eventuais alterações na estrutura administrativa do apelado, com a extinção e criação de cargos, ocorridas após a aposentadoria do seu falecido marido, não têm o condão de alterar a situação jurídica do mesmo, que era servidor estatutário da Prefeitura Municipal de Itueta, o que ocasiona a subsistência do seu direito à paridade da sua pensão com os vencimentos dos servidores da ativa, fatos estes determinantes à reforma da sentença sob foco.

À minha ótica, albergáveis se revelam estas proposições esgrimidas pela apelante, uma vez que os dizeres do art. 40, §§ 7º e 8º, da Carta Magna, acrescentados pela Emenda Constitucional nº 20, são claros em fixar que os pensionistas terão direito à contraprestação pecuniária em valor igual aos proventos do servidor falecido, os quais, por sua vez, serão iguais ao da remuneração daquele que estiver em atividade, bem como terão direito a que esta pensão seja modificada, quando houver alteração da remuneração dos servidores ativos. Portanto, emerge do texto constitucional em epígrafe inconteste o direito da apelante a que o valor da sua pensão se iguale ao da remuneração dos servidores na ativa.

Neste aspecto, imperioso estabelecer que o preceito constitucional supramencionado tem aplicação, praticamente, imediata, consoante o art. 20, ADCT, cujos termos dispõem:

"*Art. 20. Dentro de cento e oitenta dias proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição*".

E a exegese que se extrai desses textos constitucionais exige sempre a procura da *mens legis* nele inserta, não podendo subsistir a interpretação que limite o espírito que lhe incutiu o legislador, consoante a esclarecedora lição de CARLOS MAXIMILIANO, *verbis*:

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

Por conseguinte, resulta ser inquestionável o direito da apelante, pois o apelado tinha e tem o dever constitucional de adequar o pagamento dos benefícios da apelante àquilo que é percebido pelo servidor na ativa, sendo, de conseqüência, insubsistente o seu argumento de tratar-se de aumento de pensão, por vias impróprias. Neste tocante, é certo que o advento da Carta Magna de 1988 retirou a eficácia da legislação infraconstitucional que definia os vencimentos e proventos dos funcionários do apelado, erigindo como direito dos inativos e pensionistas a paridade de ganhos, pelo que, se os proventos do finado esposo da apelante estavam reduzidos por norma legal então vigente, esta há de ser desconsiderada para os fins supradelineados.

De outra face, vislumbro que falece, igualmente, razão ao apelado em sustentar que, com a extinção do cargo do falecido marido da apelante, inexiste paradigma para se igualar a sua pensão, porquanto, conforme foi bem focalizado pelo Juiz singular à fl. 335-TJ, a documentação colacionada no processado indica que o esposo da apelante ocupava, na estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Itueta, cargo logo abaixo do Prefeito,

equivalente ao que seria do Secretário Executivo e do Secretário Particular, ambos com remuneração noticiada à fl. 330-TJ. Portanto, a meu sentir, caracterizado está o parâmetro, entre a remuneração do servidor da ativa e do finado esposo da apelante, capaz de gerar o acolhimento do pleito vertido na exordial.

Ademais, esta afirmação do apelado, quanto à inexistência de paradigma entre os cargos da ativa e do ex-marido da apelante, tem a natureza de fato extintivo do direito da mesma; destarte, atraiu para si o encargo de fazer a prova, segundo o preciso comando do art. 333, II, do CPC. Assim, se o apelado não se desvencilhou desse encargo, na forma do alegado em sua defesa, acaba por gerar a procedência do pedido inaugural. É o que nos informa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *v.g.*:

"*É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento a que alude a contestação*".

"*O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (artigo 334, nº III)*".

"*A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo*" (*Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed., v. I, p. 455).

Por fim, cabe razão ao apelado em questionar o alcance retroativo do direito da apelante e a sua forma, pagamento, pois, a meu aviso, o termo inicial deste direito coincide com a data do falecimento do seu marido, 20 de abril de 1992, consoante noticiado na exordial. E o pagamento dos atrasados far-se-á em execução de sentença, na forma cominada nos arts. 730 e segs. do CPC.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar, em parte, procedente esta ação ordinária à finalidade de igualar o valor da pensão da apelante aos dos vencimentos percebidos pelo Secretário Executivo ou Secretário Particular da Prefeitura Municipal de Itueta, que passará a ser pago imediatamente após o trânsito em julgado deste decisório. O novo valor da pensão retroagirá à data do falecimento de João Osório de Castro (20 de abril de 1992), apurando-se a diferença com o já efetivamente pago, com inclusão de correção monetária e juros legais, ambos a partir da citação do apelado nesta ação, cuja cobrança se fará nos moldes preconizados no art. 730 do CPC. Condeno o apelado a pagar as custas do processo e os honorários da advogada da apelante, os quais arbitro em 15% sobre o montante atrasado e sobre o valor de doze pensões vincendas.

Custas, pela apelada.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO.

-:::-

IPTU - IMÓVEL DESAPROPRIADO POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA - ISENÇÃO - BENEFÍCIO INDEVIDO - LIMPEZA PÚBLICA - SERVIÇO DE CARÁTER GENÉRICO E INDIVISÍVEL - TAXA - FATO GERADOR - INEXISTÊNCIA - COBRANÇA - ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PRESCRIÇÃO

- Sendo a expropriante entidade da Administração indireta, sociedade de economia mista, que explora atividade econômica (transporte ferroviário), não faz jus ao benefício da isenção do IPTU previsto no art. 8º da Lei nº 5.839/90, do Município de Belo Horizonte, pois tal isenção é concedida apenas no caso de desapropriação pelo Município, Estado ou União. Sujeita-se aquela entidade ao regime jurídico próprio, inclusive quanto às obrigações tributárias, nos termos do art. 173 da CF/88.

- O serviço de limpeza pública, por ter caráter genérico e indivisível ou específico, prestando-se a toda a coletividade, sem benefício direto para determinado imóvel ou contribuinte, não contém os requisitos da especificidade e da divisibilidade, pelo que não pode servir como fato gerador de taxa, sendo, portanto, ilegal e inconstitucional a sua cobrança como tal.

- Decorridos mais de 5 (cinco) anos entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e o ajuizamento da execução fiscal, correto o julgamento que reconheceu a prescrição, nos termos do art. 174 do CTN. Não procede a alegação da Fazenda Pública, no que se refere à ocorrência da suspensão do prazo prescricional, na forma do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, pois a matéria é regulada pelo Código Tributário Nacional, norma complementar, que não permite alteração por lei ordinária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 274.500-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALOYSIO NOGUEIRA

Ementa oficial: Embargos à execução fiscal - IPTU - Imóvel desapropriado por entidade da Administração indireta - Isenção - Benefício indevido. - Sendo a expropriante entidade da Administração indireta, sociedade de economia mista que explora atividade econômica (transporte ferroviário),

não faz jus ao benefício legal, sujeitando-se, nos termos do art. 173 da CF/88, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias. - Taxa de Limpeza Pública. - O serviço de limpeza pública, por ter caráter genérico e indivisível, prestando-se a toda a coletividade, não contém os requisitos da divisibilidade e da especificidade, desservindo, portanto, para fim de fato gerador de taxa.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DA REMESSA, REJEITAR PRELIMINAR QUANTO AO SEGUNDO APELO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO APELO E NEGAR PROVIMENTO AO TERCEIRO APELO.

Belo Horizonte, 05 de setembro de 2002. - *Aloysio Nogueira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Aloysio Nogueira - Preliminarmente, não conheço da remessa necessária, tendo em vista que, nos termos do art. 475 do CPC, na nova redação que lhe deu a Lei nº 10.352/01, em sendo o débito exeqüendo de valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, não está a sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, sendo este o caso dos presentes autos. Conheço, entretanto, dos recursos voluntários, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de embargos opostos por CBTU-Cia. Brasileira de Trens Urbanos, à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, consistente na cobrança de IPTU e taxa de limpeza pública. O MM. Juiz julgou parcialmente procedentes os embargos, acolhendo a preliminar de prescrição quanto aos tributos relativos ao exercício de 1995, determinando o prosseguimento da execução quanto aos tributos restantes, relativos aos exercícios de 1996, 1997 e 1998 (fls. 130/135).

Não se conformando, embargante e embargada recorreram. A executada, em seu recurso, argúi preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, por ter adquirido um imóvel destinado à desapropriação, o qual não faz parte do zoneamento urbano. No mérito, alega, em síntese: a) direito à isenção do imposto, por existir prova de que o imóvel foi desapropriado para a implantação do trem metropolitano; b) inconstitucionalidade da cobrança da taxa de limpeza pública (fls. 136/147).

A Fazenda Pública requer a reforma da sentença no tocante à declaração da prescrição do débito relativo ao exercício de 1995, que entende não ter ocorrido (fls. 172/175).

Contra-razões às fls. 149/169 e 179/182.

Recurso da segunda apelante.

Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

De acordo com a doutrina, pedido juridicamente possível é aquele que consiste numa pretensão que, em abstrato, seja tutelada pelo direito objetivo, isto é, admitida a providência jurisdicional solicitada pelo autor. Vem a ser a admissão, em tese, pela ordem jurídica, de uma pretensão. Se a ordem jurídica permite explícita ou implicitamente que se faça ou se deixe de fazer algo, está admitindo a possibilidade de acatar as pretensões correspondentes. (GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1981, 1° v., p. 75-6; MONIZ DE ARAGÃO, Egas, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2° v., p. 511.)

A alegação da executada de que o imóvel objeto da dívida foi destinado à desapropriação, não fazendo parte do zoneamento urbano, se acatada, implicaria a improcedência do pedido inicial. Porém, não se constitui pedido juridicamente impossível de ser acatado pelo Poder Judiciário, motivo pelo qual não procede a argüição.

Rejeito a preliminar.

No mérito, alega a embargante estar isenta da cobrança do IPTU, por ter o imóvel por ela adquirido, objeto da presente execução fiscal, sido declarado de utilidade pública para fins de desapropriação em seu favor.

Sem razão a apelante neste particular.

O artigo 8° da Lei Municipal nº 5.839/90, assim dispõe: "*Ficam isentos de imposto predial e territorial urbano - IPTU - os imóveis declarados de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social, para fins de desapropriação pelo Município, Estado ou União, enquanto pendente essa condição*".

Conclui-se daí que referida isenção se dá em favor do Município, Estado ou União, e não em relação a outras pessoas jurídicas. Sendo a executada uma sociedade de economia mista, que explora atividade econômica (transporte ferroviário), não faz jus ao benefício legal, sujeitando-se, nos termos do art. 173 da CF/88, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias. Em suma, tendo a CBTU - entidade da Administração indireta - procedido à desapropriação (conforme escritura de desapropriação, fl. 11-v.), não pode ser beneficiada com a isenção.

No que se refere à cobrança da taxa de limpeza pública, tenho que razão assiste à apelante. Embora reconhecendo a polêmica que ainda gira em torno do tema, tenho que referida taxa vem sendo cobrada de forma abusiva e ilegal, na medida em que não individualiza o serviço prestado, sendo cobrada somente do proprietário,

possuidor ou detentor de imóvel urbano, penalizando-o, quando a limpeza urbana beneficia indistintamente todos aqueles que transitam nas vias públicas.

Com efeito, sendo o fato gerador da taxa "*o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição*", não se encontram presentes, no caso, os requisitos de especificidade e da divisibilidade (CF, art. 145, II, e CTN, arts. 77 e 79).

O serviço de limpeza pública tem caráter genérico e não divisível ou específico, prestado à coletividade, como um todo, sem benefício direto para determinado imóvel ou contribuinte. Não pode servir como fato gerador de taxa.

O custo do serviço comum de limpeza pública é despesa geral, a ser custeada com arrecadação de impostos, como adverte RUY NOGUEIRA, *in Rev. da Faculdade de Direito da USP* LXXVI/278, aplicando o mesmo raciocínio para a inconstitucionalidade e ilegalidade da taxa de iluminação pública. Os egrégios STF e STJ têm decidido pela inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança de taxa de limpeza pública (RE 204.827-5-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* de 25.02.97; REsp 81.637-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* de 12.08.96, *RSTJ*, 88/90).

Em suma, o serviço de limpeza pública, por ter caráter genérico e indivisível, prestando-se a toda a coletividade, não contém os requisitos da divisibilidade e da especificidade, desservindo, portanto, para fim de fato gerador de taxa.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, apenas para excluir da execução a taxa de limpeza pública, por sua evidente ilegalidade.

Em face do provimento parcial dado ao recurso, passará a segunda apelante a arcar com 60% das custas processuais, reduzidos os honorários advocatícios para 10% do valor dado à causa.

Recurso da terceira apelante.

A Fazenda Pública Estadual, em seu recurso, requer a reforma da sentença no tocante à declaração da prescrição do débito relativo ao exercício de 1995, que entende não ter ocorrido.

O Código Tributário Nacional, no artigo 174, estabelece que a ação para cobrança de crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Não procede a alegação da Fazenda Pública no que se refere à ocorrência da suspensão do prazo prescricional, na forma do art. 2°, § 3°, da Lei n° 6.830/80, considerando-se que a matéria é regulada pelo Código Tributário Nacional, tratando-se de norma complementar à Constituição, que não permite alteração por lei ordinária.

Destaco precedente do STJ, no REsp 12.443-0-RN, Rel. Min. Peçanha Martins:

"*Tributário. Executivo fiscal. Prescrição. Lei n° 6.830/80, art. 2°, § 3°. Inaplicabilidade. - Corretíssimo o julgado que reconheceu a prescrição de crédito tributário, pelo decurso de mais de cinco (5) cinco anos entre a data da notificação ao devedor e o ajuizamento do processo de execução, na inteligência do art. 174 do Código Tributário Nacional, que é lei complementar. O regramento constante do § 3° do art. 2° da Lei n° 6.830/80 é inaplicável, por contrariar disposições da mencionada lei complementar, além de refugir ao conteúdo próprio do diploma legal em que foi inserido*" (*RSTJ*, 56/171).

Verifica-se nos autos que a execução fiscal foi ajuizada em 02 de fevereiro de 2000, quando transcorridos mais de cinco anos relativamente ao exercício de 1995. Ao contrário do que alega a Fazenda Pública, o lançamento do IPTU, como sabido, ocorre no início do exercício relativo ao tributo, ou seja, sempre em janeiro. Portanto, evidente a ocorrência da prescrição.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela terceira apelante.

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

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA REMESSA. REJEITARAM PRELIMINAR QUANTO AO SEGUNDO APELO. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO TERCEIRO APELO.

-:::-

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUCESSÃO DE EMPRESAS - RECONHECIMENTO - COMPROVAÇÃO - PROVA INDICIÁRIA - ADMISSIBILIDADE - REMOÇÃO DE BENS - APLICAÇÃO DO ART. 620 DO CPC

- A sucessão empresarial não precisa sempre ser formalizada. Admite-se a sua presunção a partir de prova indiciária convincente.

- Encontrando-se a agravante no mesmo ramo da empresa executada, no mesmo local, em prédio alugado tanto por uma quanto pela outra empresa, tendo como sócio-gerente-administrador o filho do sócio coobrigado na execução fiscal, deve-se admitir a sucessão empresarial e conseqüente transferência da responsabilidade tributária.

- O art. 620 do CPC determina a realização do processo de execução pelo modo menos gravoso para o devedor, o que ocorrerá não se procedendo à remoção, deixando os bens a serem penhorados em depósito com um dos sócios-gerentes-administradores da empresa agravante.

AGRAVO Nº 276.664-0/00 (em conexão com o Agravo nº 285.976-7/00) - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Responsabilidade tributária - Sucessão - Prova da aquisição do fundo de comércio ou do estabelecimento comercial da executada - Desnecessidade - Prova indiciária - Admissibilidade - Remoção de bens - Aplicação do art. 620 do CPC. - A sucessão não precisa sempre ser formalizada. Admite-se a sua presunção a partir de prova indiciária convincente. Encontrando-se a agravante no mesmo ramo da empresa executada, Malas Boa Viagem, no mesmo local, em prédio alugado tanto por uma quanto pela outra empresa, tendo como sócio-gerente-administrador o filho do sócio coobrigado na execução fiscal, deve-se admitir a sucessão empresarial e conseqüente transferência da responsabilidade tributária. O art. 620 do CPC determina a realização do processo de execução pelo modo menos gravoso para o devedor, o que ocorrerá não se procedendo à remoção, deixando os bens a serem penhorados em depósito com um dos sócios-gerentes administradores da empresa-agravante.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de setembro de 2002. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela agravada, o Dr. Paulo Ricardo de Sousa.

Proferiu sustentação oral, pela agravante, o Dr. Marcos Chaves Viana.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Em face das decisões de fl. 60 (1º instrumento) e 91 (2º instrumento), que deferiram a inclusão da agravante no pólo passivo da relação processual em execução fiscal, como sucessora tributária da empresa Malas Boa Viagem Ltda., com base no art. 133 do CTN, bem como a penhora e remoção de bens integrantes de seu ativo, Cartier Comercial Ltda. interpôs os recursos de agravo acima mencionados, objetivando a reforma, sustentando, em síntese, "*que a sua inclusão no pólo passivo da execução fiscal é ilegal, porque a responsabilização estabelecida no art. 133 do CTN se dá com a aquisição de fundo de comércio ou do estabelecimento comercial da empresa-executada e não há qualquer prova ou indício de que tenha feito as referidas aquisições de fundo de comércio ou do estabelecimento comercial da executada Malas Boa Viagem Ltda.; que o imóvel onde se encontra estabelecida não pertencia e nem pertence à executada Malas Boa Viagem Ltda., trata-se de imóvel alugado de pessoa totalmente distinta; que adquiriu o seu estoque inicial de mercadorias de fornecedores; que a empresa Malas Boa Viagem Ltda. não encerrou suas atividades, conforme documento expedido pela JUCEMG, não havendo, portanto, fundo de comércio a ser adquirido; que não houve qualquer ato de impedimento da realização da penhora e a remoção de bens de seu ativo; decretado de imediato o fechamento de seu estabelecimento, criando uma verdadeira crise social, envolvendo a vida de 27 famílias de seus empregados*".

Em abono dos argumentos mencionados, consigna a agravante doutrina do imortal Aliomar Baleeiro e jurisprudências várias.

Ao primeiro agravo negou-se o requerido efeito suspensivo, ao segundo concedeu-se a suspensão para evitar a remoção de bens integrantes do ativo da agravante.

A agravada, Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, apresentou as contraminutas de fls. 176/181 (1º instrumento) e 103/106 (2º instrumento), pugnando, evidentemente, pelo improvimento dos recursos.

A MMª. Juíza *a quo* prestou as informações de fls. 196/197 (1º instrumento) e 110/111 (2º instrumento), notadamente, sobre a manutenção das decisões agravadas.

Processamentos regulares.

É o relatório.

Sem razão a agravante.

É bem verdade que, para a configuração de vínculo entre a empresa executada e a empresa incluída na relação processual da execução, como sucessora e obrigada ou responsável pela a obrigação tributária-exeqüenda, há a necessidade de prova do vínculo entre as empresas como vendedora e adquirente do fundo de comércio ou mesmo do estabelecimento comercial, a teor do art. 133 do CTN.

Esta prova, *in casu*, existe pela presunção, legalmente admitida no ordenamento jurídico nacional.

O Código Civil Brasileiro, editado em 1915 e em vigor ou vigência desde 1916, ao disciplinar os "atos jurídicos", cuidou de disciplinar também a "prova dos mesmos". Assim, o art.136 desse código estabelece os meios que podem ser utilizados para prova dos atos jurídicos que não dependem de forma especial, elencando entre os mais variados a "*presunção*".

Em consonância com este dispositivo legal, vem a calhar a doutrina edificada no campo tributário:

"*A sucessão não precisa sempre ser formalizada, admitindo a jurisprudência a sua presunção desde que existentes indícios e provas convincentes (matéria de fato, caso a caso). Assim sendo, se alguém ou mesmo uma empresa adquire de outra os bens do ativo fixo e o estoque de mercadorias e continua a explorar o negócio, ainda que com outra razão social, presume-se que houve aquisição de fundo de comércio, configurando-se a sucessão e a transferência da responsabilidade tributária*" (*in Comentários ao Código Tributário Nacional*, obra coletiva coordenada por CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, Editora Forense, 3ª ed., p. 315).

Por igual, a doutrina processual civil atribui importância da presunção relativa na função probatória e que não pode deixar de ser observada em julgamentos, mormente naqueles deste jaez, em que se busca no processo de execução a verdade real, objetivo maior de todo o processo.

O eminente magistrado e jurista mineiro ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS a respeito expõe com a mestria de sempre:

"*A presunção relativa tem, realmente, importância na função probatória, mas não funciona propriamente como prova, e sim como conclusão de julgamento, em razão de prova. Se o pagamento, por exemplo, é tido por fato extintivo do direito do autor, ao réu compete prová-lo. No entanto, há dispositivo legal em que, comprovado o pagamento de determinada prestação, presumem-se pagas as anteriores, o que vem não a provar o pagamento, mas a inverter o ônus probatório, com relação ao que se reclama. É caso típico de presunção.*

O indício é fato comprovado, do qual se extrai, por dedução, o que se quer provar. (Omissis...)

A prova colhida por indícios é considerada indireta, no sentido de que o fato final não é comprovado diretamente, mas, assim como na presunção relativa, a prova indiciária, chamada, aliás, de presunção de fato ou praesumptio hominis, *posto que admita prova contrária, acaba simplesmente por provocar a inversão do ônus da prova, mas com particularidades diversas em um caso e outro*" (*in Sistema Probatório do Processo Civil Brasileiro*, Separata, Revista Forense, v. 355, p. 56).

Estas lições e citações encaixam-se na espécie *sub decisio* como luvas para os dedos das mãos.

A agravante se encontra no mesmo ramo de comércio da empresa executada, Malas Boa Viagem Ltda., no mesmo local, em prédio alugado tanto por uma quanto pela outra empresa, tendo como sócio-gerente-administrador o Sr. Jonas Marques Ferreira Júnior, filho do Sr. Jonas Marques Ferreira, coobrigado na execução fiscal movida em face da mencionada Malas Boa Viagem.

É lógico, racional e jurídico, por presunção legalmente admitida como meio probatório, que a sucessão de empresas se encontra devidamente comprovada pelos indícios eloqüentes, acima e imediatamente citados.

Não é de se perder de vista que a situação de fato, que no momento se apresenta no seio do processo executório fiscal, é de uma paulatina ou vagarosa transferência dos negócios de uma empresa (a executada) para a outra (a agravante), justamente para furtar-se às obrigações fiscais contraídas por aquela.

O direito processual brasileiro, necessário à melhor resolução das lides, não pode representar óbice a uma justa e completa pacificação da sociedade que dela também faz parte: a pessoa jurídica de direito público, o Estado; até mesmo porque o Estado, não arrecadando os tributos que lhe são devidos, não tem como atender às políticas sociais, estabelecendo para a sociedade o caos ou a crise não desejada por todos.

A jurisprudência mais recente deste Tribunal também vem-se firmando pela responsabilidade fiscal em decorrência da sucessão empresarial:

"*Agravo de instrumento - Direito tributário - Execução fiscal - Extinção do processo sem o julgamento do mérito - Preliminar afastada - Sucessão de empresas - Reconhecimento - Comprovação. - Presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e adequado ao tipo de procedimento escolhido pela parte, não há falar em extinção do processo sem o julgamento do mérito. Comprovado nos autos que uma empresa transferiu para outra do mesmo grupo familiar todo o capital social, continuando a explorar o negócio no mesmo endereço, ainda que com outra razão social, deve ser admitida a sucessão empresarial e a transferência da responsabilidade tributária. Afastadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso*" (Ag. nº 208.335-0/00, Comarca de Belo Horizonte-MG., agte.: Roma Estética Beleza Ltda., agda.: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, Relator Des. Kildare Carvalho).

Finalmente, não se vislumbra na espécie a necessidade imperiosa de se removerem, de pronto, os bens a serem penhorados, mormente por serem integrantes do patrimônio ativo da agravante e não havendo a menor possibilidade de serem dissipados, dada a responsabilidade até mesmo criminal da pessoa do depositário judicial nomeado.

Realmente, o art. 620 do CPC determina a realização do processo de execução pelo modo menos gravoso para o devedor. Este modo, induvidosamente, só ocorrerá deixando os bens a serem penhorados em mãos e depósito com um dos sócios-gerentes-administradores da empresa-agravante, até mesmo porque o processo de execução não se encontra na fase propriamente dita de alienação judicial dos bens a serem constritados.

Com estas razões, *nega-se provimento ao primeiro agravo, dando-se provimento ao segundo* para o fim exclusivo de se evitar, momentaneamente, a remoção dos bens a serem penhorados.

Custas do primeiro recurso, a cargo da agravante.

Custas do segundo recurso, a cargo da agravada.

O Sr. Des. Edivaldo George - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, as palavras proferidas da tribuna pelo ilustre advogado, bem como a leitura do brilhante voto do ilustre Relator, ao qual nada tenho a acrescentar e com que estou de inteiro acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - SERVIDOR TEMPORÁRIO - POSSIBILIDADE - CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE APOSENTADORIA

- Cabível a aposentadoria por invalidez de servidores contratados em regime temporário, desde que as patologias sejam devidamente atestadas por laudo pericial.

- Havendo lacuna legislativa acerca da aposentaria por invalidez de servidor temporário, devem-se aplicar ao mesmo os dispositivos legais relativos ao servidor ocupante de cargo efetivo.

- Inadmissível a cobrança de contribuição para custeio de aposentadorias, sem que ao contribuinte seja facultado o alcance de tal benefício.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 277.058-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: Cabível a aposentadoria por invalidez de servidoras contratadas em regime temporário, desde que as patologias sejam devidamente atestadas por laudo pericial médico. - Não se permite cobrar contribuição para custeio de aposentadorias, sem que ao contribuinte seja facultado o alcance de tal benefício.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e

das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2002. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, eis que presentes os pressupostos indispensáveis às suas admissibilidades.

Cuida-se de ação ordinária movida por servidoras convocadas em regime temporário pelo Estado de Minas Gerais, as quais visam seja o mesmo compelido a lhes conceder aposentadoria por invalidez, eis que alegam ser portadoras de moléstias incapacitantes para o labor.

O pleito foi julgado procedente pelo douto Julgador de primeira instância, o qual entendeu, com base no exame da prova pericial produzida, que as mesmas são portadoras das patologias alegadas e que, mesmo não sendo funcionárias concursadas, fazem jus à aposentadoria por invalidez.

Há que ser analisada, *prima facie*, se há a possibilidade de servidores na condição das autoras auferirem o benefício da aposentadoria por invalidez, eis que foram contratadas temporariamente, sem concurso, com base na necessidade de serviço.

As autoras foram contratadas com base no permissivo contido no artigo 122 da Lei Estadual nº 7.109/77:

"*Art. 122. A convocação é o chamamento de pessoa pertencente ou não ao Quadro do Magistério para assumir a regência de turma ou aulas, ou exercer função de especialista de educação*".

A mesma modalidade de contratação foi contemplada na Carta Política Mineira, que, em seu artigo 22, estabelece:

"*Art. 22. A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*".

Essa modalidade de contratação nada mais é que um subterfúgio utilizado pelo Estado de Minas Gerais para subtrair-se à obrigação de cumprir com os encargos trabalhistas ou estatutários, decorrentes da formalização de contratos de trabalho. Com isso, aos servidores sujeitos a tal regime são negados direitos básicos, como, por exemplo, a aposentadoria voluntária, ao argumento de que não há norma legal que defina o rol dos seus direitos.

Ainda hoje existem pessoas prestando serviços ao Estado, contratados nesse regime, como é o caso das autoras, *verbi gratia*. Contudo, não se pode negar que essas pessoas prestam a mesma espécie de serviços que os servidores ocupantes de cargos efetivos.

Perdurando essa situação por incontáveis anos, como é o caso versado nos presentes autos, a precariedade da contratação não pode perpetuar-se. Por isso, é preciso analisar cada caso, a fim de que não se apegue a formalismos e a nomes técnicos que são dados com o único intuito de inviabilizar a fruição do direito pelo trabalhador.

A alegação de que não existe lei estadual estabelecendo os direitos de tais servidores convocados, ou por designação, a exemplo do que ocorreu no plano federal, com o advento da Lei nº 8.647/93, não pode e não deve servir de obstáculo ao juiz para deferir o pedido, o qual deve invocar o preceito contido na Lei de Introdução ao Código Civil, que, em seu artigo 4º, determina:

"*Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*".

Fixe-se, desde já, que, havendo lacuna legislativa acerca da aposentadoria por invalidez do servidor temporário, devem-se aplicar ao mesmo os dispositivos legais relativos ao servidor ocupante de cargo efetivo.

A Constituição do Estado de Minas Gerais, no seu artigo 287, preceitua:

"*Art. 287. A servidor submetido ao regime de convocação, não ocupante de cargo efetivo, é assegurado o disposto no art. 36, I e II*".

A seu turno, o art. 36, inciso I, da Carta Mineira, dispõe:

"*Art. 36. O servidor público será aposentado:*

I - por invalidez permanente, com proventos integrais, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais, nos demais casos;".

A Lei Estadual nº 869/52 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado de Minas Gerais) já dispunha, nos seus artigos 108 a 112, sobre a aposentadoria por invalidez dos servidores temporários:

"*Art. 108. O funcionário, ocupante de cargo de provimento efetivo, será aposentado:*

(...)

c) quando verificada a sua invalidez para o serviço público;

(...)

e) quando acometido de tuberculose ativa, alienação mental, *neoplasia maligna, cegueira,* cardiopatia descompensada, *lepra, leucemia, pênfigo foliáceo ou paralisia, que o invalide para o serviço público.*

(...)

§ 5º. A aposentadoria, a que se referem as letras c, d e e *somente será concedida quando for verificado não estar o funcionário com condições de reassumir o exercício do cargo depois de haver gozado licença para tratamento de saúde, pelo prazo máximo admitido neste Estatuto.*

Art. 109. A aposentadoria depenaente de inspeção médica só será decretada depois de verificada a impossibilidade de readaptação do funcionário.

Art. 110. Os proventos da aposentadoria serão integrais:

I - se o funcionário contar 30 anos de efetivo exercício;

II - quando ocuparem as hipóteses das alíneas c, d *e* e *do art. 108, e parágrafo 8º do mesmo artigo;*

III - proporcional ao tempo de serviço na razão de tantos avos por ano quantos os anos necessários de permanência no serviço, nos casos previstos nos parágrafos 6º e 7º do art. 108;

IV - proporcional ao tempo de serviço na razão de um trinta avos por ano, sobre o vencimento ou remuneração de atividade, nos demais casos.

Art. 112. O funcionário interino não poderá ser aposentado, exceto no caso previsto no art. 108, alíneas d *e* e" (grifei).

Essa lei foi modificada pela Lei Complementar nº 44/66, estando a alínea *e* do citado art. 108 vigorando com a inclusão das seguintes patologias: hanseníase, Aids, nefropatia grave, esclerose múltipla, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, mal de Paget, hepatopatia grave, entre outras.

Ademais, a legislação mineira, consubstanciada nas Leis nºs 1.195/54, 1.587/57, 2.803/63 e 7.286/78, instituiu contribuição previdenciária para todos os servidores, indistintamente. Por sua vez, a Lei nº 12.278/96 impôs a todos os servidores a contribuição para custeio parcial das suas aposentadorias.

É importante citar o conceito e as espécies de aposentadorias contempladas pelo Direito Pátrio, a fim de que não paire qualquer dúvida a respeito, nos termos da sempre indispensável lição da Mestra MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

"*Aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, assegurando ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo e de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição. Daí as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária*" (*in Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 14ª ed., São Paulo - 2002, p. 465).

Especificamente quanto aos servidores temporários contratados antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/98 (Reforma da Previdência), como as autoras, a autora supracitada ensina:

"*Além disso, os servidores que foram admitidos, a qualquer título, antes da Emenda Constitucional nº 20 (ressalvados os celetistas, que já eram vinculados ao regime previdenciário geral), tinham sua aposentadoria regida pelos dispositivos constitucionais relativos aos servidores públicos*" (obra citada, p. 468).

O artigo 40, inciso I, da Constituição Federal, estabelece, com clareza solar, os casos em que o servidor se aposentará por invalidez:

"*Art. 40. O servidor será aposentado:*

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;".

Conjugando-se os dispositivos legais supracitados e a lição doutrinária acima, vê-se que deve ser estendida aos servidores temporários a aposentadoria por invalidez.

Saliento que o próprio Estado de Minas Gerais, em ações cujas sentenças foram reexaminadas neste Tribunal, onde se objetivava a aposentadoria voluntária de servidores por designação, sempre afirmou que tais servidores não têm direito a tal modalidade de aposentação, mas tão-somente à por invalidez. Ora, beira a má-fé afirmar uma coisa em vários processos e negá-la noutro, atendendo apenas a circunstâncias momentâneas.

Ademais, se as autoras contribuíram para o custeio das aposentadorias, conforme provam os docs. de fls. 13 e 79, dos autos, é óbvio que às mesmas deve ser concedida a devida contraprestação, no caso a aposentadoria por invalidez, sem entrar no mérito de seu direito à aposentadoria voluntária.

A alegação do Estado de Minas Gerais de que deve ser obedecida a regra orçamentária da contrapartida atuarial para o deferimento de benefícios ao servidor, como a aposentadoria, não pode prosperar, eis que se baseou na Emenda Constitucional nº 20/98, a qual é posterior ao pleito das autoras e à própria aquisição de seus direitos. Ademais, como dito acima, as mesmas também contribuíram para o custeio de aposentadorias de servidores estaduais.

Também não merece acatamento a alegação do Estado de que é parte ilegítima passiva, dizendo que o legitimado seria o Ipsemg. Como se depreende dos olerites colacionados às fls. 13 e 79, o responsável pelo pagamento e pelos descontos neles efetuados, inclusive aquele pertinente ao custeio da aposentadoria, é o Estado, à exceção da contribuição previdenciária, que faz expressa menção ao Ipsemg.

Para concluir, vê-se que é perfeitamente possível a aposentadoria do servidor temporário, ou convocado, ou, ainda, por designação. O colendo

STJ já teve oportunidade de se manifestar acerca do tema:

"*ROMS. Servidor público ocupante de cargo em comissão. Aposentadoria compulsória. Idade. Omissão legislativa. Artigo 4º, LICC. - 1. Nos termos do artigo 40, § 2º, da Constituição da República, 'a lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários'. - 2. Por força de norma constitucional, a aposentadoria dos servidores ocupantes de cargo em comissão, assim considerados aqueles de ocupação transitória, será regulada por lei ordinária. - 3. A aposentação dos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão tem seu estatuto legal na própria Constituição da República, não se lhes aplicando as disposições contidas no artigo 186, incisos I, II e III, da Lei 8.112/90. (...) - 5. Em inexistindo no plano local qualquer norma que regule especificamente o regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão, assim como aconteceu no plano federal, com a edição da Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993, tem incidência o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil,* verbis: *'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. - 6. Diante da omissão legislativa no âmbito do Distrito Federal e considerando-se que servidor público é gênero do qual faz parte o ocupante do cargo em comissão (RMS nº 10.423/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves,* in DJ *de 30.10.2000), aplicam-se ao servidor as disposições contidas na Lei nº 8.112/90, recepcionada pela Lei Distrital nº 211/91, impondo-se a aposentação compulsória aos setenta anos de idade. - 7. Recurso provido*" (STJ - 6ª Turma; ROMS nº 11.722/DF; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; v.u.; *DJ* de 29.10.2001).

Também este egrégio Tribunal, decidindo sobre a matéria, assim se pronunciou:

"*Ementa: Ação ordinária - Ocupantes de cargos ou empregos temporários - Art. 40, § 2º, da CF, c/c art. 287, 36, incisos I e II, da Constituição Estadual. - Aos ocupantes de cargos ou empregos temporários é assegurada a aposentadoria por invalidez, ou compulsória aos 70 anos, na forma da lei*" (TJMG - 4ª Câmara Cível; Apelação Cível nº 157.173-6; Rel. Des. Corrêa de Marins; v.u.; *DJ* de 28.12.99).

Neste aspecto, a r. sentença monocrática não está a merecer qualquer reparo.

Passando à análise da prova pericial contida nos presentes autos, a fim de se averiguar a existência de moléstia incapacitante que autorize o deferimento da aposentadoria por invalidez às autoras, vejo que novamente decidiu com acerto o Julgador singular, eis que a primeira autora foi considerada inapta para as funções que exijam esforço físico, que é exatamente a atividade que a mesma desempenhava, eis que era professora de Educação Física.

Da mesma forma, a segunda requerente, Maria Áurea, foi declarada inapta para sua atividade. Por fim, no caso da terceira autora, Nair, apesar das contradições nos laudos médicos, conforme apontamento do r. Julgador *a quo*, sopesando-se tais documentos, é inevitável a conclusão de que a mesma é portadora de moléstia psíquica e de tenossinovite, antiga LER e atual DORT.

Merece prevalecer a afirmativa do douto Julgador singular de que, se as autoras foram declaradas incapazes para as atividades para as quais sempre foram contratadas, inclusive por médicos do próprio Estado e em mais de uma oportunidade, não se pode falar em desvio de função, até porque elas não são servidoras ocupantes de cargo efetivo.

Por fim, a aposentadoria por invalidez não é mais algo definitivo, podendo ser revista e cassada, desde que se prove que o servidor nesta condição de aposentado retomou sua plena capacidade laborativa, conforme reiterado entendimento Pretoriano, inclusive da própria Justiça Especializada do Trabalho:

"*Ementa: Aposentadoria por invalidez - Dissolução do contrato de trabalho. - A partir da Lei 3.807/60, a aposentadoria provisória deixou de ter caráter definitivo, após cinco anos de sua concessão, e passou a ser de natureza provisória, sempre, qualquer que seja ou tenha sido sua duração. Em conseqüência, seu efeito é, exclusivamente, suspensivo e não resolutivo do contrato de trabalho. Decisão: A Turma, à unanimidade, conheceu do recurso; no mérito, por maioria de votos, negou-lhe provimento, mantendo a sentença, vencidos os Exmos. Juízes Relator e Ana Maria Valério Riccio, quanto ao fundamento*". (TRT - 3ª Região; Processo: RO - 15.576/95; Data de Publicação: 30.03.1996; Órgão Julgador: Quarta Turma; Juiz Relator: Exma. Juíza Deoclecia Amorelli Dias; Juiz Revisor: Exmo. Juiz Maurício Pinheiro de Assis.)

No tocante ao servidor público estadual, outra não é a conclusão a que se chega a partir da leitura do artigo 37 da Constituição Mineira, que dispõe:

"*Art. 37. O servidor público que retornar à atividade após cessação dos motivos que causaram sua aposentadoria por invalidez terá direito, para todos os fins, salvo para o de promoção, à contagem do tempo relativo ao período de afastamento*".

Deixo de me manifestar acerca da estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT, eis que sobre tal questão não houve pronunciamento sentencial de primeiro grau, o que não foi atacado pelas autoras, via de recurso próprio.

Conforme remansosa jurisprudência, os juros de mora pelo atraso, em casos como o em apreço, em que se trata de verba alimentar, devem ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês.

Com tais considerações, entendo não estar a r. sentença de primeira instância a merecer qualquer reparo, inclusive no tocante a honorários advocatícios sucumbenciais.

Ante todo o acima exposto, no reexame necessário, *confirmo* integralmente a r. sentença monocrática, restando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

DIREITOS HEREDITÁRIOS - CESSÃO - CESSIONÁRIOS CONDÔMINOS - PREEMPÇÃO - ART. 1.139 DO CÓDIGO CIVIL

- Embora seja aplicável o art. 1.139 do Código Civil quando se trata de cessão de direitos hereditários, sendo os cessionários condôminos, não há que se falar em direito de preferência, a não ser que seja demonstrada qualquer circunstância constante do parágrafo único do mesmo artigo. É que a finalidade do instituto não é outra senão evitar o ingresso de estranhos no condomínio, o que não ocorrerá quando um dos próprios condôminos figurar como cessionário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 278.003-9/00 - Comarca de Mesquita - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Cessão de direitos hereditários - Preempção - Artigo 1.139 do Código Civil - Cessionários condôminos. - Muito embora seja aplicável o artigo 1.139 do Código Civil quando se trata de cessão de direitos hereditários, sendo os cessionários condôminos, não há que se falar em direito de preferência, a não ser que seja demonstrada qualquer circunstância constante do parágrafo único do mesmo artigo. É que a finalidade do instituto não é outra senão evitar o ingresso de estranhos no condomínio, o que não ocorrerá quando um dos próprios condôminos figurar como cessionário.

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, 12 de setembro de 2002. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sr^a. Des^a. Maria Elza - Trata-se de ação proposta por José Geraldo Venâncio Barbosa em face de Márcio José Barbosa e outros, em que pretende ver reconhecido o direito de preferência para aquisição de terras integrantes de quinhões hereditários.

Proferida a sentença às fls. 126/129, o ilustre Magistrado de primeiro grau rejeitou as preliminares aduzidas em contestação e, no mérito, julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que não se aplica o artigo 1.139, do Código Civil à cessão de direitos hereditários, além do que o adquirente não é pessoa estranha em relação ao espólio, e sim herdeiro da *de cujus*.

Inconformado, o autor interpõe recurso de apelação (fls. 133/144), noticiando acerca de inúmeras demandas existentes e relativas aos direitos hereditários em tela, dizendo ainda que várias têm sido as providências tomadas pelos apelados no sentido de prejudicá-lo. Faz levantamento histórico dos fatos a que se reporta, invoca a proteção especial que deve ser dispensada à criança e ao adolescente e, por fim, pede que seja provido seu recurso e que lhe seja assegurado o direito de preferência.

Pelos apelados, foram oferecidas as contra-razões de fls. 149/154, pedindo que seja negado provimento ao apelo e mantido, por conseguinte, o entendimento jurídico adotado na sentença.

É o relatório. Passa-se a decidir.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos para a sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Em verdade, o que o apelante alega e entende como sendo motivação para o apelo aviado consiste, em sua maioria, em informações desprovidas de qualquer prova nos autos, e não se podem considerar suficientes para tanto nem mesmo os documentos trazidos a destempo, porque, exatamente por este motivo, não podem ser apreciados e também não trazem nada de novo à demanda.

Tal como bem acentuado pelo ilustre Sentenciante, trata-se, infelizmente, de uma disputa patrimonial acirrada, envolvendo pessoas de uma mesma família, o que vem gerando discórdia e embates judiciais tais como o presente.

Contudo, a discussão ora posta deve limitar-se ao reconhecimento ou não de direito de preferência a ser exercido pelo apelante.

Como se vê, trata-se de terras que compõem uma universalidade de bens deixados por falecimento de Maria Rosa dos Santos (fl. 12), e tanto os cedentes quanto os cessionários dos direitos são herdeiros.

A melhor interpretação do disposto no artigo 1.139, do Código Civil, que trata do direito de preferência, conduz ao entendimento de que o mesmo

se aplica em casos de cessão de direitos hereditários. É que estes, por sua própria natureza, enquanto não ultimada a partilha, compõem uma universalidade indivisível; e, portanto, deve incidir a regra citada. Este entendimento, apesar de controverso, foi firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos da ementa a seguir transcrita, senão veja-se:

"*Direito civil. Cessão de direitos hereditários. Direito de prelação. Aplicabilidade do disposto no art. 1.139, CC. Precedentes (REsp 4.180-SP e 9.934-SP). recurso provido.*

- I - Os co-herdeiros, antes de ultimada a partilha, exercem com propriedade sobre os bens que integram o acervo hereditário pro indiviso, *sendo exigível, daquele que pretenda ceder ou alhear seu(s) quinhão(ões), conferir aos demais oportunidade para o exercício de preferência na aquisição, nos moldes do que preceitua o art. 1.139, CC.*

- II - Tal exigência é de inafastável aplicabilidade a todos os casos de cessão de direitos hereditários, de alienação de fração ou cota ideal da herança indivisa, não se havendo que excepcionar situações casuísticas (como, por exemplo, a de serem divisíveis os bens que a integrem), tendo em vista as vicissitudes próprias do processo de inventário, que podem conduzir a imprevisíveis perplexidades e inconvenientes.

- III - Em que pese a controvérsia existente no tema, merece ser prestigiado o entendimento segundo o qual a venda e a cessão de direitos hereditários, em se tratando de bem indivisível, se subordinam à regra do art. 1.139 do Código Civil, que reclama seja dada preferência ao condômino co-herdeiro.

- IV - Em linha de princípio, a orientação legal é no sentido de evitar o ingresso de estranho no condomínio, preservando-o de futuros litígios e inconvenientes.

- V - A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade" (STJ, 4ª Turma, REsp nº 50.226/BA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 19.9.1994).

"*Civil. Cessão de direitos hereditários. Art. 1.139 do CC. - O direito de prelação é aplicável nos casos de cessão de direitos hereditários*" (STJ, 3ª Turma, REsp nº 33.176/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, *DJ* de 27.11.1995).

Muito embora seja admitida a incidência do artigo 1.139 do Código Civil, quando se trata de cessão de direitos hereditários, há que se atentar que o objetivo do instituto não é outro senão evitar o ingresso de estranhos no condomínio. E, como se depreende dos autos, os cessionários também são condôminos, ou seja, não são pessoas estranhas ao condomínio já existente.

Em todo caso, o fato de se tratar de pessoa menor de idade não confere,

por si só, ao apelante o direito de preempção. Apenas se tivesse sido comprovada qualquer circunstância prevista no parágrafo único do já mencionado artigo 1.139 do Código Civil, é que se poderia reconhecer o direito pleiteado, o que não se logrou êxito.

As demais argumentações expendidas na peça recursal sequer foram objeto de discussão, e muito menos de prova, em fases anteriores do processo, não guardam relação com a demanda e, por tal motivo, não devem nem mesmo ser apreciadas.

Diante de tais considerações, portanto, observando-se o princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inc. IX, da Constituição Brasileira), e com respaldo no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), além da legislação referida neste voto, nega-se provimento ao recurso.

Condena-se o apelante a arcar com as despesas recursais, isentando-o, porém, do pagamento, por litigar amparado pelo benefício da justiça gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/50.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DENÚNCIA ESPONTÂNEA - CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ - PARCELAMENTO DA DÍVIDA - LEI Nº 6.830/80, ART. 3º - CTN, ARTS. 138 E 204

- No direito tributário, há nítida inversão do ônus da prova, pelo que, embora a alegação seja feita pela Fazenda Pública, cabe ao contribuinte o dever de afastar a presunção de certeza e liquidez da dívida ativa regularmente inscrita.

- A simples confissão da dívida, acompanhada do pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea. Esta pressupõe o pagamento do tributo devido, com juros de mora, devendo ser apresentada antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração cometida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 278.384-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Tributário - Denúncia espontânea - Certidão de dívida ativa - Presunção de certeza e liquidez - Parcelamento da dívida - Lei nº 6.830/80, art. 3º - CTN, artigos 138 e 204. - O simples parcelamento da dívida não configura denúncia espontânea, e sim mera confissão da dívida, não fazendo jus ao benefício da espontaneidade aquele contribuinte que não comprova terem sido cumpridos os requisitos necessários para a configuração da denúncia espontânea.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2002. - *Pedro Henriques* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de recurso de apelação (fls. 68/76-TJ), interposto pela Cooperativa dos Produtores Rurais de Itambacuri Ltda., em face da r. sentença de fls. 65/67-TJ, que, em ação ordinária, julgou improcedente o pedido exordial dessa Cooperativa, proposto contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

Na inicial (fls. 02/09-TJ), a autora aduziu, em síntese, a ilegalidade da aplicação da multa de 20% sobre débitos provenientes de denúncia espontânea, que tivera como objetivo o parcelamento do recolhimento de ICMS, razão pela qual requereu a sua devolução.

Adotando o relatório da decisão objurgada, acresce-se que o douto Magistrado *a quo* pontificou, naquela oportunidade, que não teria ocorrido no caso a denunciação espontânea, mas mera confissão de dívida, não assistindo assim à autora o direito de isenção da multa e dos juros moratórios.

Inconformada, a apelante pleiteou a reforma da r. sentença guerreada, sustentando, para tanto, que, como o art. 138 do CTN não faria menção ao parcelamento, poderia o contribuinte quitar o débito integral ou dividi-lo, aproveitando-se, ainda assim, do instituto da denúncia espontânea.

Ademais, alegou que o art. 161 do CTN seria regra geral que possibilitaria a aplicação de penalidades aos contribuintes inadimplentes, havendo, porém, uma exceção a essa regra, prevista por aquele art. 138 do mesmo diploma legal.

Contra-razões apresentadas às fls. 79/83-TJ, a apelada requereu a manutenção da r. sentença recorrida, afirmando que no caso em tela não teria realmente ocorrido a denúncia espontânea, mas apenas o parcelamento do débito em 60 prestações.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 88/89-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 90-TJ).

A Lei de Execução Fiscal - Lei nº 6.830/80 - em seu artigo 3º dispõe que "*a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez*". Bem como o art. 204 do Código Tributário Nacional estabelece que a dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez e tem efeito de prova pré-constituída. Na obra *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada,* tem-se que:

"*A certeza a que se refere o art. 3º da LEF diz respeito à inexistência de dúvida razoável quanto à legalidade do ato ou fato que deu origem à obrigação posta na CDA, que é título executivo extrajudicial, segundo a definição do art. 585, VI, do CPC.*

A liquidez diz respeito ao montante exigido, que deve ser claro e definido, podendo o juiz a quem for apresentada a petição inicial de cobrança determinar a substituição do título". (*Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*: Lei 6.830/80, de 22.09.1980: doutrina, prática, jurisprudência/Maury Ângelo Bottesini *et al.*, (Revista dos Tribunais, 3ª ed., p. 81).

Há de se ver que, em ambos dispositivos legais existe, nos respectivos parágrafos únicos, a possibilidade de ser ilidida a referida presunção desde que apresentada prova inequívoca de necessário reconhecimento judicial.

Por assim dizer, temos que, no direito tributário, há nítida inversão de ônus da prova, uma vez que, embora a alegação seja feita pela Fazenda Pública, cabe ao contribuinte o dever de afastar a presunção de certeza e liquidez.

Noutro giro, dispõe o art. 138 do Código Tributário Nacional:

"*A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.*

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração".

O dispositivo normativo supramencionado apresenta-se como um estímulo para que o contribuinte se regularize, incentivando a denunciar a sua própria infração. Ressalta-se que, para tanto, esta "espontaneidade" se encerra com o início de qualquer procedimento administrativo fiscalizatório.

Nesse sentido, a denúncia espontânea reveste-se de requisitos necessários para seu deferimento e, assim, caracterização.

Na verdade, o que se vê dos autos, é a confissão de dívida, sem o condão de isentar o contribuinte da multa respectiva. A apelante unicamente comprovou nos autos o parcelamento da dívida e não há existência de denúncia espontânea. Pelo que nos elucidam os julgados:

"*A denúncia espontânea, prevista no art. 138 do CTN, não se confunde com a simples confissão da dívida, ou parcelamento do débito, posto que pressupõe o pagamento do tributo devido, com juros de mora, devendo ser apresentada antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração cometida...*" (TFR, AC 73.712/SP - Rel. Min. Geraldo Sobral, 5ª Turma, Decisão de 14.09.83 - *in Jurisp.* v. 4.606-01, p. 15 - *DJ* de 06.10.83).

"*A denúncia espontânea, capaz de excluir a responsabilidade por infração da legislação tributária, é apenas aquela feita antes de qualquer procedimento administrativo, e o pedido de parcelamento não substitui o pagamento a que se refere o art. 138 do CTN...*" (TRF, 5ª Região, MAS 94.05.4202/CTN, Rel. Juiz Hugo Machado, 1ª Turma, decisão de 24.05.94, *DJ* de 12.08.94, p. 43.495).

Este egrégio Tribunal de Justiça vem decidindo maciçamente neste sentido:

"*Embargos à execução - Notificação no processo administrativo - Crédito tributário não contencioso - CDA - Liquidez e certeza - Juros de mora - Taxa Selic - Multa de revalidação. - Em se tratando de crédito tributário não contencioso e não pago pelo contribuinte, torna-se dispensável a notificação prévia para a sua inscrição e cobrança em processo de execução. Estando revestido de liquidez e certeza o título exeqüendo, apto se encontra para embasar ação executiva. Os juros de mora, calculados com base na taxa Selic, bem como a multa de revalidação, têm amparo em lei, sendo, portanto, devidas suas exigências*".

"*Tributário - Embargos à execução - Denúncia espontânea - Pagamento - Confissão - parcelamento do débito - Multa moratória - Admissibilidade. - A responsabilidade só é excluída pela denúncia espontânea da infração quando acompanhada do pagamento integral do tributo devido e dos juros de mora. A simples confissão da dívida, acompanhada do pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea*" (TJMG - Apel. Cível nº 187.321-5/00 - Rel. Des. José Brandão de Resende - publ. em 19.11.2000).

Pelo exposto, confirma-se a r. sentença, negando-se provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - PROMITENTE-COMPRADOR - INADIMPLÊNCIA - DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - AÇÃO REINTEGRATÓRIA DE POSSE CUMULADA COM RESCISÃO DE CONTRATO - OCUPAÇÃO ILEGÍTIMA - INEXISTÊNCIA DE COMPOSSE OU ATO PRATICADO PELO CASAL - PARTICIPAÇÃO DO CÔNJUGE - DISPENSABILIDADE - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

- Sendo a prova documental suficiente para formar o livre convencimento do juiz, não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

- Embora as ações possessórias sejam consideradas de natureza real, a participação do cônjuge nessas ações é dispensável, salvo nos casos de composse ou de ato praticado por ambos, nos termos do § 2° do art. 10 do CPC.

- Comprovada a inadimplência como causa determinadora da rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, torna-se ilegítima toda e qualquer ocupação do mesmo imóvel, consolidando-se a titularidade possessória da credora, a legitimá-la para o exercício da reintegratória, em face do esbulho.

APELAÇÃO CÍVEL N° 278.576-4/00 - Comarca de Janaúba - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Contrato de promessa de compra e venda - Inadimplência - Promitente-comprador - Descumprimento da cláusula contratual - Ação reintegratória de posse c/c rescisão de contrato - Ocupação ilegítima. - 1 - Comprovada a inadimplência como causa determinadora da rescisão contratual, torna-se ilegítima toda e qualquer ocupação do mesmo imóvel, consolidando-se a titularidade possessória da credora, a legitimá-la para o exercício da reintegratória, em face do esbulho. - 2 - Inocorrência de nulidade do processo por falta de participação do cônjuge, eis que não configurada hipótese legal para tal exigência. - 3 - Inocorrência de cerceamento de defesa, eis que configurada a hipótese do inciso I do art. 330 do CPC, justificadora do julgamento antecipado da lide.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2002. - *Pedro Henriques* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de apelação cível (fls. 64/67-TJ) contra r. sentença (fls. 60/62-TJ) que julgou procedente o pedido da ora apelada, em ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse, declarando a rescisão contratual bem como a sua reintegração na posse do imóvel objeto da inicial.

A apelada/autora aduziu na inicial (fls. 02/06-TJ) que houve descumprimento, por parte do apelante, de cláusula constante de contrato de promessa de compra e venda entre eles firmado (fls. 13/18-TJ), relativa ao adimplemento das prestações mensais, sendo que, conforme previsão expressa, tal fato implicaria rescisão da avença de pleno direito.

Alegou daí o apelante/réu (fls. 38/40-TJ), reconhecendo o débito, que tal descumprimento se deu devido à situação de desemprego em que se encontrava, mas, ainda assim, o referido imóvel deveria permanecer em sua posse, haja vista que 40% das prestações já haviam sido adimplidas (cento e sessenta, dentre trezentas e cinqüenta e duas ajustadas), conforme previsão da Lei de Alienação Fiduciária c/c Lei n° 8.078/90 do CDC. Também contra a planilha de cálculos de juros da dívida apresentada às fls. 21/22-TJ insurgiu-se o apelante/réu, sob o argumento de que foram computados juros sobre juros.

Ademais, requereu lhe fossem reembolsados, em caso de procedência da ação, benfeitorias feitas no imóvel no valor aproximado de R$8.510,00 (oito mil, quinhentos e dez reais), bem como o repasse de parte do FGTS para ser debitada no valor das prestações. Foi pedida concessão de prazo para quitação da dívida e para produção de provas a serem levadas à audiência.

Sentença às fls. 60/62-TJ, a d. Magistrada *a quo*, entendendo ser o caso de julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, inciso I) ressaltou que, não obstante declarado que se pretendia quitar a dívida, o apelante/réu não comprovou que o teria feito, como também deixara de trazer aos autos prova de que houve repasse de FGTS. Quanto às benfeitorias, afirma que sua realização prescindia de autorização expressa da apelada/autora conforme dispõe o contrato, o que lhe retira agora o direito de indenização.

Inconformado, o apelante/réu recorreu do v. *decisum* (fls. 64/67-TJ) sustentando em preliminar a nulidade do processo por não ter sido citado seu cônjuge, invocando para isso o art. 10 do CPC. No mérito sustentou a ilegalidade, segundo a Lei n° 8.078/90, da perda da parte paga em favor do alienante quando da aquisição de bens duráveis, à prestação. Asseverou também que a d. Juíza não lhe conferiu

oportunidade para purga da mora, nem para produção de provas requeridas na contestação, afirmando para tanto cerceamento de defesa.

Contra-razões às fls. 72/77-TJ, a apelada/autora rechaçou todas as alegações constantes do recurso, pleiteando a confirmação do r. *decisum*.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 82/83-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 84-TJ).

Relatório circunstanciado já se encontra nos autos.

Analisando a questão objurgada nesta instância recursal, verifica-se o acerto da i. Magistrada de primeiro grau.

Inicialmente, cabe examinar a preliminar de nulidade do processo, sendo que sem razão o apelante, uma vez que o próprio art. 10, § 2°, do CPC abre exceção para a obrigatoriedade da participação do cônjuge em ações deste tipo.

Assim é que o art. 10 do CPC estabelece que:

"*O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários*".

E, se é certo que a ação possessória hoje é considerada ação de natureza real, menos certo não é também que o § 2° do referido art. 10 não deixa de criar uma exceção, ao dispor ali que, "*nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composse ou de ato por ambos praticado*".

Está na lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"*Embora as ações possessórias devam ser classificadas como ações reais (art. 95), o Código, em regra, não exige, para elas, o litisconsórcio necessário entre os cônjuges. A participação dos dois cônjuges nas possessórias sobre imóveis somente é considerada como indispensável 'nos casos de composse ou de ato por ambos praticados (§ 2° do art. 10, com a redação da Lei n° 8.952, de 13.12.94). Isto quer dizer que, ativamente, o possuidor, mesmo casado, pode propor ação possessória sem a participação obrigatória do cônjuge, se entre ambos não estiver praticamente configurada a composse. Da mesma forma, do lado passivo, o esbulhador ou turbador pode ser demandado pessoalmente, sem a presença do cônjuge, se o ato ofensivo à posse do autor tiver sido praticado isoladamente, sem concurso de seu consorte'*". (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, 1999, v. I, 26ª edição, n° 71, p. 81.)

No mesmo sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"*O parágrafo supra, introduzido pela Lei n° 8.952, de 13.12.94, resolve a controvérsia em torno da necessidade ou não de intervenção do outro cônjuge nas ações possessórias, tornando-a dispensável, 'salvo nos casos de composse ou de atos por ambos praticados'*" (*RSTJ*, 74/229).

Ressalta-se que o apelante figurou como único promitente-comprador no contrato de promessa de compra e venda (fl. 17-TJ), tendo assinado sozinho o referido instrumento (fl. 18-TJ).

Aliás, conforme fl. 25-v.-TJ, foi certificado pelo Sr. Oficial de Justiça que "*(...) deixei de notificar s/m Lucimar do Rosário Ferreira Rocha Faria, porque a mesma não reside mais neste local separou-se do Sr. Valdemar, e mudou para outra Comarca, segundo informação do próprio Valdemar. (...)*", o que é mais um empecilho à obrigatoriedade da participação do cônjuge do apelante no feito já que não tinha a posse do bem.

Acresce-se também o fato de que regularmente citado (fl. 35-v.-TJ), o apelante nada mencionou em sua contestação (fls. 38/40-TJ) sobre a ausência de citação de seu cônjuge (ou ex-cônjuge como chegou a afirmar à fl. 25-v.-TJ), sendo temerária sua argüição somente em grau de recurso (fls. 64/67-TJ).

Diante de tais elementos, *rejeita-se a preliminar.*

Quanto à argüição de cerceamento de defesa, inobstante tenha sido argüida meritoriamente, faz-se o seu exame em preliminar.

Portanto, analisando a natureza da discussão e o tipo de ação proposta, verifica-se que sem sentido a alegação de que o julgamento antecipado da lide teria prejudicado seus interesses e a prova que pretendia fazer.

Diz a jurisprudência anotada por ALEXANDRE DE PAULA, *in Código de Processo Civil Anotado*, RT, v. II. 1994, *verbis*:

"*Não há cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide quando a prova documental é suficiente a formar o livre convencimento do julgador. (Ac. unân. da 1ª T. do TJMS de 14.11.89, na Apel. 2.481/89, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay)*" (p. 1.370, nota 34).

No mesmo sentido:

"*A necessidade da produção de outras, além das já existentes nos autos, se submete à prudente discrição do juiz, impondo-se o julgamento antecipado da lide quando as provas requeridas pelas partes foram absolutamente irrelevantes para o pronunciamento do juízo decisório*" (ACV n° 39.999, de Itajaí, Rel. Des. Wilson Guarany - TJSC).

"*Se o juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento antecipado da lide e, no estado em que o processo se encontra, profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há que se falar em cerceamento de defesa, mercê da manifesta inutilidade ou do claro intuito procrastinatório da coleta de prova por cuja produção postulou o embargante*" (ACV n° 38.443, de

Gaspar, Rel. Des. Eládio Torret Rocha - TJSC).

"*Se o juiz, em face da pouca plausibilidade jurídica dos temas desenvolvidos na inicial, entende desnecessária a produção de provas outras afora as já existentes nos autos, pode e deve proferir julgamento antecipado, atendendo, assim, ao princípio da economia processual e tornando mais célere o procedimento. Tal proceder se justifica ainda mais se a perícia pretendida pela parte serviria apenas para esclarecer fatos já documentalmente comprovados, mostrando-se perfeitamente dispensável*" (ACV nº 96.008312-0, de Joinville, Rel. Des. Eder Graf - TJSC).

Na esteira, disse o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Processual civil. Cerceamento de defesa. Ausência de fato a provar. - Não há cerceamento de defesa quando, segundo os termos das peças postulacionais, não há fato a provar em audiência, impondo-se, pois, o julgamento antecipado da lide*" (REsp nº 21.2988-DF, Rel. Min. Dias Trindade, *DJU* nº 117, de 22.06.92, p. 9.759).

De fato, configurada estava a hipótese de julgamento antecipado (CPC, art. 330, inciso I), até mesmo pelo fato de ter reconhecido o débito (fl. 38-TJ), restando nesta instância a *rejeição da referida preliminar*.

No mérito, melhor sorte não socorre o apelante, senão vejamos.

Este eg. Tribunal de Justiça já vem firmando entendimento sobre ações deste tipo, pontificando os seguintes julgados:

"*Rescisão contratual - Cláusula penal válida - Perda dos valores já pagos ao promitente vendedor - Contrato anterior à vigência da Lei nº 8.078/90*" (TJMG - Proc. nº 229.524-4/00 - Rel. Des. Aluízio Quintão - 5ª CC - Publ. em 14.05.2002).

"*Contrato. Promessa de compra e venda. Cohab/MG. Inadimplemento do promitente-comprador. Cláusula contratual expressa a dispor a rescisão, de pleno direito, no caso de atraso no pagamento de três prestações mensais consecutivas. Recurso apelatório improvido*" (TJMG - Proc. nº 171.312-2/00 - Rel. Des. Isalino Lisbôa - 3ª CC - Publ. em 11.08.2000).

"*Ação reintegratória de posse c/c rescisão de contrato - Inadimplência - Promitentes-compradores - Ocupação ilegítima. - Comprovada a causa determinadora da rescisão contratual, torna-se ilegítima toda e qualquer ocupação do mesmo imóvel, consolidando-se a titularidade possessória da credora, a legitimá-la para o exercício da reintegratória, em face do esbulho*" (IJ nº 24 - Reg. 5328 TJMG - Proc. nº 151.769-7/00 - Rel. Des. Aloysio Nogueira - 3ª CC - Publ. em 28.09.2000)

"*Financiamento habitacional - Inadimplência - Notificação - Reintegração de posse. - Tendo havido prévia notificação e constituição em mora de devedor inadimplente no que se refere à obrigação, assumida em contrato de financiamento de moradia, de pagar as prestações de amortização da dívida pactuada, caracteriza-se esbulho possessório a justificar reintegração de posse e rescisão do contrato*" (TJMG - Proc. nº 228.472-7/00 - Rel. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - 1ª CC - Publ. em 13.11.2001).

"*Reintegração de posse e rescisão contratual - Inadimplência - Previsão de reversão de posse. - Jurídica a pretensão de reaver o imóvel, se o contrato de transferência de posse prevê a reversão em caso de inadimplência injustificável do comprador a caracterizar esbulho possessório*" (TJMG - Proc. nº 208.001-8/00 - Rel. Des. Abreu Leite - 2ªCC - Publ. em 11.10.2001).

"*Contrato de financiamento de imóvel. Falta de pagamento das prestações avençadas. Reintegração de posse e rescisão contratual. Ausência de justificação da inadimplência. Procedência do pedido. Manutenção da decisão*" (TJMG - Proc. nº 153.317-3/00 - Rel. Des. Pinheiro Lago - 2ªCC - Publ. em 30.06.2000).

"*Reintegração de posse - Promessa de compra e venda - Inadimplemento - Rescisão do contrato - Posse - Justo título - Inexistência - Esbulho. - O inadimplemento de contrato de promessa de compra e venda, que prevê este fato como causa de rescisão, faz com que o promitente-comprador, de posse do imóvel, perca o justo título, caracterizando o esbulho*" (TJMG - Proc. nº 164.811-2/00 - Rel. Des. José Antonino Baía Borges - 3ª CC - Publ. em 09.06.2000).

"*Rescisão de contrato - Reintegração de posse - Procedência - Débito confessado - Inexistência de acordo entre as partes. - Impõe-se a procedência do pedido de rescisão de contrato c/c reintegração de posse, tendo em vista a confissão do débito pelos devedores, bem como a ausência de acordo entre as partes*" (TJMG - Proc. nº 130.490-6/00 - Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - 4ª CC - Publ. em 21.03.2000).

No mesmo sentido: TJMG - Proc. nº 155.065-6/00 - Rel. Des. Aluízio Quintão - 5ªCC - Publ. em 17.03.2000; TJMG - Proc. 139.920-3/00 - Rel. Des. Pinheiro Lago - 2ªCC - Publ. em 14.03.2000; TJMG - Proc. nº 150.314-3/00 - Rel. Des. Sérgio Lellis Santiago - 2ªCC - Publ. em 14.03.2000; TJMG - Proc. nº 153.300-9/00 - Rel. Des. Fernandes Filho - 2ªCC - Publ. em 12.11.1999; TJMG - Proc. nº 154.153-1/00 - Rel. Des. Garcia Leão - 1ªCC - Publ. em 12.11.1999; TJMG - Proc. nº 134.432-4/00 - Rel. Des. Abreu Leite - 2ªCC - Publ. em 06.08.1999; TJMG - Proc. nº 155.700- 8/00 - Rel. Des. Antônio Hélio Silva - 1ªCC - Publ. em 03.08.1999.

Observa-se, assim, existirem, na espécie, aspectos circunstanciais que não autorizam a aplicação feita do Código de Defesa do Consumidor, que é posterior à data do contrato, que foi

celebrado em 1º.09.1984 (fls. 13/18-TJ), ao passo que a Lei nº 8.078 é de 11.09.1990.

Há que se evidenciar então respeito às situações jurídicas consolidadas, em nome do princípio da irretroatividade das leis.

E o contrato, lei entre as partes, prevê na décima primeira cláusula:

"*(...) Parágrafo primeiro. O atraso no pagamento de 3 (três) prestações mensais consecutivas acarretará a rescisão, de pleno direito, deste ajuste, independentemente de qualquer aviso ou notificação judicial ou extrajudicial, perdendo o Promitente Comprador todas as quantias que houver pago*" (fl. 15-TJ).

Também descabida a alegação de falta de oportunidade de purgação da mora, quando foi anexada aos presentes autos até notificação judicial a respeito (fls. 07/25-v.-TJ), sem qualquer pagamento por parte do apelante dos valores devidos.

Portanto, configurado o esbulho, com a permanência do apelante no imóvel, mesmo após o inadimplemento causador da rescisão contratual (*pacta sunt servanda*), correto foi o acolhimento da pretensão de primeiro grau.

Isto posto, *rejeitam-se as preliminares e nega-se provimento ao recurso voluntário.*

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

ALIMENTOS - REVISIONAL - AJUIZAMENTO DE NOVO PEDIDO - POSSIBILIDADE APENAS DIANTE DE OUTRA E NOVA CAUSA DE PEDIR - MESMOS FATOS ANTERIORMENTE AJUIZADOS - IMPOSSIBILIDADE

- Nova revisional de alimentos só é possível diante de outra e nova *causa petendi*, diversa daquela anteriormente ajuizada e julgada. E a causa de pedir se sustenta na transformação ocorrida no estado de fato antecedente. O pedido haverá de ter fato novo. Se os fatos são os mesmos, impossível o ajuizamento de nova revisional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 279.101-0/00 - Comarca de Mateus Leme - Relator: Des. LÚCIO URBANO

Ementa oficial: Revisional de alimentos - Ajuizamento de novo pedido - Possibilidade, se se cuidar de outra

e nova causa de pedir. - Se não assim, a coisa julgada impede a reapreciação dos mesmos fatos anteriormente examinados.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2002. - *Lúcio Urbano* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lúcio Urbano - Conheço da apelação.

É de rejeitar-se a preliminar de nulidade da sentença, por ofensa ao art. 458, II, do CPC. Não se cuida de sentença, mas de mera decisão. Ademais, a decisão colocou o fundamento pelo qual indeferia a inicial: os fatos articulados são os mesmos da revisional anterior, recentemente julgada.

A recorrente intentou ação revisional de alimentos, historiando que, em 10 de agosto de 2001, teve reduzida a verba alimentar, por sentença proferida em pedido revisional ajuizado pelo ora apelado (certidão de fls. 33), tendo recorrido, mas o apelo não subiu à apreciação da segunda instância.

Mais: diz que os alimentos arbitrados em um salário mínimo não lhe bastam para viver, pelos motivos cumpridamente postos na inicial.

Alega que intenta o pedido, porque a fixação de verba alimentar não transitada em julgado, não estando jungida, portanto, à sentença anterior.

O Juiz indeferiu a inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, dizendo que "*a pretensão da autora com a ação que ora é proposta não é outra senão a de reexaminar a questão já recentemente decidida por este mesmo Juízo. A extensa peça inaugural nada traz de novo além daquilo que fora alegado nos Autos nº 9.230/00, e nenhuma mudança ocorreu na fortuna de quem presta os alimentos ou na necessidade de quem os recebe*" (fls. 35).

De concluir-se que a situação fática não se alterou entre a sentença anterior e o momento de ingresso de nova revisional.

Nem tempo para isso houve. A sentença anterior data de 10.08.01, e o ajuizamento desta revisional é de 04.03.02.

Nenhuma dúvida de que a decisão proferida em revisional de alimentos pode ser modificada em razão de novo pedido (art. 15 da Lei nº 5.478/68).

Ao estudar o tema, coloca o festejado ADORADO FURTADO FABRÍCIO que a revisional constitui

outra demanda, fundada em *causa petendi*, diversa daquela anteriormente ajuizada e julgada.

Para a propositura da nova ação, supõe-se a invocação, como causa de pedir, de uma transformação ocorrida no estado de fato antecedente.

Mais: "*a ação de modificação claramente põe sob exame judicial, por hipótese, outra lide e propõe questões diversas das examinadas no processo anterior, a saber, as pertinentes às alterações intercorrentes verificadas na situação de fato.*

As sentenças proferidas em ações de alimentos, como quaisquer outras, referentes ou não a relações jurídicas continuativas, transitam em julgado e fazem coisa julgada material, ainda que - igualmente como quaisquer outras - possam ter a sua eficácia limitada no tempo, quando fatos supervenientes alterem os dados da equação jurídica nelas traduzida. O disposto no art. 15 da Lei 5.478/68, portanto, não pode ser tomado em sua literalidade. O dizer-se aí que a sentença não faz coisa julgada é, tão-somente, um esforço atécnico e mal-inspirado do legislador para pôr em destaque a admissibilidade de outras demandas entre as mesmas partes e pertinentes à mesma obrigação alimentar.

Por tratar-se de outras ações, em que a causa petendi, *sempre, e freqüentemente o* petitum *são radicalmente diversos dos seus correspondentes na ação anterior, nenhuma afronta ou restrição sobre o princípio da imutabilidade da coisa julgada. Esta perdura inalterada e soberana, embora uma nova sentença venha a examinar e acertar a configuração também nova que a relação jurídico-material tenha assumido. Só caberia falar-se de alteração do julgado, relativização do princípio da imutabilidade, substituição da sentença ou sua adaptação a fatos novos se fosse reapreciada e rejulgada a lide tal como se pusera anteriormente em Juízo, com os mesmos dados e configuração que apresentava quando do julgamento primitivo. Mas a lide é claramente diversa, seja que o alimentante postule minoração dos encargos (ou sua extinção ou até mesmo inversão), seja que o alimentário busque a majoração dos alimentos que antes obtivera, ou a concessão dos que lhe haviam sido denegados*" ("A Coisa Julgada nas Ações de Alimentos", *RF*, 313/12 e 13).

É de retirar-se da lição invocada que nova revisional só é possível diante de outra e nova *causa petendi*, diversa daquela anteriormente ajuizada e julgada. E a causa de pedir se sustenta na transformação ocorrida no estado de fato antecedente. Se os fatos são os mesmos, impossível o ajuizamento de nova revisional.

A decisão recorrida afirma que os fatos agora postos são os mesmos da anterior revisional, examinados e julgados.

Dizer que a ação de alimentos não transita em julgado jamais significa a repetição de demandas fundadas na mesma causa de pedir.

O pedido haverá de ter fato novo.

Nego provimento. Sem custas.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - FUGA DE PRESO - HOMICÍDIO POR ELE COMETIDO - INDENIZAÇÃO A DESCENDENTE DA VÍTIMA - SENTENÇA - ERRO MATERIAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA

- Os pequenos equívocos de nomes e outras imperfeições diminutas contidos na sentença não a nulificam, haja vista que constituem autênticos erros materiais não geradores de prejuízo.

- A vigilância dos bandidos e a manutenção dos mesmos sob sua custódia, de modo a proteger a sociedade em geral, constitui-se em dever do Estado, pelo que, se um fugitivo de uma penitenciária pública assassina outrem, surge para os descendentes da vítima o direito à indenização por danos de ordem material e moral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 279.136-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE

Ementa oficial: A vigilância dos bandidos e a manutenção dos mesmos sob sua custódia de modo a proteger a sociedade de um modo geral constitui-se em dever do Estado, pelo que, se um fugitivo de uma penitenciária pública assassina outrem, surge para os descendentes destes o direito à indenização por danos de ordem material e moral.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2002. - *Edivaldo George* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edivaldo George - Conheço do reexame necessário, assim como dos recursos voluntários apresentados, já que se fazem presentes os pressupostos próprios de suas admissibilidades.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais movida por L.R.C. e L.G.C., representados e assistidos por Antônia Maria Mota Pio em face do Estado de Minas Gerais, Elso Borges, José Dias Barbosa e Geraldo Idelfonso, a qual restou julgada procedente através da sentença de fls. 654/664, sendo os requeridos solidariamente condenados a pagarem aos autores, a título de dano moral, o valor de R$30.000,00 (trinta mil reais), sendo R$15.000,00 (quinze mil reais) para cada um, e ainda uma pensão mensal no valor correspondente a 01 (um) salário mínimo até a data em que os mesmos completarão 21 (vinte e um) anos de idade, devendo as parcelas vencidas ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ano mês. Constou, ainda, da condenação imposta aos réus, que os mesmos deverão pagar os honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Primeiramente, é de se registrar que os pequenos equívocos de nomes e outras imperfeições diminutas contidas na decisão primária não a nulificam, haja vista que constituem autênticos erros materiais não geradores de prejuízo algum a quem quer que seja.

Assim sendo, considerando que o direito brasileiro agasalhou, por inteiro, o princípio francês, segundo o qual não há nulidade sem que haja prejuízo, e, ainda, que a sentença singular atende, perfeitamente, aos requisitos elencados pelo digesto processual civil, penso que a mesma não deve ser anulada.

Ao que se infere da prova carreada aos autos, na ação criminal - processo nº 079.96.014.174-9 ficou comprovado que os réus Elso Borges, José Dias Barbosa e Geraldo Idelfonso, consciente e imotivadamente, concorreram para que o evento danoso relatado na exordial, qual seja, a morte do pai dos autores, Sr. Benito Gomes Campos, viesse a ocorrer tendo, cada um deles, concorrido de uma forma.

Assim, a teor do previsto no art. 159, CC, todos eles deverão responder pela reparação dos danos sofridos e suportados pelas vítimas, cujos valores serão objeto de apreciação posterior.

No que tange ao Estado de Minas Gerais, tendo em vista que um dos três outros requeridos é, comprovadamente, fugitivo da Justiça, tendo-se evadido da cadeia pública da Comarca de Ibirité/MG, penso que o mesmo também deve ser responsabilizado pelo infausto acontecido, na medida em que é seu dever vigiar os bandidos sob sua custódia, mantendo-os

privados de liberdade, de modo a garantir a incolumidade e a segurança plena da sociedade de um modo geral.

Neste sentido já decidiu este Tribunal de Justiça, em erudito voto proferido pelo i. Des. Bernardino Godinho:

"*Provado está que o assassino da mãe da autora era foragido da Penitenciária de Linhares, é inegável o nexo entre a violência por ele praticada e a falha objetiva do serviço carcerário, como causa de dano. A insuficiente vigilância de facínoras perigosos, como no caso, é falha objetiva do serviço público, atribuível aos respectivos agentes, donde a responsabilidade civil do Estado, tanto à luz da Constituição anterior, vigente à época da propositura, e cujo art. 107 estatuía que as pessoas jurídicas de direito público responderiam pelos danos que seus funcionários, nesta qualidade, causassem a terceiros, como na atual, art. 37, XXI, parágrafo 6º, de conteúdo idêntico. Reconhecido o nexo causal, a responsabilidade objetiva do Estado é mera conseqüência*" (Apel. Cível nº 87.551-2, *RT*, 692/145).

Ainda no mesmo norte o precedente relatado pelo eminente Des. Pinheiro Lago assim ementado:

"*Responsabilidade civil do Estado. Fuga de preso. Homicídio por ele cometido. Indenização a descendente da vítima. - A insuficiente vigilância de facínoras perigosos é falha objetiva do serviço público, atribuível aos seus agentes, resultando na responsabilidade do Estado pela indenização aos descendentes da vítima, que foi assassinada por foragido de penitenciária pública*" (Embargos Infringentes nº 121.687-8/01, Comarca de Belo Horizonte).

Adentrando à seara do valor da indenização por danos materiais, penso estar escorreita a sentença monocrática tanto no que se refere ao valor do pensionamento, quanto no que tange ao limite temporal do pensionamento.

Isso porque, não há nos autos prova concreta dos reais rendimentos auferidos em vida pelo finado Sr. Benito, e, assim, conforme remansosa jurisprudência a respeito, deve aquela ser fixada, em hipóteses tais, no valor correspondente a 01 (um) salário mínimo mensal, valor este que, necessariamente, todo e qualquer trabalhador deve receber.

A data final da obrigação fixada na sentença monocrática, por seu turno, também se mostra correta, na medida em que os autores, ao completarem a idade de 21 (vinte e um) anos, adquirirão a denominada maioridade civil, quando então passarão a ser responsáveis por si mesmos, daí por que não se justifica a extensão da data limite para aquela em que os suplicantes completarão 25 (vinte e cinco) anos de idade.

Por sua vez, o fundo de comércio que os autores alegam ter perdido, na verdade, jamais poderá integrar o valor da indenização, seja porque, como consta da proemial, os próprios autores informam que aquele foi vendido a um dos três primeiros requeridos, o que os torna credores daqueles em razão do negócio efetivado pelo finado Benito, e não pelo lastimável ocorrido; seja porque, em vero, tal parcela não foi sequer pleiteada na exordial, não podendo o Juiz, como cediço, dar ao autor mais do que foi pretendido na peça vestibular, pena de seu julgamento ser *ultra petita*.

Já o valor da indenização pelos danos morais, o qual foi arbitrado em 1ª instância em R$30.000,00 (trinta mil reais), sendo a metade para cada qual dos autores, tenho que, uma vez mais, foi de extrema felicidade o Sentenciante *a quo* ao assim proceder.

Esse valor, a meu ver, guarda perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu resultado danoso, bem assim com as condições socioeconômicas dos lesados e dos autores da ofensa, revelando-se, ademais disso, ajustado ao princípio da eqüidade e à orientação pretoriana segundo a qual "*a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado*" (cf. acórdão publicado na *RT*, 650, p. 63 a 67).

Vem a calhar o seguinte comentário de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"*Na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização (...) O Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, ao deixar ao juiz o poder de fixar a indenização, fazia-o acompanhar da recomendação de que seria 'moderadamente arbitrada' (art. 181). Em meu Projeto de Obrigações de 1965 mantive o mesmo princípio segundo o qual, no caso de dano simplesmente moral, o juiz arbitrará moderada e eqüitativamente a indenização...*" (*Responsabilidade Civil*, Forense, ed. 1992, 3ª ed., p. 316).

Portanto, que não se diga que a procedência da ação intentada é apenas parcial, eis que o pedido relativo à indenização por danos morais está sendo inteiramente acolhido, tal como formulado na proemial, apenas o seu valor é que não está sendo fixado na quantia pretendida pelos autores, o que não significa que os autores decaíram de parte do pedido se levarmos em conta que, como dito alhures, nestas hipóteses o valor da indenização deve ser deixado ao arbítrio do magistrado, que, atento a determinados princípios e parâmetros, melhor poderá arbitrá-lo.

Com essas considerações, em reexame necessário, hei por bem confirmar integralmente a bem-lançada sentença de fls. 654/664, ficando, portanto, prejudicados os apelos voluntários apresentados.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

APOSENTADORIA - SERVIDOR DO FORO EXTRAJUDICIAL - EQUIPARAÇÃO À DE ESCRIVÃO JUDICIAL, COM FULCRO NO DECRETO ESTADUAL Nº 21.204/81 - IMPOSSIBILIDADE

- O Decreto Estadual nº 21.204/81 cuida da contribuição previdenciária devida ao Ipsemg, a ser prestada pelos servidores não remunerados diretamente pelo Estado de Minas Gerais, não podendo servir de base para pedido de equiparação de proventos. Por seu turno, a Lei nº 11.660/94, em seu art. 32, não cuidou de estabelecer vínculo entre os proventos de aposentadoria adquiridos no Serviço de Registro Público Civil e os de escrivão judicial. Portanto, não há amparo legal para deferimento de equiparação dos respectivos proventos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 280.090-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ementa oficial: Servidor do foro extrajudicial - Equiparação ao escrivão do judicial (Decreto Estadual nº 21.204/81) - Impossibilidade. - A Lei 11.660/94, em seu artigo 32, alterando o disposto no artigo 99 da Lei 11.050/93, não cuidou de estabelecer qualquer vínculo entre os proventos de aposentadoria adquiridos no Serviço de Registro Público Civil e os de escrivão judicial, sendo indevida a revisão de proventos pretendida. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2002. - *Célio César Paduani* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Célio César Paduani - Cuidam os autos de recurso de apelação interposto por Walter Capobianco em face da r. sentença de fls. 65/68-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública Estadual, que, nos autos da ação ordinária revisional de aposentadoria por ele promovida em face do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, extinguindo o feito à luz do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Da decisão foram interpostos embargos declaratórios (fls. 69/76-TJ), os quais se viram rejeitados através da decisão de fl. 79-TJ.

Irresignado, da decisão recorre o autor através das razões expendidas às fls. 80/101-TJ, objetivando a reforma da decisão, trazendo os mesmos argumentos anteriormente expendidos, a fim de que seja o pedido julgado procedente, condenando-se o apelado a reajustar os proventos de aposentadoria do apelante ao nível de vencimentos equivalente ao cargo de Escrivão Judicial (Técnico de Apoio Judicial), observada a entrância da comarca, e ainda ao pagamento das diferenças de proventos devida desde a concessão da aposentadoria, de forma retroativa, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Alternativamente, se por hipótese não for este o entendimento deste Sodalício, pugna pela condenação do apelado ao reajuste de sua aposentadoria no nível de vencimentos do cargo de Oficial de Justiça, inclusive ao pagamento retroativo das diferenças vencidas.

O recurso viu-se contra-arrazoado através das razões contidas às fls. 107/111-TJ, batendo-se pelo acerto da decisão hostilizada.

Subiram os autos.

Dispensado de preparo.

Instada a manifestar-se no feito, a douta Procuradoria-Geral de Justiça eximiu-se de emitir parecer (fls. 119/122-TJ).

É a síntese do necessário.

Decido.

Conheço do recurso, atendidos os pressupostos e as condições de sua admissibilidade.

Pelo que se infere dos autos, o recorrente foi nomeado pelo Governador do Estado, em 23.09.1968, para exercer o cargo de Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Campestre, após lograr aprovação em concurso público, aposentando-se em 5 de janeiro de 1991, efetuado e

aprovado o levantamento administrativo do cálculo.

O Decreto Estadual nº 21.204, de 20.2.1981, ao estabelecer que os servidores da Justiça, não remunerados diretamente pelo Estado (como o oficial do registro civil e de imóveis), deveriam filiar-se obrigatoriamente ao Ipsemg, normatizando ainda que o estipêndio de contribuição daquele servidor deveria ser equivalente ao nível de vencimento do cargo de Escrivão Judicial (art. 3º, § 1º, I - fl. 22).

Esse, pois, é que haverá de ser o cargo ou função de referência, que deve servir de parâmetro para os proventos do autor, ora apelante.

Da análise dos elementos constantes dos autos, extrai-se que a decisão não está a merecer qualquer reparo, sendo certo que a pretensão do recorrente é que seja o Estado compelido a pagar-lhe o que efetivamente percebe um Escrivão Judicial, posto que a contribuição por ele recolhida era igual, quando se encontrava na ativa.

Contudo, é de se observar que o Decreto 21.204/81 apenas cuida da contribuição previdenciária devida ao Ipsemg, a ser prestada pelos servidores não remunerados diretamente pelo Estado de Minas Gerais, não possuindo correlação com o valor dos proventos.

Por outro lado, a Lei 11.660/94, em seu artigo 32, alterando o disposto no artigo 99 da Lei 11.050/93, não cuidou de estabelecer qualquer vínculo entre os proventos de aposentadoria adquiridos no Serviço de Registro Público Civil e os de Escrivão Judicial.

Eis o texto da lei:

"*Art. 32. Os proventos do servidor inativo do foro extrajudicial a que se refere o art. 99 da Lei 11.050, de 19 de janeiro de 1993, passam a ser reajustados de acordo com a base de cálculo constante do Anexo IX desta lei, acrescidos dos adicionais por tempo de serviço.*

§ 1º. A base de cálculo prevista no caput *deste artigo aplica-se aos proventos dos Oficiais de Registro Público de Imóveis, de Títulos e Documentos, de Protestos e de Registro Civil, bem como dos Tabeliães, de acordo com a respectiva entrância.*

§ 2º. Os proventos dos Escreventes Juramentados e dos Auxiliares de Cartório do Registro Público de Imóveis, de Títulos e de Documentos, de Protestos e de Registro Civil, bem como os de Tabelionatos, observado o disposto no parágrafo anterior, passam a ser, respectivamente, de 50% (cinqüenta por cento) e de 30% (trinta por cento) dos valores estabelecidos no Anexo IX desta Lei.

§ 3º. Fica garantida ao inativo de que trata este artigo a continuidade do recebimento do valor atual de seus proventos caso seja superior ao resultante do disposto nos parágrafos anteriores, sendo a diferença considerada

como vantagem pessoal, sobre ela incidindo os percentuais de reajuste geral de vencimentos concedido ao servidor civil do Poder Executivo".

Assim, inexiste o alegado direito de equiparação de vencimentos, mesmo porque, segundo a Lei vigente à época, de nº 3.344/65, a fixação do valor dos proventos do Oficial de Registro era o produto da média apurada nos ganhos do servidor durante os três últimos anos anteriores à aposentadoria.

Por outro lado, a contribuição destinava-se tão-somente para fins de assistência junto àquele Instituto, e não como formação de fundo para fixação dos proventos de aposentadoria.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

É o voto.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Peço vista.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO VOGAL, APÓS VOTAREM RELATOR E REVISOR NEGANDO PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Sérgio Lellis Santiago) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 25.11.2002 a pedido do Vogal, após votarem Relator e Revisor negando provimento.

Com a palavra o Des. José Domingues Ferreira Esteves.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Pedi vista dos presentes autos, para melhor elucidação da matéria, e, após a análise do processado, tenho que ao recurso é de se negar provimento, acompanhando o voto do eminente Relator e o do não menos eminente Revisor.

Verifica-se que a pretensão do autor/recorrente encontra fincas no disposto no art. 3º, *caput*, c/c § 1º e inc: I, do Decreto Estadual nº 21.204/81. Contudo, entendo que não se encontra o Estado de Minas Gerais, com base em tais ditames legais, obrigado a reajustar os valores percebidos pelo recorrente, equiparando-os à remuneração de Escrivão Judicial.

Para tanto, necessária seria a expressa disposição em lei, não só ao estipêndio de contribuição, mas também à igualdade dos proventos propriamente ditos, não tendo disso cuidado o legislador.

A equiparação dos estipêndios de contribuição não resulta obrigatoriamente na equiparação dos proventos, nada havendo na lei previdenciária que obrigue à segunda como conseqüência direta da primeira.

Ademais disso, a contribuição destinava-se tão-somente para fins de assistência junto àquele instituto, e não como formação de fundo para fixação dos proventos de aposentadoria, sendo certo que o Decreto 21.204/81 apenas cuida da contribuição previdenciária devida ao Ipsemg a ser prestada pelos servidores não remunerados diretamente pelo Estado de Minas Gerais, não possuindo correlação com o valor dos proventos.

Inexistente a previsão legal, não há como se acolher a pretensão do recorrente, razão pela qual acompanho o eminente Relator e nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - COMPANHEIRA - CONCUBINATO IMPURO - CONCUBINO CASADO, A CONVIVER COM A FAMÍLIA

- A lei não contempla o concubinato adulterino, isto é, aquele mantido concomitantemente com o casamento. Nesse caso, a concubina não faz jus à pensão previdenciária pela morte do amásio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 280.263-5/00 - Comarca de Oliveira - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Pensão previdenciária - Companheira - Relação concubinária impura - Concubino casado, a conviver com a família. - A lei não contempla o concubinato adulterino, isto é, aquele mantido concomitantemente com o casamento. Nesse caso, a concubina não faz jus à pensão previdenciária pela morte do amásio.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 15 de outubro de 2002. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Apela o Ipsemg de sentença que, acolhendo em parte os pedidos da autora, reconheceu a existência

de sociedade de fato entre esta e um segurado da autarquia e determinou que a ela fosse paga pensão previdenciária pela morte de seu companheiro, com efeito retroativo à data da citação do Instituto, condenado ainda em custas e honorários de 15% sobre a condenação.

Em seu arrazoado, sustenta o apelante que, não obstante tenha a recorrida convivido com o segurado, este nunca se desvinculou da família legal e regularmente constituída (esposa e filhos), como restou provado.

Vivia com a família, constituída na forma da lei civil, e também com a recorrida, numa relação concubinária adulterina, situação que, além de não merecer proteção legal, caracteriza o delito previsto no art. 240 do Código Penal.

Daí por que pleiteia a reforma da sentença, com o reconhecimento da improcedência do pedido inicial.

Na pior das hipóteses, pretende ter substancialmente reduzido o valor de sua condenação em honorários, não só porque também houve sucumbência da apelada, o que, por si só, implica distribuição proporcional dos encargos, mas também porque o percentual de 15% se lhe afigura exagerado.

A apelada respondeu ao recurso, invocando os seguintes dispositivos, que lhe parecem aplicáveis ao caso dos autos, em seu benefício: arts. 201, V, e 226, § 3°, da CF; art. 31, CEM; art. 8°, I, do Dec. n° 26.562/87; art. 7° da Lei 13.455/2000; art. 1° da Lei 9.278/96; Súmulas 122 e 159 do TFR. Reportou-se, ainda, à fundamentação da sentença, para pedir que fosse ela confirmada, inclusive na parte relativa aos honorários.

O Dr. Procurador de Justiça sustentou que, diante da prova produzida, que atestou a existência da sociedade de fato, deve ser concedida a pensão, uma vez que, "*não havendo prejuízo de terceiros, não há como se negar à companheira o direito de receber os benefícios previdenciários...*" (fl. 109).

Já, entretanto, quanto aos honorários advocatícios, entende que devem ser reduzidos para 10% do valor da condenação.

Observo, preliminarmente, que a sentença foi proferida contra o Ipsemg, autarquia estadual, circunstância diante da qual, independentemente da interposição do recurso de apelação, por parte do requerido, a causa deveria ter sido submetida ao reexame necessário, nos termos do art. 10 da Lei 9.469/97, que estendeu às autarquias e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, *caput* e II, do CPC.

Embora o douto Juiz monocrático não tenha observado o princípio do duplo grau de jurisdição, compete à Turma Julgadora proceder ao reexame necessário.

Não bastasse a própria confissão da autora, em sua petição inicial, a prova testemunhal é segura e uníssona, no sentido de que o segurado do Ipsemg, não

obstante tenha convivido com aquela, por longos anos, nunca deixou a esposa por longos anos, nunca deixou a esposa legítima, nem abdicou da família com esta constituída (moradia sob o mesmo teto, criação e educação de filhos).

A própria sentença, captando as informações da prova colhida, deixou registrado:

"*A despeito da pouquíssima ou nenhuma prova material, o conjunto testemunhal, idôneo e contra o qual nada foi alegado, é uníssono em apontar a união entre a autora e Vicente Ribeiro. Se é fato que ele manteve o casamento, parece claro, também, que manteve vida dupla, em termos matrimoniais...*" (fl. 75)

Mais adiante, o mesmo MM. Juiz observa:

"*A união entre Lázara e Vicente, ao que se colheu, existiu por muitos anos. Resta sem explicação o fato de que não tivessem mais filhos, quando Vicente os teve com a esposa...*" (fl. 76)

A relação entre Vicente e Lázara era, portanto, abertamente adulterina, ou de concubinato impuro, como se convencionou dizer.

Tal relação, entretanto, mesmo que duradoura, não caracteriza "*entidade familiar (...) contínua (...) com objetivo de constituição de família*", conforme previsto no art. 1° da Lei 9.278, de 10.5.1996, que veio regulamentar o § 3° do art. 226 da CF, o qual, por sua vez, estabelece que a lei deve facilitar a "*conversão em casamento*" da "*união estável*".

Do mesmo modo, a Lei 8.971, de 29/12/1994, que "*regula o direito de companheiros a alimentos e à sucessão*", prevê que a companheira esteja unida a "*homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo*" (art. 1°), deixando claro que a união estável só é possível entre pessoas juridicamente desimpedidas para o casamento.

Segundo a jurisprudência dominante, mesmo não formalizada legalmente a separação de um casal, mas existindo a separação de fato, ainda assim é possível o reconhecimento de união estável com outra pessoa, bem como o recebimento de pensão, até mesmo em concorrência com o cônjuge supérstite do segurado.

Entretanto, se não houve separação do casal, nem de direito nem de fato, não se pode cogitar de direito que se arroga a concubina à pensão pela morte de seu amásio, que nunca se separou de sua esposa legítima, que com ela sempre conviveu, com ela teve filhos e vida em comum, mesmo mantendo vida dupla e convivendo também com "*a outra*". Seria sancionar a bigamia simultânea, o que a sociedade brasileira ainda não aceita, apesar da enorme liberalização dos costumes e da decrescente importância que vem dando à instituição do casamento formal e tradicional.

Embora a situação não seja exatamente a mesma, mas, sendo válidos e aplicáveis à espécie sob exame os princípios legais invocados, peço vênia para transcrever parte do voto proferido pelo em. Des. Páris Peixoto Pena, quando do julgamento da Apelação n° 162.362-9, oriunda da Comarca de Três Corações:

"*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.)" (Destaques não originais.)

No caso dos autos, como visto, embora a autora fosse legalmente desimpedida, o mesmo não se poderia dizer de seu concubino, que não era separado, nem de direito, nem de fato, de sua legítima esposa, com quem convivia, com quem tivera filhos e os criara.

Inexistentes, portanto, as condições necessárias para a constituição de união estável com a autora, uma vez que não havia fidelidade e dedicação recíproca, nem objetivo de constituição de família.

Pelo exposto, com a devida vênia do ilustrado Juiz Sentenciante, em reexame necessário reformo a sentença e julgo totalmente improcedentes os pedidos formulados na inicial, impondo à autora os encargos sucumbenciais fixados pelo MM. Juiz de primeira instância, mas suspendendo-lhes a exigibilidade, enquanto ela fizer jus ao benefício da gratuidade judiciária.

Em conseqüência, julgo prejudicada a apelação da autarquia.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

IPTU - REMESSA DA GUIA DE RECOLHIMENTO PARA ENDEREÇO ERRADO - NÃO-RECEBIMENTO DE NOTIFICAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - FALTA DA PROVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 28 DO DECRETO MUNICIPAL Nº 10.106/99 - DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE MULTA POR ATRASO NO PAGAMENTO - IMPROCEDÊNCIA - DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CARACTERIZADA - LANÇAMENTO JÁ EFETUADO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE

- A inversão do ônus da prova, autorizada pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), não tem aplicação em casos nos quais incumba ao autor o ônus da prova de fato constitutivo do seu direito, apresentado como fundamento de sua pretensão.

- A teor do art. 28 do Decreto nº 10.106/99, do Município de Belo Horizonte, nos casos em que ocorra extravio ou remessa da guia de recolhimento do IPTU para endereço incorreto, cabem ao contribuinte as providências para a expedição de outra via da citada guia. Não pode pleitear não-incidência de multa por atraso de pagamento do imposto quem alega não ter recebido a tal guia, deixando de tomar as providências que a lei determina.

- Para efeito da obtenção do benefício previsto no art. 138 do Código Tributário Nacional, a denúncia espontânea não se caracteriza quando a iniciativa para pagamento do imposto só é tomada depois de já lançado o tributo pelo Fisco.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 280.843-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Ementa oficial: IPTU - Remessa da guia de recolhimento para endereço errado - Não-recebimento da notificação - Irrelevância - Falta da providência prevista no art. 28 do Decreto Municipal nº 10.106/99 a cargo do contribuinte - Tributo já lançado pelo Fisco - Denúncia espontânea não caracterizada - Improcedência do pedido de declaração de inexistência da multa decorrente do atraso no pagamento - Apelação improvida. - A falta do recebimento da notificação do IPTU em decorrência da remessa da respectiva guia de recolhimento para outro endereço que não o do contribuinte é irrelevante, para efeito da não-incidência da multa decorrente do atraso no pagamento, tendo-se em vista a previsão, pelo art. 28 do Decreto Municipal nº 10.106/99, da providência a cargo deste, a ser tomada nesse caso para impedir essa incidência. É de ter-se como não caracterizada a denúncia espontânea, para efeito da obtenção do benefício previsto no art. 138 do Código Tributário Nacional, quando a providência destinada ao pagamento do

imposto só é tomada pelo contribuinte depois de já anteriormente lançado o tributo pelo Fisco.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2002. - *Fernando Bráulio* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Conheço da apelação, recurso próprio, tempestivo, regularmente preparado.

Impõe-se o improvimento da apelação, para confirmar-se por seus fundamentos a sentença apelada.

Trata-se de ação ordinária proposta pelo apelante contra o Município de Belo Horizonte para obter a exclusão da multa incidente sobre IPTU do ano 2000 relativo a três imóveis de sua propriedade, pago com atraso, pelo fato de terem as guias de recolhimento, contendo a notificação para o pagamento, sido remetidas para outro endereço que não o seu, e por ter-se dado a denúncia espontânea que autoriza a relevação da penalidade, de conformidade com o disposto no art. 138 do Código Tributário Nacional.

Dois são, portanto, os fundamentos apresentados pelo apelante para a obtenção do acolhimento de sua pretensão:

1. A falta de sua notificação no endereço correto para efetuar o pagamento do imposto, pelo fato de terem as respectivas guias de recolhimento sido enviadas, sem justificativa, para outro endereço.

2. A denúncia espontânea, consistente no depósito da quantia devida, por sua iniciativa, capaz de justificar a não-incidência da multa, de conformidade com o art. 138 do Código Tributário Nacional.

O primeiro fundamento apresentado não merece acolhimento, pelos motivos constantes da sentença apelada.

O fato de ter o apelante o cuidado de pagar o IPTU de outros imóveis na data do vencimento para o pagamento com desconto, como demonstrado pelas cópias das guias quitadas apresentadas com a inicial, não constitui prova suficiente de que a falta de pagamento das mencionadas na inicial não se deu por sua culpa.

O apelante, ao qual incumbia, por força do disposto no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito consistente no envio das guias de recolhimento para endereço estranho, não comprovou, convincentemente, esse fato por ele alegado na inicial.

Pretende ele a obtenção da inversão do ônus da prova, ao argumentar que ao Fisco cabia comprovar a remessa das guias para o endereço correto e que ele não o fez.

Ocorre que a inversão do ônus da prova autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), como exceção à regra geral estabelecida pela já citada norma processual, não tem aplicação ao caso presente, em que incumbia ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito apresentado como fundamento de sua pretensão.

Ocorre, além disso, que, ainda que se admita o extravio ou a remessa da guia de recolhimento para outro endereço que não o do apelante, não tem ele direito à não-incidência da multa pelo atraso do pagamento, por existir norma legal expressa regulando essa matéria, consistente no art. 28 do Decreto Municipal nº 10.106/99, por força da qual cabia ao contribuinte que não a havia recebido tomar a providência dela constante, consistente na providência para a expedição de outra via para o recolhimento sem a multa.

Se o apelante não tomou essa providência prevista em lei, não recolhendo o imposto na data do vencimento ou não justificando o atraso, não pode exigir que seja relevada a multa daí decorrente.

Não procede, igualmente, o segundo fundamento apresentado pelo apelante, consistente na denúncia espontânea.

Como bem argumenta o apelado, em suas contra-razões de apelação, a alegada denúncia espontânea não se acha caracterizada porque não foi feita antes de a autoridade administrativa tomar conhecimento da infração e por não estar relacionada a fato desconhecido da administração tributária.

Quando o apelante resolveu pagar o IPTU, o lançamento do tributo já havia ocorrido.

Caracteriza-se a denúncia espontânea por elementos que identificam a integridade do fato gerador, e não pelo de trazer ao conhecimento do Fisco a mora, ou seja, de estar vencido o tributo e de não ter sido pago.

Dispõe o Código Tributário Nacional, em seu art. 138 e no respectivo parágrafo único:

"*A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração*".

Parágrafo único: "*Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração*".

No caso presente, o lançamento já havia sido feito, e as guias de recolhimento já se achavam à disposição

do contribuinte, que só não as recebeu, segundo a sua alegação, porque elas foram remetidas a outro endereço que não o seu. Podia ele, portanto, ter obtido uma segunda via, para o recolhimento do tributo sem a multa, valendo-se para isso do disposto no art. 28 do Decreto Municipal nº 10.106/99.

Feita a abstração, portanto, da diferença existente entre a multa moratória, de natureza indenizatória, e a multa de caráter punitivo, só ocorrente mediante prévio procedimento constitutivo, consistente, por exemplo, na lavratura do auto de infração, não há justificativa capaz de ensejar a concessão do benefício, da não-incidência da multa, previsto no art. 138 do CTN.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença apelada.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

AÇÃO DECLARATÓRIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO COM BASE NO ART. 20, § 4º, DO CPC

- Tratando-se de ação declaratória, os honorários de advogado devem ser fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC, considerando-se os mesmos critérios previstos nas alíneas do § 3º do mesmo artigo e código.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 281.027-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Ação declaratória - Honorários advocatícios - Valor fixado com base no artigo 20, § 4º, do CPC. - Tratando-se de ação declaratória, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no artigo 20, § 4º, do CPC, considerando-se os mesmos critérios previstos nas alíneas do § 3º deste mesmo artigo de lei. Provimento do recurso que se impõe.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2002. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Ascendem os autos do processo a este egrégio Tribunal de Justiça pela interposição de recurso de apelação contra a sentença de fls. 60/61, que julgou procedente o pedido formulado na inicial da "ação de exoneração de obrigação alimentícia" ajuizada por M.A.P. em face de L.M.H.

A ré apresentou recurso de apelação batendo-se pela reforma parcial da sentença monocrática, alegando "*que o percentual fixado a título de honorários advocatícios deve ser revisto, à luz do artigo 20, § 3º e suas alíneas, do CPC; que a sentença não fundamentou os motivos da fixação dos honorários no percentual de 20% sobre o valor da causa, contrariando as disposições dos artigos 458 do CPC e artigo 93, IX, da CF*".

O artigo 20, § 4º, do CPC, estabelece:

"*Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável,* naquelas em que não houver condenação *ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas* a, b *e* c *do parágrafo anterior*".

Considerando-se este dispositivo legal, resta patente que razão assiste à apelante. Tratando-se de ação declaratória, seara em que não há condenação, deve prevalecer a regra processual acima mencionada.

O eminente THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil,* 30ª ed., Ed. Saraiva, 1999, p. 124, art. 20:336), anota a jurisprudência:

"*As sentenças constitutivas e declaratórias não são sentenças de condenação: não se lhes aplica o § 3º, mas sim o § 4º do art. 20 (*RTJ, *76/937). Neste sentido, s/ ação declaratória: STF- 2ª Turma, Ag. 70.550-AgRg-SP, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 12.8.77,* DJU *26.8.77, p. 5.762; s/ ação de consignação em pagamento:* Lex-JTA, *139/306*".

Levando em conta que a comarca onde foram prestados os serviços advocatícios pelos patronos do autor é a mesma comarca em que estes exercem a profissão de advogados, o que não acarreta gastos com viagens etc; que a lide não se reveste de complexidade, que o trabalho desenvolvido pelos ilustres causídicos é de pequena monta e não demandou longo tempo, realmente, não se justifica a verba honorária advocatícia fixada na sentença hostilizada.

Além do mais, a lide em questão não denota se revestir de maior complexidade, capaz de justificar a fixação dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da causa.

Por isso, com fulcro no artigo 20, § 4º, do CPC, hei por bem dar provimento ao apelo para, em reformando parcialmente a sentença objurgada,

fixar a verba honorária advocatícia em R$500,00 (quinhentos reais).

Custas recursais, pelo apelado.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

USUCAPIÃO - BEM MÓVEL - VEÍCULO - SUSPEITA DE FURTO - LICENCIAMENTO NA REPARTIÇÃO DE TRÂNSITO - AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

- Provada a posse do bem móvel (veículo) há mais de cinco anos, o que é suficiente para usucapir, independentemente de justo título e boa-fé (art. 619 do Código Civil), e não havendo qualquer irregularidade administrativa no referido veículo, restando demonstrado que o carro furtado e que possui chassi regravado é outro, e não o do autor, é de se confirmar a sentença que julgou procedente a ação de usucapião de bem móvel (veículo automotor), para declarar o seu domínio em favor do demandante e determinar o licenciamento do mesmo na repartição de trânsito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 282.544-6/00 - Comarca de Passa-Tempo - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: Usucapião de bem móvel - Veículo - Suspeita de furto - Prova que afasta qualquer irregularidade administrativa no veículo do autor, restando demonstrado que o objeto do ilícito é que possuía chassi regravado - Pretensão acolhida - Sentença confirmada no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 05 de setembro de 2002. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de ação de usucapião de bem móvel (veículo automotor),

ajuizada pelo recorrido, ao argumento resumido de possuir como seu o veículo descrito na inicial, registrado em seu nome na repartição de trânsito há seis anos e, por ocasião de vistoria objetivando a substituição de placas para o sistema de sete dígitos, lhe foi informada pela autoridade a impossibilidade do licenciamento, por constar informação de que mencionado veículo fora objeto de furto no Estado do Paraná.

O Estado de Minas Gerais interveio no feito contestando a pretensão inicial, ao argumento de que o órgão de trânsito não pode ser compelido a efetuar o licenciamento de veículo com irregularidade e que a posse que o autor alega ter não se qualifica para a aquisição pelo usucapião, porque eivada do vício da ilicitude na sua origem.

Após novas manifestações das partes, requisições de informações e vistorias, o órgão do *Parquet* opina pela extinção do feito, sem apreciação de mérito, em razão da falta de interesse de agir do autor, que já detém a propriedade do bem registrado em seu nome, e que o licenciamento não pode ser deferido na via escolhida.

Sobreveio a r. sentença de fls. 113-115, acolhendo a súplica inicial para declarar o domínio do bem móvel em favor do apelado e determinando o licenciamento do mesmo na repartição de trânsito.

Irresignado, avia o Estado o apelo voluntário, sustentando a tese expendida na contestação, enfatizando a inocorrência da posse justa, em razão do ilícito que envolve o veículo, o que impede a regularização administrativa do mesmo.

Em artigos de contrariedade, o apelado defende o acerto da decisão hostilizada, pugnando por sua confirmação.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso, à míngua de interesse do recorrente, e, no mérito, pela extinção do processo.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se:

Preliminar. Conhecimento.

A sentença contém ordem mandamental contrária ao posicionamento defendido pelo Estado, preenchendo-se a hipótese do art. 475, II, do CPC, razão que me leva a, de ofício, proceder ao reexame necessário, diante da omissão de remessa oficial para esse fim.

Pela mesma razão, afasto a prefacial erigida pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, desde que manifesto o interesse do Estado em aviar o apelo voluntário.

Observo, inicialmente, que, no processamento do feito, foram observadas as exigências próprias da ação especial de usucapião de bens imóveis (arts. 941-945 do CPC), embora seja objeto da pretensão o reconhecimento de domínio de bem móvel (veículo)

para fins de regularização no órgão de trânsito, de rito ordinário, o que não invalida o processo, desde que *quod abundant non nocet*.

É inegável o interesse do recorrido, não tanto na declaração de domínio pelo usucapião - o veículo já se encontrava na sua posse e propriedade (que se adquire pela tradição, e não mediante registro no órgão de trânsito, pois não é bem imóvel) -, mas, de maneira especial, residindo no efeito condenatório da decisão, consistente na ordem de regularização do licenciamento, para o que se torna necessária a definição sobre a legitimidade do domínio.

É bem verdade que, diante da dificuldade administrativa, poderia o recorrido acionar diretamente o Estado, até mesmo em ação mandamental, como sugere o parecer ministerial, fls. 98, para obter seu intento, o que não inviabiliza, todavia, o pleito como trilhado, porque o que menos importa é o nome que se dá à ação, interessando, sim, o que se pede e por que (fundamentos) se pede.

Não se agasalha a argumentação do Estado no sentido de que o veículo que se encontra na posse do recorrido estaria irregular porque envolvido em ilícito penal (furto), desautorizando a posse *ad usucapionem*.

Ao contrário, a prova carreada aos autos demonstra que o veículo furtado no Estado do Paraná é bem outro, e não este que se encontra registrado em nome do apelado, de origem possessória e registral límpidas. Vejamos:

A montadora (Volkswagen) informa, fls. 103, que o produto identificado pelo chassi BJ 593668 é originalmente de cor branca.

O automóvel do apelado não possui o número do chassi regravado, mas original, e sua pintura, na cor branca, é também original, fls. 80 e 87, como atestam os vistoriadores do órgão de trânsito local.

De seu turno, a informação constante no Detran sobre o veículo furtado no Paraná, fls. 49, revela ter o mesmo o chassi regravado, e o documento de fls. 71 esclarece ser de cor "azul itaipu".

Conseqüentemente, era o veículo furtado que possuía irregularidade, impedindo o licenciamento, e não o do autor.

Soma-se a isso que só a posse do recorrido, de mais de cinco anos, é suficiente para usucapir, independentemente de justo título e boa-fé (art. 619 do CC), exagerando-se o lapso de tempo se somadas as de seus antecessores.

Em conclusão, a sentença deu desate acertado à lide.

Com essas considerações, em reexame necessário, confirmo a r. sentença de primeiro grau, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

A Sr^{a}. Des^{a}. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

APOSENTADORIA - REGENTE DE CLASSE - PROFESSOR - DIREITO ADQUIRIDO E PLEITEADO ANTES DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - FÉRIAS-PRÊMIO - CONTAGEM EM DOBRO NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR - PROVENTOS ATRASADOS - JUROS - CORREÇÃO MONETÁRIA

- A lei nova não modifica situação subjetiva constituída sob o império da lei anterior. Se à data da promulgação da EC nº 20/98, o autor detinha o direito de gozar ou contar em dobro o período de férias-prêmio e, se nessa mesma data, já havia requerido a aposentadoria, dispondo de tempo de serviço para aposentar-se com proventos integrais, a referida emenda constitucional não lhe pode suprimir tais direitos, porque entre os seus limites de eficácia, relativamente ao ordenamento jurídico precedente, incluem-se os direitos e garantias individuais, conforme previsão do art. 5º, XXXVI, que se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais inscritos no Título II da CF, no sentido de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

- Conforme reiteradamente afirmado pela doutrina mais autorizada e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a emenda constitucional não pode desrespeitar os direitos adquiridos.

- Nas prestações de natureza alimentar, como é o caso de pagamento de proventos em atraso, incidem os juros de mora, que devem ser contados a partir da citação válida, à razão de 0,5% ao mês; e a correção monetária, a partir da data em que cada provento deveria ser pago.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 282.609-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Aposentadoria - Regente de classe - Professora - Direito adquirido e pleiteado antes da promulgação da EC 20/98 - Férias-

prêmio - Contagem em dobro nos termos da legislação anterior à EC 20/98. - A lei nova não modifica situação subjetiva constituída sob o império da lei anterior. - Se a autora, à data da promulgação da EC 20/98, detinha o direito de gozar ou contar em dobro o período de licença-prêmio; e se nesta mesma data já havia requerido a aposentadoria, dispondo já de tempo de serviço para aposentar-se com proventos integrais, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, não lhe pode suprimir tais direitos, porque entre os seus limites de eficácia, relativamente ao ordenamento jurídico precedente, incluem-se os direitos e garantias individuais, conforme previsão do art. 5º, XXXVI, do rol dos "direitos e garantias fundamentais" inscritos no Título II da Lei Magna, no sentido de que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*". - A emenda constitucional, conforme reiteradamente afirmado pela doutrina mais autorizada e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não pode desrespeitar os direitos adquiridos. - Os juros de mora são devidos ao percentual de 0,5% a partir da citação.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Marilene Neiva Resende ajuizou ação ordinária contra o Estado de Minas Gerais, objetivando a declaração do seu direito à aposentadoria com proventos integrais e adicionais conseqüentes, "... *computando-se, para tanto, as férias-prêmio em dobro e o arredondamento*", além da condenação do réu ao pagamento de todo o período pelo qual trabalhou a mais.

Narra a autora, em síntese, que é professora estadual e ocupava o cargo de Regente, nível 03, área de educação física; que em 02.02.1998 implementou tempo de serviço para aposentar-se, pelo que se afastou preliminarmente das atividades que desenvolvia; que o réu, entretanto, considerou que não fazia jus à aposentadoria especial de 25 anos concedida aos professores, deferindo-lhe tão-somente a aposentadoria proporcional, por 27 anos de serviço prestado, "... *com o acréscimo de 09 meses e 23 dias, referente às férias-prêmio em dobro; e 182 dias de arredondamento*" (fls. 03). Em 30.09.98, o TCU emitiu parecer admitindo que as funções do profissional de educação física "... *enquadrado como regente de ensino são as mesmas daquele enquadrado como professor, razão pela qual deve ser reconhecido ao regente de ensino o direito à aposentadoria especial, tal e qual aos professores*" (fls. 03). Assim, o Estado refez a contagem do seu tempo de serviço, apurando tempo insuficiente à aposentadoria especial, determinando, por isso, seu retorno à ativa, em 25.11.98, decotando de seu salário o quinto provento que percebia, "... *passando a efetuar cortes em seus contra-cheques referentes aos valores que teria ela recebido, segundo o Estado, indevidamente*" (fls. 03). Decotou de seus vencimentos, ainda, o acréscimo de tempo referente às férias-prêmio em dobro e ao arredondamento.

Insurge-se contra tal atitude alegando que, para contagem de tempo da sua aposentadoria, deveriam ter sido considerados os benefícios do tempo ficto; que na data de seu afastamento possuía 11 meses de férias-prêmio a serem computados em dobro e, em 23 de outubro de 1988, antes, portanto, da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, faria jus à aposentadoria especial com proventos integrais, ressaltando que "... *o equívoco e a demora do réu em refazer a contagem de tempo da autora não poderá levá-la ao prejuízo de ter que se submeter às novas regras*" (fls. 05). Deferido o seu afastamento preliminar à aposentadoria em fevereiro de 1998, "... *o equívoco na contagem de tempo levaria a mesma a afastar-se em outubro de 1998; faltavam-lhe, portanto, menos de 10 meses para implementar o tempo; foi compelida a retornar às atividades em setembro de 1998, 07 meses após o seu afastamento preliminar, para cumprir o tempo restante que, por responsabilidade do réu, transformou-se em quatro anos*" (fls. 05). Alega que, em razão do princípio da razoabilidade, deve ser aposentada em conformidade com a legislação em vigor à época do afastamento, não podendo ser penalizada com o erro da Administração. Enfatiza que, em razão da demora no pronunciamento estatal, e com o advento da promulgação da Emenda 20/98, "... *terá que continuar em atividade o período equivalente àquele referente às férias-prêmio e ao arredondamento, bem como o implemento do tempo que o Estado diz que faltava*"; além disso, vem sofrendo cortes em seus contracheques, sem que lhe seja dada sequer a oportunidade de defesa, violando-se os princípios constitucionais da legalidade, do contraditório e da ampla defesa. Ressalta, ainda, que, após o afastamento do cargo, em fevereiro de 1998, foi designada, através de contrato, para continuar a trabalhar, o que fez até dezembro de 1998, devendo ser tal tempo considerado para fins da aposentadoria. Requer, pois, que se declare "... *nulo o ato do réu que determinou o retorno da autora à atividade, revogando-lhe a aposentadoria concedida nos termos das normas anteriores à Emenda Constitucional nº 20*", declarando à autora seu direito "... *ao benefício da inatividade remunerada, por tempo de serviço, com proventos integrais e adicionais conseqüentes, computando-se, para tanto, as férias-prêmio em dobro e o arredondamento*" (fls. 10).

Foram concedidos à autora os benefícios da assistência judiciária, indeferido-se o pedido de antecipação de tutela (fls. 37/38).

Contestação às fls. 45/51, argumentando o Estado, em síntese, que a autora se submete integralmente aos ditames da Emenda Constitucional nº 20/98, que tem aplicabilidade imediata, tal como se verifica do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil; que "*... o direito a determinado regime e requisitos de aposentadoria não pode ser confundido com o direito abstrato a tal benefício. Enquanto este realmente constitui direito adquirido nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, aquele não passa de mera manifestação do poder hierárquico da Administração, devendo se submeter imediatamente a ulteriores mudanças na legislação*" (fls. 47). Tece considerações acerca da diferenciação entre situações gerais e impessoais, como a da autora, e situações individuais e objetivas, citando doutrina e alegando que aquelas passaram a ser regidas pelas normas que atualmente regulamentam a matéria. Afirma que os descontos dos valores percebidos pela autora estão autorizados pelo artigo 8º da Lei nº 10.363/90 e pelo artigo 13, § 4º, da Lei nº 11.114/93.

Após a instrução, foi deferida a antecipação da tutela (fls. 113).

A ilustre Juíza da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Capital acolheu o pedido contido na inicial, estando a decisão sujeita ao reexame necessário.

A autora começou a exercer o magistério no Estado de Minas Gerais em 16.03.1976, sendo inicialmente convocada para exercer a função de PA1 docente, tendo sido efetivada em 14.10.1981 no cargo de REA 3 A docente, que ocupava desde 01.01.1977 (fls. 15 e 16). Afastou-se preliminarmente de suas funções em 01.02.1998 (fls. 16) para aposentar-se por tempo de serviço.

Pelos cálculos da autora, na data de seu afastamento, contava com 27 anos de serviço público (fls. 17/19).

Em setembro e dezembro de 1999, exercia o cargo de Regente de Ensino 3 A, símbolo R3A (situação funcional efetiva); e, ainda, o cargo de regente auxiliar de ensino 1º grau, para o qual fora designada (fls. 14).

Segundo os documentos acostados aos autos, deveriam ser computados, para fins de aposentadoria, até a data da promulgação da Emenda nº 20/98, um total de 8.310 dias. Assim (fls. 32; 53/56):

- 291 dias trabalhados em 1976;

- 365 dias em 1977, 1978, 1979, 1981, 1982, 1983, 1985, 1986, 1987, 1989, 1990, 1991, 1993, 1994, 1995, 1997;

- 366 dias em 1980, 1984, 1988, 1992, 1996;

- 53 dias entre janeiro e fevereiro e novembro e dezembro de 1998; e

- 296 dias entre fevereiro e novembro de 1998.

Foram concedidas à autora férias-prêmio em 10.09.86, 19.10.95 e 08.08.96, num total de 11 meses, referentes aos 1º, 2º, 3º e 4º qüinqüênios (fls. 28) - 660 dias (férias-prêmio em dobro) - (fls. 31).

Segundo o Ato nº 36/98:

"*Nos termos do artigo 31, inciso II, da Constituição do Estado, com redação pela Emenda Constitucional nº 18, autoriza a contagem em dobro do período de férias-prêmio de: Araçuaí (cidade na qual reside a autora); E.E. Industrial São José - Marilene Neiva Rezende, MASP 255.670-2, RE3A - Educação Física, 1º cargo, concedidas pelos atos nº s/nº, nº 322/95 e nº 206/96, publicados respectivamente em 10.09.86, 19.10.95 e 08.08.96,* 11 meses, referentes ao 1º, 2º , 3º e 4º qüinqüênios, *não restando-lhe saldo para utilização posterior*" (fls. 31).

O período relativo às férias-prêmio deve ser contado em dobro.

A autora provou, ainda, que foi designada, após o seu afastamento, para exercer a função de Professora, trabalhando 296 dias entre fevereiro e novembro de 1998 na E.E. Industrial São José (fls. 32).

Deve ser computado, ainda, até a Emenda Constitucional nº 20/98, o arredondamento de 183 dias (fls. 75).

Assim, em 14.12.1998 a autora perfazia um total 9.153 dias ou seja, *25 anos e 4 meses de serviço.*

Como, à data da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, já possuía direito à aposentadoria especial por tempo de serviço, e tendo sido o requerimento feito antes da promulgação da Emenda, a contagem de tempo deve ser feita nos termos das normas que lhe são anteriores, pois a lei nova não modifica situação subjetiva constituída sob o império da lei anterior. Assim, se a autora, à data da promulgação da EC 20/98, detinha o direito de gozar ou contar em dobro o período de licença-prêmio; e se nesta mesma data ela já havia requerido a aposentadoria, dispondo já de tempo de serviço para aposentar-se com proventos integrais, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, não lhe podia suprimir tais direitos, porque entre os seus limites de eficácia, relativamente ao ordenamento jurídico precedente, incluem-se os direitos e garantias individuais, conforme previsão do art. 5º, XXXVI, do rol dos "direitos e garantias fundamentais" inscritos no Título II da Lei Magna, no sentido de que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*".

A emenda constitucional, conforme reiteradamente afirmado pela doutrina mais autorizada e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não pode desrespeitar os direitos adquiridos.

Ressalto, ainda, que, em 27 de maio de 1998, foi concedido à requerente o quinto qüinqüênio (fls. 29).

Ao que indicam as provas acostadas aos autos, num primeiro momento a aposentadoria foi negada por entender o Estado de Minas Gerais que o cargo ocupado pela autora - regente de classe - não fazia jus à contagem de tempo especial deferida às professoras. Esse entendimento mudou em razão de parecer exarado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que considerou que (fls. 22/27):

"... *Em se tratando do cargo de Regente de Ensino, o artigo 190 da Lei nº 7.109, de 13 de outubro de 1977, transcrito pelo consulente, estabelece que o servidor convocado para o magistério estadual de 1º grau, possuidor de habilitação específica, será efetivado no grau inicial da classe de Professor; o parágrafo único, entretanto, determina que, na hipótese de não possuir habilitação específica, o servidor será efetivado como Regente de Ensino 1, grau A, quando na regência de aulas das quatro primeiras séries do ensino de 1º grau, e como Regente de Ensino 3, grau A, quando na regência de aulas das quatro séries finais do ensino do 1º grau.*

Depreende-se, portanto, do citado dispositivo que a única distinção a ser feita entre o cargo de Professor e o de Regente de Ensino, além da nomenclatura, corresponde à habilitação específica, ausente para o último e presente para o primeiro, posto que, na prática, as funções de magistério em sala de aula exercidas pelos ocupantes de ambos os cargos são rigorosamente as mesmas.

Desta feita, na rede estadual de ensino, inseridos na classe de Professor, convivem dois cargos, quais sejam, o de Professor propriamente dito e o de Regente de Ensino.

A Constituição Estadual, no artigo 36, inciso III, alínea b, *concede aposentadoria especial aos servidores públicos que se encontrem no efetivo exercício do magistério, isto é, ministrando aulas.*

Assim sendo, cabendo tanto ao Professor, como ao Regente de Ensino, na esfera estadual, o exercício da aludida função de magistério, equivalendo cargos e obrigações idênticos a direitos, também, idênticos, razão pela qual entendo deve ser reconhecido ao regente de ensino, que esteja ministrando aulas, o direito à aposentação nos termos do mencionado artigo 36, inciso III, aliena b" (fls. 24/26).

Houve, portanto, um equívoco da Administração quando da contagem do tempo da autora para fins da aposentadoria. O equívoco só foi corrigido após a promulgação da EC nº 20/98, mas como ela já fazia jus à aposentadoria antes de entrar a emenda em vigor, deve ser respeitado o direito anterior.

Assim, deve ser mantida a parte do *decisum* que:

"... *Julgo procedentes os pedidos, declaratório e condenatório, para declarar o direito da autora a aposentar-se segundo as normas constitucionais e legais que vigoraram até dezembro de 1998, ou seja, com 25 anos de serviço, para Professores e Regentes de Ensino, desde 23 de outubro de 1998, quando foi completado o tempo necessário, conforme documentos nos autos, bem como para condenar o Estado a editar o ato de aposentadoria* com proventos integrais, *computadas as férias-prêmio em dobro e computado o arredondamento previsto, fazendo o pagamento desde então*".

A ilustre Juíza, entretanto, determinou que sobre os proventos incidissem "... *juros de mora de 1% ao mês (verba alimentar) e correção monetária integral, mês a mês, esta desde outubro de 1998*".

Modifica-se, aqui, a fixação dos juros de mora, que devem incidir no percentual de 0,5% ao mês, *a partir da citação*, nos termos do CC 1.062 e da Súmula 204 do STJ.

Neste sentido:

"*Ementa: Processual Civil.* Reformatio in pejus. *Não-ocorrência. Administrativo e Previdenciário. Benefícios da Previdência Social. Pagamento administrativo tardio. Portarias nºs 714/93 e 813/94. Correção monetária. Prestações de natureza alimentar. Prescrição qüinqüenal. Inocorrência. Juros de mora. Percentual. Termo* a quo.

(...)

- 3. Os juros de mora, nas causas previdenciárias, devem ser contados a partir da citação válida, à razão de 0,5% ao mês. Aplicação da Súmula 204-STJ". (...) (Superior Tribunal de Justiça - REsp 203956/CE (199900132408) - j. em 11.05.1999 - Sexta Turma - Relator: Ministro Fernando Gonçalves - Fonte: *DJ* data: 31.05.1999, p. 00204 - v.u.)

"*Ementa: Previdenciário. Juros de mora. Termo inicial. Percentual. Correção monetária. Lei 6.899/81. Incidência sobre parcelas anteriores ao ajuizamento da ação. Súmulas 148-STJ e 43-STJ. Prescrição. Portaria 714/93.*

- 1 - É entendimento pacífico desta Corte que os juros de mora, nas ações previdenciárias, incidem a partir da citação no percentual de 0,5%. A aplicação da Súmula 204-STJ. Precedentes". (...) (Superior Tribunal de Justiça - REsp 194.567/CE (199800834400) - j. em 09.02.1999 - Relator: Ministro Fernando Gonçalves - Fonte: *DJ* data: 15.03.1999 p. 00322 - v.u.)

A MM.ª sobrescrito Juíza estabeleceu, ainda, que:

"... *Quanto ao pagamento do 5º qüinqüênio, deverá ser feito o pagamento desde que descontado o tempo de afastamento, conforme o despacho normativo, ou seja, como a autora continuou trabalhando, foi completado esse tempo depois; assim, a data inicial para o pagamento do 5º qüinqüênio*

será aquela que se encontrar, por simples cálculos, assim que descontados os sete meses de afastamento preliminar (observe-se que o tempo de afastamento será contado para aposentadoria, não apenas para os qüinqüênios e férias-prêmio, porque, aqui, será observado o tempo trabalhado posteriormente".

Deve ser mantida a condenação, esclarecendo-se que durante o período de afastamento preliminar - entre fevereiro e novembro de 1998 - a autora continuou a trabalhar para a Administração.

Decota-se, porém, a condenação feita ao Estado de "... *pagar à autora em dobro (100% dos proventos integrais) todo o tempo que trabalhou e continuar trabalhando além do necessário para a aposentadoria e para completar o tempo do 5° qüinqüênio, tudo com juros de 1% ao mês e correção monetária*".

Não existe alicerce legal que autorize a condenação. Tendo sido a aposentadoria indeferida, a autora continuou a trabalhar, percebendo vencimento mensal pelos serviços prestados. Além disso, a autora receberá os proventos da aposentadoria desde antes da promulgação da Emenda n° 20/98, inclusive nos meses em que teve de trabalhar indevidamente, o que já constitui indenização suficiente.

Pelo exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença apenas para:

- decotar a obrigatoriedade de o Estado "... *pagar à autora em dobro (100% dos proventos integrais) todo o tempo que trabalhou e continuar trabalhando além do necessário para a aposentadoria e para completar o tempo do 5° qüinqüênio, tudo com juros de 1% ao mês e correção monetária*", por carecer de amparo legal;

- julgar procedentes os pedidos declaratório e condenatório para declarar o direito da autora de aposentar-se segundo as normas constitucionais e legais que vigoraram até dezembro de 1998, ou seja, com 25 anos de serviço, para Professores e Regentes de Ensino, observando que *em 14.12.1998* a autora perfazia um total 9.153 dias, ou seja, *25 anos e 4 meses de serviço*. Deverá o Estado publicar o ato de aposentadoria *com proventos integrais*, computadas as férias-prêmio em dobro e o arredondamento previsto, fazendo o pagamento *desde a data em que a autora faria jus a aposentar-se, ou seja, a partir do momento em que ela contar com 25 anos - ou 9.000 dias - de serviço*. Sobre este valor deverão incidir juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação; e correção monetária, a partir da data em que cada provento deveria ter sido pago.

- Quanto ao 5° qüinqüênio, o pagamento deverá ser feito conforme o despacho normativo publicado em 27 de maio de 1998 (fls. 29).

- Deverá o Estado arcar com as custas e com os honorários do advogado da autora, que fixo em 10% do valor da condenação.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - POLICIAL MILITAR - EXAME PSICOTÉCNICO - LEGALIDADE - TUTELA ANTECIPADA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS INSERIDOS NO ART. 273 DO CPC - CONCESSÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Os comandos do art. 475, I, do CPC e das Leis n°s 9.494/97 e 8.437/92 não afastam a possibilidade de concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, desde que haja evidente violação do direito do autor e que sejam atendidos os requisitos estabelecidos no art. 273 do CPC.

- Para a concessão da tutela antecipada, é necessária a presença dos requisitos inseridos no art. 273 do CPC. Não basta mero *fumus boni iuris* exigido na ação cautelar. É imprescindível que as alegações trazidas na inicial sejam firmes no sentido de incutir no Magistrado um juízo de certeza acerca dos fundamentos de fato e de direito invocados pela parte. Se o pedido do autor se baseia em alegações altamente controvertidas, sobre as quais divergem doutrina e jurisprudência, não se pode tê-las como verossímeis, tampouco amparadas por prova inequívoca, razão pela qual se afigura inviável o deferimento da tutela antecipada.

- Havendo lei específica (Lei Estadual n° 5.301/69) que estabelece condições para ingresso no cargo de praça da PMMG, prevendo exame psicotécnico para verificar se o candidato atende ao perfil psicológico exigido para o exercício do cargo, se o candidato não obtiver aprovação nesse exame previsto no edital do concurso público, não há que se falar em verossimilhança das alegações que justifique concessão da tutela antecipada para que se lhe assegure o direito de participar de outras fases do certame.

AGRAVO N° 282.856-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Tutela antecipada - Ausência dos requisitos inseridos no

art. 273 do CPC - Concurso público - Exame psicotécnico - Polícia Militar - Legalidade. - O instituto da tutela antecipada não cominou nenhuma restrição com vistas a impedir sua concessão em face do Poder Público, pelo contrário, tal instituto veio justamente garantir a efetividade da prestação jurisdicional, desde que atendidos os requisitos legais. Para a concessão da tutela antecipada, em qualquer caso, fica condicionado à presença dos requisitos inseridos no art. 273 do CPC, tornando-se imprescindível que as argumentações trazidas na inicial sejam firmes no sentido de incutir no magistrado um juízo de certeza sobre os fundamentos de fato e de direito por ela invocados. Entretanto, se o pedido do autor veio fundamentado em alegações altamente controvertidas, como é o caso dos autos, sobre as quais divergem doutrina e jurisprudência, não se pode tê-las como verossímeis, tampouco amparadas por prova inequívoca, razão pela qual se afigura inviável o deferimento da tutela antecipada.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2002. - *Silas Vieira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo agravado, o Dr. Leonardo Miguel de Lima.

O Sr. Des. Silas Vieira - Sr. Presidente, eminentes Pares.

Ouvi com a devida atenção a sustentação oral produzida da tribuna pelo Dr. Leonardo Miguel de Lima.

Trata-se de recurso interposto contra a r. decisão de fls. 35/36 - TJ, proferida nos autos da "*ação ordinária com pedido de antecipação de tutela* inaudita altera partes" ajuizada por Daniel Ricardo Castro de Souza contra o Estado de Minas Gerais, via da qual a MM.ª Juíza da causa antecipou os efeitos da tutela a fim de que o agravado - reprovado no exame psicotécnico -, possa se matricular no Curso Técnico em Segurança Pública da Polícia Militar em igualdade de condições com os demais candidatos.

Em suas razões, sustenta o agravante, em apertada síntese, as seguintes questões:

- inadmissibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, conjugação lógica com o art. 475 do CPC, Lei nº 9.494/97 e Lei nº 8.437/92;

- ausência dos requisitos indispensáveis à antecipação da tutela, quais sejam, a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca do direito invocado pela parte;

- constitucionalidade do exame psicológico em concurso público e da utilização de critérios objetivos em sua realização;

- inexistência de ofensa ao princípio da publicidade e preclusão do direito de questionar as disposições do concurso.

O agravado apresentou resposta às fls. 73/84-TJ.

O MM. Juiz plantonista, Dr. José Afrânio Vilela prestou informações às fls. 88/89-TJ.

Registro que o presente recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo (fls. 69-TJ).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com parecer de lavra do d. Procurador Geraldo de Faria Martins da Costa opina pelo provimento do recurso (fls. 93/96-TJ).

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia instaurada neste recurso acerca da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública em detrimento da dicção do art. 475, I, do Código de Processo Civil, bem como da Lei nº 8.437/92 e Lei nº 9.494/97.

Ab initio, cumpre-me esclarecer que os comandos do art. 475, I, do CPC, da Lei nº 9.494/97 e Lei nº 8.437/92 não afastam a possibilidade da concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, ao contrário, justificam-na, desde que evidente a violação do direito do autor.

Sobre o tema, primorosa lição do Professor ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em sua obra *Da Antecipação de Tutela*, *verbis*:

"*Análise mais detida levou a doutrina e a jurisprudência ao entendimento de que a AT é aplicável às demandas ajuizadas contra o Poder Público, feitas porém as devidas ressalvas, tais como as decorrentes da imprescindibilidade do regime do precatório para os pagamentos, salvo os de pequeno valor, devidos pelo erário em virtude de sentença judiciária.*

O ordenamento positivo brasileiro permite pois, em princípio, a concessão de medida de antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público. (...)

O STJ por sua 5ª Turma, salientou que a proibição de antecipação da tutela em face da Fazenda Pública deve ser considerada com temperamentos, pois 'a vedação não tem cabimento quando se tratar de situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo pois imperiosa a antecipação da tutela como condição até mesmo de sobrevivência do jurisdicionado'" (*Antecipação de Tutela*, 3.ª ed., Forense, 2002, p. 89/90)

Destarte, desde que atendidos os requisitos estabelecidos pelo art. 273 e incisos do CPC, a concessão da medida de antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público é de rigor.

Pois bem.

Compulsando os autos, em especial as razões que fundamentam a ação ordinária aforada pelo ora agravado, tenho como, *data venia*, equivocada a r. decisão singular, já que não vislumbro a verossimilhança das alegações da parte, aptas a ensejar a concessão da tutela antecipada.

Cediço que, para a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela, mister que se façam presentes a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações trazidas pela parte, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A prova inequívoca apta a traduzir o convencimento do magistrado é aquela que autorizaria um pronunciamento favorável à parte requerente, se a sentença tivesse de ser proferida no momento em que se está examinando o pedido de antecipação da tutela.

Nesse ínterim, se o Juiz não se convencer acerca da verossimilhança dos fundamentos alinhavados pelo autor, vale dizer, se, em um primeiro momento, lhe sobrevierem dúvidas e diversidade de questionamentos sobre o êxito da demanda, não se deve, por corolário, deferir a almejada antecipação.

Sobre o tema, vale invocar o escólio de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, em sua obra *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, p. 38:

"*Conclui-se, pois, que, para a tutela antecipatória, diz-se que o convencimento da verossimilhança nada mais é do que um juízo de certeza, de efeitos processuais provisórios, sobre os fatos em que se fundamenta a pretensão, em razão de inexistência de qualquer motivo de crença em sentido contrário. Provas existentes, pois, que tornam o fato, pelo menos, provisoriamente, indene de qualquer dúvida. Não havendo a prova concludente, mas sendo fortes os motivos de crença, a verossimilhança não deixa de existir, mas, neste caso, o juízo de máxima probabilidade cede lugar à simples possibilidade, mera aparência que pode revelar o fumus boni iuris, informados apenas da tutela cautelar*".

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, por sua vez, adverte que:

"*Para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria de alguma forma a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa, antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (CF, art. 5º, incs. LIV e LV), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial*" (*Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 20ª ed., p. 370).

Com a devida vênia do entendimento manifestado pelo ilustre Juiz *a quo*, entendo que o caso é de não se deferir a tutela antecipada pleiteada pelo autor, ora agravado, haja vista a ausência de condições necessárias para tanto.

No caso *sub judice*, verifica-se que o agravado foi considerado inapto no exame psicológico exigido em edital do concurso para o Curso Técnico de Segurança da Polícia Militar de Minas Gerais, fato este que ocasionou a sua eliminação.

A princípio, a lei pode estabelecer condições para o ingresso em cargo público, mormente se elas forem objetivas e não visem discriminar concorrentes. A exigência do teste de exame psicológico, no caso dos autos, em tese, não fere direito do agravado e é de vital importância para o exercício das funções pertinentes ao cargo por ele pleiteado e para a segurança social.

Explico.

O fundamento jurídico que legitima a realização do concurso público está na Constituição Mineira, estabelecendo em seu art. 39 que o servidor público militar será regido por estatuto próprio, estabelecido em lei complementar. A seu tempo, o parágrafo décimo da supracitada norma constitucional dispõe que "*os direitos, deveres, garantias e vantagens do servidor militar e as normas sobre admissão, promoção, estabilidade, (...) serão estabelecidas no estatuto*".

Referido estatuto prevê o exame psicológico e de capacitação intelectual, conforme se vê do art. 5º da Lei nº 5.301/69, tratando-se de norma de caráter genérico, aplicável a todos os candidatos ao preenchimento do cargo de praça, *in verbis*:

"*Art. 5º. O ingresso na Polícia Militar será feito: (...)*

III - no quadro de praças:

a) de acordo com as normas regulamentares próprias, satisfeitas, entre outras, as seguintes exigências: (...)

5 - ter sanidade física e mental (...).

Parágrafo único . O preenchimento dos requisitos previstos nos números 5 e 6 da alínea a do inciso III será comprovado por meio de exames médico-laboratoriais, psicológicos e de capacitação intelectual e física perante a Junta Militar de Saúde e a Comissão de Avaliadores, integrada por oficiais psicólogos".

Por sua vez, o item 4.12 do edital que fixou as condições do concurso dispôs que o exame psicotécnico tem por finalidade verificar se o candidato atende ao perfil profissiográfico exigido para o cargo de praça da PMMG, no qual se compreendem o exercício de

atividades de forte pressão externa e emocional, porte de arma de fogo, além da profissão apresentar risco de vida, de invalidez, de contágio de doenças, de degeneração do estado de saúde mental, de lesão corporal, de responsabilidade civil, penal e/ou administrativa, conforme previsto em lei.

A meu sentir, o exame psicotécnico revela-se necessário para a avaliação e seleção dos futuros policiais, na medida em que tais exames definem o mínimo exigível de perfil psicológico exigido para o exercício da função pública, valendo dizer que os servidores aprovados e nomeados em razão do concurso deverão atender, com satisfação pessoal, ao que deles espera a Polícia Militar.

HELY LOPES MEIRELLES, ao lecionar sobre o tema, ensina que "*a Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que os faça com igualdade para todos os candidatos*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 15ª ed., fls. 376). Nesse contexto, se o exame psicológico é relevante para o cargo em disputa, como se examina na espécie dos autos, não há por que negá-lo ou invalidar-lhe a aplicação.

Destarte, se o candidato não obtiver aprovação nesse exame previsto no edital do concurso, não há que se falar em verossimilhança das alegações que justifique concessão da tutela antecipada para que se lhe assegure o direito de participar de outras fases do concurso.

Nesse diapasão o col. Supremo Tribunal Federal:

"*Ementa: Concurso público - Polícia Rodoviária Federal - Reprovação em exame psicotécnico - Participação em curso de formação por força de liminar - Ausência de direito líquido e certo à nomeação - Súmula 15 - Inaplicabilidade. - Se a lei exige, para a investidura no cargo, o exame psicotécnico, não pode este ser afastado a pretexto de se resguardar fato consumado. Precedentes da Primeira Turma do STF. A participação em segunda etapa de concurso público assegurada por força de liminar em que não se demonstra a concessão definitiva da segurança pleiteada, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação. Recurso ordinário a que se nega provimento*" (RMS- 23.692- DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Publicação: *DJ* data: 16.11.01, p. 00023, ementa vol.02052-01, p. 00115, julgamento: 23.10.2001).

Em relação ao tema, vale citar o seguinte julgado deste eg. Tribunal de Justiça:

"*Ementa: Ação anulatória - Concurso público - Teste psicotécnico - Reprovação - Requerimento de tutela antecipada para matricular em curso - Impossibilidade.*

- Candidatos que não obtiveram a pontuação mínima no exame psicotécnico previsto no edital do certame.

- Ausência da fumaça do bom direito que justifique concessão de antecipação de tutela, em sede de ação anulatória, para que se assegure aos candidatos o direito de prosseguirem nas demais fases do concurso" (Agravo de Instrumento nº 294.537-6/00, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. em 17.09.02).

Insta refrisar que, como já dito, para a antecipação dos efeitos da tutela, não basta o mero *fumus boni iuris*, exigido na ação cautelar, sendo imperiosa a presença de fatores seguros e concretos que apontem para um juízo de certeza acerca dos fundamentos erigidos pela parte, na peça de ingresso.

Invoco, ainda uma vez, a doutrina de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS:

"*No processo cautelar, para a concessão da cautela, exige-se apenas o* fumus boni iuris, *isto é, a simples possibilidade de ser a pretensão satisfeita.* Na antecipação, há de haver a verossimilhança, isto é, juízo de convencimento da definição jurídica pleiteada, apenas que não definitivo" (obra citada, p. 39) (grifei).

Resumindo, por qualquer ângulo, tenho como incabível o deferimento da tutela antecipada, já que ausentes os pressupostos aludidos pelo art. 273 do CPC.

Firme em tais considerações, dou provimento ao agravo para cassar a decisão *a quo* e indeferir a tutela antecipada pleiteada pelo agravado.

Custas recursais, pelo agravado, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Sr. Presidente. Entendo que o exame psicotécnico, realmente é um instrumento para captar inadequações de candidatos a cargo, como o da polícia.

Em sede de tutela antecipada, acompanho o Relator, por entender que, em princípio, sendo valioso o exame, é temerário questioná-lo de maneira tão liminar e apressada.

Com tais considerações, acompanho o Relator.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - COMPROVAÇÃO DE RENDIMENTOS - DECLARAÇÃO DO ADVOGADO DE QUE ESTÁ ATUANDO NA CAUSA SEM RECEBER HONORÁRIOS - DESNECESSIDADE

- Não pode o juiz exigir que a parte apresente comprovante de rendimentos ou declaração de que o advogado está trabalhando sem cobrar honorários, porque a lei é bastante clara quanto à desnecessidade de tais comprovações, quando prevê a simples afirmação da parte (art. 4° da Lei 1.060/50).

AGRAVO N° 283.626-0/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Ementa oficial: Agravo de instrumento - Assistência judiciária - Desnecessidade de comprovação de rendimentos - Declaração do advogado de que está trabalhando sem receber honorários - Inexigibilidade - Deferimento da assistência judiciária - Provimento do agravo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2002. - *Roney Oliveira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de agravo de instrumento proposto por Olinda Sixel contra despacho do Juiz da 6ª Vara da Comarca de Juiz de Fora que, diante de seu pedido de assistência judiciária, determinou a juntada de comprovante de rendimentos e declaração do advogado da causa de que atua no processo sem receber honorários, sob pena de indeferimento do pedido.

O agravo de instrumento foi distribuído ao Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, à Juíza Vanessa Verdolim, que, após deferir a suspensividade pleiteada e determinar a instrução do agravo, com pedido de informações ao Juiz da causa, proferiu voto declinando da competência para este Tribunal, porque a causa se refere à sucessão.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Defiro a assistência judiciária.

A agravante veio a juízo requerer alvará judicial para que possa transferir o uso perpétuo do jazigo de sua irmã, Maria da Conceição de Souza, que faleceu em 27 de março de 2001, sem deixar herdeiros necessários nem bens a inventariar.

Pleiteou, também, os benefícios da assistência judiciária, declarando-se pobre no sentido legal (declaração de fls.18-TJ).

À fl.14, o Juiz *a quo* determinou a juntada de comprovante de rendimentos e declaração do advogado da causa de que estaria trabalhando sem

receber honorários, sob pena de indeferimento do pedido.

Para o deferimento da assistência judiciária, basta a declaração da parte de que não tem condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do seu sustento e de sua família.

O art. 4° da Lei 1.060/50, que regula ordinariamente a assistência judiciária, dispõe que o pedido do requerente do benefício deve ser instruído: "*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*".

Não pode o Juiz, portanto, exigir que a parte apresente comprovante de rendimentos ou declaração de que o advogado está trabalhando sem cobrar honorários, porque a lei é bastante clara quanto à desnecessidade de tais comprovações, quando prevê a simples afirmação da parte.

Assim já decidiu reiteradas vezes este Tribunal, como no Agravo de Instrumento n°269.487-5, da 7ª Câmara Cível, Des. Wander Marotta:

"*Assistência judiciária - Prova de rendimentos individuais - Desnecessidade - autônomo - Indeferimento da inicial - Ausência de motivo legal. - Não há exigência legal da comprovação de renda para o pedido de assistência judiciária. Presentes as condições para que o Juiz possa fazer a entrega da prestação jurisdicional, bem como os pressupostos processuais necessários ao desenvolvimento da lide, não deve a ação ser extinta sem julgamento do mérito*".

No caso em tela, a agravante apresentou a sua declaração de pobreza, que é o bastante para fundamentar o pedido, não podendo o juiz exigir-lhe qualquer outro comprovante, por falta de amparo legal.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, determinando o prosseguimento do processo, sem a necessidade de apresentação de qualquer outro documento para a análise da assistência judiciária.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Henriques - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

DEPÓSITO JUDICIAL - LEVANTAMENTO ANTECIPADO PELO ESTADO DE MINAS GERAIS - DEPÓSITO EFETUADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N° 14.062/01 - IMPOSSIBILIDADE

- A Lei nº 14.062/01, que dispõe sobre o levantamento antecipado dos depósitos judiciais, só gera efeitos para os depósitos efetuados após a data de sua entrada em vigor (29.12.01, conforme determina seu art. 33), não se aplicando a casos em que o depósito seja efetuado em data anterior.

- V.v.: - Sendo o dispositivo em que se baseia o Estado de Minas Gerais de natureza processual e, portanto, de aplicação imediata, é irrelevante a data da efetivação do depósito, não havendo que se falar em direito adquirido da parte. (*Des. Jarbas Ladeira*)

AGRAVO Nº 283.701-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Tributário - Depósito judicial - Levantamento antecipado pelo Estado de Minas Gerais - Depósito efetuado antes da legislação permissionária - Impossibilidade - Inteligência do art. 33 da Lei 14.062/01. - Legislação estadual dispondo sobre o levantamento antecipado dos depósitos judiciais, em favor do Estado, somente (e se for o caso) poderá gerar efeitos para aqueles depósitos efetuados após a data da sua entrada em vigor, não se aplicando, portanto, ao presente processo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2002. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Minas Gerais contra a decisão trasladada às fls. 26/27-TJ, proferida em autos de execução fiscal movida contra Unilever Brasil Ltda., que indeferiu o pedido de levantamento antecipado do depósito judicial efetuado nos autos, nos termos da Lei Estadual 14.062/01, objetivando sua reforma, alegando, em apertada síntese, a configuração dos pressupostos para sua concessão, isto é, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, tudo como posto nas argumentações desenvolvidas na minuta de fls. 02/07-TJ.

De início, constato que não consta dos documentos trazidos pelo agravante a comprovação de que fora intimado pessoalmente da decisão agravada, mas somente a certidão de sua publicação no *Diário Oficial* (fls. 27-v.-TJ).

Ressalte-se que, contando o prazo para a interposição do presente recurso do dia da publicação da decisão interlocutória (1.5.02, conforme fls. 27-v.-TJ), poder-se-ia pensar que ele está intempestivo, pois o termo fatal seria o dia 21.5.02, enquanto seu protocolo se efetivou em 22.5.02.

Ocorre, porém, que, de acordo com a Lei 6.830/80, as intimações da Fazenda Pública, em processos de execução fiscal, se dão pessoalmente, motivo pelo qual foi solicitado ao Juiz *a quo* informações acerca da existência desta intimação, conforme se constata da diligência de fls. 55-TJ.

Às fls. 62-TJ, o digno Magistrado de origem prestou informações distantes do que foi realmente solicitado, afirmando que o art. 526, do CPC, foi cumprido, mas, em função da economia processual deixo de remeter novamente os autos à instância original para que seja esclarecido o assunto, pois, supondo que a intimação pessoal da agravante (se é que ocorreu) se deu no dia seguinte ao da publicação, o que é perfeitamente viável, o recurso apresenta-se tempestivo.

Sendo assim, ele está adequado, tempestivamente manejado e sem preparo, *ex vi legis*, razão pela qual dele conheço.

A pretensão do agravante consiste no levantamento antecipado do depósito judicial efetuado nos autos, em decorrência da inovação trazida pela Lei Estadual 14.062/01, que alterou o art. 215 da Lei 6.763/75, determinando o seguinte, *verbis*:

"*Art. 215. O depósito judicial poderá ser imediatamente levantado pelo Estado quando superior a R$50.000,00 (cinqüenta mil reais), observadas as normas contidas nesta seção e, ainda, o seguinte:*

- I - no caso de pagamento indevido ou a maior do tributo reconhecido em sentença condenatória transitada em julgado desfavorável à Fazenda Pública Estadual, o contribuinte efetuará imediatamente a compensação desse valor do crédito tributário devido, podendo transferir o crédito para terceiro;

- II - a compensação referida no inciso anterior só poderá ser efetuada entre tributos da mesma espécie;

- III - é facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição;

- IV - no caso de fechamento da empresa, fica o Estado obrigado a fazer a restituição no prazo máximo de cento e vinte dias;

- V - a compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo corrigido monetariamente com base na variação da TJLP;

- VI - a compensação se dará após liquidada a sentença judicial".

De acordo com a norma supratranscrita, o Estado de Minas Gerais

poderá levantar os valores referentes aos depósitos judiciais que forem efetuados pelos contribuintes com o objetivo de suspender a exigibilidade de seus créditos tributários, quando eles forem superiores a R$50.000,00 (cinqüenta mil reais), enquanto durar o trâmite da discussão judicial, ou seja, antes de transitada em julgado a decisão.

Havendo julgamento final desfavorável à Fazenda Pública, o contribuinte poderá efetuar a compensação (após liquidada a sentença) do valor indevidamente pago com tributos da mesma espécie ou transferir o crédito para terceiros, podendo, também, optar pelo pedido de restituição, tudo isto corrigido monetariamente com base na variação da TJLP, além do mais, se, neste momento, a empresa estiver fechada, o Estado se obriga a fazer a restituição no prazo de 120 (cento vinte) dias.

Esta nova disposição normativa, com toda certeza, se espelhou no modelo federal, notadamente na Lei 9.703/98, que, inclusive, é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.933-1, que se encontra aguardando julgamento do mérito perante a Suprema Corte, cuja liminar foi indeferida em decisão datada de 30.5.01.

Deixo consignado que existem diversas diferenças entre a Lei Estadual e a Federal, como, por exemplo, nesta última (Federal), a obrigação de devolver o depósito, no caso de decisão final favorável ao contribuinte, é da própria Caixa Econômica Federal, no prazo de 24 (vinte quatro) horas, enquanto que naquela (Estadual), a obrigação é do próprio Estado, forçando o sujeito passivo a percorrer o árduo caminho do "pedido de restituição", com prazo indefinido, caso não se interesse ou não tenha condições de efetuar compensação ou transferência do crédito a terceiros.

No caso em apreço, sem adentrar na discussão acerca da constitucionalidade da referida Lei, que, diga-se de passagem, me parece duvidosa, a pretensão de levantar o depósito judicial efetuado pela agravada não pode subsistir, pois, de acordo com a petição de fls. 36-TJ, o referido depósito foi efetuado em data anterior a 10.11.99 (data do protocolo da petição), tendo a lei entrado em vigor somente em 29.12.01, conforme determina seu art. 33.

Não há dúvidas de que a Lei 14.062/01, se é que será aceita pelo Poder Judiciário, em virtude da presença de notórias ilegalidades, somente poderá gerar efeitos para os depósitos efetuados após a data da sua entrada em vigor, não se aplicando, portanto, ao presente caso, em que o depósito se operou anteriormente a 10.11.99, conforme retrata a petição de fls. 36-TJ.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo de instrumento interposto.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Com a devida vênia do em. Relator, ouso divergir por entender ser irrelevante a data de efetivação dos depósitos, uma vez que não se pode falar em direito adquirido da parte, sendo o dispositivo em que se baseia o Estado de Minas Gerais de natureza processual, e, portanto, de aplicação imediata.

Assim sendo, estou dando provimento ao agravo para autorizar o levantamento em questão.

Custas, pela agravada.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - ADIADO A PEDIDO DO SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR NEGANDO PROVIMENTO E O PRIMEIRO VOGAL PROVENDO O AGRAVO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Sérgio Lellis Santiago) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 23.09.2002, a pedido do Segundo Vogal, após votar o Relator negando provimento e o Primeiro Vogal provendo o agravo.

Com a palavra o Des. José Domingues Ferreira Esteves.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Pedindo vênia ao Primeiro Vogal, estou acompanhando o entendimento exposto pelo doutro Des. Relator, à consideração de que a circunstância fática discutida nos autos ocorreu antes da vigência da Lei nº 14.062/01.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

-:::-

PETIÇÃO INICIAL - INÉPCIA - *FAX* - NECESSIDADE DE JUNTADA DE ORIGINAIS DE DOCUMENTOS - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º E 2º DA LEI Nº 9.800/99

- A bem da dinamização do processo, reconhece-se o envio da petição inicial e de documentos via *fax*, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.800/99. Contudo, tais dispositivos exigem a juntada dos originais, no prazo hábil, sob pena de comprometimento da segurança jurídica e da autenticidade dos documentos. Assim, não se admite o proferimento de decisão condenatória tão-somente lastreada em documentação enviada por meio de *fax* e sem qualquer autenticação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 284.603-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Inicial - Inépcia - Uso de *fax*. - Nos termos dos dois primeiros artigos da Lei 9.800/99, é hoje largamente reconhecido o uso das ino-

vações tecnológicas como o *fax*, tudo permitindo uma dinamização do processo. Contudo, tais dispositivos exigem a juntada posterior dos originais das petições e documentos, sem o que a autenticação dos mesmos fica comprometida, bem como a segurança jurídica, não se admitindo que se possa proferir decisão condenatória contra o Estado tão-somente lastreada em petições e documentos encaminhados via *fax*.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a OITAVA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM EXTINGUIR O PROCESSO, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO E CASSADA A LIMINAR.

Belo Horizonte, 04 de novembro de 2002. - *Sérgio Braga* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Braga - Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, interposto por Maria Madalena Silva de Paula contra ato do Diretor-Geral da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais-Acadepol, sob a alegação de ser discriminatório e ilegal, ferindo o princípio constitucional de igualdade, o edital de concurso público para o cargo de vistoriador de veículos, que estabeleceu a idade limite de 32 anos para a inscrição, sendo que esta restrição afetaria somente os candidatos que não são funcionários públicos.

A liminar foi deferida, folhas 9 a 14, e a autoridade coatora apresentou as informações, folhas 19 a 22. A Promotoria Pública opinou, folhas 26 a 33, no sentido da manutenção da decisão liminar.

Afinal, o pedido foi julgado procedente, folhas 35 a 38.

O Sentenciante determinou a remessa dos autos para o reexame necessário. Inconformado, o Diretor da Acadepol também interpôs a apelação de folhas 43 a 56, alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* e clamando pelo indeferimento da inicial apresentada apenas por *fax* e, no mérito, insurgindo-se contra a argumentação de que o limite de idade seria medida inconstitucional por ferir o princípio da igualdade, por tratar-se de cargo que exige certas peculiaridades e haver determinação legal imposta pela Lei Orgânica da Polícia Civil de Minas Gerais.

Conheço dos recursos, pois presentes os requisitos de admissibilidade. Tendo em vista que o reexame necessário envolve uma revisão ampla do caso, passo a examinar o processado, não me descuidando, contudo, das colocações do 2º apelante.

Entretanto, preliminarmente, não vejo como se possa deixar de extinguir este feito ante a situação

absurda vivenciada nos autos a partir da inicial, oferecida na forma de *fac-símile* e que nunca foi substituída ou atualizada com os documentos originais apesar da determinação para tanto, de folhas 8.

Ora, é de se ter como absolutamente inconsistente o procedimento de se peticionar através do recurso vulgarmente conhecido como *fax*, sem, contudo, no prazo hábil, cuidar de anexar aos autos as peças originais, dando validade a todo o procedimento.

Sem isso, é de se duvidar da autenticidade da assinatura até da inicial, como é o caso dos autos.

Constata-se que a inicial e os documentos que a acompanham, folhas 2 a 7, não contêm qualquer autenticação. São todos cópias em *fax*.

O despacho de folhas 8 percebeu a fragilidade do processado e determinou a juntada dos originais, para que se desse validade a todos os documentos colacionados. Entretanto, sem examinar se tal determinação fora ou não atendida, lançou-se a decisão de folhas 9 a 14, deferindo-se a liminar.

O feito teve processamento regular sem que houvesse qualquer esclarecimento sobre a diligência determinada para a juntada dos originais, chegando ao seu final com a decisão de folhas 36 a 38, que consagrou a liminar, mas que nem sequer faz menção ao problema da inicial e à falta de cumprimento da diligência antes determinada para a sua regularização.

O apelo avança para destacar os artigos 1º e 2º da Lei 9.800/99, que permite o uso do *fax* mas exige a juntada, posteriormente, dos originais, no que não pode deixar de ser examinado e acolhido.

Ora, é inconcebível, *data maxima venia*, que se aceite uma inicial apenas na sua cópia enviada por *fax* e sem qualquer autenticação, aceitando-se, ainda, ao longo do feito, que os documentos que a acompanharam também por cópia e sem qualquer autenticação dêem validade a um pleito judicial e suporte para uma decisão condenatória contra o Estado.

A inicial parece-me inteiramente inválida, motivo pelo qual, preliminarmente, em reexame necessário, anulo o processado e extingo o feito nos termos do art. 267, I, do Código de Processo Civil, julgando prejudicado o recurso voluntário. Em conseqüência, determino que se oficie, comunicando a insubsistência da liminar, que está automaticamente revogada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, EXTINGUIRAM O PROCESSO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO E CASSADA A LIMINAR.

-:::-

CÂMARA MUNICIPAL - CAPACIDADE PROCESSUAL LIMITADA À DEFESA DE SUAS PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*

- Conquanto seja despida de personalidade jurídica, não se nega que a câmara tenha capacidade processual. Mas a possibilidade de ser parte limita-se à defesa de suas prerrogativas institucionais. Por ser ente destituído de patrimônio próprio, não pode figurar na relação processual que objetiva indenização ou ressarcimento. É parte legítima, nesta hipótese, apenas o município.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 284.900-8/00 - Comarca de Vespasiano - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

Ementa oficial: Processual Civil - Câmara de vereadores - Hipóteses em que pode figurar como parte. - Conquanto seja despida de personalidade jurídica, não se nega que a Câmara tenha capacidade processual. Mas a possibilidade de ser parte limita-se à defesa de suas prerrogativas institucionais. Por ser ente destituído de patrimônio próprio, não pode figurar na relação processual que objetiva indenização ou ressarcimento. É parte legítima, nesta hipótese, apenas o município.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 02 de setembro de 2002. - *Pinheiro Lago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pinheiro Lago - Configurados os pressupostos de admissibilidade previstos pela legislação processual, conheço da remessa necessária e do recurso voluntário.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES que:

"*A personalidade jurídica não se confunde com a personalidade judiciária; esta é um minus em relação àquela. Toda pessoa jurídica tem, necessariamente, capacidade processual, mas órgãos há que, embora sem personalidade jurídica, podem estar em Juízo, em seu próprio nome, em mandado de segurança, porque são titulares de direitos subjetivos suscetíveis de proteção judicial quando relegados ou contestados. Nessa situação se encontram os órgãos do governo local - Prefeitura e Câmara - aos quais se atribuem funções específicas, prerrogativas funcionais e direitos próprios inerentes à instituição. Desde que estes órgãos têm direitos subjetivos, hão de ter meios judiciais - mandado de segurança e ações comuns - e capacidade processual para defendê-los e torná-los efetivos*" (*Direito Municipal Brasileiro*. 6ª ed. atual. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993, p. 445).

Portanto, conquanto seja despida de personalidade jurídica, não se nega que a Câmara Municipal tenha capacidade processual. Mas a possibilidade de ser parte limita-se à defesa de suas prerrogativas institucionais. Por ser ente destituído de patrimônio próprio, não pode figurar na relação processual que objetiva indenização ou ressarcimento. É parte legítima, nesta hipótese, apenas o Município.

Assim já decidiram os tribunais:

"*Processual Civil - Recurso especial - Ação de indenização - Ilegitimidade passiva da Assembléia Legislativa. Legitimidade do Estado - Art. 12, I, do CPC.*

- 1. A Assembléia Legislativa, por não possuir personalidade jurídica, tem sua capacidade processual limitada à defesa de interesses institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento, restando ao Estado, por ser a pessoa jurídica de direito público, nos termos do que dispõe o art. 12, I, do CPC, a legitimidade para ocupar o pólo passivo da relação processual.

- 2. Precedentes do Tribunal.

- 3. Recurso Especial improvido". (STJ - 6ª T. REsp 94.397/PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJ* de 17.02.1999, p. 170.)

"*Administrativo. Conversão de férias em pecúnia. Aposentadoria. Ilegitimidade da Câmara Municipal. Correção monetária. Termo inicial.*

- 1. A Câmara Municipal não é dotada de personalidade jurídica, apenas tem legitimidade para atuar judicialmente na garantia de defesa de seus direitos institucionais.

- 2. Cabe ao Município figurar na pólo passivo de demanda ajuizada por servidores de Câmara Municipal, objetivando indenização de férias não gozadas.

- 3. A correção monetária, em face do caráter alimentar do débito, deverá incidir desde quando devida a prestação.

- 4. Recurso não conhecido." (STJ - 5ª T. REsp 37.245/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* de 11.05.1998, p. 138.)

"*Processual Civil. Execução contra a Câmara Municipal.*

- 1. Em nossa organização jurídica, as Câmaras Municipais não têm personalidade jurídica.

- 2. A capacidade processual é limitada a defender interesses institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento.

- 3. Executivo fiscal promovido contra Câmara Municipal não tem condições de prosseguir, pela absoluta ilegitimidade do ente passivo de mandado.

- 4. Extinção do processo sem julgamento do mérito" (STJ - 1ª T. REsp 88.856/SP, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 19.08.1996, p. 28.440).

Assim, compreendendo a hipótese do pagamento de indenização e de verbas rescisórias, somente a Municipalidade poderia figurar no pólo passivo da ação, de ofício, julgo extinto o processo, sem julgamento do mérito.

Deixo de condenar a autora em despesas e honorários advocatícios, por estar sob o pálio da justiça gratuita.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

Súmula - DE OFÍCIO, EXTINGUIRAM O PROCESSO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTAS DO PREFEITO - ÔNUS DA PROVA - INVERSÃO

- A inversão do ônus da prova é um instituto jurídico recente, adotado pelo denominado Código de Defesa do Consumidor, que subverte toda a sistemática relativa ao ônus da prova adotada pelo Código de Processo Civil, conforme estabelecido no seu art. 333. Assim, a sua incidência somente poderá ser dirigida àqueles casos específicos e definidos pela referenciada legislação para alcançar, tão-somente, as relações de consumo, não podendo ser estendida esta medida excepcional para quaisquer ações civis públicas que tratem de direitos difusos e coletivos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 285.205-1/00 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCOCELLOS GOMES

Ementa oficial: Ação civil pública - Prefeito - Contas - Ônus da prova - Inversão - Impossibilidade. - A inversão do ônus da prova é um instituto jurídico recente, adotado pelo denominado Código de Defesa do Consumidor, que subverte toda a sistemática relativa ao ônus da prova, adotada em nossa Lei Adjetiva Civil, conforme estabelecido no seu art. 333. Assim, a sua incidência somente poderá ser dirigida àqueles casos específicos e definidos pela referenciada legislação para alcançar, tão-somente, as relações de consumo, não podendo ser estendida esta medida excepcional para quaisquer ações civis públicas que tratem de direitos difusos e coletivos. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de novembro de 2002. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de apelação intentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por sua Promotoria de Justiça da Comarca de Carmo do Rio Claro, contra sentença que julgou improcedente ação civil pública, aforada contra o espólio de Otávio Stein de Carvalho Dias.

As razões recursais das partes e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram explicitadas, sinteticamente, no relatório de fls.

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

O apelante afirma que a defesa do patrimônio público envolve, por excelência, o interesse difuso da sociedade; assim, as alterações introduzidas na Lei da Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do Consumidor determinam a inversão do ônus da prova, impondo ao apelado comprovar o acerto dos gastos que realizou com o dinheiro público, não lhe cabendo este ônus, como definido na sentença.

À minha ótica, não se pode albergar o raciocínio do apelante, uma vez que a inversão do ônus da prova é um instituto jurídico recente, adotado pelo denominado Código de Defesa do Consumidor, que subverte toda a sistemática relativa ao ônus da prova, adotada em nossa Lei Adjetiva Civil, conforme estabelecido no seu art. 333, a qual se lastra no princípio geral de que a quem alega um direito cabe prová-lo, cujo alcance é definido no brocardo: *actore non probante absolvitu reus*. Por isso, a sua incidência somente poderá ser dirigida àqueles casos definidos, específica e exclusivamente, pela referenciada legislação e dirigida, tão-somente, às relações de consumo, não podendo estender às situações diversas, como pretendido pelo apelante. Ora, não se olvide que a inversão do ônus da prova é uma medida excepcional que representa inequívoca subversão do processo e impõe ao réu a draconiana obrigação de provar a sua inocência, inclusive, com o dever, muitas vezes impossível, de fazer prova negativa. Destarte, vislumbro ser correta a conclusão do Juiz primevo de que a inversão do ônus da prova não pode ser aplicada na presente ação civil pública.

Sobre os reflexos do Código de Defesa do Consumidor sobre a Lei da Ação Civil Pública, necessário trazer à baila o esclarecedor comentário de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *verbatim*:

"*A imbricação entre a ação civil pública dessa Lei e o sistema do CDC é de ser entendida em termos como houve o veto do art. 89 - que mandava aplicar, no que fosse cabível, as normas do Título III do CDC a '- outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos tratados coletivamente' - é de se entender que a matéria ficou assim posta: a Lei nº 7.347/85 repercute, em seu âmbito (art. 1º, II) e com seu instrumental (*v.g. *o inquérito civil), sobre o sistema das ações do CDC; mas o contrário é de ser interpretado com cautela, já que o Presidente da República assim justificou o seu veto: 'A extensão das normas específicas destinadas à proteção dos direitos do consumidor a outras situações excede dos objetivos propostos no código, alcançando outras relações jurídicas não identificadas precisamente e que reclamam regulação própria e adequada. Nos termos do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve o legislador limitar-se a elaborar o Código de Defesa do Consumidor'. Por outro lado, como o art. 117 do CDC inseriu novo artigo (nº 21) à Lei nº 7.347/85, pelo qual 'aplicam-se à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei instituiu o Código de Defesa do Consumidor', tem-se, em exegese sistemática, e em apertada síntese, o seguinte: 1) à ação civil pública da Lei nº 7.347/85, no que concerne à tutela do consumidor e no que for cabível o instrumental constante do Título III do CDC; 2) nas ações previstas nesse Título do CDC pode aplicar-se, no cabível, o sistema da Lei nº 7.347/85, desde que não desborde do âmbito da tutela do consumidor (ou seja, descartada a extensão à tutela do meio ambiente e do patrimônio público natural e cultural)*" (*Comentário ao Código de Proteção do Consumidor*, Ed. Saraiva, 1991, coord. Juarez de Oliveira, p. 310).

Por conseguinte, emerge que não são todas as controvérsias envolventes de direitos difusos e coletivos que determinam a inversão do ônus da prova, e sim aquelas que respeitam as relações de consumo, afastando, de conseqüência, a sua aplicação na espécie vertente.

De outra face, o apelante assevera que a análise contábil financeira praticada pelo Tribunal de Contas indicou que o apelado excedeu uma grande soma nos créditos suplementares e não provou que tal verba fora revertida em favor do Município de Conceição da Aparecida, portanto, entende haver-se patenteado a ilicitude apontada na exordial, a qual não foi sanada pelo julgamento das contas do apelado pela Câmara Municipal da referida Municipalidade, dada a natureza política do mesmo, circunstância esta a ensejar a procedência da presente ação civil pública.

Neste tocante, cumpre estabelecer que o apelado demonstrou, por documentos e testemunhas, que a existência dos créditos suplementares se efetivou sob a égide da legalidade, em resposta ao fenômeno inflacionário ocorrido no mandato do falecido Otávio Stein de Carvalho Dias, resultando tal prova em meio eficaz a se contrapor às conclusões do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sobre estes fatos, consoante a perspicaz observação do Julgador singular - (fl. 370-TJ). Em contrapartida, o apelante não desconstituiu o vigor probatório dos elementos de convicção apresentados pelo apelado. Portanto, tenho que o apelado alcançou caracterizar, suficientemente, a legitimidade do seu ato, segundo a acertada conclusão vertida na sentença fustigada, a qual haverá de prevalecer na íntegra nesta oportunidade recursal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Sem custas.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PESSOA JURÍDICA - ESTADO DE POBREZA - NÃO-COMPROVAÇÃO - INDEFERIMENTO

- A concessão de assistência judiciária à pessoa jurídica é admissível, em tese, mas, para fazer jus ao benefício, deve o requerente comprovar o seu estado de pobreza, sem o que o pedido deve ser indeferido.

AGRAVO Nº 287.249-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Ementa oficial: Execução fiscal - Embargos - Pedido de assistência judiciária, por pessoa jurídica. - O pedido é admissível, em tese, mas devem ser comprovados os requisitos, para fazer jus ao benefício. Decisão indeferitória mantida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2002. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela agravante, o Dr. Amanajós Pessoa da Costa.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, as palavras do nobre advogado e meu voto é o seguinte:

Versa o presente recurso pedido de reforma do despacho que indeferiu requerimento de assistência judiciária gratuita, formulado em peça entranhada em autos de embargos à execução fiscal da agravante. Ressaltou o Juiz não fazer jus a esse benefício pessoa jurídica, como dispõe o art. 2° da Lei n° 1.060/50.

Sustenta a agravante que esse direito lhe é garantido no art. 4° da referida lei, mesmo sendo no curso da ação, como ocorreu, eis porque não dispõe de recursos para pagar custas e honorários, já que o seu estabelecimento foi interditado, inviabilizando-a de auferir receita, consoante se antevê no auto de interdição de fls. 32, lavrado por fiscal do Município.

Em resposta a essa pretensão, a agravada pugna pelo desprovimento do pleito recursal, por considerar a agravante pessoa jurídica altamente lucrativa, serem os seus sócios devedores solidários abastados, pessoas reconhecidamente ricas, que residem em bairros luxuosos, tanto que contratou a sua defesa através de advogados particulares, e não através da Defensoria Pública estadual.

Conheço do recurso, por sua propriedade e temporaneidade.

Em fase de produção de provas, em autos de embargos à execução fiscal, a agravante requereu benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando impossibilidade de pagar as custas do processo.

Examinado, o pedido foi indeferido, ao entendimento de que a gratuidade judiciária não contempla pessoa jurídica, invocando o disposto no art. 2° da Lei n° 1.060/50.

Este Tribunal já se manifestou, por diversas vezes, pela admissibilidade da concessão da assistência judiciária a pessoas jurídicas, uma vez comprovada a carência de recursos. Como exemplo, se nota a Ap.Cív. n° 268.145-0, 6ª Câm. Cív., Rel. Des. Jarbas Ladeira.

Também na Apelação Cível n° 221.422-9, em que foi Relator o Des. Pinheiro Lago, foi afirmado:

"*Processual Civil. Assistência judiciária gratuita. Possibilidade de deferimento às pessoas jurídicas. Mas se circunstâncias assinaladas nos autos impossibilitam a configuração do estado de pobreza, o pedido deve ser indeferido*".

Examinando-se as circunstâncias em que se pleiteou o benefício legal, verifica-se que a agravante está às testilhas com a Fazenda Pública, com débitos não saldados e seus sócios são pessoas de posses. A finalidade social da agravante é lucrativa.

Assim, nego provimento ao agravo, para manter a decisão que indeferiu a justiça gratuita.

Custas, pela agravante.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Sr. Presidente. Em se tratando de pedido de assistência judiciária formulado por pessoa jurídica, o que é perfeitamente possível, apenas se inverte o ônus da prova ou a presunção, exigindo-se assim que a requerente comprove sua condição equivalente à miserabilidade que se requer no caso de pessoa física.

Não vejo como, no momento, desconstituir a decisão de primeiro grau. Entretanto, estou que tal decisão, como a que se profere neste recurso, não faz coisa julgada, porque o deferimento ou indeferimento de pedido de assistência judiciária, se faz de acordo com a situação do requerente no momento da decisão, não se constituindo assim em coisa julgada. Por isso que, a qualquer instante no processo, a critério do julgador, poderá vir a ser reexaminado o pedido e concedida a benesse da gratuidade da justiça, dependendo, é claro, da situação do requerente.

Por ora, não vejo como desconstituir a decisão do Juiz.

O Sr. Des. Sérgio Lellis Santiago - Pelos mesmos fundamentos dos votos que me antecederam, nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COMPETÊNCIA - CAUSAS QUE ENVOLVEM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA - PROCESSO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA DO JUIZ DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA E AUTARQUIAS

- A teor do art. 59 da Lei Complementar Estadual n° 59/01, compete ao Juiz da Vara de Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas que envolvem sociedades de economia mista integrantes da Administração Indireta, como é o caso da MGI-Minas Gerais Participações S.A., cujo acionista majoritário é o Estado de Minas Gerais.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA N° 287.438-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HUGO BENGTSSON

Ementa oficial: Conflito negativo de competência - Varas Cível e de Fazenda Pública - MGI - Empresa integrante da Administração Indireta do Estado de Minas Gerais - Competência do juízo suscitante, Vara da Fazenda Pública e Autarquias.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta 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 JUÍZO DA TERCEIRA VARA DA FAZENDA SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 24 de outubro de 2002. - *Hugo Bengtsson* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, em face do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível, ambos da Comarca de Belo Horizonte, instalado nos autos da ação de execução promovida pelo Bemge-Banco do Estado de Minas Gerais contra Empório Elétrico Ltda.

A execução foi ajuizada perante o Juiz suscitado (fls. 06/08), que, analisando requerimento da cessionária MGI-Minas Gerais Participações Ltda. (fls. 09), determinou sua redistribuição a uma das Varas da Fazenda Pública e Autarquias (fls. 10).

Por sua vez, como consta do relatório, sustenta a MMª. Juíza suscitante, em parte:

"*... Além do preceito no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, tem-se que agora ficou ainda mais patente a absoluta exigência de lei (em sentido estrito) para criar seja autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme o inciso XIX do art. 37 da Lei Maior, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4/6/68.*

Em sendo assim, se havia alguma dúvida de que sociedades ou empresas com participação acionária do Poder Público, para serem empresas públicas ou sociedades de economia mista, dependem de sua instituição através de lei, não persiste mais qualquer questionamento.

Portanto, a MGI não é uma sociedade de economia mista..." (fls. 04).

Acerca da questão controvertida, assim decidiu a egrégia Terceira Câmara Cível, quando do julgamento do Conflito Negativo de Competência nº 244.557-5/00, de Belo Horizonte, da relatoria do em. Desembargador Kildare Carvalho:

"*... Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública Estadual em face do MM. Juiz da 30ª Vara Cível da Capital que, nos autos da execução ajuizada pelo Bemge-Banco do Estado de Minas Gerais S.A. contra Alexandre Pestana Duarte e outros, após petição do BDMG-Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A., informando que o exeqüente havia cedido o seu crédito ao Estado de Minas Gerais, declarou-se incompetente para conhecer e julgar o feito, declinando da sua competência para uma das varas de Fazenda Pública estadual de Belo Horizonte.*

Alega o suscitante que o Bemge é uma sociedade de economia mista, que não goza de prerrogativa referente a vara especializada. Aduz que a Constituição Federal submete as sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Assevera que a MGI-Minas Gerais Participações S.A. tem personalidade jurídica de direito privado, sendo uma sociedade anônima comum, criada mediante ata de assembléia geral. Por fim, ressalta ser insignificante, para a aferição de competência no caso em apreço, o fato de o Estado ser o acionista majoritário da empresa MGI. Requer, destarte, seja reconhecida a competência do MM. Juiz suscitado.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 23/25-TJ, pela competência do Juízo suscitado.

Compulsando os autos, tenho que a análise do conflito negativo de competência em comento deve ser feita à luz da Lei Complementar nº 59 de 18 de janeiro de 2001, que, em seu art. 59, preceitua:

'Art. 59. Compete ao Juiz da Vara de Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas cíveis em que intervenham, como autor, réu, assistente ou opoente, o Estado, os municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público, respeitada a competência de foro estabelecida na lei processual'".

In casu, como se observa dos elementos colacionados aos autos, o Banco do Estado de Minas Gerais S.A. cedeu o seu crédito à MGI-Minas Gerais Participações S.A., sociedade de economia mista, cujo acionista majoritário é o Estado de Minas Gerais.

Logo, a referida empresa integra a Administração Indireta, tendo por objetivo social "*participar de projetos de desenvolvimento regional de interesse público, prestar apoio técnico e de gestão administrativa na política de privatização do Estado, assessorar os dirigentes da Secretaria de Estado da Fazenda e colaborar com o sistema estadual de finanças*".

O fato, por si só, de contar com personalidade de direito privado não afasta a competência das varas de Fazenda Pública para processar e julgar os feitos em que esteja envolvida, já que se constata a participação ativa do Estado em seu capital, sendo o seu objetivo, sem sombra de dúvidas, prestar serviços sociais.

A respeito, vem-se posicionando este Tribunal:

"*Conflito negativo de competência - Sociedade de economia mista - Administração Pública Indireta - Controle do Estado - Competência das Varas da Fazenda*" (Processo nº 223.423-5 - Rel. Des. José Francisco Bueno).

"*Ocorrendo, no curso de ação ajuizada perante uma das varas cíveis da capital, a interveniência do Estado de Minas Gerais, em razão da cessão*

de crédito efetuada pelo Bemge S.A. à sociedade de economia mista de que é sócio majoritário, transfere-se a competência do feito para uma das varas de Fazenda Pública, a teor do que dispõe o art. 65 da LC nº 38/95, não sendo caso de se aplicar o princípio da perpetuatio jurisdicionis" (Processo nº 225.946-3 - Rel. Des. Bady Curi).

Com estas considerações, julgo improcedente o conflito negativo de competência em exame, declarando competente para processar o presente feito o MM. Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública estadual (suscitante) para onde devem ser remetidos os autos..." (Jurisprudência do TJMG, via Internet).

Por sua vez, quando do julgamento do referido Conflito Negativo de Competência nº 223.423-5/00, relatado pelo em. Des. José Francisco Bueno, e do qual participamos como Vogal, assim decidiu esta Quinta Câmara Cível, sem divergência:

"*... O Dr. José de Anchieta da Mota e Silva, MM. Juiz de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, suscita conflito negativo de competência, diante da decisão de f., proferida pela Dra. Heloísa Helena de R. Combat, MMª. Juíza da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias.*

Esclarece-se que o feito originalmente tramitou perante o Juízo suscitante, que, em virtude de cessão de crédito feita pelo Bemge à MGI-Minas Gerais Participações S.A., entendeu ser incompetente e determinou redistribuição.

Recebidos os autos, a MMª. Juíza suscitada os devolveu, ao fundamento resumido de a MGI não se enquadrar nas hipóteses do art. 65 da LCE 38/95.

O suscitante provoca o incidente e apresenta suas razões.

Dispenso-me de ouvir os honrados Juízes envolvidos, em respeito às manifestações dos autos.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela definição da competência do Juízo suscitante.

Do necessário, essa a exposição.

Decide-se:

A MGI-Minas Gerais Participações S.A. é sociedade de economia mista, contratada pelo Estado de Minas Gerais, que é o acionista majoritário, integrando sua Administração Pública Indireta.

O art. 65 da antiga lei que regia a organização judiciária de nosso Estado é repetido, verbatim, *no art. 59 da LCE 59/2001.*

Tanto se vincula à Administração Pública Indireta que para ceder direito de subscrição de ações da Heliobrás necessitou de lei específica (Lei 10.197/90).

Integram a sociedade, além do Estado, que a controla, a Cemig e o BDMG, empresas estatais, e a Cia. Vale do Rio Doce, privada.

Trata-se de sociedade de economia mista, controlada pelo Estado, vinculada ao sistema estadual de finanças, merecendo, portanto, a competência da Vara de Fazenda Pública e Autarquias.

Dirimindo a controvérsia, resolvo o conflito dando pela competência do Juízo suscitado.

Comunique-se com urgência..." (*id., ib.*).

Na verdade, é a MGI-Minas Gerais Participações S/A pessoa jurídica de direito privado, organizada sob a forma de sociedade anônima, controlada diretamente pelo Estado de Minas Gerais (acionista majoritário), vinculada ao Sistema Estadual de Finanças, nos termos do art. 4º, inciso III, alínea *d*, da Lei Estadual nº 12.984/98 e integrante da Administração Indireta, como previsto nas disposições contidas no inciso V do parágrafo 1º do artigo 14 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Concluindo, não vendo razão para modificar meu posicionamento acerca da matéria, só me resta resolver o conflito dando pela competência do *Juízo suscitante*, ou seja, o da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, ao se acolher, em substância, o lúcido parecer do Procurador de Justiça, Dr. João Francisco Rolla.

É como voto.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

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

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA TERCEIRA VARA DA FAZENDA SUSCITANTE.

-:::-

ENSINO - ESTABELECIMENTO PÚBLICO - MATRÍCULA - TAXA - ILEGALIDADE

- Revela-se absolutamente ilegal a exigência de pagamento de matrícula em estabelecimento público de ensino, ante expressa disposição constitucional que determina a gratuidade deste.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 287.738-9/00 - Comarca de Montes Claros - Relator: Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Matrícula - Taxa - Ilegalidade - Art. 206, inciso IV da CR. - Revela-se absolutamente ilegal a exi-

gência de pagamento de matrícula em estabelecimento público de ensino, ante expressa disposição constitucional que determina a gratuidade deste. - Sentença confirmada, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2002. - *Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que concedeu a segurança pleiteada por João Pereira dos Santos Júnior, contra ato do Reitor da Unimontes-Universidade Estadual de Montes Claros.

As razões recursais das partes, bem como a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça foram alvo de sucinta reportagem no relatório de fls.

Conhece-se da remessa oficial do processo, bem como do recurso voluntário interposto.

Analisando-se as preliminares questionadas pelo apelante, exsurge que razão não lhe assiste.

Com efeito, no tocante à alegada impossibilidade jurídica do pedido, porque direcionado contra a Lei 11.517/94, resulta equivocado o entendimento do recorrente, porquanto a ação mandamental não se põe contra a aludida lei, mas sim contra ato praticado com base na mesma.

Rejeita-se, assim, a preliminar.

Relativamente à decadência do direito de ação do autor, verifica-se, de plano, que tal não ocorre, porquanto a ação, proposta em janeiro do presente ano, questiona ato também praticado no início deste ano, inocorrendo, portanto, o vício apontado.

Destarte, rejeita-se, também, esta preliminar.

No mérito, observa-se, de pronto, que a exigência questionada, de pagamento de taxa de matrícula, para acesso a curso superior, em estabelecimento estadual de ensino, mostra-se ilegal ou mesmo inconstitucional, porquanto consiste em iniludível afronta ao disposto no artigo 206, inciso IV, da Constituição da República, que prevê a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, caso em que se enquadra a Unimontes.

A matéria, aliás, não é nova neste Tribunal, já havendo merecido análise, conforme se vê da ementa citada, à fl. 76-TJ, pelo ilustre Promotor de Justiça, a quem peço vênia para transcrever:

"*Ensino superior - Estabelecimento público estadual - Gratuidade. - O preceito constitucional (CF/88, art. 206, IV) não contém qualquer restrição ou distinção quanto ao grau de ensino objeto da tutela estatal, devendo vigorar também no âmbito estadual. Ilegal, assim, a cobrança de taxa de matrícula e renovação nas escolas públicas de ensino. Sentença que se confirma, no reexame necessário*" (TJMG - Ap. Cível nº 169.580-8/00, Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Universidade do Estado de Minas Gerais - Apelada: Josane Fátima Barbosa - Relator: Des. Cláudio Costa - j. em 09.03.2000).

Destarte, ante os fundamentos supra-expostos, a outra solução não se poderia chegar senão pela concessão da ordem pleiteada, em face da ilegalidade da exigência posta pela apontada autoridade coatora.

Nenhuma censura merece, pois, a sentença fustigada, que, em reexame necessário, resta mantida, por seus próprios fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - CARREIRAS DA POLÍCIA CIVIL - MÉDICO-LEGISTA - LIMITE DE IDADE - RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL

- A exigência editalícia de que o candidato tenha no máximo 32 anos de idade, para concorrer ao cargo de médico-legista, revela-se contrária à nova ordem constitucional, na medida em que tal restrição só ganha validade quando constituir requisito indispensável em razão da natureza e atribuições do cargo. Outrossim, a regra que exclui os atuais servidores estaduais de referido limite de idade, além de evidenciar que a juventude não é assim tão inerente ao cargo disputado, também configura flagrante desigualdade de tratamento, o que a norma constitucional veda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 288.164-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Ementa oficial: Mandado de segurança - Carreiras da Polícia Civil - Concurso público - Limitação de idade - Restrição inconstitucional. - A exigência editalícia de que o candidato tenha no máximo 32 anos de idade, para concorrer ao cargo de médico-legista, revela-se contrária à nova ordem constitucional, na medida que tal restrição só ganha validade quando constituir requisito indispensável em razão da natureza e atribuições do cargo. Outrossim, a regra que exclui os atuais servidores estaduais de referido limite de idade, além de evidenciar que a juventude não é assim tão inerente ao cargo disputado pelo impetrante, também configura flagrante desigualdade de tratamento.

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, 12 de novembro de 2002. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da remessa oficial, assim como do apelo voluntário, eis que satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se, na espécie, de mandado de segurança impetrado por José Silvio Mercadante Resende contra ato do Diretor-Geral da Acadepol, que fez publicar edital de abertura de concurso público para os quadros da Polícia Civil do Estado, vendo-se o impetrante impedido de participar do certame por contar com idade superior ao limite exigido por norma editalícia para ingresso na carreira de médico-legista.

A previsão editalícia, que, por sua vez, busca amparo no artigo 80, II, da Lei Estadual 5.406/69, dispõe que o candidato deve ter no máximo 32 anos de idade, sendo que o impetrante conta com 40 anos.

A matéria não é nova, e meu ponto de vista sobre a matéria coincide com o entendimento encampado pela douta Sentenciante, motivo pelo qual não há reparos a serem feitos no respeitável *decisum*.

Na nova ordem constitucional, veda-se expressamente qualquer forma de discriminação, assegurada a igualdade de direitos sem distinção de qualquer natureza, sendo que, dentre os direitos sociais, encontra-se elencada a "*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*" (art. 7º, XXX), o que vale para os servidores públicos, na exata compreensão da norma contida no art. 39, § 3º, da mesma Carta Maior.

Por outro lado, também prevê a Constituição Federal que "*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*" (art. 37, I).

Procurando compatibilizar as normas constitucionais, a jurisprudência perfilha o entendimento de que a lei pode estabelecer critérios de acesso ao serviço público, tal como autorizado pela norma do art. 37, I, todavia, *tal restrição só ganha validade quando constituir requisito necessário em razão da natureza e atribuições do cargo.*

O Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

"*Concurso público para o cargo de Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro - Acórdão que concluiu pela ilegitimidade da exigência da idade de 35 anos - Alegada violação às normas dos arts. 7º, inc. XXX, e 37, inc. I, da Constituição Federal. - A Constituição Federal, em face do princípio da igualdade, aplicável ao sistema de pessoal civil, veda diferença de critérios de admissão em razão de idade, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na Lei e aquelas em que a referida limitação constitua requisito necessário em face da natureza e das atribuições do cargo a preencher. Existência de disposição constitucional estadual que, a exemplo da federal, também veda o discrime*" (STF - RE 140945/RJ - Rel. Min. Ilmar Galvão - *DJU* de 22.09.1995).

E mais recentemente:

"*Concurso público - Idade - Limite de idade. - A imposição de limite de idade para inscrição em concurso público não prescinde de ter-se o critério como decorrente da função a ser exercida. Surge conflitante com o inciso XXX do artigo 7º da Carta de 1988, aplicável aos servidores públicos em face da previsão do § 2º do artigo 39 nela contido, a norma estadual que impõe idade limite de 35 anos relativamente a concurso para preenchimento de cargo de Fiscal de Tributos Estaduais (artigo 20, inciso II, da Lei nº 8.118/85). Precedente específico: Recurso Extraordinário nº 209.714-4-RS, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, publicado no* Diário da Justiça *de 20 de março de 1998, ementário 1903-07*" (RE 217.226-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 27.11.98).

Reverente ao entendimento esposado pela Corte Suprema, o Superior Tribunal de Justiça, em data recente, assim se pronunciou:

"*O Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos recursos ordinários em mandado de segurança 21.033/DF e 21.046/RJ, firmou entendimento no sentido de que, salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, não pode a lei, em face do disposto nos artigos 7º, inciso XXX, 37, inciso I, e 39, § 2º, da Constituição da República, impor limite de idade para a inscrição em*

concurso público" (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 6.159-RS, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 09.10.2001 e publicado no *DJ* de 25.02.2002).

A meu sentir, tal exegese é a que melhor se coaduna com os princípios constitucionais, especialmente o da isonomia.

Na doutrina, encontramos a prestigiada lição de Alexandre de Morais, *in Direito Constitucional*, Atlas, 9ª edição, p. 64:

"*A proibição genérica de acesso a determinadas carreiras públicas, tão-somente em razão da idade do candidato, consiste em flagrante inconstitucionalidade, uma vez que não se encontra direcionada a uma finalidade acolhida pelo direito, tratando-se de discriminação abusiva, em virtude da vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX), que consiste em corolário, na esfera das relações do trabalho, do princípio fundamental da igualdade (CF, art. 5º,* caput*), que se entende, a falta de exclusão constitucional inequívoca, como ocorre em relação aos militares (CF, art. 42, § 1º), a todo o sistema de pessoal civil*".

A meu sentir, a norma do art. 37, I, autoriza que a legislação infraconstitucional estabeleça critérios de acesso ao serviço público, todavia, desde que as restrições criadas não colidam com as normas expressas da própria Constituição Federal, pelo que me alinho ao entendimento de que a vetusta Lei 5.406/69 não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, haja vista a absoluta incompatibilidade de princípios entre ambas.

Voltando à realidade específica dos autos, tenho que, para o cargo pretendido, qual seja, médico-legista, por sua própria natureza e pelo conjunto de suas atribuições, não se pode exigir que apenas os jovens com menos de 32 anos o ocupem. Não posso acreditar que, num país em que a média de vida, segundo as estatísticas, encontra-se na casa dos 68 anos, em curva ascendente, ultrapassados os 32 anos, uma pessoa não sirva mais para exercer a atribuição do referido cargo.

Não será demais lembrar que, dentre as fases do concurso, inserem-se os exames biomédicos e os testes de capacitação física, que são hábeis em aquilatar se os candidatos reúnem condições físicas adequadas ao desempenho do cargo e, caso contrário, será aí, em momento próprio, que serão eles impedidos de prosseguir no certame.

Destarte, não se pode presumir que, ultrapassados os 32 anos de idade, o candidato já não possa mais ser útil ao serviço público, especialmente para o cargo em evidência nestes autos, cujas peculiaridades prescindem, inteiramente, do critério de idade.

Há um outro fato de relevo para o deslinde da questão, e tal constitui-se em verdadeiro absurdo jurídico: é a ressalva feita em relação aos atuais servidores públicos efetivos do Estado de Minas Gerais, que não se submetem à limitação de idade. Tal norma, benéfica a apenas um grupo, *evidencia que a juventude não é assim tão inerente ao cargo disputado pelo impetrante, além de configurar flagrante desigualdade de tratamento.*

Nesta conformidade, *em reexame necessário*, e contando com a anuência da douta Procuradoria de Justiça, *confirmo* a sentença, restando prejudicado o apelo voluntário.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Abreu Leite - De acordo.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - CDA - VALOR ENGLOBANDO IPTU E TAXAS - AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DAS TAXAS COBRADAS - NULIDADE

- É inexeqüível, por afetar a liquidez e a certeza do título, a CDA que engloba IPTU e taxas, sem discriminar o valor de cada tributo e sem indicar, expressamente, quais as taxas que estão sendo cobradas, subtraindo o direito de defesa do executado, pois tal certidão não permite que se saiba exatamente o que se cobra, tornando nula a execução fiscal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 289.498-8/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Ementa oficial: Execução fiscal - CDA - Ausência de especificação das taxas cobradas - Nulidade. - A ausência de individuação das taxas cobradas afeta a liquidez e certeza do título executivo, subtraindo do executado o exercício da ampla defesa, pois a certidão não permite discernir exatamente quais delas estão sendo objeto da execução.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 21 de outubro de 2002. - *Wander Marotta* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Wander Marotta - Contra a r. decisão de fls. 38/41, que rejeitou os embargos opostos à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Município de Contagem, recorre Staf Serviços Técnicos Adail Franklin Ltda.

Sustenta, em síntese, que a execução fiscal tem por objetivo o recebimento do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU - do exercício de 1994, acrescido de juros, correção monetária e multa moratória. Contudo, a CDA é nula, pois ofende o disposto no artigo 202 do Código Tributário Nacional e no § 5° do artigo 2° da Lei n° 6.830/80, sendo expressamente vedada a cobrança de taxas e impostos em uma mesma certidão sem a discriminação ou especificação "... *precisa e suficiente para a percepção, pelo contribuinte, do montante exato devido a cada espécie de tributo*" (fls. 45). Pede para que seja reconhecida a nulidade da CDA que instrui o procedimento executivo, com a conseqüente extinção da presente demanda. No mérito, alega a inconstitucionalidade da Lei n° 1.611/83, que adotou alíquotas progressivas para o cálculo do IPTU. Sustenta ser o tributo um imposto de natureza real, que não possui caráter pessoal, não existindo lei que autorize a adoção de alíquotas progressivas, e que o seu fato gerador não é a finalidade dada ao imóvel, nem as atividades econômicas que nele possam ser exercidas. Ressalta, ainda, que a Emenda Constitucional n° 29/00, que modificou o § 1° do artigo 156 da Carta Constitucional, não pode ser invocada no caso dos autos, em razão do princípio da irretroatividade das leis, insculpido no inciso XXXVI do artigo 5° da Constituição Federal e no artigo 6° da Lei de Introdução ao Código Civil. Pela inconstitucionalidade da Lei n° 1.611/83, requer seja declarado inexigível o crédito tributário objeto da presente execução fiscal.

Conheço do recurso.

A execução foi ajuizada em 29 de abril de 1997 e visa ao recebimento de R$1.078,47, que seria decorrente de IPTU e taxas de utilização dos serviços urbanos (Lei n° 1.611/83, artigos 189 a 194; 195 a 200; 201 a 203), correção monetária, multa moratória de 30% e juros de mora.

O valor referente ao IPTU e taxas perfaz o total de R$477,03, alegando o embargante que, na inicial, não foi feita "... discriminação de valores relativamente ao que seria devido em termos de IPTU e de Taxas pela utilização dos serviços urbanos (fls. 04), sendo nula a certidão de dívida ativa que instrui a demanda, em razão do disposto no artigo 202 do CTN e artigo 2°, § 5°, da LEF.

Nos termos do artigo 202 do CTN:

"*Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:*

I - o nome do devedor e, sendo o caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o débito".

O § 5° do artigo 2° da Lei de Execução Fiscal também é expresso no sentido de que:

"*... 5°. O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:*

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro da Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida".

A CDA que instrui a presente execução não preenche os requisitos mencionados, pois não especifica a origem do débito. Segundo a certidão, o crédito tributário seria decorrente de tributos devidos, e não recolhidos no exercício de 1994, quais sejam: o IPTU e "... *taxas pela utilização de serviços urbanos*", nos termos da Lei n° 1.611/83.

Não se sabe, contudo, *quais seriam estas taxas*, não tendo o credor sequer trazido aos autos a cópia da Lei n° 1.611/83.

A lei exige que a CDA especifique a origem do crédito tributário para que o executado possa defender-se de eventuais excessos ou de cobranças inconstitucionais. Para que possa exercitar defesa, é imprescindível a discriminação de cada um dos tributos cobrados, na sua natureza e origem. Ainda que se admitisse que a certidão indicasse o valor total devido em razão do IPTU e das taxas, não discriminando separadamente cada um destes valores, não é viável que não indique expressamente quais as taxas estão sendo exigidas.

Leciona MILTON FLAKS:

"Dentro da mesma orientação - facultar ao executado à defesa cabível - indispensável que da inscrição conste a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida.

Natureza é a identificação da dívida como tributária ou não tributária. Facultado ao devedor, obviamente, dele discordar, é imperioso que a Fazenda declare o seu entendimento, mesmo nos casos duvidosos (taxa ou preço público, empréstimo compulsório, contribuições, custas judiciais), visto que existem diferenças substanciais entre a proteção que a lei empresta aos créditos tributários e aos não tributários.

Origem é a situação de fato ou jurídica que provocou o nascimento da dívida, ou melhor, o fato gerador da obrigação pecuniária para com a Fazenda. Orientou-se a jurisprudência no sentido de que "fundado o executivo fiscal em certidão de inscrição de dívida ativa, é indispensável que desta conste a origem da dívida, especificamente, não sendo bastante a simples referência ao título do tributo. Sem a caracterização do fato gerador, ou a situação de fato de que se origina a tributação, ocorre o cerceamento de defesa, que anula a ação executiva" (*Comentários à Lei de Execução Fiscal*, Rio de Janeiro: Forense Ed., 1981, p. 102).

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Tribunal, ao decidir execuções fiscais propostas também pelo Município de Contagem:

"Ementa: Execução fiscal. CDA. Não-discriminação dos valores relativos ao IPTU e às taxas. Prejuízo para a defesa do sujeito passivo da obrigação tributária. Nulidade do título. Sentença confirmada". (Apelação Cível nº 184.824-1/00 - Comarca de Contagem - Relator: Exmo. Sr. Des. Aluízio Quintão - Quinta Câmara Cível - j. em 21 de setembro de 2000 - v.u.)

"Ementa: Execução fiscal - CDA - Lançamento conjunto de imposto e taxa - Ausência de discriminação individual de cada cobrança - Nulidade - Argüição incidenter tantum *de inconstitucionalidade de lei - Possibilidade - Extinção da execução. - É inexeqüível a CDA que engloba mais de um tributo, sem discriminar o valor originário de cada um, ferindo as disposições do art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/80 e cerceando o direito de defesa do contribuinte. Desde que admitida toda e qualquer matéria de defesa para invalidar o título executivo, possível também a argüição* incidenter tantum *de inconstitucionalidade de lei."* (Apelação Cível nº 185.492-6/00 - Comarca de Contagem - Relator: Exmo. Sr. Des. José Francisco Bueno - Quinta Câmara Cível - j. em 1º de junho de 2000- v.u.)

A ausência de individuação das taxas afeta a liquidez e certeza do título executivo, subtraindo do executado o exercício da ampla defesa, pois a certidão não permite sequer que se saiba exatamente o que se cobra.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para declarar nula a certidão de dívida ativa que instrui a execução, e, conseqüentemente, acolho os embargos para declarar a nulidade da execução fiscal por ausência de título executivo líquido e certo.

Custas do recurso pela embargada, que deverá arcar, ainda, com os honorários de 10% sobre o valor atualizado da dívida.

O Sr. Des. Pinheiro Lago - De acordo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - EXECUÇÃO - LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA

- A competência para execução de honorários de sucumbência cabe ao juízo da causa, visto que o título executivo é a própria sentença impositiva da sucumbência.

- Não obstante ter o advogado legitimidade ativa para a cobrança dos honorários arbitrados a seu favor, nada impede que a parte vencedora execute o principal e a verba da sucumbência, mesmo em se tratando da Fazenda Pública estadual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 289.913-6/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ORLANDO CARVALHO

Ementa oficial: Honorários advocatícios - Execução - Legitimidade e competência. - A competência para execução de honorários de sucumbência cabe ao juízo da causa, posto que o título executivo é a própria sentença impositiva da sucumbência. Não obstante ter o advogado legitimidade ativa para a cobrança dos honorários arbitrados a seu favor, nada impede que a parte vencedora execute o principal e a verba da sucumbência, mesmo em se tratando da Fazenda Pública estadual.

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, 22 de outubro de 2002. - *Orlando Carvalho* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Orlando Carvalho - Cuida-se de inconformismo com sentença que julgou improcedentes os embargos à execução da verba honorária da sucumbência, interpostos pela parte executada, Atlanta Alimentos do Brasil Ltda., contra a Fazenda Pública exeqüente da verba honorária de sucumbência, fixada em favor do seu procurador.

Repelida a preliminar de competir exclusivamente ao procurador, credor dos honorários, a execução da verba honorária, e julgados improcedentes os embargos à execução da sentença impositiva dos honorários, apela a embargante, reiterando suas razões antes expostas.

Conheço do recurso, próprio e tempestivo, para negar-lhe guarida, ratificando a escorreita sentença, que merece prosperar.

Com efeito, a Resolução nº 377/01 deste TJMG, que alterou a competência fixada na Resolução anterior nº 349/99, dá como competente o Juízo das Varas dos Feitos Tributários para processar e julgar tais feitos, conseqüentemente para a execução da sentença condenatória, incluída a dos honorários decorrentes da sucumbência, nos termos do art. 589 do CPC e do art. 24, § 1º, da Lei nº 8.906/94, consoante entendimento jurisprudencial colacionado na r. sentença:

"*Execução de honorários advocatícios. Competência. - Tratando-se de execução de honorários de sucumbência, a mesma deve ser promovida nos próprios autos da ação, posto que não constitui ação distinta e o título executivo é a sentença*" (TJMG, Apel. nº 167.260-9/00, j. em 27.06.2000).

Quanto à legitimidade ativa, para a execução dos honorários sucumbenciais, tem-se que o próprio profissional beneficiado, como a parte vencedora da ação, consoante julgado também colacionado:

"*Execução de honorários - Legitimidade. - Não obstante tenha o advogado legitimidade ativa para cobrança dos honorários arbitrados a seu favor no dispositivo sentencial, nada impede que a parte vencedora cobre em execução o principal e a verba da sucumbência*" (TJMG, Proc. nº 175.147-8/00, julg. em 25.04.2000).

Aliás, no caso da Procuradoria da Fazenda estadual, há previsão legal de que os honorários são destinados a um "caixa único" e, posteriormente, divididos entre os componentes do quadro de Procuradores, resultando ausência de contenda, resultando impertinentes os questionamentos da apelante, consoante jurisprudência, *v.g.*:

"... *Diversamente do demandante privado vencedor, quando os honorários profissionais, de regra, constituem direito patrimonial do advogado, tratando-se de ente estatal, não pertencem ao seu procurador ou representante judicial. Os honorários advenientes integram o patrimônio público*" (STJ - 1ª Turma, REsp 151.226, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJU* de 31.08.98).

Efetivamente, restam meramente protelatórios os embargos e o recurso apelatório.

Assim, nego provimento ao presente recurso apelatório.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SERVIDOR APOSTILADO - CARGO PÚBLICO - EXTINÇÃO - MODIFICAÇÃO DA NOMENCLATURA - REVISÃO DE REMUNERAÇÃO - REDUÇÃO DOS VALORES REMUNERATÓRIOS - AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO À AMPLA DEFESA - INADMISSIBILIDADE

- A Administração não pode, unilateralmente e sem garantir ao servidor o direito de ampla defesa, em processo administrativo, impor revisão de remuneração que implique redução de seus valores.

- O titular do cargo não tem a propriedade do lugar que ocupa; o ordenamento jurídico pátrio faculta à Administração o direito de suprimir, transformar e alterar os cargos públicos. Todavia, os servidores apostilados possuem o direito de estabilidade financeira decorrente do exercício continuado do cargo, não podendo a Administração, com a extinção do cargo ou modificação de sua denominação, remunerá-los com valores inferiores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 290.464-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

Ementa oficial: Ação ordinária - Administração - Poder de suprimir, alterar e transformar cargos públicos - Revisão de remuneração - Valores inferiores - Ausência do direito de defesa. - "*O titular do cargo não tem a propriedade do lugar que ocupa; o ordenamento jurídico pátrio faculta à Administração o direito de suprimir, transformar e alterar os cargos públicos*". - "*É cediço que os servidores apostilados possuem o direito de estabilidade financeira decorrente do exercício continuado do cargo, não podendo a Administração, com a extinção do cargo ou modificação de denominação, remunerá-los com valores inferiores*".

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2002. - *Alvim Soares* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Alvim Soares - Recursos de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Maria Dorotéia Oliveira de Araújo e Ilma Campos Guimarães Dias ajuizaram ação ordinária contra o Município de Belo Horizonte, objetivando a declaração de ilegalidade da redução de suas remunerações, bem como a condenação ao pagamento das diferenças devidas, a partir de dezembro de 2000 - data da redução -, decorrentes da incorreta aplicação das normas dispostas nas Leis Municipais 7.235/96 e 8.146/00; requereram, ainda, a retificação dos documentos municipais para que conste a real designação e nomenclatura do cargo e função nos termos em que constavam originalmente; juntaram documentos.

Citado, o Município-réu apresentou contestação, asseverando que não houve redução de vencimentos nem tampouco de remuneração, mas sim nova denominação aos valores componentes da remuneração dos autores.

O MM. Juiz de Direito *a quo* em seu *decisum* (fls. 131/143-TJ), julgou parcialmente procedente a pretensão das autoras para determinar o afastamento da revisão de remuneração a elas imposta pelo Município-réu, bem como a sua condenação ao pagamento das diferenças devidas desde a revisão.

Às fls. 147/153-TJ, foi interposto recurso de apelação aviado pelas requerentes, objetivando a reforma da r. sentença no que tange à retificação dos documentos municipais, para que conste a real designação do cargo e função que constavam originalmente; a insurgência recursal do Município-réu encontra-se transparente às fls. 155/161-TJ, batendo-se pela reforma total do decidido; não sofreram contrariedade.

Os autos aqui aportaram em virtude do disposto no art. 475, II, do CPC, bem como pela interposição dos recursos voluntários.

Data venia, incensurável sob todos os enfoques que se lhes quer aplicar a decisão primeva molestada.

Primeiramente, urge esclarecer que a inicial foi aditada às fls. 74-TJ para acrescentar o pedido de condenação do Município-réu nas diferenças devidas às autoras após a revisão; portanto, a lide foi decidida nos exatos termos em que foi proposta.

A Lei Municipal 7.235/96, que alterou a tabela de vencimentos para a área de educação, no seu art. 7º faz alusão aos servidores apostilados, estabelecendo critérios para a apuração da vantagem decorrente do seu apostilamento; a Lei Municipal 8.146/00 extinguiu o direito dos servidores ao apostilamento na forma descrita pela Lei Municipal 5.809/90, ficando ressalvado o direito dos servidores que a ele faziam jus, na data da vigência de tal lei; porém, os servidores passaram a receber a referida parcela remuneratória na forma de vantagem pessoal; alegam as autoras que, em virtude de tal modificação, houve redução de seus vencimentos; tenho que, em verdade, conforme ficou comprovado à fl. 116-TJ, o Município-réu impôs unilateralmente e sem garantia da ampla defesa a revisão dos proventos das requerentes.

O Magistrado singular em seu ato sentencial deixou consignado:

"*A revisão de proventos referida pela Administração às fls. 115/116 não poderia impor qualquer redução nos proventos de aposentadoria das requerentes, sem que se lhes garantisse o direito à ampla defesa, porquanto a Administração confessa que promoveu a revisão com base tão-somente em parecer normativo, não adotando o correto meio processual capaz de revestir o procedimento de legalidade, garantindo ao servidor o seu sagrado direito de se defender da ação administrativa promovida quando da implantação da Lei Municipal 8.146/00*".

É cediço que os servidores apostilados possuem o direito de estabilidade financeira decorrente do exercício continuado do cargo, não podendo a Administração, com a extinção do cargo ou modificação de denominação, remunerá-los com valores inferiores.

Da sabença geral, bom enfatizar, que o titular do cargo não tem a propriedade do lugar que ocupa; o ordenamento jurídico pátrio faculta à Administração o direito de suprimir, transformar e alterar os cargos públicos.

"*A lei posterior pode extinguir e alterar cargos e funções de quaisquer titulares - vitalícios, estáveis e instáveis*" (HELY LOPES MEIRELLES, *in Direito Administrativo Brasileiro*, p. 366).

Com propriedade, vaticinou o Julgador planicial em sua decisão molestada:

"*(...) poderá haver modificação dos atuais cargos e imposição de extinção aos antigos, ou modificação de direitos às gratificações, incorporações de vantagens, imposição de novo enquadramento, fatos que só podem ser combatidos quando tenha havido, como no presente caso, subtração do direito dos servidores à irredutibilidade de vencimentos*".

Isso colocado, em reexame necessário, mantenho em toda sua

inteireza a decisão singular fustigada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicados os recursos voluntários.

Custas recursais, na forma da lei.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - BLOQUEIO E SEPARAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 730 DO CPC

- O bloqueio e separação de dinheiro proveniente do Fundo de Participação dos Municípios para satisfação de crédito, mesmo que de natureza alimentícia, em processo de execução por quantia certa, é providência imprópria e ilegal, sendo impossível, portanto, consoante disposições contidas no art. 100 da CF e no art. 730 do CPC.

AGRAVO Nº 291.956-1/00 - Comarca de Santa Maria do Suaçuí - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Ementa oficial: Recurso de agravo - Bloqueio e separação de dinheiro público - Verba do Fundo de Participação dos Municípios - Processo de execução por quantia certa - Impossibilidade. - O bloqueio e separação de dinheiro proveniente do Fundo de Participação dos Municípios para a satisfação de crédito, mesmo de natureza alimentícia, em processo de execução por quantia certa, é providência imprópria e ilegal, portanto impossível, consoante o estatuído no art. 100 da Constituição Federal e art. 730, I, do CPC. Provimento do recurso que se impõe.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2002. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Em face da decisão de fl. 33 que determinou o bloqueio e separação

do valor de R$13.126,83, em agência do Banco do Brasil S.A., da verba referente ao FPM para a satisfação de crédito em processo de execução por quantia certa, o Município de São Sebastião do Maranhão interpôs recurso de agravo, objetivando a "cassação" da aludida decisão e outra conseqüente de levantamento da mencionada importância em dinheiro, sustentando, para tanto e em síntese, "*que não se encontra em mora com o agravado, visto que o seu crédito se encontra englobado no Precatório de nº 02, que já se encontra em liquidação na forma do art. 78 do ADCT em prestações anuais; que a execução movida pelo agravado há de obedecer ao rito imposto pelo art. 730 do CPC; que é inoportuna a penhora de valores em conta corrente, bem como o arresto de bem público; que as decisões trazem séria violação aos arts. 730/731 do CPC, art. 67 do Código Civil e art. 100 da Constituição Federal*".

Para a formação do instrumento vieram as peças de juntada obrigatória e outras entendidas como necessárias.

Pelo despacho de fls. 61/62, comunicou-se efeito suspensivo ao recurso.

O agravado - Hermes Brandão Vilela -, intimado, apresentou a contraminuta de fls. 75/76, pugnando pelo improvimento do agravo.

O MM. Juiz *a quo* prestou as informações contidas nas fls. 80/81, notadamente sobre o não-exercício do juízo de retratação.

Processamento regular.

É o relatório.

Com razão o agravante.

Leciona e ensina, em magistral aula, o imortal jurista CARLOS MAXIMILIANO:

"*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal, válido o ato, a que torne aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo*" (*in Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Livraria do Globo, 1933, p. 183).

Esta lição, sempre presente e atual, encaixa como luvas para os dedos das mãos à espécie *sub decisio*.

A melhor exegese, consubstanciada em abundante jurisprudência e na Súmula nº 144 do STJ e do disposto no art. 100 da Constituição Federal, direciona, inexoravelmente, para o sentido de que os créditos de natureza alimentícia não se encontram obrigados à obediência da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, estabelecendo esta norma constitucional uma preferência no recebimento, não implicando, contudo, o afastamento e inaplicabilidade das normas processuais da execução especial contra a Fazenda Pública e a eliminação

ou obrigatoriedade da expedição de precatório.

Eis a Súmula nº 144 do STJ:

"*Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os* precatórios *da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa*".

Essa exegese se pauta no princípio elementar da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, uma vez que o interesse da Administração Pública não é o interesse do particular e até mesmo do próprio administrador, mas sim o da população que elegeu este último para gerilo em seu nome.

Enfeixando estas colocações, vem à baila o entendimento do também imortal HELY LOPES MEIRELLES:

"*A impossibilidade de oneração dos bens públicos, das entidades estatais, nos parece questão indiscutível diante de sua inalienabilidade e impenhorabilidade. Restam, portanto, os dominiais e as rendas públicas. Mas quanto a estes há o obstáculo constitucional da impenhorabilidade, em execução judicial. Se tais bens, embora inalienáveis, são impenhoráveis por lei, não se prestam à execução direta, que é consectário lógico de vínculo real, que se estabelece entre a coisa e a ação do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético. Desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, retirou também a possibilidade de oneração de tais bens. Exige o interesse público, e por isso mesmo a Constituição da República o resguardou, que o patrimônio das pessoas públicas fique a salvo de apreensões judiciais, por créditos particulares*" (*in Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 1999, p. 481).

É de se acrescer que a jurisprudência abundante e dominante neste Tribunal de Justiça veda por completo a adoção da medida hostilizada:

Agravo - Fundo de Participação dos Municípios - Bloqueio - Impossibilidade. - "*O Fundo de Participação dos Municípios é verba carimbada, que não pode ter sua destinação desvinculada, não podendo o Juiz privilegiar os agravados, ao determinar o bloqueio de verbas municipais, sem os ônus do precatório*" (AI nº 218.993-4, 5ª Câm. Cível, Rel. Des. Campos de Oliveira, publ. *DJ.* em 14.08.01).

Como se vê, as decisões hostilizadas por este agravo se encontram na contramão da melhor e mais apurada exegese e jurisprudência sobre a norma contida no art. 100 da Constituição Federal.

Também, não se pode perder de vista que o crédito exeqüendo, honorários advocatícios decorrentes de sucumbência em processo incidental de embargos é de discutível caráter ou natureza alimentícia consoante o elenco taxativo do parágrafo 1º-A do art. 100 da Constituição Federal, porque tais honorários representam e configuram um prêmio ao advogado da parte vencedora no pleito ou demanda. A remuneração de caráter alimentício será sempre aquela contratada com o cliente, e não a aleatória decorrente de possível sucumbência da parte contrária.

Por isso e com estas razões, dá-se provimento ao agravo para "cassar", como "cassadas" ficam, as decisões hostilizadas por este recurso.

Custas, pelo agravado.

O Sr. Des. Edivaldo George - De acordo.

O Sr. Des. Wander Marotta - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CONTRATO BANCÁRIO - MÚTUO - LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) - INAPLICABILIDADE - JUROS - LIMITES - LEI Nº 4.595/64 - SÚMULA 596 DO STF - CLÁUSULA PENAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 9º DO DECRETO Nº 22.626/33 - PEDIDO IMPLÍCITO - APRECIAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Aos contratos de mútuo, celebrados por grandes empresas comerciais com instituições financeiras, não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

- De acordo com a Súmula 596 do STF, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 às taxas de juros e outros encargos cobrados pelos bancos em contratos de mútuo.

- Os juros, em contratos bancários de mútuo, são pactuados livremente, segundo as leis do mercado e dentro dos limites fixados pelo órgão normativo e fiscalizador, nos termos da Lei nº 4.595/64.

- A cláusula penal, nos contratos bancários de mútuo, pode ir a até 10% do valor da dívida (art. 9º do Decreto nº 22.626/33).

- O juiz não pode apreciar pedido que não foi explícita e objetivamente formulado na inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 292.574-1/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE

Ementa oficial: Contrato bancário de mútuo - Não-sujeição ao Código de Defesa do Consumidor - Juros - Limites - Cláusula penal - Pedido não formulado. - Aos contratos de mútuo, celebrados por grandes empresas comerciais com instituições financeiras, não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor. - De acordo com a Súmula 596 do STF, não se aplicam as disposições do Dec. 22.626/33 às taxas de juros e outros encargos cobrados pelos bancos em contratos de mútuo. - Os juros são pactuados livremente, segundo as leis do mercado e dentro dos limites fixados pelo órgão normativo e fiscalizador, nos termos da Lei 4.595/64. - A cláusula penal pode ir a até 10% do valor da dívida (art. 9° do Dec. 22.626/33). - O juiz não pode apreciar pedido que não foi formulado na inicial.

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, 22 de outubro de 2002. - *Francisco Lopes de Albuquerque* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - Apela a autora da sentença que julgou improcedente "*ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais*" que propusera contra o BDMG, na qualidade de sucessor do extinto Banco de Crédito Real de Minas Gerais-Credireal, e sub-rogado nos créditos de que este era titular.

Em resumo, pretendera a autora revisão forçada dos sucessivos contratos de abertura de crédito que firmara com o antigo credor, sob o argumento de que esses contratos conteriam cláusulas abusivas, como a cobrança de juros e outros encargos muito acima do que era permitido em lei.

Em seu longo arrazoado, no qual reitera as alegações contidas na inicial, sustenta a apelante que os contratos bancários também se sujeitam às disposições do Código de Defesa do Consumidor, bem como ao art. 115 do Código Civil, pelo que as cláusulas contratuais abusivas são nulas e não podem prevalecer.

Acena, em seguida, com a suposta abusividade das taxas de juros que lhe foram cobradas ao longo dos sucessivos contratos, cada um deles substituindo o anterior, em operação "mata-mata".

Tais juros estariam limitados pela Lei de Usura (Decreto 22.626/33), pelo art. 192, § 3°, da CF, e por vários outros dispositivos legais, não podendo contra tais preceitos prevalecer a Lei 4.595/64, que, aliás, não autoriza os bancos a cobrar as taxas de juros que bem quiserem, apenas delega ao

Conselho Monetário Nacional competência para limitar as taxas de juros (art. 4°, XI).

Reitera que os juros pactuados lhe causaram enorme lesão, resultante do abuso do poder econômico, ao mesmo tempo em que proporcionaram enriquecimento ilícito à parte contrária, com a agravante da capitalização desses próprios juros, em caso típico de anatocismo e ofensa à Súmula 121 do STF.

Diz ser indevida a multa contratual, porque os contratos não foram regidos pelos princípios da boa-fé e da transparência.

De qualquer modo, se devida a multa por mora ou inadimplemento, não poderia ela ser superior a 2%, de acordo ainda com o Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta que também deve ser modificada a sentença no ponto em que não considerou a exclusão, por nulidade, do penhor mercantil dado em garantia do contrato, porque tal pedido não fora expressamente formulado na inicial.

Diz que o pedido está claramente implícito no próprio arrazoado da peça inaugural, pelo que deveria ser examinado e deferido.

Depois de rechear suas razões de recurso com farta citação de trechos de doutrina e jurisprudência, conclui pedindo a reforma da sentença, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, e que "*seja afastada a cobrança de todos os encargos abusivos*", tais como:

"*a) juros acima do limite legal, limitando-se a 12% ao ano;*

b) a capitalização mensal de juros, defesa em lei;

c) a correção do saldo devedor pela Tabela Price, por resultar em capitalização;

d) a exclusão da multa moratória, pelas razões de fato e de direito apostas na presente peça recursal, ou, caso assim não entenda V. Exª., a limitação da mesma ao máximo legal, qual seja, 2%;

e) seja julgado nulo o penhor mercantil conforme delineado na peça vestibular e no presente recurso por se tratar de pedido implícito..." (fl. 914).

O apelado respondeu ao recurso, reportando-se ao fato de ter o perito oficial constatado que os saldos devedores dos contratos celebrados entre a apelante e o extinto Banco de Crédito Real de Minas Gerais são os seguintes: no primeiro contrato, R$286.786,47; no segundo, R$362.308,67.

Acrescentou que os juros podem ser pactuados livremente, acima ou abaixo da taxa legal (art. 1.262 do Código Civil), não estando o mútuo bancário sujeito às limitações do Decreto 22.626/33 (Súmula 596 STF), não sendo auto-aplicável, além

disso, a disposição do art. 192, § 3°, da CF; que as operações de empréstimo bancário ainda estão regidas pelas disposições da Lei 4.595/64; que os contratos não contêm cláusula de capitalização de juros e que a multa moratória de 10% é perfeitamente válida, porque dentro do limite legal, não sendo aplicável a restrição do Código de Defesa do Consumidor, quer porque tal diploma não se aplica aos negócios bancários, quer porque os contratos foram firmados anteriormente à modificação nele introduzida pela Lei 9.298/96.

Presentes os pressupostos do juízo de admissibilidade, conheço da apelação.

Embora tenha assinado com o BDMG dois termos aditivos de contrato, confessando débitos anteriores consolidados, quando da assinatura daqueles termos (novembro de 1997), em R$198.241,07 (fl. 134) e R$1.568.588,09 (fl. 138), valores que deveriam ser pagos em 92 prestações mensais, com juros de 8% ao ano, mais TR, a autora ajuizou ação em setembro de 1999, protestando que deveria "somente" a importância de R$185.903,81, porque, nos contratos que anteriormente firmara com o banco financiador, avenças cujos saldos devedores foram sucessivamente renegociados e "rolados", teriam sido cobrados juros e outros encargos muito acima do que seria legalmente permitido.

Esta é, em resumo, a causa de pedir, exposta na inicial e apreciada na sentença de fls. 856/860, que julgou improcedente o pedido.

As razões do recurso repetem, em linhas gerais, a argumentação da inicial e se desdobram em diversos argumentos.

Em primeiro lugar, invoca a apelante o Código de Defesa do Consumidor, cujos princípios são incompatíveis com a imposição unilateral da vontade do fornecedor de bens ou do prestador de serviço, exteriorizada em contratos de simples adesão.

Embora muitos dos serviços bancários estejam, de fato, sujeitos às disposições do Código do Consumidor, sobretudo nas relações com pequenos clientes individuais, de limitadíssimo poder de negociação, não se pode generalizar e dizer que as instituições bancárias têm todas as suas atividades reguladas pelo referido Código.

No caso dos autos, trata-se de uma grande empresa que negociou com o banco um empréstimo, ou abertura de crédito, para financiar o seu capital de giro.

Não se cuida, portanto, de uma simples relação entre fornecedor e consumidor, mas de um negócio comercial de grande vulto, entre empresas representadas por pessoas afeitas ao mundo dos negócios e perfeitamente capazes de discutir, em pé de igualdade, as conveniências, vantagens ou desvantagens de determinado negócio e traduzir o acerto de vontades em cláusulas contratuais de perfeita compreensão.

Nada impede que os contratos tenham forma padronizada, porque

essa é a praxe comercial, mas as cláusulas de maior importância e relevo, aquelas que realmente definem o alcance e o valor das obrigações pactuadas, vêm com claros a serem preenchidos quando for formalizado o acordo de vontades. Isso não equivale a simples contrato de adesão.

Cai por terra, por conseguinte, o argumento de que os contratos celebrados, por serem de simples adesão, ou por ofenderem direitos de hipossuficientes, seriam nulos.

Outro argumento da apelante é o de que não poderiam ter sido cobrados, nos sucessivos contratos que firmara, juros acima de 12% ao ano. A esse respeito, dois são os fundamentos legais invocados: o art. 192, § 3°, da CF, ou a Lei de Usura (Decreto 22.626/33).

Ocorre, todavia, que, como tem sido reiteradamente decidido, a sobredita norma constitucional não é auto-aplicável, dependendo ainda de regulamentação por lei complementar. E a tese que, por algum tempo, seduziu muitos devedores, e até logrou receptividade na jurisprudência, está completamente superada.

Quanto ao Decreto 22.626/33, definiu a Súmula 596 do STF que suas disposições "*não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional*".

Na verdade, os negócios bancários e as respectivas taxas de juros continuam sendo reguladas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, que definem e fixam as taxas a serem praticadas em determinado momento da economia, o que encontra apoio na antiga, mas ainda não revogada, Lei 4.595/64.

Por considerar elevados os juros cobrados e por ter renegociado várias vezes o seu débito, entendeu a apelante que os juros foram capitalizados. Trata-se, porém, de uma simples dedução, pois os contratos não trazem cláusula expressa de capitalização dos juros.

De qualquer modo, ainda que tivesse ocorrido, a capitalização de juros não seria de todo proibida, pois o art. 4° do Decreto 22.626/33 abre exceção à "*acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano*".

Não se aplicando à apelante os invocados benefícios do Código de Defesa do Consumidor, nem por este Código sendo regidos os contratos celebrados, não cabe decotar, ou reduzir para o limite de 2%, a multa contratual pactuada, pois o próprio Decreto 22.626/33 estabelece, em seu art. 9°, que só "*não é válida a clausula penal superior à importância de 10% do valor da dívida*".

Por outro lado, andou bem, mais uma vez, o douto Juiz sentenciante, quando ressaltou que não lhe cabia apreciar a alegada nulidade do penhor mercantil feito em garantia da dívida, porque, embora tivesse suscitado a

questão, o autor não formulara pedido a respeito.

A própria apelante admite que não o fizera, mas pretende que o pedido seria implícito.

Não é bem assim, *data venia.*

Segundo os princípios processuais em vigor, mesmo que logicamente concatenados, a narração dos fatos e a fundamentação devem ser complementadas pela formulação explícita e objetiva do pedido, até porque ao pedido fica adstrito o juiz, por ocasião da sentença.

Nem se pode dizer que o pedido de nulidade do penhor mercantil decorresse necessariamente dos outros pedidos formulados pela recorrente.

Pelo exposto, e embora louvando o esforço dialético do douto patrono da apelante, nego provimento à apelação, confirmando a bem lançada sentença do Juiz José Afrânio Vilela.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PENSÃO - IPSEMG - FILHA DE SERVIDOR FALECIDO - DEPENDÊNCIA CARACTERIZADA - ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL - ÔNUS DA PROVA - INSTITUTO PREVIDENCIÁRIO - SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO - ILEGALIDADE - DEMANDA - INTERESSE PÚBLICO - AUSÊNCIA - MINISTÉRIO PÚBLICO - INTIMAÇÃO - DESNECESSIDADE

- Inexistindo o interesse público na demanda, mas apenas patrimonial, desnecessária é a intimação do Ministério Público. Assim se procede em ação de restabelecimento de pensão, movida contra instituto de previdência estadual, na qual não se deve confundir Fazenda Pública com interesse público.

- O instituto previdenciário estadual, que pretende suspender o pagamento de pensão, da qual depende e à qual faz jus a filha de servidor público falecido, deverá provar, de forma satisfatória, a existência de união estável, equiparada a casamento civil, da pensionista. Assim, poderá justificar a suspensão do benefício, sob pena de, não o fazendo, agir com ilegalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 293.288-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Desª. MARIA ELZA

Ementa oficial: Pensão devida a descendente em razão de falecimento - União estável - Cessação do pagamento da pensão - Ônus da prova do instituto previdenciário - Ilegalidade da suspensão. - Compete ao instituto previdenciário provar, de forma satisfatória, a existência de união estável equiparada a casamento civil para fazer cessar o direito de recebimento de pensão devida à filha de servidor público falecido, sob pena de ilegalidade da suspensão do pagamento.

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, 26 de setembro de 2002. - *Maria Elza* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Maria Elza - Trata-se de ação de nulidade de ato administrativo, c/c declaração de dependência, c/c restabelecimento de pensão ajuizada por Maria das Graças Silva em face do Ipsemg-Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais. A autora pleiteia o direito de lhe ser restituída a pensão de seu falecido pai, Sr. Rivaldo Rodrigues da Silva. A sentença de fls. 83/85-TJ julgou procedente o pedido feito na exordial, condenando o Instituto-réu ao pagamento das prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros, a serem aplicados desde a citação, fixados em 12% (doze por cento) ao ano. Condenou, ainda, ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação. Ordenou a remessa dos autos a este Tribunal, diante do disposto no art. 475 do Código de Processo Civil.

Inconformado, o réu apela para este Tribunal às fls. 89/91-TJ. Alega que a apelada contraiu união estável com Pedro Antônio de Souza e, que, pelo dispositivo constante do art. 226, § 3º, da Constituição do Brasil, essa união equivaleria ao casamento. Diante desse fato, a apelada perde o direito à pensão por morte de seu pai. Aduz que os juros moratórios cabíveis seriam de 6% (seis por cento) ao ano, estabelecidos pelo Decreto nº 22.626/33, e não os determinados pelo douto Juízo.

A apelada requereu às fls. 93/94-TJ que o recurso de apelação só fosse recebido no efeito devolutivo, diante do art. 520, inciso II, do Código de Processo Civil. Apresentou suas contra-razões à fl. 95-TJ. Alega que são improcedentes as alegações do

apelante, vez que os fatos e fundamentos apresentados pela apelada na inicial foram corretamente analisados e decididos pelo Juiz de primeira instância. Pede que seja negado provimento ao recurso e que seja confirmado, na íntegra, o entendimento constante da decisão recorrida.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos para sua admissibilidade, conhece-se do reexame necessário e do recurso voluntário.

Questão de ordem.

Primeiramente, ressalte-se que o Ministério Público não foi intimado para se manifestar, pois, no caso concreto, não há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, sendo inaplicável o art. 82, III, do Código de Processo Civil.

Atualmente, não mais se confunde o interesse público com o interesse patrimonial do Estado. Foi com este fundamento que o Superior Tribunal de Justiça editou sua Súmula, acrescentando o Enunciado nº 189, dispondo que é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais. Nas ações de cobrança ajuizadas por servidor público contra município, ocorre o mesmo: o interesse existente é meramente patrimonial, e não público. Situação semelhante é a que ocorre nos autos, uma vez tratar-se de ação de restabelecimento de pensão, cujo interesse é apenas de natureza patrimonial do Estado.

Este entendimento acompanha a moderna tendência de restringir a participação do Ministério Público no processo civil como fiscal da lei, liberando-o para atuar com maior eficiência na sua alta missão constitucional, no processo penal e no processo civil como autor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se firmou neste sentido, como se vê no Recurso Especial 263.447/PE (*DJU* de 16.04.2001, p. 119), da Sexta Turma, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, assim ementado, no que interessa:

"*Processual Civil. Ministério Público. Intervenção. Desnecessidade. Ação de cobrança. Servidor público municipal. - 1. A simples participação na causa de entidade de direito público interno não determina a intervenção do Ministério Público, pois, do contrário, estar-se-ia confundindo Fazenda Pública com interesse público* (ut RTJ, *133/345 e STF* - RP, *25/324), aliás, inexistente, na espécie, onde versa a causa ação de cobrança de funcionário público (diferenças salariais) contra municipalidade. Precedentes desta Corte*".

No mesmo sentido, dentre tantos outros julgados, é o Recurso Especial 265.018/PE (*DJU* de 27.11.2000, p. 182), da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Felix Fischer.

Assim, resolvo a questão de ordem no sentido de considerar desnecessária a intimação do Ministério Público.

Mérito.

A apelada versa sobre seu direito ao restabelecimento de pensão por morte de seu falecido pai, garantida pela Lei nº 1.195/54. O Instituto-apelante alega que a apelada não tem mais direito à pensão ora pleiteada, pelo fato de viver maritalmente com o Sr. Pedro Antônio de Souza e que, pela lei vigente à época do falecimento de seu pai, perderia o benefício caso viesse a contrair matrimônio. A apelada não se casou nos moldes legais, sendo considerada, ainda, solteira. Porém, o art. 226, § 3º, da Constituição do Brasil dispõe que:

"*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)*

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Sobre a união estável, a doutrina tem o seguinte entendimento:

"*(...) a união estável deverá atender às mesmas exigências do casamento, ou seja, os companheiros deverão cumprir os deveres listados nos quatro incisos do art. 231 do Código Civil, até porque assim o exigem o artigo 2º da Lei nº 9.278/96, o Projeto da Lei nº 2.686/96 (Estatuto da União Estável) e as reformas do Código Civil.*

Ausente qualquer desses requisitos, já não se terá a união estável, porque, 'a notoriedade da relação, a existência de filhos, o tempo prolongado de convívio, são circunstâncias relevantes mas que, por si sós, não configuram a estabilidade da união. Todavia, se aliados ao elemento intencional, ao animus *de viverem realmente como se fossem marido e mulher, envolvendo-se numa relação séria, com propósito de permanência, assistência mútua e fidelidade recíproca, ter-se-á delineado a união estável'.*

A Lei nº 8.971/94 reclama um requisito objetivo, ou seja, o lapso temporal superior a cinco anos, ou, se inferior, a existência de prole. Porém, a Lei nº 9.278/96 dispensou qualquer prazo, sendo 'reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família'" (WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos na União Estável*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 32).

A mera alegação do apelante, sem nenhuma comprovação de que a apelada vive maritalmente com determinada pessoa e de que, com ele, possui dois filhos, de nada adianta neste caso, por não demonstrar que esta possui os requisitos necessários para que se possa dizer que ela se enquadra nos moldes de uma união estável. Realmente, a autora/apelada confessou

às fls. 3 e 11-TJ que reside com o senhor supracitado, mas, pelo que consta dos autos, não há que se dizer que resta satisfatoriamente comprovada a união estável. Ademais, caracterizada está a dependência da apelada em relação à pensão auferida pela morte de seu pai, tendo decidido corretamente o Juiz de primeira instância, de acordo com a lei vigente à época da concessão da pensão.

A prova eficaz da união estável da apelada com o seu parceiro, para fins de equiparação com o casamento civil e, conseqüentemente, para a cessação do seu direito ao recebimento de pensão, era um ônus do instituto apelante, do qual ele não se desincumbiu a contento, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Também sem fundamento o pedido de diminuição dos juros de mora de 1% (um por cento) para 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês. Este está fixado dentro dos limites aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Lei nº 4.414/64, c/c o Decreto nº 22.626/33.

Diante do exposto, com respaldo no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil) e no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), em reexame necessário, manter o entendimento da sentença de fls. 83/85-TJ, restando prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Hugo Bengtsson - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - CITAÇÃO EQUIVOCADA DE HOMÔNIMO DO DEVEDOR TRIBUTÁRIO EM EXECUÇÃO FISCAL - MERO ABORRECIMENTO - DANO MORAL AFASTADO

- Não se tratando a hipótese de ajuizamento de execução indevida ou de imputação falsa de devedor tributário, nem de má-fé, mas de mero endereçamento da carta citatória contra homônimo do executado, não há que se falar em dano moral puro, mas em meros contratempos e natural indignação, que não foram causa de afetação à honra, à dignidade e à imagem, não tendo, portanto, base para indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 293.573-2/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Ementa oficial: Indenização - Citação equivocada de homônimo do devedor tributário em execução fiscal - Mero aborrecimento - Dano moral afastado. - Não se tratando a hipótese de ajuizamento de execução indevida ou de imputação falsa de devedor tributário, nem de má-fé, mas de mero endereçamento da carta citatória contra homônimo do executado, não há que se falar em dano moral puro, mas em meros contratempos e natural indignação, que não foram causa de afetação à honra, à dignidade e à imagem, não tendo, portanto, base para indenização.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2002. - *Geraldo Augusto* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso ante a presença dos requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Tratam os autos de pedido de indenização por dano moral formulado por Joaquim José dos Santos contra a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, julgado procedente, condenada a ré ao pagamento de 20 salários mínimos, corrigidos a partir do ajuizamento da ação e acrescidos de juros de mora de 6% ao ano contados da citação, mais honorários advocatícios.

Irresignada com a decisão, recorreu a Fazenda, pretendendo a reforma da decisão, ao argumento, em resumo, de que agiu em exercício regular de direito, sem qualquer dolo, temeridade ou má-fé, vez que emitiu as CDAs com base em cadastro municipal e, ao que tudo indica, trata-se de homônimo, o qual, enquanto perdurar, sujeitará o autor a aborrecimentos e constrangimentos que constituem fatos da vida.

Anota o apelante que, uma vez mantida a sentença, é indevida a correção monetária porque já fixada em salários mínimos e quanto aos juros de mora somente seriam devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, sendo certo que os ônus da sucumbência deveriam ter sido repartidos, posto que o autor ganhou menos do que o pedido.

O pedido tem sua base e fundamento no art. 159 do Código Civil Brasileiro, que determina o dever de indenizar àquele que por ato omissivo ou comissivo, negligência, imprudência e imperícia causar prejuízo a outrem, bem como no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que lhe assegura o direito à indenização por dano moral decorrente da violação da garantia fundamental no que diz respeito à honra e imagem das pessoas.

Restou devidamente comprovada nos autos a existência do fato de haver sido citado, por duas vezes, o autor/apelado, Joaquim José dos Santos, portador do CIC nº 141.050.986-91, para responder por duas execuções fiscais, por débito/lançamento tributário feito em nome de Joaquim José dos Santos, CIC nº 112.768.276-87.

Na hipótese, o exame da ilicitude é a questão relevante dos autos.

A melhor doutrina conceitua o ato ilícito, capaz de gerar responsabilidade:

"*Para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, imperícia), contrariando seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato)*" (CARLOS ALBERTO BITTAR, em *Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência*, Saraiva, 2ª ed., p. 93/95).

Restou evidente a omissão da Fazenda quanto ao fornecimento de endereço incorreto para fins de citação do devedor; contudo, de tal omissão, embora desrespeitosa aos direitos do consumidor, certo que não advieram conseqüências ao patrimônio moral do autor/apelado, já que não foi alegado tenha sido seu nome lançado, indevidamente nos cadastros forenses ou que tenha sofrido qualquer restrição creditícia por tal razão.

As denunciadas execuções foram adequadamente propostas sobre o devedor tributário e, apenas, por erro no cadastro, foram indevidamente encaminhadas as cartas citatórias ao autor, e não ao réu devidamente indicado e arrolado como devedor nas certidões que exprimem o lançamento do débito tributário. Também nenhum prejuízo de ordem material foi causado ao apelado, ou pelo menos não se tem notícia nos autos.

O autor, na espécie e pelos fatos que narrou, pretende indenizar-se pelos prejuízos morais que teve em decorrência dos sentimentos de constrangimento e vergonha sentidos em face da pessoa que ele mesmo autorizou a violar sua correspondência.

Como já anotado acima, para a configuração da responsabilidade civil, um dos elementos indispensáveis é a caracterização do dano, seja ele material ou imaterial/moral.

Para AGOSTINHO ALVIM, "*dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, aí incluso o dano moral*" (*Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, Ed. Jurídica e Universitária, 3ª ed., p. 171).

A conceituação de dano é extensa, abrangente, mormente à luz da Constituição Federal, que, em seu artigo 5º, inciso V, assegura o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, protegendo a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Há uma tendência jurisprudencial atual de ampliar o alcance da indenização pelo dano moral, mormente em face da legislação sobre as relações de consumo - CDC, que iniciou uma nova fase no campo da responsabilidade sem culpa. Entretanto, não se pode olvidar que ao juiz incumbe encontrar o verdadeiro alcance e extensão da garantia constitucional assegurada e verificar a ocorrência do dano moral em cada caso concreto que lhe é posto a julgamento.

Para PONTES DE MIRANDA, o "*dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor* (sic) como *ser humano, não lhe atinge o patrimônio*" (*Tratado*, v. XXVI, § 3º, 108, p. 30).

Em sua obra *Danni Morali Contratuali*, DALMARTELLO situa o dano moral, caracterizando-o como a "*privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-os em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.); dano que molesta a parte afeita do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)*" (*in Rivista di Diritto Civile*, 1993, p. 55, extraído da obra de RUI STOCCO, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, Cap. XIII, "*O dano indenizável e as verbas que o compõem*", p. 523).

O dano moral indenizável é aquele que pressupõe dor física ou moral e se configura sempre que alguém aflige outrem injustamente, em seu íntimo, causando-lhe dor, constrangimento, incômodo, tristeza, angústia. Alcança valores prevalentemente ideais, embora simultaneamente possam estar acompanhados de danos materiais, quando se acumulam.

Ainda relativamente ao dano indenizável, RUI STOCCO, anota que "*O indivíduo é portador de dois patrimônios: um objetivo, exterior, que se traduz na riqueza que amealhou, nos bens materiais que adquiriu. Outro, representado pelo seu patrimônio subjetivo, interno, composto da imagem, personalidade, conceito ou nome que conquistou junto a seus pares e projeta à sociedade.*

Ambos são passíveis de ser agredidos e, portanto, indenizáveis

conjunta - ainda que em razão do mesmo fato - ou isoladamente". (*Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 476/477).

E a jurisprudência, desde então, confirma a assertiva de que o dano moral é extrapatrimonial, carecendo, pois, de repercussão na esfera patrimonial, pois afeta direitos de personalidade (Súmula 83/STJ).

No caso dos autos, contudo, em que pesem os contratempos e natural indignação sofridos pelo autor, tais não autorizam concluir-se pela ocorrência do dano moral puro indenizável, mesmo porque, como anotado, não se trata de ajuizamento de uma execução indevida ou de imputação falsa de devedor tributário, mas de mero endereçamento da carta citatória contra homônimo do executado.

Assim, não houve qualquer prejuízo ao patrimônio moral do autor, simplesmente porque nem o débito nem a execução não lhe eram afetos. Também não ficou demonstrado nenhum prejuízo material, como, por exemplo, a contratação de advogado para afastar o erro da Administração e evitar o seguimento do processo.

Os desgostos experimentados pelo apelado não foram daqueles que o sujeitassem a sentir medo, dor, vergonha ou que lhe afetassem a honra, dignidade e imagem, porque, repita-se, não lhe eram afetos. A atitude do apelante não caracteriza má-fé nem é capaz de produzir dano moral, senão de certos aborrecimentos e dissabores, não indenizáveis.

O dano moral não tem a extensão que se pretende dar, já que a atitude da Fazenda não chegou às raias do ilícito; embora refletisse um desrespeito ao consumidor dos seus serviços e que poderia ter ocasionado prejuízos desta natureza.

Assim, não há como ser reconhecida a ocorrência do ato ilícito, capaz de causar dano moral.

Com tais razões, dá-se provimento à apelação, modificando-se a d. sentença hostilizada para julgar improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que se arbitram em 5% sobre o valor da causa, na forma do § 4º do art. 20 do CPC.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Lopes de Albuquerque - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SAÚDE - PACIENTE - RISCO DE VIDA - AUSÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL CONVENIADO COM O SUS - PEDIDO DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR - MANDADO DE SEGURANÇA - AÇÃO MOVIDA EM FACE DO MUNICÍPIO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO - SEGURANÇA CONCEDIDA - PRELIMINARES ARGÜIDAS - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - REJEIÇÃO

- Compete à Justiça comum processar e julgar ação movida em face do município cuja matéria diz respeito à saúde, uma vez que a União, ao implantar o Serviço Único de Saúde, descentralizou seus serviços, transferindo recursos para os Estados e Municípios, destinados à concessão de assistências médicas, hospitalares e congêneres, conforme dispõe o art. 198, I, da Constituição Federal.

- O secretário municipal que cuida da gestão dos recursos do SUS é parte legítima passiva para figurar como autoridade coatora na ação de mandado de segurança, em que se aprecia pedido de internação de paciente em hospital particular, devido à ausência de vaga em hospital conveniado com o SUS, não havendo que se falar, ainda, em litisconsórcio passivo necessário dos gestores estadual e federal do SUS, na figura do Secretário Estadual de Saúde e do Ministro da Saúde.

- Se o pedido deduzido pelo impetrante - medidas de proteção à sua saúde - encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, integrando o suporte fático hipotético de normas jurídicas de direito material e adjetivo, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

- Sendo a saúde um direito social (art. 6º da CF) e também direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF), sobrepondo-se a vida humana a todo e qualquer outro direito, e, ainda, tendo-se em vista o teor da Lei nº 8.080/1990, é de se manter a sentença que concedeu a segurança pleiteada, visando compelir o município a arcar com as despesas oriundas da internação médica de paciente que apresentava risco de vida, em hospital particular, diante da ausência de vaga em hospital conveniado com o SUS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 294.055-9/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Mandado de segurança - Pedido de internação em hospital particular - Ausência de vaga em hospital conveniado com o SUS -

Paciente em situação de risco - Direito líquido e certo - Comprovação - Segurança concedida. - Se as provas dos autos configuram a existência de direito líquido e certo, deve ser mantida a sentença que concedeu a segurança pleiteada, visando compelir o município a arcar com as despesas oriundas da internação médica da paciente em hospital particular, diante da ausência de vaga em hospital conveniado com o SUS (art. 196 da Constituição Federal e Lei nº 8.080/90). - 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 REJEITAR PRELIMINARES E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 05 de novembro de 2002. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Maria Aparecida Campos em face do Secretário Municipal de Saúde do Município de Juiz de Fora, objetivando que o réu seja compelido a autorizar a internação do seu filho, Airton Ferreira Diogo, considerando o risco de vida atestado pelo médico, diante da ausência de vagas em hospital conveniado com o SUS.

Adoto o relatório da sentença de origem, acrescentando-lhe que o ilustre Juiz *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (fls. 30/34).

Inconformado, o Município de Juiz de Fora interpôs recurso voluntário, alegando, preliminarmente, a necessidade de integrarem a lide os gestores estadual e federal do SUS, na figura do Secretário Estadual de Saúde e do Ministro da Saúde, como litisconsórcios passivos necessários, a incompetência absoluta do Juízo, a ilegitimidade passiva, a impossibilidade jurídica do pedido e a ausência de interesse de agir. No mérito, pretende a reforma do *decisum* (fls. 38/51).

Regularmente intimado, o apelado apresentou contra-razões, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 53/57).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o ilustre representante do Ministério Público, Dr. Oliveira Salgado de Paiva, opinou pela confirmação da sentença (fls. 64/66).

Conheço da remessa oficial, nos termos do art. 475 do CPC.

Infere-se dos autos que o filho da impetrante, Antônio Ferreira Diogo, encontrava-se com quadro de septicemia e cirrose hepática, sendo que não havia vaga para a sua internação em hospital conveniado com o SUS na Cidade de Juiz de Fora, para o tratamento da doença.

Inicialmente, constato a correção quanto à *rejeição das preliminares* argüidas pela autoridade coatora.

A uma, porque não há que se falar em incompetência absoluta do Juízo para processar e julgar o presente feito, pois compete à Justiça comum processar e julgar ação movida contra o Município cuja matéria diz respeito à saúde, uma vez que a União, ao implantar o Serviço Único de Saúde, descentralizou seus serviços, transferindo recursos para os Estados e os Municípios, destinados à concessão de assistências médicas, hospitalares e congêneres, conforme dispõe o art. 198, I, da Constituição Federal.

A duas, porque a autoridade coatora - Secretário Municipal que cuida da gestão dos recursos do SUS - é parte legítima passiva para integrar relação processual em que se aprecia pedido de internação de paciente em hospital particular, devido à ausência de vaga em hospital municipal conveniado com o SUS, não havendo que se falar, ainda, em litisconsórcio passivo necessário dos gestores estadual e federal do SUS, na figura do Secretário Estadual de Saúde e do Ministro da Saúde.

A três, porque o pedido deduzido na exordial do *mandamus* é admissível, sendo insubsistente a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

Por possibilidade jurídica do pedido entende-se: a) que o ordenamento jurídico admite, em tese, o pronunciamento sobre o pedido da parte, isto é, há prévia disposição normativa admitindo o deferimento do pedido deduzido em juízo; b) ainda que haja lacuna normativa sobre o pedido deduzido pela parte, a ordem jurídica admite a apreciação do pedido, o que se fará através do suprimento judicial dessa lacuna. Nesse sentido, ensina E. D. MONIZ DE ARAGÃO:

"*Em face dessas considerações, parece que o verdadeiro conceito da possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação de que corresponde à prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário, tem de ser examinado mesmo em face da ausência de uma tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceituá-la seria insuficiente*" (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 508).

Ora, *in casu*, o pedido deduzido pela impetrante - medidas de proteção à sua saúde - encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, integrando o suporte fático hipotético de normas jurídicas de direito material e adjetivo, não se podendo, pois, falar em impossibilidade jurídica do pedido.

A quatro, porque a hipótese aventada pela autoridade coatora, no

sentido de que o filho da impetrante já foi internado no CTI do Hospital Cotrel, veio desprovida de provas, não configurando, portanto, ausência de interesse de agir.

No mérito, o *decisum* também não merece qualquer reparo.

A meu inteligir, encontram-se presentes nestes autos todos os requisitos para a concessão da segurança pleiteada, especificamente a configuração de direito líquido e certo a amparar o pedido de internação do filho da impetrante em hospital conveniado com o SUS.

A respeito da tipificação do direito líquido e certo, destaque-se o seguinte:

"(...) Cuida-se de conceito tipicamente processual, onde, na realidade, significa certeza e liquidez do fato, jamais do direito ou da lei. Portanto, é o fato que deve ser líquido e certo, ainda que complexo, isto é, fato documentalmente provado, sem necessidade de dilações probatórias. Consoante a jurisprudência, 'direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco'.

No mesmo sentido, a seguinte decisão:

'O direito líquido e certo nada tem, em si, com direito subjetivo. Diz respeito única e exclusivamente à prova documental. Por mais complicadas sejam as questões jurídicas, a solução do conflito de interesses pode ser alcançada através de mandado de segurança. Os fatos - esses, sim - é que não podem ser controversos e duvidosos'" (in Apontamentos sobre o mandado de segurança individual e coletivo", Clayton Maranhão, *Gênesis* - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: julho/setembro de 2001, p. 468).

As provas constantes dos autos demonstram a necessidade imperiosa da internação do filho da impetrante em hospital conveniado com o SUS, pois apresenta quadro de septicemia e cirrose hepática. E a própria autoridade coatora confirma à fl. 19 a sua omissão em fornecer vaga hospitalar para o filho da impetrante.

Diante desse quadro, é inegável que o filho da impetrante busca a garantia de seu direito líquido e certo de receber atendimento digno e adequado de saúde, que deve ser prestado pelo Poder Público, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, que possui eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. Além do mais, a Lei nº 8.080/90 também atribui aos municípios a responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde.

A jurisprudência é copiosa nesse sentido:

"Ementa: Mandado de segurança - Necessidade de tratamento em unidade de terapia intensiva - UTI neonatal - Recém-nascido - Ausência de vagas nos hospitais conveniados com o SUS - Internação em clínica particular às custas do Estado - Garantia constitucional ao direito dos cidadãos à saúde - Dever do Estado - Segurança concedida. - A Carta Magna, em seu art. 196, assegura a todos os cidadãos o direito à saúde, sendo dever do Estado a sua garantia, o que o obriga a prestar o atendimento médico-hospitalar na forma em que o cidadão necessita, sem limitações provenientes de atos administrativos da realidade por ele vivida, qual seja, a necessidade do atendimento urgente em hospital conveniado ao Sistema Único de Saúde e a negativa pelo Estado, que tem o dever constitucional de garantir saúde a todos. Tal garantia constitucional possibilita, ao interessado, o dever de exigir do Estado a prestação de saúde. Segurança concedida" (TJES, Mandado de Segurança nº 100990006817, Rel. Des. Osly da Silva Ferreira, j. em 21.09.00).

Por fim, vale colacionar os pertinentes fundamentos esposados pelo ilustre Sentenciante para embasar a concessão da segurança:

"(...) Frise-se que, devido à gravidade do estado clínico do paciente, negando-se a internação pleiteada, poderiam advir conseqüências irreversíveis devido à demora no atendimento" (fl. 33).

Há de se ressaltar que a autoridade coatora é quem gerencia os recursos inerentes à saúde no município. Ao alegar simplesmente que não possui vaga para os pacientes que necessitam de atendimento de urgência/emergência, deixa os usuários do SUS totalmente sem alternativa, uma vez que, sendo em sua maioria pessoas pobres e sem recursos, não têm condições de pagar um hospital particular. Tal situação é inaceitável, visto que os usuários do SUS não têm a quem recorrer, ficando à mercê da Administração municipal, que demonstra não prestar um serviço de saúde eficiente.

Com efeito, compete ao Judiciário, zelando pelo cumprimento das disposições constitucionais, assegurar a todas as pessoas o direito à saúde, procurando agir com celeridade, pois o que está em risco é a vida humana.

Forçoso concluir que foi violado pela autoridade coatora o direito líquido e certo da impetrante de defender a vida do seu filho pelo acesso ao direito à saúde condigna, principalmente tendo-se em conta que a saúde é um direito social (art. 6º da Constituição Federal) e, ainda, direito de todos e dever do Estado (art. 196 da Constituição Federal), sobrepondo-se a vida humana a todo e qualquer outro direito.

Desse modo, *data venia*, tratando-se de situação de emergência, em que não existe, até o momento, vaga em hospital municipal credenciado ao SUS, e se atentando tanto para o disposto no art. 196 da Constituição Federal, que assegura a todos os cidadãos o direito à saúde, como para o teor da Lei nº 8.080/1990, responsabiliza-se o município pela prestação do atendimento médico-hospitalar na forma em que o cidadão necessita, devendo prevalecer a sentença examinada.

Com essas considerações, em sede de reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

REGISTRO DE IMÓVEIS - PROPRIEDADE RURAL - AVERBAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL - INEXISTÊNCIA DE FLORESTAS E DE VEGETAÇÃO NATIVAS - DESCABIMENTO - PROVIMENTO Nº 50 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- É descabida a exigência da averbação da reserva legal na matrícula do imóvel, como condição para o registro de imóvel rural que abrange áreas de cultivo, já sem a cobertura florística original. Obrigar que o proprietário de imóvel com essas características reserve 20% da área para reinserção da vegetação nativa se revela ofensivo ao direito de propriedade constitucionalmente garantido, não encontrando suporte na norma legal. O Provimento nº 50 da Corregedoria-Geral de Justiça regulamenta a averbação da área de reserva legal de forma genérica, nos termos do § 8º do art. 16 do Código Florestal, não se aplicando ao caso de propriedade rural constituída de terra de cultura, cerrado e campos, por não serem florestas ou vegetações nativas que tenham preservação amparada pelo citado código.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 297.454-1/00 - Comarca de Ibiraci - Relator: Des. CARREIRA MACHADO

Ementa oficial: A reserva legal será instituída como forma de preservar as florestas e matas nativas existentes, evitando-se o desmatamento e a degradação do imenso potencial florístico brasileiro.

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, 28 de novembro de 2002. - *Carreira Machado* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Carreira Machado - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Dinamérico Gomes e outros, fls. 70-83, à sentença proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Ibiraci, fls. 64-68, que, em mandado de segurança impetrado pelo apelante contra ato do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Ibiraci, denegou a segurança pleiteada.

Os apelantes argumentam que adquiriram propriedade rural na Comarca de Ibiraci e quando foram registrá-la o oficial do cartório local negou o pedido, com fundamento no Provimento nº 50 da Corregedoria de Justiça de MG e no artigo 16 do Código Florestal, condicionando o registro à averbação da reserva legal na matrícula do imóvel. Aduzem que a Medida Provisória nº 2.166-67 alterou o referido artigo e a sua correta interpretação determina que a averbação se dê somente nas áreas ainda cobertas de florestas e de vegetações nativas, e não, como sentenciou o Juiz, em qualquer área.

Juntaram as escrituras de compra e venda referentes ao imóvel rural matriculado sob o nº R-9-621, registrado no Livro 77, fls. 075/076-verso no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Ibiraci:

- escritura de compra e venda de imóvel rural outorgada por Vicente Arias Neto e outros, como vendedores, e Luis Antônio Gomes, como comprador, registrada no Livro nº 114, fls. 061/062-verso, fls. 18-19-verso-TJ;

- escritura de compra e venda de imóvel rural outorgada por Vicente Arias Neto e outros, como vendedores, e Antônio Andrade Peixoto e outros (inclusive o impetrante José Alves de Andrade Peixoto) como compradores, registrada no Livro nº 114, fls. 059/060-verso, fls. 21-22-verso;

- escritura de compra e venda de imóvel rural outorgada por Vicente Arias Neto e outros, como vendedores, e Dinamérico Gomes como comprador, registrada no Livro nº 114, fls. 055/058, fls. 24-26-verso;

O artigo 16 do Código Florestal foi alterado pela Medida Provisória nº 2.166-67, passando a vigorar com a seguinte redação:

"*Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:*

I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de

cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;

III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

§ 1º. O percentual de reserva legal na propriedade situada em área de floresta e cerrado será definido considerando separadamente os índices contidos nos incisos I e II deste artigo.

§ 2º. A vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses previstas no § 3º deste artigo, sem prejuízo das demais legislações específicas.

§ 3º. Para cumprimento da manutenção ou compensação da área de reserva legal em pequena propriedade ou posse rural familiar, podem ser computados os plantios de árvores frutíferas ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas.

§ 4º. A localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada, devendo ser considerados, no processo de aprovação, a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos, quando houver:

I - o plano de bacia hidrográfica;

II - o plano diretor municipal;

III - o zoneamento ecológico-econômico;

IV - outras categorias de zoneamento ambiental; e

V - a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida.

§ 5º. O Poder Executivo, se for indicado pelo Zoneamento Ecológico Econômico-ZEE e pelo Zoneamento Agrícola, ouvidos o Conama, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura e do Abastecimento, poderá:

I - reduzir, para fins de recomposição, a reserva legal, na Amazônia Legal, para até cinqüenta por cento da propriedade, excluídas, em qualquer caso, as Áreas de Preservação Permanente, os ecótonos, os sítios e ecossistemas especialmente protegidos, os locais de expressiva biodiversidade e os corredores ecológicos; e

II - ampliar as áreas de reserva legal, em até cinqüenta por cento dos índices previstos neste Código, em todo o território nacional.

§ 6º. Será admitido, pelo órgão ambiental competente, o cômputo das áreas relativas à vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, desde que não implique em conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, e quando a soma da vegetação nativa em área de preservação permanente e reserva legal exceder a:

I - oitenta por cento da propriedade rural localizada na Amazônia Legal;

II - cinqüenta por cento da propriedade rural localizada nas demais regiões do País; e

III - vinte e cinco por cento da pequena propriedade definida pelas alíneas b e c *do inciso I do § 2º do art. 1º.*

§ 7º. O regime de uso da área de preservação permanente não se altera na hipótese prevista no § 6º.

§ 8º. A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

§ 9º. A averbação da reserva legal da pequena propriedade ou posse rural familiar é gratuita, devendo o Poder Público prestar apoio técnico e jurídico, quando necessário.

§ 10. Na posse, a reserva legal é assegurada por Termo de Ajustamento de Conduta, firmado pelo possuidor com o órgão ambiental estadual ou federal competente, com força de título executivo e contendo, no mínimo, a localização da reserva legal, as suas características ecológicas básicas e a proibição de supressão de sua vegetação, aplicando-se, no que couber, as mesmas disposições previstas neste Código para a propriedade rural.

§ 11. Poderá ser instituída reserva legal em regime de condomínio entre mais de uma propriedade, respeitado o percentual legal em relação a cada imóvel, mediante a aprovação do órgão ambiental estadual competente e as devidas averbações referentes a todos os imóveis envolvidos".

Como se vê, a reserva legal será instituída como forma de preservar as florestas e matas nativas existentes, evitando-se o desmatamento e a degradação do imenso potencial florístico brasileiro. Preserva-se o que ainda existe.

Nesse sentido:

"*Desapropriação - Estação Ecológica Juréia-Itatins - Artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil - Artigos 1º, 2º e 16 do Código Florestal - Reserva Legal - Mata de Preservação Permanente. - Não há qualquer omissão no que tange à questão objeto dos embargos declaratórios, que examinou suficientemente o tema e expôs seu posicionamento com clareza. O Código Florestal estabelece, em seu artigo 16, que devem ser excluídos da exploração econômica 20% de todas 'as florestas de domínio privado', exceção feita àquelas 'sujeitas ao regime de utilização limitada'e 'ressalvadas as de preservação permanente', estas últimas definidas nos artigos 2º e 3º do mesmo diploma*"(REsp nº 162.547 - Relator Ministro Franciulli Netto, *DJU* de 02.04.2001- p. 00280).

Entender que o legislador deu à expressão sentido mais amplo, abrangendo áreas de cultivo, já sem a cobertura florística original, obrigando que o proprietário de imóvel rural com estas características reserve 20% da área para reinserção da vegetação nativa, revela-se ofensivo ao direito de propriedade constitucionalmente garantido, não encontrando suporte na norma legal.

Assevero que a melhor hermenêutica aconselha que os parágrafos de um artigo de lei sejam interpretados em consonância com o disposto no seu *caput*.

O Provimento nº 50 da Corregedoria de Justiça regulamenta a averbação da área de reserva legal de forma genérica, nos termos do parágrafo 8º do artigo 16 do Código Florestal, não se aplicando ao caso em exame pelos motivos já aduzidos acima. Ele dispõe:

"*Art. 1º. A averbação da área de reserva legal no registro de imóveis obedecerá às disposições da Lei Federal nº 4.771, de 15.09.65, com as alterações da Medida Provisória nº 1.956-50, de 26.05.2000, e das publicações subseqüentes, e da Lei Federal nº 6.015, de 31.12.73, com as modificações da legislação posterior.*

Art 2º. A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código (artigo 16, § 8º, do Código Florestal).

Art. 3º. Os emolumentos pela averbação da reserva legal no registro de imóveis devem ser cobrados em consonância com o disposto na Lei Estadual nº 12.727, de 30.12.97, com as alterações e acréscimos da Lei nº 13.438, de 30.12.99, Anexo I, Tabela 4, nº I, alínea e, *e Nota V.*

§ 1º. A 'averbação da reserva legal de pequena propriedade ou posse rural familiar é gratuita', nos termos do artigo 16, § 9º, da Lei Federal nº 4.771, 15.09.65.

Art. 4º. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogados o Provimento nº 23, de 24.10.97, e o Provimento nº 30, de 02.03.98".

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, reformo a sentença e concedo a segurança para que o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Ibiraci se abstenha de exigir dos impetrantes a prévia averbação da área de reserva legal como requisito para que se proceda aos registros das escrituras de compra e venda acima relacionadas e cujo traslado acompanharam este *mandamus*.

Custas de 1ª e 2ª instâncias, pelo impetrado.

O Sr. Des. Almeida Melo - Pelo que consta, trata-se de exigência do registrador, em função do Provimento nº 50/2000, no sentido de se averbar área de reserva legal, no registro de transmissão de propriedade rural constituída de terras de cultura, cerrado e campos (fls. 18-v.-TJ; 21-v.-TJ e 24-TJ).

Procurou-se cumprir o art. 16 do Código Florestal, alterado pela Medida Provisória nº 2.166-67, que disciplina a supressão de florestas e outras formas de vegetação nativa.

A exigência é descabida quando se trate de terras de cultura, cerrado e campos, por não serem florestas ou vegetações nativas que tenham preservação amparada pelo citado código. A cultura é criada e mantida pelo homem. Não é nativa. O cerrado é a vegetação composta de arbustos enfezados, de galhada tortuosa, entre os quais vegetam as gramíneas que servem de pasto ao gado. O campo é a extensão de terra, arável ou arada, que não possui vegetação nativa e importante. Trata-se de vegetação herbácea, raras árvores, poucos acidentes, que o homem aproveita para a plantação.

A noção básica da proteção florestal diz respeito à defesa da cobertura vegetal necessária à terra que reveste (art. 1º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que contém o Código Florestal). Somente nesta acepção compreendem-se "outras formas de vegetação nativa", acrescidas pela alteração da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001.

Seja supressão, seja exploração, o art. 16 do Código Florestal sempre se relaciona com floresta ou área cuja vegetação nativa seja cobertura da terra que deva ser preservada.

No caso dos autos, não se encontra floresta nem vegetação nativa que constitua cobertura objeto de exploração ou de supressão. Simples transmissão da terra no estado em que se encontra.

Logo, a averbação da área de reserva legal, ditada pelo § 8º do art. 16 do Código Florestal pressuporia o fato de alguma exploração ou supressão e

não poderia ser alterada por ocasião de transmissão, desmembramento ou retificação.

Não sendo o caso de exploração ou supressão de floresta ou forma de vegetação nativa, não há a precedente averbação a ser mantida averbada.

Dou provimento à apelação, concedo a segurança, para que a transmissão da propriedade, nos três casos deste mandado de segurança, faça-se, sem a exigência de averbação de área de reserva legal se por outro motivo não for exigível, ou seja, se a exigência não decorre de exploração ou supressão de floresta ou de vegetação de cobertura que se preserva.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

VICE-PREFEITO - ACUMULAÇÃO REMUNERADA DO CARGO ELETIVO COM O CARGO EM COMISSÃO DE SECRETÁRIO MUNICIPAL - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 29, V, E 38, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- É vedada a acumulação remuneratória de mandato eletivo de vice-prefeito com o cargo em comissão de secretário municipal, em face do comando normativo insculpido na norma de regência (arts. 29, V, e 38, II, da CF).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 297.506-8/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Constitucional e Administrativo - Vedação de acumulação remunerada de mandato eletivo de Vice-Prefeito com o cargo em comissão de Secretário Municipal de Saúde - Precedente jurisprudencial do sumo pretório - Inteligência dos arts. 29, V, 37, XVI, 38, II, todos da Constituição da República. - É vedada a acumulação remunerada de mandato eletivo de Vice-Prefeito com o cargo em comissão de Secretário Municipal de Saúde, em face do comando normativo insculpido na norma de regência.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2002. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Da sentença (fls. 63/65-TJ), que denegou a segurança pleiteada em autos de mandado de segurança impetrado por Ademir Camilo Prates Rodrigues, em face de ato da Diretora de Divisão de Acúmulo de Cargos da Secretaria de Recursos Humanos e Administração do Estado de Minas Gerais, apela o impetrante, alegando, em síntese, que o art. 37, XVI, *c*, da Constituição da República, lhe garante o direito de exercer, concomitantemente, as funções de médico legista e Secretário Municipal de Saúde, na medida em que ambos os cargos são privativos de médico, sendo exercidos por profissionais da área de saúde, e que, ademais, não há incompatibilidade de horários para o acúmulo, podendo-se perfeitamente exercer ambos os encargos, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 69/73-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por Ademir Camilo Prates Rodrigues, por via do qual pretende a declaração de licitude de acúmulo de cargos de médico legista e de Vice-Prefeito do Município de Teófilo Otoni, alegando que exerce o cargo de médico legista, vinculado à Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais, e que, posteriormente, veio a lograr êxito nas eleições municipais, sendo eleito para o mandato de Vice-Prefeito do Município de Teófilo Otoni, quando foi chamado a ocupar o cargo de Secretário Municipal de Saúde.

Assevera que não há qualquer vedação à referida acumulação, na medida em que o art. 37, XVI, *c*, do texto constitucional, autoriza a acumulação remunerada de dois cargos privativos de médico, tal qual é a hipótese posta em discussão, pelo que requer a declaração de licitude de acumulação de ambas as funções.

Com efeito, determina o art. 37, XVI, da Carta Magna que:

"*Art. 37.* (Omissis.)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico".

Importante esclarecer que, inicialmente, a doutrina e jurisprudência dominantes de nosso País entendiam que não havia acumulação remunerada no fato de o Vice-Prefeito ocupar cargo de provimento em comissão, como é a hipótese de ocupar o cargo de Secretário

Municipal de Saúde, simplesmente pelo fato de ele não ocupar cargo e nenhuma função típica, senão a de substituir o Prefeito nos seus impedimentos e sucedê-lo no caso de vaga, conforme explicita JOSÉ NILO DE CASTRO, cuja lição transcrevo, *in verbis*:

"*A nosso sentir, não há acumulação remunerada no fato de o Vice-Prefeito, enquanto detentor de mandato eletivo, perceber o subsídio como Vice, aí se incluindo a verba de representação e a remuneração do cargo, de provimento em comissão, que vier a ocupar, por nomeação do Prefeito, na Administração Pública, direta e indireta municipal. Não se lhe alcança o disposto no art. 37, XVI, da CF. Ainda: sem precisar afastar-se do exercício de seu cargo permanente na Prefeitura ou noutro órgão público, poderá o Vice-Prefeito acumular as duas remunerações.*

Tribunais de Justiça vinham entendendo assim, como o de São Paulo (Apelação Cível nº 126.295-1, Rel. Des. Cezar Pellezo, j.em 22.02.1991) e o de Minas Gerais (Apelação Cível nº. 000.161.269-6/00, Rel. Des. Baía Borges, j.em 25.5.2000), dentre outros, segundo aquele argumento de que o Vice-Prefeito não ocupa cargo, nenhuma função típica lhe é prevista, senão a de substituir o Prefeito nos seus impedimentos e de sucedê-lo no caso de vaga, consoante doutrina tradicional" (*in Direito Municipal Positivo*, 5ª ed., 2001, p. 223).

Nesse mesmo sentido, firmava-se a jurisprudência, nos termos do aresto adiante transcrito oriundo deste mesmo eg. Sodalício:

"*Ação civil pública - Vice-prefeito - Nomeação para o cargo de secretário municipal - Remuneração. - Como não existe o cargo de vice-prefeito, mas, apenas, mandato eletivo, seu titular pode ser nomeado para cargo de secretário municipal, sem que se possa falar em indevida acumulação remunerada de cargos públicos*" (3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 161.269-6, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. em 25.5.00, *DJ de* 9.6.00).

No entanto, em sentido diverso decidiu o Sumo Pretório, a quem incumbe a última palavra acerca da interpretação do dispositivo do art. 37, XVI, da Constituição da República, segundo o qual não pode o Vice-Prefeito acumular a remuneração decorrente de emprego em empresa pública com a representação estabelecida para o exercício do mandato eletivo, cuja interpretação é extensiva à acumulação do cargo de Secretário Municipal com o mandato, conforme se pode constatar, *in verbis*:

"*Recurso extraordinário. 2. Vice- Prefeito, que é titular de emprego remunerado em empresa pública. 3. Não pode o Vice-Prefeito acumular a remuneração decorrente de emprego em empresa pública estadual com a representação estabelecida para o exercício do mandato eletivo (Constituição Federal art. 29, V). 4. Constituição, art. 38, II. 5. O que a Constituição excepcionou, no art. 38, III, no âmbito municipal, foi apenas a situação do Vereador, ao possibilitar-lhe, se servidor público, no exercício do mandato, perceber as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, quando houver compatibilidade de horários; se não se comprovar a compatibilidade de horários, será aplicada a norma relativa ao Prefeito (CF, art. 38, II). 6. Hipótese em que o acórdão não reconheceu ao Vice-Prefeito, que exercia emprego em empresa pública, o direito a perceber, cumulativamente, a retribuição estabelecida pela Câmara Municipal. 7. Recurso extraordinário não conhecido*"(2ª T., RE nº 140.269/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 1º.10.96, *DJ* de 9.5.97).

Tem-se, pois, pacificada a questão, no sentido de que não pode mais o Vice-Prefeito acumular o cargo de provimento em comissão na Municipalidade, além de que, *in casu*, ser ele médico legista da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais, o que extrapola o limite constitucional previsto para a situação.

Assim, o recente posicionamento jurisprudencial arrima-se no sentido de que ao Vice-Prefeito é vedada a acumulação de cargos remunerados, consoante é o entendimento deste eg. Sodalício, *verbis*:

"*Ação civil pública. Ressarcimento ao erário. Vice-prefeito. Acumulação de vencimentos e subsídios. Vedação constitucional. - O vice-prefeito, tal como o próprio prefeito, não pode acumular a remuneração de servidor público ou de secretário municipal com os subsídios pelo exercício do cargo eletivo (CF, arts. 29, V, e 38, II), devendo restituir ao município o que recebeu indevidamente, acrescido de juros e correção monetária*" (2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 227.889-3, Rel. Des. Abreu Leite, j. em 23.4.02, *DJ* de 10.5.02).

Neste passo, não há como se dar guarida à pretensão do impetrante, ora apelante, tendo em vista a vedação constitucional, confirmada pelo "Guardião da Constituição", nos termos alhures esposados.

Com tais considerações, nego provimento à apelação interposta, arcando seu autor com o pagamento das custas recursais dela decorrentes.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DEFENSOR PÚBLICO - LEI Nº 11.711/94 - ADICIONAL DE ATIVIDADE ESPECÍFICA - COBRANÇA COM BASE EM PERÍODO ANTERIOR À REVOGAÇÃO DO ART. 273 DA CONSTITUIÇÃO MINEIRA - EXTENSÃO

- O adicional de atividade específica, concedido pela Lei Estadual nº 11.711/94 aos procuradores do Estado, é extensivo aos ocupantes de cargo de defensor público, nos termos do art. 273 da Constituição Mineira, à época da vigência deste último dispositivo normativo.

- Pleiteando os autores, ora apelados, o pagamento do adicional de atividade específica referente a período anterior à publicação da Emenda nº 40/2000 da Constituição Mineira, que revogou o art. 273 da Constituição Estadual, afastada está a alegação de inconstitucionalidade decorrente da aplicação dos efeitos da referida emenda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 299.236-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: Defensor público - Lei nº 11.711/94 - Adicional de atividade específica - Cobrança com base em período anterior à revogação do art. 273 da Constituição Mineira - Extensão. - O adicional de atividade específica, concedido pela Lei Estadual nº 11.711/94 aos Procuradores do Estado, é extensivo aos ocupantes de cargo de Defensor Público, nos termos do art. 273 da Constituição Mineira, à época da vigência deste último dispositivo normativo. - No tocante aos efeitos da Emenda nº 40/2000 da Constituição Mineira, que revogou o artigo 273 da Constituição Estadual, com a devida vênia da tese defendida pelo apelante voluntário, no caso destes autos, os autores, ora apelados, pleiteiam o pagamento do mencionado adicional referente a período anterior à publicação dessa emenda constitucional, o que afasta a alegação de inconstitucionalidade deduzida nas razões da apelação.

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, 15 de outubro de 2002. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo 2º apelante, o Dr. José Marcos Rodrigues Vieira.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de apelação contra a sentença de fls. 289-292, proferida nos autos de ação ajuizada pelos apelados com pedido de pagamento da parcela referente ao adicional de atividade específica, criado pela Lei Estadual nº 11.711/1994, destinado ao ocupante de cargo efetivo de carreira e de cargo efetivo em comissão do quadro específico a que se refere a Lei Complementar nº 30, de 10.08.1993 (Lei de Organização da Procuradoria-Geral do Estado).

O ilustre Juiz *a quo* julgou procedente o pedido postulado na inicial para

"*(...) condenar o Estado de Minas Gerais a pagar aos autores o Adicional de Atividade Específica, criado pela Lei Estadual 11.711/94, conforme o período elencado às fls. 04 e 05, relativo a cada um dos postulantes, observada a prescrição qüinqüenal.*

As parcelas serão atualizadas monetariamente, pela Tabela da Corregedoria de Justiça, mês a mês, desde a data em que se fez devido cada pagamento, mais juros de mora de 1,0% ao mês (verba de natureza alimentar, consoante firme jurisprudência do STJ), estes a contar da citação, tudo até efetivo pagamento.

(...) Custas pelo Estado, bem como honorários advocatícios, que arbitro em R$5.000,00 (cinco mil reais), com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC" (*sic*, fls. 291-292).

Inconformado, o apelante voluntário sustenta que: "*o texto constitucional estadual, em seu art. 273, não diz vantagens - de caráter individual - inerentes à natureza ou ao local de trabalho, diz, isto sim, puramente, excluídas as vantagens inerentes à natureza ou ao local de trabalho*"; "*o adicional de atividade específica, ora estendido aos Defensores Públicos, deriva da especificidade (...) da Advocacia do Estado: o Procurador do Estado litiga contra a Autoridade (denunciação da lide, adesão ao autor-popular) e exerce suas funções em todo o território do Estado*", o que não ocorre com o Defensor Público; a isonomia reconhecida no acórdão do STF, ADIn 171-0-MG não abrange a verba pretendida.

Os apelados apresentaram contra-razões às fls. 302-309, pugnando pelo desprovimento do recurso interposto pelo instituto previdenciário apelante voluntário.

Os autos não foram remetidos à Procuradoria de Justiça, tendo em vista o teor da resolução proferida na 12ª Reunião dos Promotores de Justiça da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Belo Horizonte (atuação junto às Varas das Fazendas Públicas e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte), acontecida em 02 de fevereiro de 2000, estabelecendo que, em se considerando o caráter disponível do direito pleiteado e o interesse público do tipo secundário envolvido, tal intervenção não se faz necessária.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário interposto, porque se encontram presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de reexame necessário de sentença que julgou procedente o pedido exordial determinando que o apelante voluntário pague aos apelados, em observância ao princípio da isonomia, o valor referente ao adicional de atividade específica no período em que exerceram o cargo de defensor público, observada a prescrição qüinqüenal.

Permissa maxima venia, a sentença examinada não merece qualquer reparo no ponto em que condenou o Estado de Minas Gerais ao pagamento aos apelados de quantia referente ao mencionado adicional.

De início, verifico constar dos autos prova de que o Estado de Minas Gerais reconheceu a existência do direito previsto na Lei Estadual nº 11.711/1994 com relação aos ocupantes de cargo de defensor público, tendo firmado em 11 de janeiro de 2000, acordo com o defensor público Marco Antônio Girardi Barbosa, de cujo termo de transação consta o seguinte:

"*O pagamento da mencionada quantia extingue a totalidade do crédito que o servidor tem junto ao Estado de Minas Gerais relativo ao Adicional de Atividade Específica criado pela Lei Estadual nº 11.711, de 23 de dezembro de 1994, estendido aos Defensores Públicos por força da isonomia prevista no artigo 273 da Constituição Estadual*" (*sic*, fl. 32).

Corroborando essa conclusão de que houve reconhecimento da existência do direito a que se arrogam os apelados, o ilustre Sentenciante informa que, "*nos Autos 120.961-8/00, que tramitaram nesta mesma Vara, sobre matéria idêntica, consta documento da Serha, informando que o pagamento do adicional está sendo feito pelo Estado, em parcelas mensais, desde janeiro de 2001, aos Defensores que aderiram a um acordo, bem como aos que ingressaram em juízo, que tiveram decisões favoráveis*" (*sic*, fl. 291).

Ainda que assim não fosse, constato que o cerne da matéria recorrida trata de questão já pacificada neste egrégio Tribunal de Justiça no sentido de que deve ser reconhecida a isonomia remuneratória entre as carreiras jurídicas de Procurador do Estado e da Fazenda estadual, de Defensor Público e de Delegado de Polícia, nos termos do disposto no art. 273 da Constituição Mineira, mormente quando se trata de pedido referente à época de vigência desse dispositivo normativo.

A esse respeito vale colacionar as razões de decidir do Des. Bady Curi, exaradas em julgamento de caso semelhante ao dos autos, com cujo entendimento compartilho e integro à presente fundamentação, visto que extensivo à hipótese de isonomia entre o cargo de Defensor Público e Procurador do Estado de Minas Gerais:

"*Ementa: Em razão da isonomia de vencimentos entre os Procuradores de Estado, Procuradores da Fazenda, Delegados e Defensores Públicos, prevista no art. 273 da CE, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Corte Superior deste Tribunal de Justiça quando do julgamento do MS nº 53.362-0, deve ser estendida aos Procuradores da Fazenda Estadual o Adicional de Atividade Específica, criado pela Lei nº 11.711, de 23.12.94.*

Apelação Cível nº 158.057-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(s): 1º) Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte, 2º) Estado de Minas Gerais - Apelado(s): Aderbal Rego e outros - Relator: Exmo. Sr. Des. Bady Curi.

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, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2000. - Bady Curi - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

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 Estado de Minas Gerais, contra r. sentença que julgou procedente o pedido, em ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada por Aderbal Rego e outros, condenando o Estado no pagamento do Adicional de Atividade Específica, criado pela Lei Estadual nº 11.711/94, devendo as parcelas ser corrigidas monetariamente das datas em que deveriam ter sido pagas, acrescidas de juros de mora fixados em 1% ao mês, devidos a partir da citação.

Inconformado, alega o Estado de Minas Gerais a ocorrência de cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide. No mérito, considera serem as carreiras de Procurador do Estado e Procurador da Fazenda independentes e distintas, estando submetidas a diplomas legais diversos, com atribuições e funções peculiares, que, por serem desassemelhadas, não podem ser tratadas de forma isonômica.

Data venia, *a r. sentença não merece qualquer censura.*

A preliminar de cerceamento de defesa não procede, uma vez que se verifica a mais não poder tratar-se de questão exclusivamente de direito, onde se discute matéria já pacificada pela jurisprudência não só desta Casa, como das mais altas Cortes do País.

Além do mais, fica a critério do julgador, nos termos do art. 130 do

CPC, indeferir as provas que considera desnecessárias ou meramente protelatórias. Razão pela qual rejeito a preliminar.

No mérito, a questão encontra-se já assentada, no sentido de dever ser estendido aos Procuradores da Fazenda Estadual o pagamento do 'Adicional de Atividade Específica', instituído pela Lei Estadual nº 11.711/94, pago aos Procuradores do Estado, já que as suas atividades são consideradas assemelhadas.

Neste sentido, pude me manifestar quando do julgamento dos MS nº 53.362-0 e 129.443-8, quando, amparado no magistral voto proferido pelo eminente Desembargador Fernandes Filho naquele primeiro julgamento, ressaltei:

'Assinalo com destaque, porque importante, que o STF, no julgamento dos Embargos Infringentes na ADIn 171-0, decidiu que confrontava com a Constituição Federal apenas a inclusão do Ministério Público na regra de isonomia do art. 273 da Carta Mineira, permanecendo a isonomia de vencimentos entre as carreiras de Procurador do Estado e da Fazenda Estadual, de Defensor Público e de Delegado de Polícia'.

Outrossim, com referência à auto-aplicabilidade ou não do referido artigo 273, posicionou-se com inteligente e convincente raciocínio pela primeira hipótese o culto Des. Fernandes Filho, quando disserta que o art. 131 da Carta Estadual determina que, para as carreiras aludidas, se aplica o princípio do art. 24, § 2º, e o art. 132.

A expressão 'princípio' não pode ser entendida como simples regra procedimental para consecução de objetivo, mas como espírito norteador do instituto estabelecido.

Ademais, se o constituinte afirmou isonômicas determinadas carreiras jurídicas que especificamente nomeia, não pende mais qualquer atividade administrativa ou legislativa para a constatação de semelhança nas atribuições de cada uma. Irrespondível o raciocínio do voto a que estou agora aderindo, quando afirma: 'instituindo isonomia (para as carreiras jurídicas), o constituinte só poderia se referir ao princípio que a inspira e sustenta, sob pena de negar ou desfazer com regra condicionante, o que antes determinara de forma explícita'.

Por outro lado ainda, não se pode descurar que a isonomia concedida se refere a vencimentos, não a remuneração. O aspecto foi convenientemente tratado pelo em. Des. Fernandes Filho, sendo despicienda ou inutilmente fastidiosa a repetição de seus fundamentos".

Naquele julgamento, o eminente Desembargador Fernandes Filho salientou:

"*Convencido, pois, da auto-executoriedade do art. 273 da Constituição Mineira, resta determinar-lhe o alcance e conteúdo.*

A isonomia não é, obviamente, de remuneração, como pretendem os autores, na esteira da dicção do art. 273. É de vencimentos, como está no art. 32, ambos da Constituição Mineira, e, de resto, como previsto no texto da Carta da República, inspirador do constituinte estadual. Na Carta Mineira (art. 32) e na Constituição da República (art. 39, § 1º), está claro que a isonomia não é de remuneração, mesmo porque não estão incluídas vantagens de caráter individual ou relativas à natureza ou ao local do trabalho, expressamente excluídas da regra isonômica.

Sendo a isonomia de vencimentos, e não de remuneração, compõem-se aquelas - é de sabença comum - do vencimento padrão ou básico, acrescido das vantagens de caráter permanente a ele inerentes. Assim, na espécie, ao vencimento básico do Procurador do Estado, somam-se, para compor seus vencimentos, a gratificação de representação, prevista no art. 38 da Lei Complementar Estadual nº 30, de 1993, e, ainda, o adicional de atividade específica, instituído a partir de 1º de outubro de 1994, nos termos da Lei nº 11.711, de 23 de dezembro daquele ano. Já o Delegado de Polícia tem, além do vencimento básico, a chamada gratificação de regime policial, que, específica da categoria, tem natureza igual ou assemelhada à deferida aos Procuradores, a título de adicional de atividade específica".

Concluindo que:

"*Admitir-se a desigualdade, à invocação de que somente corrigível via legislativa, importaria em manietar o Poder Judiciário, mudo e passivo diante da cruel e injustificada disparidade de remuneração. A permanecer a situação - que, de resto não é responsabilidade deste Governo, o Executivo estaria armado de poderoso instrumento para desigualar iguais ou isonômicos, bastando-lhe, generoso, privilegiar uma categoria, em detrimento de outras que o constituinte situou no mesmo patamar e às quais quis dar igual tratamento remuneratório*".

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça:

"*Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Procurador Estadual e Procurador da Fazenda. Adicional de Atividade Específica. Isonomia de vencimentos. Declaração pelo STF. - O colendo STF, na ADIn-171, declarou a isonomia de vencimentos entre os cargos de Procurador do Estado e Procurador da Fazenda Estadual, independente da similitude real ou não das atribuições dos cargos que as compõem ou de suas características fundamentais, decisão que restou confirmada nestes termos, em embargos infringentes interpostos pelo Estado. Por isso, deve o pretendido adicional ser estendido aos Procuradores da Fazenda. Recurso provido (Recurso em Mandado de Segurança nº 8.200-MG) (...)*".

No tocante à alegação de inconstitucionalidade, decorrente da aplicação dos efeitos da Emenda nº 40/2000 da Constituição Mineira, que revogou o artigo 273 da Constituição Estadual, com a devida vênia da tese defendida pelo apelante voluntário, não prospera. Como se vê às fls. 04-05, no caso destes autos, os autores, ora apelados, pleiteiam o pagamento do mencionado adicional referente a período anterior à publicação dessa emenda constitucional (fls. 04-05). Além do mais, é o próprio apelante voluntário quem reconhece a existência do direito a que se arrogam os apelados anteriormente à revogação do art. 273 da Constituição Estadual, vejamos:

"*D. v. dos Apelados, o Poder Constituinte é originário e não cabe falar-se em direito adquirido. (Poderiam, é verdade, os Apelados falar em efeitos ressalvados, atinentes ao período pretérito à EC nº 40/2000, com a pretensa invocação do ato jurídico perfeito)*" (*sic*, fl. 294).

Por fim, verifico que a regra do inciso I do art. 10 da Lei Estadual nº 12.427/96 se refere ao adiantamento do art. 19 do CPC. A Fazenda Pública sucumbente não está isenta do pagamento de custas processuais adiantadas pela parte contrária, a teor do art. 12, § 3º, da citada lei estadual:

"*Art. 12. O pagamento das custas devidas no Juízo de Primeiro Grau efetua-se no ato da distribuição, inclusive nas ações penais privadas.*

(...) § 3º. As despesas judiciais serão reembolsadas a final pelo vencido, ainda que este seja uma das pessoas jurídicas referidas no inciso I do art. 10 desta lei, nos termos da decisão que o condenar, ou pelas partes, na proporção de seus quinhões, nos processos divisórios e demarcatórios".

Com essas considerações, confirmo a sentença no reexame necessário. Prejudicado o recurso voluntário.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

IPTU - LEIS Nºs 7.242/96 E 7.633/98, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - IMÓVEL NÃO EDIFICADO - ALÍQUOTAS SELETIVAS - CONSTITUCIONALIDADE - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - REQUISITOS LEGAIS - PRESENÇA - VALIDADE

- Não configura progressividade de imposto a adoção de alíquotas diferenciadas para imóveis não edificados, segundo o critério de melhoramentos públicos disponibilizados ao contribuinte, porquanto, na hipótese, não se leva em consideração a capacidade contributiva do contribuinte e/ou o valor do imóvel.

- Presentes os requisitos constantes nos arts. 202, incisos I e III, seu parágrafo único, e 203 do CTN, válida é a certidão de dívida ativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 300.742-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Ementa oficial: IPTU - Leis nºs 7.242/96 e 7.633/98 - Município de Belo Horizonte - Imóvel não edificado - Alíquotas seletivas - Constitucionalidade. - Não configura progressividade de imposto a adoção de alíquotas diferenciadas para os imóveis não edificados, segundo o critério de melhoramentos públicos disponibilizados ao contribuinte, porquanto, na hipótese, não se leva em consideração a capacidade contributiva do contribuinte e/ou o valor do imóvel. - Certidões de Dívida Ativa - Validade - Presença dos requisitos constantes nos arts. 202, II e III, parágrafo único, e 203 do CTN.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 05 de novembro de 2002. - *Eduardo Andrade* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de embargos à execução fiscal, visando a exigências referentes a IPTU, Taxa de Iluminação (TIL) e Taxa de Serviços Urbanos/Taxa de Limpeza Pública (TLP), nos exercícios de 1996, 1998, 1999 e 2000, consolidadas em respectivas CDAs.

Sustenta a embargante ser inexigível a dívida tributária, porquanto há: a) *nulidade das Certidões de Dívida Ativa* (arts. 202, II e III, parágrafo único, e 203 do CTN), por vício de forma, por ausência do nº do imóvel, na identificação de seu endereço, omissão na forma e termo inicial para cálculo dos juros e correção monetária, incorreta enunciação de normas que respaldem as exigências; b) *inconstitucionalidade do IPTU* exigido, por traduzirem suas alíquotas *progressividade* do imposto, em contrariedade ao disposto no parágrafo 1º, art. 156, c/c art. 182 da CF, anteriormente à EC nº 29/2000; c) aplicação de *índices de correção monetária*, contrariamente ao

que se recomenda no art. 161 do CTN; d) *exigência confiscatória de multa de 30%* sobre o valor do débito, situação rechaçada pelo art. 150, IV, da CF. Pede, ao final, a nulidade das CDAs e a *declaração de "ausência de título executivo, face a impropriedade de débitos oriundos em virtude da progressividade das alíquotas do IPTU, nos exercícios de 96, 98, 99 e 2000"*, de inconstitucionalidade dos arts. 30 e 70, IV, *a*, e 83 da Lei 5.641/89. E, restado algum débito, que seja este atualizado por *índices oficiais, juros de 1% ao mês*, requerendo, ainda, aplicação de *multa condizente com a suposta infração cometida*.

Impugnando os embargos, alega a FPMBH que as CDAs que instruem a execução fiscal contêm todos os requisitos legais do parágrafo 5°, art. 2° da LEF; que o imóvel gerador do crédito tributário está bem definido, no endereço, como lote 024, quarteirão 004A; que a falta de numeração do imóvel na rua decorre da inexistência de edificação aprovada pelo Município; que se *não existe a numeração é porque não houve construção naquele endereço*; que das CDAs consta expressa toda a legislação aplicável quanto à correção monetária do débito, bem como quanto aos juros de mora, estes de 1% ao mês, ambos na forma prescrita no § 1°, art. 161 do CTN, e, por igual, no art. 126, I, II, III, da Lei Municipal 5.641/89. Sustenta, ainda, a legalidade da exigência do IPTU, porquanto não se reveste este da pretensa progressividade, tendo o Município, no exercício de seu poder isencional, apenas auferido menores alíquotas, em casos em que especifica e nos quais não se enquadra a embargante. Demais, afirma, não há inconstitucionalidade na progressividade do IPTU, quando se cumprem suas finalidades extrafiscais, graduando-se segundo a capacidade contributiva dos contribuintes. Acrescenta que o valor do imóvel foi aferido nos estritos termos da lei e que o art. 156, § 1°, Constituição Federal nada mais fez que reforçar a também norma constitucional contida no art. 145, § 1°. Ressalta não ter havido qualquer objeção da autora quanto à cobrança das taxas. Pede, finalmente, a improcedência dos pedidos postos nos embargos.

À fl. 38, são as partes intimadas para especificação de provas, sendo que nenhuma delas o fez. Também não se interessaram as partes por apresentarem razões finais, tendo apenas a embargada se reportado à sua impugnação de fls.

Sentença às fls. 42/60.

Na fundamentação de sua decisão o douto Magistrado conclui serem válidas as CDAs, revestidas dos requisitos legais. Diz que o imóvel está perfeitamente identificado pelo seu cadastro na Prefeitura, não tendo a embargante, em qualquer momento, negado ser proprietária do mesmo.

Partindo do fato de ser referido imóvel lote vago, sem edificação, prossegue tecendo argumentações quanto às exigências do IPTU, em relação ao mesmo.

Reconhece que, ao tempo da Lei 5.641/89, a previsão do IPTU se revestia de clara inconstitucionalidade, pela progressividade de sua alíquota, acentuando, porém, que "*a modificação produzida pela Lei Municipal 7.242/96, que atingiu apenas as alíquotas dos* imóveis não edificados a partir de 1997, *não mais reproduziu a progressividade, afastando a possibilidade de disfunção legislativa por inconstitucionalidade aos imóveis enquadrados na Tabela III, II, 2.1 e 2.2, porque, a partir daquele ano, a legislação reconduziu as alíquotas do IPTU aos trilhos da legalidade*". Isso porque a imposição de alíquotas diferenciadas para os imóveis não edificados, segundo o critério de melhoramentos públicos disponibilizados ao contribuinte, não leva em consideração a capacidade contributiva do contribuinte e, tampouco, o valor do imóvel.

Ainda assim, conclui o i. Sentenciante, nem mesmo em relação ao exercício de 1996, quando vigente a Lei 5.641/89, cuidou a embargante de provar que a alíquota que lhe foi aplicada era superior à menor alíquota, não havendo, pois, como decotar do tributo parcela que, eventualmente, esteja exorbitando em seu valor.

Por final, o douto Juiz conclui que os juros aplicáveis (12% ao ano) pela Lei Municipal guardam os mesmos parâmetros do art. 161, § 1°, do CTN, sendo, pois, legais. De igual forma, correta a imposição de multa de mora em percentual de 25% (vinte e cinco por cento), não havendo, nela, qualquer efeito confiscatório.

Assim, julga improcedentes os embargos, diante da falta de provas da alegada progressividade do IPTU, bem como de demonstração de qualquer nulidade das CDAs e condena a embargante em custas e honorários advocatícios, fixados, esses, em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da execução, nos termos do art. 20 do CPC.

Apela a embargante, questionando sobretudo a premissa fática em que se assenta a sentença, de que o débito incide sobre imóvel não edificado, ou seja, lote vago. Afirma que jamais fez tal afirmativa e sequer teve meios de identificar o imóvel. Que tal matéria em que se funda a decisão não passou pelo indispensável crivo do contraditório, pelo que não poderia ser conhecida pelo Sentenciante. Renova os argumentos de sua inicial, quanto à pretensa nulidade das CDAs, progressividade do IPTU e multa confiscatória. Inova na alegação de que está isenta do imposto, por força do art. 8° da Lei Municipal de n° 5.839/90, porquanto qualquer imóvel a ela pertencente "*é de utilidade pública, até porque atende à sua finalidade fim*" (*sic*). Pede a reforma da sentença.

Contra-razões pela FPMBH, renovando os termos de sua contestação.

Subiram os autos a este eg. Tribunal de Justiça.

A matéria não foi submetida à apreciação da PGJ, à vista de enunciado da Súmula 189 do STJ.

Conheço do recurso, cumpridos os pressupostos de admissibilidade.

Irrepreensível à sentença recorrida.

De se afastar, inicialmente, a alegação da apelada de que improcede a premissa fática em que se assenta a sentença, de que o débito incide sobre *imóvel não edificado (lote vago)*. Afirma que jamais fez tal afirmativa e sequer teve meios de identificar o imóvel e que tal matéria não passou pelo crivo do contraditório, pelo que não poderia ser conhecida pelo Sentenciante.

Ora, quando da impugnação aos embargos, a FPMBH afirmou que a falta de numeração na rua, endereço do imóvel, objeto de tributação, decorria do fato de se constituir, este, em imóvel sem edificação ou com edificação não aprovada pela Prefeitura, sendo este identificado nos seus registros como *lote 024*. Por outro lado, consta das CDAs que instruem a execução fiscal *histórico das exigências* (verso), caracterizando o imposto como *territorial*, além da identificação do imóvel, no anverso do título, pelo *cadastro de nº 106004 A 024 001*, pelo que bastaria ao contribuinte verificar em seus documentos particulares qual imóvel foi, sob tal número, cadastrado junto à Prefeitura e, se ainda permacesse alguma dúvida, essa poderia ser facilmente solucionada junto à Administração Fazendária do Município. Demais, após a contestação da FPMBH, a embargante teve oportunidades de se manifestar, inclusive com apresentação de provas ou memorial, preferindo, entretanto, reportar-se aos termos de sua inicial, sem contraditar os esclarecimentos da FPMBH. Não houve, assim, premissa falsa e, tampouco, ofensa ao princípio do contraditório.

Demais, além de estar o imóvel perfeitamente identificado nas CDAs, estas contêm todos os requisitos legais do parágrafo 5º, art. 2º da LEF, não se resvestindo, portanto, de qualquer nulidade.

Referentemente à tributação do aludido imóvel - lote vago - temos que, acertadamente decidiu o douto Sentenciante *a quo*, reconhecendo que, ao tempo da Lei 5.641/89, a previsão do IPTU se revestia, sim, de inconstitucionalidade, pela progressividade de sua alíquota, acentuando, porém, que "*a modificação produzida pela Lei Municipal 7.242/96, que atingiu apenas as alíquotas dos* imóveis não edificados a partir de 1997, *não mais reproduziu a progressividade, afastando a possibilidade de disfunção legislativa por inconstitucionalidade aos imóveis enquadrados na Tabela III, II, 2.1 e 2.2, porque, a partir daquele ano, a legislação reconduziu as alíquotas do IPTU aos trilhos da legalidade*".

Com efeito, analisando-se a Tabela III, anexa à Lei Municipal nº 5.641, de 22.12.89, verifica-se que, ao tempo de sua vigência, adotou-se o critério de alíquotas progressivas para o IPTU, segundo a ocupação, localização, padrão e valor do imóvel (ex.: imóvel residencial padrão luxo, alíquota de 1%; padrão popular, alíquota de 0,5%; ou, imóveis não edificados, de valor acima de 6.228 UFBH, alíquota de 4,2%, de valor até 173 UFBH, alíquota de 3%).

Ou seja, mesmo se tratando de imóveis idênticos, ou de mesma classificação, as alíquotas se tornavam crescentes, em função do padrão ou do valor venal do imóvel, conforme o caso, o que, efetivamente, configurava progressividade fiscal do IPTU, vedada pela ordem constitucional então vigente.

Já com a edição da Lei nº 7.242, de 30.12.96, e, posteriormente com a Lei nº 7.633/98, foi alterada referida tabela, em relação a imóvel não edificado, não mais se adotando alíquotas progressivas *vinculadas à situação pessoal do contribuinte* ou ao padrão do imóvel. Foram adotadas, sem dúvida, alíquotas variadas, porém as mesmas se diferenciam sobre constituírem-se os imóveis lotes vagos sem melhoramentos ou com melhoramentos. Dessa forma, não se está diante de progressividade, mas de *seletividade*.

Ora, tenho entendido que progressivo é o tributo que tem alíquotas crescentes na medida em que cresce a base tributável e seletivo é o tributo que tem alíquotas diversas para objetos diversos.

Sob esses fundamentos, decidiu o STF, no julgamento do RE nº 229.233-7:

"*Tributário - IPTU - Município de São José do Rio Preto - Lei nº 5.447/93, art. 25, redação da Lei nº 5.722/94 - Alegada ofensa ao art. 156 da Constituição.*

- Simples duplicidade de alíquotas, em razão de encontrar-se ou não edificado o imóvel urbano, que não se confunde com progressividade do tributo, que o STF tem por inconstitucional, quando não atendido o disposto no art. 156, § 1º, aplicado com limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182 da Carta de 1988.

- Recurso não conhecido". (TRE nº 229.233-7 - São Paulo - Rel. Min. Ilmar Galvão - 1ª T. STF - j. em 26.03.1999 - publ. no *DJ* de 25.06.99 - ementário nº 1.956-9.)

Por tais razões, concluo serem constitucionais as exigências em comento, referentes ao IPTU, *exercícios de 1998, 1999 e 2000*, respaldadas nas Leis Municipais nºs 7.242/96 (com vigência a partir de 1º de janeiro de 1997) e, posterioremente, 7.633/98.

Por outro lado, tal como conclui o i. Sentenciante, nem mesmo em relação ao *exercício de 1996*, quando vigente a Lei 5.641/89, cuidou a embargante de provar que a alíquota que lhe foi aplicada era superior à menor alíquota, não havendo, pois, como decotar do tributo parcela que, eventualmente, esteja exorbitando em seu valor. É que nossos tribunais, quando reconhecem haver a progressividade do IPTU, não afastam sua exigência como um todo, apenas determinam que se o aplique à menor alíquota. No caso, não há dados a comprovar

que o contribuinte tenha sido onerado por alíquota maior.

Também rejeito o argumento da apelada de que está isenta do IPTU, por força do art. 8° da Lei Municipal de n° 5.839/90, à alegação de que qualquer imóvel a ela pertencente "*é de utilidade pública, até porque atende à sua finalidade fim*" (*sic*). Trata-se de inovação, porquanto tal matéria nem sequer foi ventilada em primeira instância. Demais, ainda que o fosse, a disposição legal não lhe dá a pretensa isenção. Com efeito, dispõe referida norma que:

"*Ficam isentos de Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU - os imóveis declarados de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social, para fins de desapropriação pelo Município, Estado ou União enquanto perdura essa condição*".

Ora, a declaração de utilidade pública mencionada pelo legislador, capaz de ensejar a isenção do IPTU, é aquela procedida como ato preparatório à desapropriação. Ocorre que a embargante não apresentou qualquer documento que convalidasse suas alegações, nem sequer forneceu elementos que identificassem eventual processo desapropriatório ou a declaração de necessidade, de utilidade pública ou de interesse social quanto ao referido imóvel. Nada há nos autos que comprove suas alegações, até porque somente suscitadas em recurso de apelação!

Por fim, com razão o i. Sentenciante, quando conclui serem legais os juros aplicáveis (12% ao ano) pela lei municipal, por se pautarem nos mesmos parâmetros do art. 161, § 1°, do CTN . De igual forma, correta a imposição de multa de mora em percentual de 25% (vinte e cinco por cento), não havendo, nela, qualquer efeito confiscatório, que, sequer, foi demonstrado.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso voluntário, confirmando a sentença recorrida.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - De acordo.

O Sr. Des. Orlando Carvalho - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - POLICIAL MILITAR - EXAMES PSICOLÓGICOS - CANDIDATOS "NÃO INDICADOS" - EXCLUSÃO DO CERTAME - IMPETRAÇÃO ANOS APÓS A OCORRÊNCIA DO ATO A QUE SE IMPUTA ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE - ALEGADA EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N° 62/01 VERSANDO SOBRE REQUISITO DE ESCOLARIDADE - ABERTURA DE NOVO PRAZO PARA IMPETRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DECADÊNCIA

- O prazo decadencial para que seja impetrada a segurança se inicia com o ato a que se imputa ilegalidade ou arbitrariedade. Em se tratando de exclusão de candidatos a cargos da Polícia Militar, considerados "não indicados" em testes psicológicos, é de se decretar, de ofício, a decadência do direito, visto só terem os impetrantes se insurgido anos após terem sido excluídos do certame, em nada os socorrendo a edição da Lei Complementar Estadual n° 62/01, versando sobre requisito de escolaridade, sendo impossível novo prazo para impetração.

APELAÇÃO CÍVEL N° 301.030-3/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. PEDRO HENRIQUES

Ementa oficial: Mandado de segurança - Concurso público - Polícia Militar - Exames psicológicos - Exclusão do certame de candidatos "não indicados" - Impetração anos após ocorrência do ato a que se imputa a ilegalidade ou arbitrariedade - Alegada edição de lei complementar, versando sobre requisito de escolaridade, que abriria novo prazo para impetração - Impossibilidade - Decadência - Sentença cassada, de ofício. - O prazo decadencial para que seja impetrada a segurança se inicia com o ato a que se imputa ilegalidade ou arbitrariedade; em se tratando de exclusão de candidatos a cargos da Polícia Militar, considerados "não indicados", em testes psicológicos, é de se decretar, de ofício, a decadência do direito, posto só terem os impetrantes se insurgido anos após terem sido excluídos do certame, em nada os socorrendo a edição de nova lei complementar, versando sobre requisito de escolaridade, sendo impossível novo prazo para impetração.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2003. - *Pedro Henriques* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Pedro Henriques - Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuidam os autos de apelação cível (fls. 77/85-TJ) interposta por Rosivaldo Luiz de Faria e outros contra a r. sentença (fls. 73/74-TJ), que indeferiu a inicial do mandado de segurança com pedido de liminar por eles impetrado contra ato do Sr. Comandante-Geral da Polícia Militar de Minas Gerais-PMMG.

Na inicial (fls. 02/19-TJ), os impetrantes/apelantes alegam, em síntese, ter sido considerados "contra-indicados" nos exames psicológicos realizados no concurso para provimento do cargo de soldado da PMMG, em 1997, ato que visam a anular, afirmando que a edição da Lei Complementar nº 62/01, que teria isentado a exigência de possuírem os candidatos o 2º grau completo, consolidara o direito adquirido de todos aqueles que tinham sido eliminados do certame por não cumprirem a exigência da escolaridade; requerem seja assegurado o direito de se matricular no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar que está por ser realizado em 17.06.2002; juntam, ao final, documentos (fls. 20/69-TJ).

O d. Magistrado *a quo* (fls. 73/74-TJ) indefere, liminarmente, a inicial, nos termos do art. 8º da Lei nº 1.533/51, asseverando que os impetrantes/apelantes não comprovaram de plano o direito líquido e certo pretendido, não trazendo comprovação de que realizaram outro teste que comprovaria sua capacitação psicológica.

Em razões recursais (fls. 77/85-TJ), os apelantes/impetrantes pleiteiam a reforma total da r. sentença, sob o argumento de que tiveram feridos direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição Federal de 1988, não se podendo verificar o impedimento de matrícula em tal concurso pela reprovação em exame psicotécnico, devido ao seu caráter de subjetividade; destarte, alegam não haver sustentação legal para referido exame, juntando, ao final, arestos jurisprudenciais em amparo a sua tese.

O apelado Estado de Minas Gerais oferece contra-razões (fls. 96/106-TJ), argüindo não terem os apelantes demonstrado qualquer ilegalidade na realização de tais exames; que não ficaram comprovadas suas aptidões nos testes psicológicos a que foram submetidos; que inexistente no caso abuso de poder; que a ação da Administração se revestiu de legalidade; razão pela qual rogaram pela manutenção do v. *decisum*.

Autos distribuídos neste eg. Tribunal de Justiça (fls. 113/114-TJ), vieram à conclusão do Relator (fl. 115-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela cassação da sentença, prejudicado o recurso (fls. 117/122-TJ).

Da análise de todo o processado, tem-se que não pode ser provido o recurso interposto.

Senão vejamos.

Dizem os apelantes, na inicial, que prestaram, *no ano de 1997*, concurso público para ingresso no Curso de Formação de Soldados da Polícia Militar, em conformidade com o edital publicado em 08 de março de 1997 (fls. 35/37-TJ), asseverando que, na época, a exigência de escolaridade para os candidatos ao certame era a de possuírem apenas o 1º grau completo (item 2.1.3 do edital), mas que, paralisado o certame em julho daquele ano, por força da Resolução nº 3.384/97, ato contínuo, em face da Lei Complementar nº 50/98, passou-se a exigir dos candidatos terem completado o 2º grau, sendo que,

"*Em 20 de Dezembro de 2001, o Exmo. Sr. Governador do Estado Itamar Franco, sanciona a Lei Complementar nº 62 de 19 de Dezembro de 2001, desobrigando os candidatos, que em 13 de Janeiro de 1998 estavam inscritos em qualquer de suas fases em concurso público para ingresso em carreira da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - PMMG ou cursando, de cumprir a exigência estabelecida no Art. 5º, III,* a, *6, da Lei nº 5.301/69, com redação dada pela Lei Complementar nº 50/98, ou seja, não precisam possuir o 2º grau (Doc. J. 12). (...)* Os Impetrantes, com a LC 62/01, viram renascer a oportunidade de ingressar na PM" (*sic*, fls. 06/07-TJ - grifos nossos),

e, em sede de apelação, eles próprios admitem:

"*Ocorre que os Recorrentes, impetraram mandado de segurança contra ato ilegal do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, narrando na inicial que prestaram concurso público para ingresso no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar de Minas Gerais - CFSd - edital de fls. 35 a 37, sendo que referido concurso foi realizado em cinco fases, todas de caráter eliminatório e classificatório. Que* obtiveram êxito na fase dos exames objetivos - provas de conhecimento à nível de 1º grau, mas foram considerados 'contra-indicado' na fase do exame psicotécnico" (*sic*, fls. 77/78-TJ, grifos nossos),

cingindo-se sua insurgência contra a fase do concurso que consistia em testes psicológicos, dinâmica de grupo e entrevistas, que, segundo alegam, têm caráter subjetivo.

Dizem os apelantes:

"*Não existe na norma do art. 5º da Lei Estadual 5.301/69 - Estatuto da Polícia Militar (doc. J. 01), nenhuma previsão de avaliação psicológica, consta apenas que o candidato deva ter saúde física e mental. O que se tem é que uma Lei Complementar de nº 50/98, acrescentando que este requisito será comprovado por meio de exames médicos laboratoriais, psicológicos e da capacitação intelectual e física, perante a Junta Militar de Saúde e a Comissão de Avaliadores, integrada*

por oficiais psicológicos, e ainda uma Resolução de nº 3.444/98 que apenas regulamenta as inspeções de saúde na PMMG, trazendo apenas os fatores de contra indicação no referido exame psicológico.

E como não há sustentação legal para referido exame psicológico, contrariando frontalmente o disposto no art. 37, I, da Constituição Federal/88, de outra parte, o exame psicotécnico, previsto só no edital, como de resto ocorreu, no caso aqui tratado, sem amparo da lei específica, por si só, não pode afastar o candidato já aprovado nos exames de conhecimentos objetivos" (*sic*, fl. 79-TJ),

prosseguindo, no mais:

"*Mesmo que Vossas Excelências não entendam desta forma, ou seja, defendam-se que apenas o Edital poderia legitimar o exame psicotécnico, de igual maneira reputamos como inadmissível uma prova extremamente subjetiva, incapaz de aferir as reais condições de ascensão dos Recorrentes, pois conforme é o entendimento dos doutos Desembargadores Bady Cury, Cláudio Costa e Campos Oliveira, (...) 'a questão não deve ser analisada relativamente à legalidade ou não dos exames, mas e tão-somente com relação à forma como estão sendo aplicados, já que apresentam grau de fabilidade (...)'*" (*sic*, fl. 80-TJ),

terminando por dizer que

"*o candidato ao ingresso na Corporação através do Curso de Soldado, sendo 'contra-indicado' no exame psicológico, estará fadado a conviver, pelo resto de sal carreira, com uma falta de perspectiva de acesso aos graus hierárquicos da Polícia Militar, destituído de seu direito de poder provar, através do curso, de que possui capacidade, e não o 'perfil', para o exercício das funções de soldado militar*" (*sic*, fls. 83/84),

não restando nenhuma dúvida, pois, de que o ato atacado pela segurança consiste na "contra-indicação" dos apelantes, nos exames psicológicos, o que ocasionou sua desclassificação e conseqüente impossibilidade de prosseguirem nas demais fases do certame.

Pois bem.

De fato, vê-se como requisito para inscrição, item 2, constante daquele edital (fls. 35/37-TJ):

"2.1.3 - Ter, no mínimo, *1º grau de escolaridade*" (fl. 35-TJ - grifos nossos),

e, quanto ao processo seletivo, item nº 3 do edital:

"*3.1 - O processo seletivo será desenvolvido em duas fases, mediante aplicação de provas objetivas e de redação, que compreenderão os exames de Conhecimentos da 1ª fase, todos de caráter eliminatório e classificatório, e de exames Complementares na 2ª fase, de caráter eliminatório.*

(omissis)

3.3 - Os exames constantes de ambas as fases serão os seguintes:

3.3.1 - 1ª Fase:

3.3.1.1 - Prova I - Objetiva - Língua Portuguesa, Matemática, Geografia e História;

3.3.1.2 - Prova II - Redação.

3.3.2 - 2ª Fase:

3.3.2.1 - Exames Complementares, constando de:

3.3.2.1.1 - Exame de Saúde;

3.3.2.1.2 - Teste de Capacitação Física (TCF);

3.3.2.1.3 - Avaliação específica para o candidato contemplado pelo dispositivo do item '2.2'

3.3.2.1.4 - Exames Psicológicos;

3.3.2.1.5 - Entrevista" (grifos nossos).

Ora, embora não tenham trazido comprovação de que tenham sido classificados, nas provas escritas, dentro do número de vagas oferecidas (fl. 8-TJ), há que se admitir tenham os apelantes, de fato, sido aprovados naquelas provas (1ª fase), em 1997, tanto é que puderam passar à fase seguinte do certame, referente aos testes psicológicos, para, aí, sim, serem excluídos, daí por que, por óbvio, sua insurgência é contra o ato que os excluiu do concurso público, por terem sido considerados "não indicados", àquela época, conforme se infere da própria inicial, *contando-se, a partir daí, ou da data em que do ato houve publicidade, o prazo decadencial para impetração da segurança*, apenas tendo impetrado o mandado em 03.06.2002 (fl. 71-TJ), muito além, pois, do prazo decadencial de que dispunham para tanto.

Nem se diga, como sugere o Estado de Minas Gerais, em contra-razões (fl. 100-TJ), que os apelantes anuíram com as regras do concurso, tanto que não impugnaram o edital, pois, obviamente, o simples fato de não o terem impugnado não obstaria o acesso às vias judiciais, quando da efetiva arbitrariedade ou ilegalidade da exigência, em face das previsões ali contidas; assim, ainda que do requerimento de inscrição houvesse constado termo em que o candidato afirmasse a anuência às regras do edital, diante de ato da autoridade que entendesse o concorrente ferir direito líquido e certo seu, poderia, observadas as formalidades legais, impetrar a segurança.

Conforme se extrai dos "Atos de Comandos" juntados (fls. 44, 46, 47, 49, 51, 53, 55-TJ), pelos próprios apelantes, *a contra-indicação ocorreu à época do concurso, que, como asseverado, iniciou-se em 1997*, podendo-se conferir o indeferimento do requerimento de um dos apelantes, pela autoridade impetrada, cuja resposta é idêntica às demais que dos autos constam:

"*O Ten. Cel. PM Comandante do 14º Batalhão da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições regulamentares e com base na Lei nº 5.301, de 16 de Outubro de 1969 - EPPM -, modificado pela Lei Complementar nº 50, de 13 de Janeiro de 1998; na Resolução nº 3.444, de 12 de Agosto de 1998 e,* tendo em vista o requerimento apresentado pelo candidato ao Curso de Formação de Soldados do referente ao ano de 1997, *Sr. Rosivaldo Luiz de Faria, RG nº M-8.143.537, pleiteando o prosseguimento no processo seletivo do referido concurso, por conseqüência de promulgação da Lei Complementar nº 062, de 19 de dezembro de 2001, resolve:*

Indeferir o requerimento apresentado pelo candidato, considerando que o mesmo foi considerado contra-indicado no teste psicológico realizado à época do concurso *(...)*" (*sic*, fl. 44-TJ, grifos nossos),

por onde se vê que, somente agora, anos depois, vêm os apelantes bater às portas do Judiciário, em face de ato a que imputam a pecha de ilegal e arbitrário, estando evidente sua inércia, à época da desclassificação do certame, por terem sido contra-indicados nos testes psicológicos.

Noutro giro, registre-se que, mesmo contendo o edital de concurso público item que impeça a revisão de qualquer das provas, administrativamente, ou não preveja a possibilidade de, naquela sede, haver recurso por parte de candidato que se entenda prejudicado, tal como ocorreu, no caso presente, como se vê do item nº 9.5 (fl. 36-TJ), evidente que não está excluído o exame da questão, nas vias judiciais, estando consagrado, constitucionalmente, que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" (Constituição Federal, artigo 5º, XXXV), o que não foi feito pelos apelantes no tempo oportuno.

Com efeito, se, por um lado, não optaram os apelantes por intentar a segurança quando da ciência das exigências editalícias, pois poderiam tê-lo feito contra os efeitos da previsão legal ameaçadora de seu direito - o que não se confunde com impetração contra lei em tese, é bom que fique claro -, lado outro, também não o fizeram quando da realização da segunda fase do certame, nem quando da ciência da decisão que os excluiu do processo, por terem sido considerados "não indicados".

Desta feita, quer se considere que o prazo decadencial se iniciara com a publicação do edital que trazia como condição para aprovação a aptidão nos testes psicológicos e na entrevista, quer se considere que tal prazo se contaria do ato de reprovação na segunda fase do certame, pois considerados "não indicados", sendo, a partir daí, excluídos do processo seletivo, fato inconteste é que ressai ter havido a decadência, pois o edital data de 08 de março de 1997, como admitido pelos apelantes, tendo a própria autoridade apontada coatora afirmado que o resultado de sua "contra-indicação" ocorreu naquela época.

Trazer à baila a edição da Lei Complementar nº 62/2001, que eliminou a exigência de os candidatos terem concluído o 2º grau, é tentar desvirtuar o *punctum saliens* da demanda, como se o advento de tal diploma tivesse o condão de restabelecer o prazo decadencial configurado, atendendo-se à pretensão dos apelantes, que viram no diploma a "*oportunidade de ingressar na PM*" (fl. 7-TJ) e a *garantia de seus direitos*" (fl. 17-TJ), pois, como se vê, inclusive, da inicial (fl. 07-TJ), o prosseguimento à seleção, com base naquele diploma e no posterior Ofício nº 7.006/DRH-7 (fl. 42-TJ), contempla os candidatos, como eles mesmos asseveram, "*que estavam aprovados no exame psicotécnico e não possuíam o 2º grau, a continuar no processo seletivo*" (fl. 7-TJ), o que não é o caso dos apelantes, *que já haviam sido excluídos do certame por terem sido desclassificados nos exames psicológicos - e, não, por não cumprirem o requisito de escolaridade posteriormente modificado.*

De fato, consta do edital trazido aos autos, quanto ao requisito referente à escolaridade, tão-somente a conclusão do 1º grau, requisito este contra o qual não se insurgem os apelantes, eliminados do certame, como consignado alhures, em virtude de reprovação nos exames psicológicos, daí por que, *data venia*, a posterior edição da Lei Complementar nº 50, de 13.01.98, ainda que tenha trazido a exigência da conclusão do 2º grau, para aprovação no cargo pretendido, sendo, posteriormente, alterada, com a edição da Lei Complementar nº 62, de 19.12.2001, em nada os beneficia, pois já haviam sido excluídos do certame, por razão diversa, sendo, nesse particular, no mínimo, inusitada a pretensão dos recorrentes no que diz respeito ao surgimento de nova oportunidade para impetração.

Registre-se, para que dúvida não possa haver: o cerne da lide não se refere à exigência ou não da conclusão do 2º grau - vendo-se que o requisito constante do edital, no item 2.1.3, supratranscrito, cingia-se a ter o candidato concluído o 1º grau - para inscrição no certame; mas à aprovação em exames psicológicos e entrevista contra cuja reprovação não previa a norma editalícia revisão (item 9.5, fl. 36-TJ), exigência contra a qual, tendo os apelantes sido considerados "não indicados" e, pois, excluídos do certame, não se insurgiram em tempo oportuno, em nada, absolutamente nada, os socorrendo posteriores modificações em relação à escolaridade, mormente em face da impossibilidade de o prazo decadencial se interromper ou suspender.

Por fim, apenas se diga que, em obediência às últimas disposições reguladoras do concurso público em debate, deveriam prosseguir no certame aqueles candidatos aprovados que só tivessem concluído o 1º grau - tal como constara da primeira exigência editalícia -, soando, para dizer o menos, aleatória a alegação que consta da inicial de que

"*Todos foram convocados a realizar os exames, só que a adminis-*

tração P.M., ao ter acesso as pastas dos Impetrantes da época do concurso, descobriram que os mesmos haviam sido contra-indicados no exame psicológico, *o que causou indignação aos mesmos, pois* se foram convocados e fizeram todos os exames novamente, era certo, que estavam aprovados naquela época" (*sic*, fl. 7-TJ),

ainda mais diante de toda a argumentação trazida nas razões recursais, combatendo, exatamente, os testes em que foram os apelantes reprovados, admitindo, lado outro, somente terem sido aprovados na primeira fase do certame - provas escritas.

Assim é que, tendo, inequivocamente, ficado inertes desde aquela época, ainda que se vislumbre, em tese e apenas por hipótese, faltar aos exames psicológicos e entrevistas a necessária objetividade que deve nortear os concursos públicos de que a Administração Pública faz uso, sendo feridos os Princípios da Igualdade (art. 5º da Constituição Federal), bem como o da Impessoalidade, informador do Direito Público; mesmo em face das notáveis decisões jurisprudenciais citadas, no caso concreto, necessário o reconhecimento da decadência, que, como se sabe, é matéria de ordem pública que pode ser decretada de ofício - muito embora, quanto a isso, nada tenha dito o Estado de Minas Gerais apelado, nas contra-razões recursais -, podendo mesmo o MM. Magistrado tê-lo feito, indeferindo a inicial.

Diz a doutrina:

"*A decadência é matéria de ordem pública que deve ser examinada de ofício pelo juiz. Por isso pode o magistrado indeferir a petição inicial, pronunciando a decadência. A sentença de indeferimento da petição inicial é de mérito (CPC, 269, IV), sendo a única exceção à regra do CPC, 267, I, que diz extinguir-se o processo sem julgamento de mérito quando o juiz indeferir a petição inicial*" (NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 767),

mas, como o indeferimento da inicial, no caso, baseou-se no art. 8º da LMS, o que levaria à extinção do processo, sem julgamento do mérito, a decisão, nesta sede, deve ser para cassar a r. sentença, de ofício, para o fim de ser decretada a decadência e ser extinto o processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Decidiu-se neste eg. Tribunal de Justiça:

"*Concurso público - Mandado de segurança impetrado por candidato reprovado na fase dos exames psicotécnicos previstos no edital do concurso público - Impetração fundamentada na ilegalidade da previsão de tais testes pelo edital do concurso - Decadência do direito - Segurança impetrada após a efetivação dos testes e encerramento do certame, quando haveria de ser observado o prazo a partir do qual o candidato tomou conhecimento da exigência editalícia*" (ementa do voto vencedor, Apelação Cível nº 163.984-8/00, Rel. Des. Abreu Leite, Relator para o acórdão Des. Lúcio Urbano, j. em 11 de abril de 2000).

De todo o exposto, no caso concreto, *cassa-se a sentença, de ofício, decretando-se a decadência e extinguindo-se o processo, com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil.*

Custas, pelos apelantes.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

Súmula - DE OFÍCIO, CASSARAM A SENTENÇA.

-:::-

ICMS - DERIVADOS DE PETRÓLEO - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS - EXIGÊNCIA DO RECOLHIMENTO ANTECIPADO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - LEGALIDADE - CONSTITUCIONALIDADE

- Nas operações interestaduais realizadas com derivados de petróleo, é legal a exigência do recolhimento antecipado do ICMS pelo regime de substituição tributária, e não há nenhuma inconstitucionalidade na adoção do regime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 303.173-9/00 - Comarca de Matias Barbosa - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Ementa oficial: ICMS. Operações interestaduais - Derivados de petróleo - Regime de substituição tributária - Exigência do recolhimento antecipado - Legalidade - Preço final sugerido pelo contribuinte - Definitividade - Convênio ICMS 10/89 - Pedido julgado improcedente - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 24 de outubro de 2002. - *José Francisco Bueno* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Cuida-se de recurso interposto contra sentença que julgou improcedentes os embargos aviados pelo ape-

lante visando desconstituir crédito embasado em CDAs resultantes do transporte de mercadorias sem o destaque do ICMS devido por substituição tributária.

Em suas razões recursais a embargante reitera as preliminares de nulidade do auto de infração e da CDA, sustentando, no mérito, que a operação de transporte interestadual está imune do ICMS, a teor do art 155, § 2°, X, *b*, da Constituição Federal. Alega que a EC 03/93 não autorizou os Estados-membros a editar leis ou normas instituindo a exigência fiscal, assim como não revogou o disposto no art. 155, § 2°, X, *b*, da CF; que a LC 87/96 é posterior aos fatos geradores objeto da presente exigência fiscal; que, ainda que subsista o entendimento de que se está exigindo ICMS, sem que ocorra o fato gerador, contrariando os arts. 113, § 1°, e 114 do CTN; e que a utilização do Convênio ICMS 66/88 do Decreto 406/68 e da LC 44/83 vem sendo reconhecida como ilegal e inconstitucional pelo STJ. Pugna pelo acolhimento das preliminares ou pelo provimento do recurso reformando a r. decisão recorrida.

Em contra-razões a Fazenda Pública alega, inicialmente, a intempestividade do recurso e, no mérito, pugna pela confirmação do *decisum*.

Dispensa-se a intervenção ministerial por força da Súmula 189 do STJ.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se:

Rejeito a argüição de intempestividade do recurso suscitada pela recorrida.

O apelante foi intimado via postal, e, sabendo-se que esta só se completa com a juntada aos autos do AR, ocorrida em 17.12.01, conforme certidão de fl. 61-verso, mostra-se tempestiva a apelação, pelo que dela conheço.

Também desacolho as prefaciais de nulidade do auto de infração e da CDA que instrui a execução.

Não merece prosperar a alegação de imprestabilidade da CDA e do auto de infração, pois o título regularmente inscrito goza de presunção de liquidez e certeza, não afastadas pela apelante, como previsto nos arts. 204 do CTN e 3° da LEF.

No mérito, melhor sorte não socorre à apelante.

A imunidade prevista no art. 155, § 2°, inciso X, alínea *b*, da CF é aplicável a operações interestaduais, não podendo ser examinada no presente caso, em que se cobra o ICMS devido por substituição tributária, nas operações internas a serem efetuadas pela apelante.

Percebe-se que a apelada não contraria a legitimidade do regime da chamada substituição tributária "para frente".

A questão já foi polêmica, hoje a orientação jurisprudencial é tranqüila, como se vê, *e.g.*: "*O regime de substituição tributária é previsto pela própria Constituição Federal vigente. - O colendo Supremo Tribunal Federal entendeu legítimo o pagamento antecipado do ICM, previsto na legislação estadual, em casos de mercadorias destinadas a outros Estados. - Com o pagamento antecipado, não ocorre o recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. Não se pode confundir momento de incidência do tributo com sua cobrança. - Com base nos poderes amplos a ele conferidos pelo art. 34, parágrafos 3° e 8°, do ADCT, os Estados têm competência legislativa plena e podem estabelecer o pagamento antecipado do ICM, inclusive na venda de veículos automotores e suas peças. - Recurso provido*" (REsp n° 114.577-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, STJ, 1ª Turma, j. em 18.6.98).

A base de cálculo do imposto, pela legislação vigente à época, RICMS/91, era o valor da operação acrescido de 30%, tendo em vista que a operação era atacadista e a base de cálculo era o preço estimado para a venda ao consumidor, nada tendo de ilegal nesta estimativa, amparada na LC 44/83, pelo Convênio 66/88 e pela Lei Estadual 6.763/75.

Não é necessário muito exercício intelectual para se concluir, hoje com apoio em lei (LC 87/96), que o preço sugerido pelo fabricante pode ser fixado como base de cálculo, art. 8°, § 3°: "*Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço*".

A Lei Estadual 6.763/75, com a redação dada pela Lei 9.758/89, declara, de forma taxativa, que a fixação do preço sugerido como base de cálculo é definitiva, favoreça ao Fisco ou ao contribuinte, determinando, ainda, no art. 22, § 9°, a substituição tributária especialmente quando da entrada de mercadoria proveniente de outra unidade da Federação para entrega no Estado a comerciante, atacadista e varejista, ou sem destinatário certo.

A obrigação, ao contrário do que acredita a apelante, não foi instituída por convênio, mas por lei estadual.

Acentue-se que não é o Estado que sugere o preço da mercadoria, e sim o próprio fabricante.

Não há nenhuma inconstitucionalidade na adoção do instituto.

Arrematando, peço licença para citar julgados deste Tribunal coincidentes com nossa conclusão: Ap. Cív. n° 136.853-9, Belo Horizonte, Rel. Des. Sérgio Lellis Santiago, j. em 29.6.99; Ap. Cív. n° 107.509-9, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro; Ap. Cív. n° 17.586-9, Rel. Des. Antônio Hélio Silva; Ap. Cív. n° 122.097-9, Rel. Des. Rubens Xavier Ferreira; Ap. Cív. n° 155.353-6, Rel. Des. Hugo Bengtsson, j. em 16.12.99, dentre outros.

Em caso idêntico, vale colacionar julgado do eg. STJ:

"*Tributário. ICMS. Operações interestaduais realizadas com derivados de petróleo. Exigência do recolhimento antecipado pelo regime de substituição tributária. Admissibilidade*" (REsp 37.361/SP, 45.923/RS e 52.520/SP).

Assim, diante da legalidade da substituição tributária, acertada a r. decisão de primeiro grau.

Diante do exposto, rejeitadas as preliminares, no mérito, nego provimento à apelação.

Custas, pela apelante.

A Srª. Desª. Maria Elza - De acordo.

O Sr. Des. Aluízio Quintão - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - INDENIZAÇÃO

- O Estado é responsável pela reparação do prejuízo moral e material causado em acidente de trânsito, na hipótese de restar provado o liame entre a conduta do seu preposto e o dano sofrido pelo particular, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

- A responsabilidade objetiva, norteada pela teoria do risco administrativo, dispensa o terceiro da prova da culpa da Administração, cabendo a esta, com os meios probatórios legais, demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, para se eximir integral ou parcialmente da indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 308.021-5/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Ementa oficial: Indenização - Responsabilidade objetiva do Estado. - O Estado é responsável pela reparação do prejuízo moral e material causado em acidente de trânsito, na hipótese de restar provado o liame entre a conduta do seu preposto e o dano sofrido pelo particular, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2002. - *Silas Vieira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Silas Vieira - Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário interposto contra a r. sentença de fls. 94/100, proferida nos autos da ação de indenização ajuizada por Maria Paula dos Reis Hipólito contra a Prefeitura Municipal de Contagem.

A MMª. Juíza singular julgou procedente o pedido, condenando o requerido ao pagamento de danos morais no importe de 200 (duzentos) salários mínimos vigentes à época do ajuizamento da ação, incidindo correção monetária e juros a partir da citação, bem como em danos materiais no valor de R$417,86 (quatrocentos e dezessete reais e oitenta e seis centavos).

Irresignado, apelou o Município de Contagem conforme razões expendidas às fls. 102/110, sustentando, em síntese, que não há que se falar em culpa concorrente, uma vez que o motorista do caminhão do ente municipal não poderia ter previsto que o ciclista saísse repentinamente detrás do coletivo, tendo o acidente acontecido por exclusiva culpa da vítima, que infringiu o disposto no art. 247 do CTB.

Por outro lado, aduz que, se não for o caso de se considerar a culpa exclusiva da vítima, pugna pela atenuação da culpa do ente público, a fim de que a verba indenizatória seja fixada em quantia que não propicie o enriquecimento ilícito.

Contra-razões às fls. 112/115.

Conheço da remessa oficial e do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Do reexame necessário.

Busca a autora com a presente ação de indenização a condenação do Município de Contagem em danos materiais e morais em face do atropelamento e conseqüente morte do seu marido por um caminhão, placa GMM-9795, de propriedade da Prefeitura Municipal de Contagem.

Afirma que a vítima se encontrava trafegando corretamente, em sua mão de direção, quando, por imprudência do condutor do caminhão, ao realizar uma ultrapassagem, chocou-se com a bicicleta do esposo da requerente, ocasionando o óbito por hemorragia endocraniana conseqüente de traumatismo crânio-encefálico, requerendo, por fim, a condenação do requerido por danos morais e materiais.

A MMª. Juíza julgou procedente o pedido da autora, contudo, reconheceu que houve culpa concorrente da vítima, ao fundamento de que o ciclista agiu imprudentemente ao ultrapassar o coletivo, bem como procedeu da mesma forma o motorista do caminhão que não atuou com o dever objetivo de cuidado.

No caso em comento, os fatos que motivaram a presente ação realmente ensejam indenização por danos material e moral.

Explico.

Ab initio, quero deixar consignado que, após analisar com a devida acuidade todos os elementos de informações carreados para os autos, cheguei à conclusão de que o motorista do caminhão foi o único responsável pelo trágico acidente que vitimou o marido da apelada, não sendo o caso de culpa concorrente conforme entendeu a MMª Juíza da causa. Contudo, como não houve recurso voluntário da autora, e em respeito ao princípio de que não se pode agravar a situação da Fazenda Pública em reexame necessário, alternativa não me resta senão a confirmação da sentença.

E nem se diga que o entendimento de que não houve culpa concorrente implicaria agravar a situação do Município de Contagem em reexame necessário, pois, conforme concluiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, "*não se coaduna a* reformatio in pejus *se o tribunal se limita a tornar explícita a sentença, sem agravar a situação da entidade de direito público*" (REsp nº 16.055-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 17.02.92).

Como é cediço, em sede de responsabilidade civil do Estado, prevalece em nosso ordenamento jurídico, por imperativo constitucional (art. 37, § 6º), a teoria da culpa objetiva, segundo a qual basta a simples comprovação do fato danoso e a relação de causalidade entre este e as lesões irrogadas, para acarretar a responsabilidade do ente público.

O exame do citado dispositivo constitucional, conforme a lição de HELY LOPES MEIRELLES, "*revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 18ª ed., p. 558).

Outro não é o entendimento do Mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao afirmar que a responsabilidade do Estado é objetiva e consiste na "*obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano*" (*Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., Malheiros, 1998, p. 617).

A responsabilidade objetiva, norteada pela teoria do risco administrativo, dispensa o terceiro da prova da culpa da Administração, cabendo a esta, com os meios probatórios legais, demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, para se eximir integral ou parcialmente da indenização.

Nesse sentido, esclarecedora ementa do STF:

"*Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: a) a alteridade do dano; b) a causalidade material entre o* eventus damni *e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (*RTJ, *140/636); e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (*RTJ, *55/50* - RTJ, *71/99* - RTJ, *91/377* - RTJ, *99/1155* - RTJ, *131/417*" (Recurso Extraordinário nº 109.615-2-RJ - 1ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, *DJU* de 02.08.1966).

Na espécie e com a devida vênia, entendo que o cenário probatório é conclusivo pela responsabilidade do condutor do veículo municipal na ocorrência do sinistro.

Avaliando as provas colacionadas aos autos, mormente o depoimento do Sr. Maurílio Antônio Diniz, motorista do caminhão que ocasionou o sinistro, verifica-se claramente que o mesmo não agiu com o necessário dever de cuidado, uma vez que, avistado o ciclista a sua frente, ainda assim fez a ultrapassagem, sendo, destarte, imprudente.

No caso em comento, repito, não há que se falar em culpa concorrente, mesmo porque as testemunhas que prestaram depoimento afirmando que a vítima agiu de forma imprudente não foram categóricas, mas apenas fizeram conjeturas, conforme se vê do termo de fl. 81, onde a depoente Vera Lúcia Chagas dos Santos:

"*(...) esclarece* que acredita *que a vítima tenha sido atropelada paralelamente ao ônibus;* que não sabe precisar *a velocidade auferida pelo veículo da ré,* que não viu o caminhão muito menos o motorista *(...)*".

Portanto, não comungo do entendimento esposado pela Juíza sentenciante, ao reconhecer a existência da culpa concorrente. Na verdade, a culpa no atropelamento é inteiramente do condutor do caminhão, visto que a vítima já havia ultrapassado com sua bicicleta o ônibus, além do que, pela dinâmica do acidente, em que o *de cujus* veio a ser abalroado pela carroceria do veículo, vê-se, claramente,

que houve por parte do preposto do Município a realização de uma manobra imprevisível e imprudente.

Veja o depoimento da testemunha ocular, Sr. Cícero José dos Santos, *verbis*:

"(...) que havia descido de um ônibus e que viu um ciclista, senhor de idade, moreno, que havia ultrapassado o ônibus, ser atingido pela traseira de um caminhão azul. Esclarece que o ciclista estava do lado direito do ônibus próximo ao meio fio, que o motorista jogou o caminhão para a direita acertando a traseira na vítima" (fl. 70).

Destarte, não há que se falar em culpa concorrente entre o motorista do caminhão e a vítima. Logo, é razoável admitir-se o envolvimento do veículo do Município de Contagem e a imprudência com que agiu o seu preposto, desencadeando o evento danoso, assegurando à apelada o ressarcimento dos danos materiais e morais que lhe foram causados.

Demonstrado o dever de reparar, passo ao exame do *quantum* indenizatório fixado a título de dano moral.

Com o advento da atual Carta Constitucional, a reparação pelo dano moral integrou-se definitivamente ao nosso direito positivo, tornando-se princípio de natureza cogente, alçado à garantia constitucional, por meio do qual se assegurou a todo indivíduo uma compensação por atos que tenham causado sentimentos contundentes, seja de sofrimento, dor ou humilhação.

Segundo SAVATIER, o dano moral apto a ser ressarcido é "*qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, as suas afeições etc.*." (*Traité de la Responsabilité Civile*, v. II, p. 525).

No caso vertente, revelam-se presentes os motivos capazes de fazer nascer para a autora o direito ao pretendido dano moral, uma vez que a perda de um ente querido, de forma trágica, como a que ocorreu, enseja a sua reparação.

É bem verdade que não existe na lei um parâmetro para a fixação da verba em comento, sendo tal tarefa relegada ao prudente arbítrio do magistrado, o qual, agindo com zelo e moderação, deverá, no cumprimento deste mister, analisar e sopesar todas as situações reveladas pelos autos.

A reparação moral deve sempre ser fixada de forma a atender à dupla finalidade do instituto, qual seja: punir de forma didática o ofensor e propiciar ao ofendido meio de compensar a dor e o sofrimento experimentados, sem que isso implique o seu enriquecimento indevido. Cabe aqui convocar o magistério de MARIA HELENA DINIZ:

"*Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer eqüitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo se irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o* quantum *da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação*" (*Revista Jurídica Consulex*, nº 3, de 31.03.97).

In casu, tenho como justa a fixação dos danos morais no importe de 200 (duzentos) salários mínimos, quantia esta que, a meu ver, se adequa com exatidão ao caso aqui analisado.

No que tange ao dano material, a autora colacionou aos autos prova do pagamento das despesas funerárias (fls. 34/35), no total de R$406,81 (quatrocentos e seis reais e oitenta e um centavos), valor este que atualizado perfaz R$417,86 (quatrocentos e dezessete reais e oitenta e seis centavos) quando do ajuizamento da ação, sendo certo que referida quantia nem sequer foi impugnada pelo ente municipal, pelo que deve ser paga devidamente corrigida pelos índices da Corregedoria de Justiça.

Diante do exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a r. sentença, apenas para excluir a culpa concorrente da vítima, mantendo-a, no mais *in totum*, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

O Sr. Des. Roney Oliveira - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ISSQN - SERVIÇOS DE PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET - NÃO-INCIDÊNCIA - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 155, II, 156, III, E 146, III, *a*, DA CF, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 E DO DEC.-LEI Nº 406/68

- Diante da análise conjunta dos arts. 155, II, 156, III, e 146, III, *a*, da CF, da Lei Complementar 87/96 e do art. 8º do Dec.-lei nº 406/68, verifica-se que não incide ISSQN sobre os serviços de acesso à Internet, pois não estão enquadrados na lista anexa ao Dec.-lei nº 406/68, com a redação que lhe deu a Lei

Complementar nº 56/87, que prevê o rol de atividades sujeitas à tributação, lista esta que possui caráter taxativo, sendo vedada a ampliação das hipóteses ali indicadas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 309.575-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Ementa oficial: Constitucional e tributário - ISS sobre serviços de empresa provedora de acesso à Internet - Não-incidência - Inteligência do art. 155, II, e 156 da Constituição Federal, Decreto-lei 406/68 e art. 146, III, da Constituição Federal de 1988. - Não incide o ISS sobre os serviços de provedor de acesso à Internet, pois não estão enquadrados na lista que prevê o rol de atividades sujeitas à tributação, lista esta que possui caráter taxativo, sendo vedada a ampliação das hipóteses ali indicadas.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2002. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Guilherme de Almeida Henriques.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Trata-se de apelação interposta em autos de ação declaratória ajuizados por *Task Software* Ltda. em desfavor do Município de Belo Horizonte, cujo objeto é a declaração da inexistência de relação jurídica entre as partes no que se refere à cobrança do ISS sobre os serviços de "provedor à Internet" prestados pela autora, tendo a sentença de fls. 106/111-TJ, sujeita ao duplo grau de jurisdição, julgado procedente o pedido, sob o fundamento de que este imposto não incide sobre os serviços de conexão à Internet, com fulcro no art. 146 da Constituição Federal, o que gerou o inconformismo do vencido, que interpôs seu recurso alegando que a atividade prestada pela autora se caracteriza como típica prestação de serviços, devendo, portanto, incidir o ISS, nos termos da lista anexa ao Decreto-lei 406/68, itens 22, 24, 40, 50 e 74, além do fato de que esta lista possui caráter meramente sugestivo e comporta interpretação ampla e analógica, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de fls. 119/131-TJ.

Conheço da remessa necessária, de ofício (STJ - 1ª Seção, AR nº 31/MG, Rel. Min. Vicente Cernichiaro, j. em 26.9.98), nos termos do art. 475, II, do CPC, bem como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

A questão posta em discussão nos presentes autos é ainda bastante controvertida perante doutrinadores e jurisprudência pátria, notadamente entre a Fazenda Pública Municipal e a Estadual, que, praticamente, instauraram uma "guerra fiscal" no sentido de que ambas pretendem exigir tributação sobre a operação das empresas provedoras de "Internet"; a primeira ao afirmar incidir o ISS, por se tratar de serviço de intermediação; e a segunda, o ICMS, alegando se configurar o serviço de comunicação.

Para o correto desate da lide, torna-se necessário definir o alcance da expressão "comunicação" prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 155, que assim dispõe:

"*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

Tal definição se torna importante, pois tudo o que estiver no âmbito da palavra "comunicação" não poderá ser tributado pelo ISS, mas somente pelo ICMS, de acordo com a norma prevista no art. 156, III, da Carta Magna, *verbis*:

"*Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar".

Acresce lembrar, nos termos do art. 8º do Decreto-lei 406/68, que:

"*O imposto de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação (...) de serviço constante da lista anexa*".

Por sua vez, a Lei Complementar 87/96 prevê a incidência do ICMS sobre "*prestações onerosas de Serviço de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição, a ampliação de comunicação de qualquer natureza*".

Sob a égide desse conjunto normativo, não creio que os serviços do provedor de acesso à "Internet" possam ser enquadrados na lista anexa ao Decreto-lei 406/68, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 56/87.

Aliás, o colendo Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema, como se constata da ementa abaixo transcrita, proferida no julgamento do REsp nº 323.358-PR, ocorrido em 21.6.01, *verbis*:

"Tributário. Provedor da Internet. Prestação de serviço de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação. Relação de natureza negocial com o usuário. Fato gerador de ICMS determinado. Incidência. Lei Complementar nº 87/1996. Lei nº 9.472/1997.

- 1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que entendeu que 'o provedor de acesso à Internet não presta serviço de comunicação ou de telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS'.

- 2. O provedor da Internet é um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, definindo-o como sendo 'aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na Internet, seja armazenando e disponibilizando o site *para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à Internet (PSC), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à Internet (SCI)'. (Newton de Lucca, em artigo 'Títulos e Contratos Eletrônicos', na obra coletiva* Direito e Internet, *p. 60)*

- 3. O provedor vinculado à Internet tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por deter meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática.

- 4. O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações.

- 5. A Lei Complementar nº 87, de 13.09.1996, estabelece, em seu art. 2º, que incide o ICMS sobre 'prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição, a ampliação de comunicação de qualquer natureza', círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à Internet, quando os comercializam.

- 6. Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS.

- 7. A relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza negocial visando a possibilitar a comunicação desejada. É suficiente para constituir fato gerador de ICMS.

- 8. O serviço prestado pelo provedor pela via da Internet não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61 da Lei nº 9.472, de 16.07.1997.

- 9. Recurso provido".

Outro não é o posicionamento deste eg. Sodalício, como se constata dos arestos adiante colacionados:

"Ação de repetição de indébito fiscal - ISSQN - Prestação de serviços de provedor de acesso à Internet - Questão relativa ao enquadramento, ou não, na lista anexa ao Decreto-lei nº 406/1968 (artigo 8º, caput, *do Decreto-lei nº 406/1968), das atividades da autora. - A prestação dos serviços de provedor de acesso à Internet não se enquadra no rol de atividades sujeitas a tributação pelo ISSQN, antes figura no campo de incidência do ICMS, por se tratar de espécie do gênero 'serviços de comunicação', tal como previsto no art. 155, II, da Constituição Federal"* (1ª CC, Apelação Cível nº 281.810-2, Rel. Des. Francisco Lopes de Albuquerque, j. em 1º.10.02, *DJ* de 11.10.02).

"Tributário. ICMS. Serviço de acesso à Internet. Incidência" (2ª CC, Apelação Cível nº 211.389-2, Rel. Des. Pinheiro Lago, j. em 9.4.02, *DJ* de 19.4.02).

Assim, verifica-se que o entendimento dominante, ao qual me filio, tende a determinar que o ISS não incide sobre as operações prestadas pela apelada, já que o serviço de provedor de conexão à "Internet" não está elencado na lista anexa ao Decreto-lei 406/68.

E nem se argumente que este serviço está adstrito à lista sob o fundamento de que ela possui caráter meramente sugestivo, pois já ficou amplamente determinado que ela é exaustiva, sendo vedada a ampliação das atividades ali indicadas, como se vê na remansosa jurisprudência do colendo STJ, *verbis*:

"Tributário - ISS: DL nº 406/68 - Serviço de transferência de tecnologia.

- 1. A jurisprudência do STF, e desta Corte, desenvolveu-se no sentido de entender ser taxativa a lista de serviços do DL nº 406/68.

- 2. Inadmissibilidade de interpretação extensiva ou analógica.

- 3. Recurso especial não conhecido" (REsp nº 35.164/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 16.12.99, *DJ* de 8.3.00).

Destarte, não pode o ente municipal tributar o serviço prestado pela provedora de acesso à Internet sob o fundamento de caracterizá-lo como serviços de assessoria, análise de sistemas, ensino, intermediação de bens e instalação de aparelhos abrangidos pelos itens 22, 24, 40, 50 e 74 da lista anexa ao Decreto-lei 406/68, pois, ao admiti-la, estar-se-ia fazendo tábula rasa dos dispositivos constitucionais e legais concernentes aos limites da competência tributária.

Sublinhe-se que bem andou o douto Sentenciante, ao mencionar o art. 146, III, da Carta Magna, que assim dispõe:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente 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".

De fato, os serviços sujeitos à tributação do ISS somente podem ser aqueles previstos na lei complementar, que, no caso, é o Decreto-lei 406/68, consistindo em violação ao artigo supra-referido a extensão das hipóteses lá definidas.

Com tais considerações, em reexame necessário, confirmo, integralmente, a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - O voto do eminente Relator esgota a matéria, no que tange à regência legal dos serviços de provedor de Internet, e cita jurisprudência não só deste Tribunal, mas também dos Tribunais Superiores, no sentido da não-incidência do ISS, como sustentou da tribuna o ilustre advogado.

Assim sendo, adiro por inteiro ao voto do douto Relator.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - A matéria já foi julgada nesta Câmara, ao que me parece na sessão passada.

Ponho-me de acordo com o excelente voto do eminente Des. Relator.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

SUS - ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR - PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E ENTIDADE FILANTRÓPICA - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO - VALIDADE DAS CLÁUSULAS PACTUADAS

- Não obstante as prerrogativas conferidas à Administração Pública na celebração de seus contratos, têm-se como válidas as cláusulas pactuadas pela municipalidade com entidade filantrópica, se estabelecidas com o escopo de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, permitida também a pactuação de cláusula que resguarde bens e interesses da entidade contratante na hipótese de rescisão contratual promovida pelo ente público.

- Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.660-4/00 - Comarca de Ouro Preto - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 03 de abril de 2003. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço da remessa oficial, assim como dos recursos voluntários, eis que satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.

No contrato de fls. 21/26, encontra-se a causa remota do litígio que se coloca em julgamento. No cenário de sua celebração, encontrava-se, de um lado, a Santa Casa de Misericórdia, entidade filantrópica com mais de 265 anos de tradição, instalada em imóvel que não mais oferecia condições adequadas à consecução dos seus fins e, de outro, o Município, que havia construído um moderno prédio para acomodar um hospital, mas não dispunha de meios para fazê-lo funcionar.

Em autêntica comunhão de esforços, obrigou-se a Santa Casa a atuar em colaboração com o Poder Público, universalizando o atendimento, e o Município, por sua vez, obrigou-se a garantir a viabilidade econômico-financeira do empreendimento, cedendo, em comodato, o imóvel para instalação e funcionamento do novo hospital.

Não foi preciso muito tempo para que o Município, sob nova Administração, concluísse pela impossibilidade de se levar adiante aquela parceria, entendendo-a inconstitucional.

Frustradas as tentativas de se chegar a bom termo extrajudicialmente, foi proposta a presente ação, que tem como pontos de discórdia apenas dois itens do contrato: a Cláusula Quarta e o inciso III da Cláusula Sétima, muito embora tenha o Município, em seu apelo, rompido com a parte que já se encontrava pacificada, ampliando o objeto da controvérsia para algo além do que foi submetido à sentença.

Preliminarmente, no que tange à objeção trazida pela Municipalidade de que a edição do decreto legislativo teria implicado a perda de objeto da presente ação, tenho-a como equivocada.

Com efeito, mesmo que houvesse a resilição unilateral ou até mesmo o desfazimento do contrato, por mútuo consentimento dos contratantes, remanesceria a discussão sobre os efeitos produzidos na sua vigência.

Desta forma, levando-se em consideração, também, que o próprio Município subscreveu a Cláusula Décima, comprometendo-se a não "*revogar unilateralmente o contrato*" e que a chama do litígio ainda se conserva acesa, *rejeito* a preliminar. *No mérito*, observa-se que o contrato em

questão se enquadra na categoria dos contratos administrativos, eis que celebrado visando à consecução de fins públicos, e, conquanto estes tenham características que os distinguem dos contratos de direito privado, não se pode olvidar que os poderes conferidos à Administração se inspiram em razões de interesse público, tornando-se imperioso o acautelamento diante de situações em que, paradoxalmente, possam encontrar-se em rota de colisão os interesses patrimoniais do ente estatal e os interesses da coletividade.

Em outras palavras: se, em princípio, os contratos administrativos conferem à Administração Pública prerrogativas que lhe são bem peculiares, tal regramento tem por norte a satisfação do interesse público e, inversamente, no caso sob exame, para que a finalidade pública se realize, em toda sua plenitude, melhor que se tenham como válidas as cláusulas pactuadas, negando-se à Municipalidade o direito de alterar ou extinguir o vínculo, ao seu alvedrio, pois, insista-se, há aí uma razão maior de interesse público e encontra-se em jogo o cumprimento do dever constitucional de assistência integral à saúde.

Neste sentido, lembra CAIO TÁCITO que: "*A tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público*" (*Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, p. 292).

Outrossim, não se pode menosprezar o direito daquele que contrata com o Poder Público de ter resguardado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *In casu*, afigura-se condenável o inadimplemento da cláusula contratual que assegurava tal equilíbrio.

Ao negar-se a cumprir a Cláusula Quarta, o Município rompeu com a natureza sinalagmática daquele contrato, pois transferiu à Santa Casa o dever que era seu - do Município - de prestar atendimento médico-hospitalar aos munícipes, sem a ela transferir as dotações orçamentárias a tal fim dirigidas.

Comentando a posição daquele que contrata com o Poder Público, preleciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"*Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público enquanto tal pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja*".

E mais:

"*Diga-se, de passagem, que é, aliás, fora de qualquer dúvida ou entredúvida que o Poder Público não se pode livrar de ressarcir integralmente o contraente dos agravos econômicos oriundos de fato seu, por ocasião do contrato, mesmo quando exercita seu direito de alterá-lo unilateralmente ou de extingui-lo antes do prazo estipulado*" (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 12ª ed., p. 542/543).

Neste caminhar, e considerando, principalmente, o interesse público incidente na questão, é que adiro ao entendimento encampado pelo honrado Colega de primeiro grau de jurisdição, no que tange à validade da Cláusula Quarta do contrato, ratificando as razões já expendidas por ocasião do julgamento do agravo que decidiu sobre a antecipação dos efeitos da tutela.

Entretanto, ouso dissentir do julgado no tocante à necessidade do ajuizamento de uma outra ação visando a apurar o *quantum debeatur*.

Com efeito, o compromisso firmado pelo Município foi de "*complementar mensalmente a receita necessária ao pleno funcionamento do Hospital, em conformidade com o Plano Operativo*", sendo aceita também a condição de que a liquidez do débito seria reconhecida mediante simples relatório descritivo aprovado pelo Conselho Curador.

Talvez, reconhecendo as dificuldades que poderiam advir para o Município, em especial quanto ao orçamento anual, cuidou a Irmandade de sugerir que a complementação seria de 109% (cento e nove por cento) do que o SUS lhe paga mensalmente pelos procedimentos médicos realizados, limitada a R$65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) por mês.

Ora, no entendimento de que tal proposta satisfaz os termos do contrato e considerando, pois, que o valor a ser complementado pode ser apurado com base na simples comprovação do valor faturado mensalmente para o SUS, tenho que é possível se chegar ao valor devido através de simples liquidação de sentença, por arbitramento, tornando-se despicienda a propositura de uma outra ação para tal fim.

No que tange ao inciso III da Cláusula Sétima, também peço vênia ao Juiz a *quo*, pois, sob outra ótica de julgamento, tenho que é válido, de pleno direito, o ajuste ali delineado.

Também como meio de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tornou-se necessário que eventual rescisão contratual se revestisse de alguma garantia para a Santa Casa de Misericórdia.

Não seria justo que esta se sujeitasse à vontade do Município e pudesse ser desapossada, repentinamente, sem qualquer oportunidade de, pelo menos, retornar para o prédio onde antes se encontrava instalada.

Na verdade, o inciso III da Cláusula Sétima tão-somente estabelece um campo de proteção aos interesses patrimoniais da entidade filantrópica contratante, não sendo defensável a tese de que esta, hipotecando sua colaboração ao Poder Público, ficasse a mercê deste, sem qualquer resguardo em relação aos seus bens e a sua própria existência.

A meu sentir, as condições ali estabelecidas em nada afetam o regime jurídico dos bens públicos, pois, como bem dito pelo ilustrado Órgão Ministerial, "*não há*

o risco aqui de alienação do patrimônio público para entidade privada, devendo-se reconhecer, por outro lado, que, tanto financeira como operacionalmente, a mudança de um hospital implica transtornos tremendos que a presente cláusula penal vem regular".

Além do mais, ocorre aí a hipótese de um contrato de comodato, havendo a concessão de uso de bem público e, conforme preconiza autorizada doutrina, não está o Poder Público livre de responder pelos prejuízos experimentados pelo concessionário, no caso de rescisão unilateral.

Sobre o desacato aos comandos da Lei de Responsabilidade Fiscal, cumpre-me dizer que caberia ao Prefeito cumpri-la, e, se assim não o fez, não há como imputar tal falta à entidade filantrópica contratante, a quem, definitivamente, não se dirigem as normas da referida lei.

O mesmo se pode dizer quanto às alegações de que o Município só está legalmente obrigado ao atendimento médico de urgência e que tocaria ao Governo Estadual a disponibilização de leitos hospitalares, pois, frise-se, foi do próprio Município a opção de priorizar os investimentos na área da saúde, e não é a troca das cores partidárias na Prefeitura que irá desobrigar o ente estatal de cumprir os contratos firmados sob a égide da Administração passada.

Tendo em vista a decisão que ora se profere, é de se modificarem também os ônus da sucumbência e, para tanto, mister que se atenda a norma contida no § 4° do art. 20 do CPC, razão pela qual, sucumbindo minimamente a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia, imponho integralmente as despesas processuais ao Município, que também pagará os honorários aos advogados da parte vencedora, ora arbitrados no importe de R$20.000,00 (vinte mil reais).

Nesta conformidade, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, determinando que a apuração do valor devido pelo Município se faça por liquidação por arbitramento, declarando, ainda, a validade do inciso III da Cláusula Sétima do contrato de fls. 21/26, impondo os ônus sucumbenciais na forma acima. Ficam prejudicados os recursos voluntários.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Abreu Leite - Adiro ao excelente, minudente e pedagógico voto de V. Exa. e recomendo a publicação do mesmo, com urgência, para que sirva de orientação para todo o Estado de Minas Gerais.

O Sr. Des. Nilson Reis - De pleno acordo com o Des. Abreu Leite, inclusive com a publicação do acórdão com urgência.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

3 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

PREFEITO - PECULATO-DESVIO (ART. 1°, I, DO DEC.-LEI N° 201/67) - REJEIÇÃO PARCIAL DA DENÚNCIA - CONCURSO DE AGENTES - POSSIBILIDADE, EM TESE - INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO - INÉPCIA DA INICIAL

- Se, antes do recebimento da denúncia, requer a Procuradoria de Justiça, titular da ação penal, a rejeição da inicial em relação a três dos denunciados, ante os termos da defesa preliminar por eles oferecida, impõe-se o acatamento do pedido pelo Tribunal.

- Não obstante admissível, em tese, o concurso de agentes no crime próprio previsto no art. 1°, I, do Dec.-lei n° 201/67, se a denúncia não está a descrever em que teria consistido a participação de alguns dos co-denunciados, sócios da empresa tida como beneficiária do desvio, na conduta do prefeito, afigurando-se, quanto a eles, imprecisa e inepta a inicial, há de ser ela rejeitada.

- Havendo prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do crime descrito na peça de acusação em relação ao prefeito e a um dos co-denunciados, deve ser recebida a denúncia, tendo os denunciados, no curso da instrução, oportunidade mais ampla de demonstrar a alegada inocência.

- Comete o delito de peculato-desvio o funcionário - ou, no caso, o prefeito - que, conscientemente, efetua pagamentos pela Administração por serviço não efetuado, ou a maior, ainda que em benefício apenas do prestador, ou do pseudoprestador, do serviço.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA N° 249.891-3/00 - Comarca de Espera Feliz - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Processo-crime de competência originária - Prefeito municipal - Peculato-desvio (art. 1°, I, do Dec.-lei 201/67) - Rejeição parcial da denúncia - Requerimento neste sentido da Procuradoria de Justiça - Pedido acatado - Concurso de agentes - Possibilidade, em tese - Inviabilidade no caso concreto - Inépcia da inicial - Rejeição da peça acusatória em relação a dois outros denunciados - Recebimento quanto ao Prefeito e um outro co-denunciado. - Se, antes do recebimento da denúncia, requer a Procuradoria de Justiça, titular da ação penal, a rejeição da inicial em relação a três dos denunciados, ante os termos da defesa preliminar por eles oferecida,

impõe-se o acatamento do pedido pelo Tribunal. - Não obstante admissível, em tese, o concurso de agentes no crime próprio previsto no art. 1°, I, do Dec.-lei 201/67, se a denúncia não está a descrever em que teria consistido a participação de alguns dos co-denunciados, sócios da empresa tida como beneficiária do desvio, na conduta do Prefeito, afigurando-se, quanto a eles, imprecisa e inepta a inicial, há de ser ela rejeitada. - Havendo prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do crime descrito na peça de acusação em relação ao Prefeito e a um dos co-denunciados, deve ser recebida a denúncia, tendo os denunciados, no curso da instrução, oportunidade mais ampla de demonstrar a alegada inocência.

ACÓRDÃO

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, à unanimidade de votos, EM RECEBER A DENÚNCIA QUANTO AOS DENUNCIADOS DELFINO JOSÉ EMERICH E MURILO WAGNER DE LEMOS JÚNIOR E REJEITAR QUANTO AOS DEMAIS.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2002. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, respectivamente, pelo denunciante, o Dr. Gilvan Alves Franco e, pelo denunciado, o Dr. Arnaldo Coelho.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - O Procurador-Geral de Justiça, através de representantes do Ministério Público integrantes do Grupo Especializado em crimes praticados por prefeitos, oferece denúncia contra Delfino José Emerich, Prefeito Municipal de Alto Caparaó, Murilo Wagner de Lemos Júnior, Engenheiro Civil da Prefeitura do Município, e Murilo Almeida Monteiro de Paula, Fernando Almeida Monteiro de Paula, Maria Beatriz de Paula Amado, Maria Cristina de Paula Esteves e Fabíola Almeida Monteiro de Paula, estes cinco últimos sócios da empresa Construtora Alterosa Ltda., dando-os como incursos no art. 1°, inciso I (desvio), do Decreto-lei n° 201/67 (duas vezes), c/c os artigos 29 e 69 do Código Penal, sob a acusação, em síntese, de haver o primeiro, com o auxílio do segundo, desviado através de fraudes em procedimentos licitatórios, em proveito dos sócios da Construtora, que tinham conhecimento das fraudes e com ela concordaram, quantias resultantes do superfaturamento no preço de obras executadas em pontes e escolas do Município em março de 1997 e janeiro de 1998.

Regularmente notificados, apresentaram os denunciados defesas preliminares, acompanhadas de documentos.

O Prefeito de Alto Caparaó, Delfino José Emerich, sustenta que as obras de reconstrução de pontes a que

alude a denúncia foram realizadas em regime de emergência, eis que decretara estado de calamidade pública no Município - situação reconhecida pela Secretaria de Obras do Estado e também pela Secretaria de Políticas Regionais do Ministério do Planejamento e Orçamento - em virtude das fortes chuvas que assolaram a região no início de sua gestão, em 1997. Assim, a realização de licitação era dispensável, nos exatos termos do art. 24, IV, da Lei 8.666/93. Não obstante, decidiu pela realização do certame, na modalidade convite, tendo a Construtora Alterosa Ltda. apresentado a proposta vencedora, que atendeu ao critério de menor preço global. Quanto à reforma nas escolas, a licitação teria ocorrido também de forma regular, sendo a referida empresa a vencedora pela mesma razão, ou seja, por haver apresentado o menor preço, 6% inferior àquele orçado pela Municipalidade como valor referencial. Por outro lado, impugna as conclusões das perícias realizadas pela CPI instaurada no Município e pelo Ministério Público, que acompanham a denúncia, alegando, no que tange às escolas, que as alterações no objeto da licitação, referidas na peça acusatória, encontram previsão na Lei de Licitações, em seu art. 65. No mais, afirma que agiu com transparência, que em momento algum houve dolo de sua parte, que não restou comprovado qualquer prejuízo para o Município e que não poderia ser responsabilizado por eventuais faltas de seus subordinados, protestando pela demonstração da efetiva realização dos serviços contratados no curso da instrução, através de perícia técnica (fls. 704/714).

As denunciadas Maria Cristina de Paula Esteves, Fabíola Almeida Monteiro e Maria Beatriz de Paula Amado, por sua vez, alegam que, apesar de figurarem no contrato social da Construtora Alterosa Ltda., possuindo, cada uma, 2.400 das 60.000 cotas da empresa, não participam de sua administração, não têm retirada *pro labore* e não têm conhecimento de suas atividades, eis que residem em Belo Horizonte, onde exercem suas respectivas profissões, não havendo de qualquer forma participado da conduta descrita na inicial (fls. 673/676; 890/893; 912/915).

Murilo Almeida Monteiro de Paula e Fernando Almeida Monteiro de Paula, em longo arrazoado, acompanhado de farta documentação, protestam contra o fato de não haverem sido convocados para acompanhar as perícias realizadas pela CPI Municipal e pelo Ministério Público, que instruem a denúncia, e contestam os seus fundamentos, cálculos e conclusões, defendendo a regularidade dos procedimentos licitatórios e dos serviços realizados. Por outro lado, alegam que não podem responder pela prática, em concurso com o Prefeito Municipal, do delito capitulado na denúncia, eis que, além de se tratar de crime próprio, não teriam eles contribuído para a conduta ali incriminada, sendo, de acordo com a referida peça acusatória, beneficiários dela. Por fim, sustentam que a referida infração não admite forma culposa, exigindo-se a comprovação da intenção de

lesar o erário público, o que não restou demonstrado (fls. 944/981).

Finalmente, o denunciado Murilo Wagner de Lemos Júnior, após ressaltar sua qualificação profissional, também aponta equívocos nas perícias realizadas, esclarecendo, por outro lado, o trabalho que efetuou de elaboração das planilhas de custos dos serviços. No mais, defende as licitações, nos moldes em que realizada, e alega não ter havido dolo ou prejuízo ao Município (fls. 1.168/1.177)

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se sobre a documentação apresentada (fls. 1.217/1.225), requerendo a rejeição da denúncia em relação a Maria Cristina de Paula Esteves, Fabíola Almeida Monteiro e Maria Beatriz de Paula Amado, e ratificando-a quanto aos demais.

No principal, é o relatório.

De se rejeitar a denúncia, inicialmente, em relação às acusadas Maria Cristina de Paula Esteves, Fabíola Almeida Monteiro e Maria Beatriz de Paula Amado, diante do expresso requerimento neste sentido formulado pela douta Procuradoria de Justiça, titular da ação penal, motivado pela comprovação de que, a despeito de figurarem no contrato social da Construtora Alterosa Ltda., apontada como beneficiária do desvio do dinheiro público, não participavam elas da administração da empresa e nenhum envolvimento tinham nas suas atividades.

Quanto aos dois outros sócios da Construtora Alterosa Ltda., Murilo Almeida Monteiro de Paula e Fernando Almeida Monteiro de Paula, tenho como manifestamente inepta a denúncia.

Com efeito, a despeito da possibilidade jurídica da configuração do concurso de pessoas no crime próprio previsto no art. 1°, I, do Dec.-lei 201/67, a peça acusatória, que se limita a descrever esta única infração, não se refere de forma objetiva a qualquer participação efetiva dos referidos particulares na conduta atribuída aos dois outros acusados, não sendo de se admitir que venham eles a responder pelo delito exclusivamente porque, em tese, teriam sido os beneficiários da verba desviada.

A circunstância, única descrita na denúncia, de terem, como sócios da empresa, conhecimento da fraude, ou mesmo de concordarem com ela, não se mostra suficiente, a toda evidência, para incriminá-los pela prática do crime em questão, sequer sob a forma de participação.

Como cediço, a mera ciência ou concordância, sem o dever jurídico de impedir o resultado, não se equipara ao ajuste prévio ou à instigação puníveis. E estas últimas condutas, ressalte-se, não se encontram descritas na denúncia.

Lado outro, o fato de se beneficiarem eles do dinheiro desviado pelos dois outros co-réus, o Prefeito e o Engenheiro do Município, não se

insere na cadeia causal, de modo a gerar a figura delituosa típica a que alude a denúncia.

Poder-se-ia cogitar, no tocante a estes denunciados, da prática de um outro ilícito penal, ainda que a denúncia não tenha capitulado outro delito que não aquele previsto no Decreto-lei 201/67. Contudo, a inicial não está a descrever, com os contornos mínimos necessários, outra infração que lhes pudesse vir a ser atribuída, pelo que não se mostra viável, quanto a eles, a imputação, nos termos em que proposta.

Na verdade, a denúncia, quanto aos acusados Murilo Almeida Monteiro de Paula e Fernando Almeida Monteiro de Paula, é imprecisa e não atende o mínimo exigível para o pleno exercício do direito de defesa, constitucionalmente garantido, razão por que deve ser igualmente rejeitada.

No que concerne ao Prefeito Delfino José Emerich e ao Engenheiro Murilo Wagner de Lemos Júnior, entretanto, a denúncia acha-se devidamente formalizada e instruída, imputando-lhes conduta que, em tese, configura crime previsto no Decreto-lei 201/67.

As duas perícias independentes realizadas no Município - uma pela CPI instaurada na Câmara e outra pelo próprio órgão do Ministério Público - estão a apontar, a princípio, para a existência de uma relevante diferença entre o custo real dos serviços realizados e aqueles valores orçados pelo co-réu Murilo Wagner e pagos pelo Prefeito José Emerich à empresa vencedora da licitação, bem como lançam dúvidas acerca da realização integral das obras contratadas.

De se observar, aqui, que a inicial está a imputar ao Engenheiro Murilo Wagner efetiva participação na conduta incriminada, ao contrário do que se verificou em relação aos sócios da empresa tida como beneficiária do desvio.

Impende salientar, por outro lado, que não se discute se as hipóteses eram ou não de dispensa de licitação. O que se atribui aos denunciados, em concurso, é o desvio, em proveito de terceiros, de dinheiro público (peculato-desvio).

Como se sabe, comete o delito em questão o funcionário - ou, no caso, o prefeito - que, conscientemente, efetua pagamentos pela Administração por serviço não efetuado, ou a maior, ainda que em benefício apenas do prestador, ou do pseudoprestador, do serviço.

No caso em apreço, se houve ou não pagamento a maior ou indevido por parte dos acusados e se tal procedimento foi ou não consciente, realizado com a intenção de beneficiar terceiros, só a instrução poderá vir a demonstrar com a segurança necessária, como, aliás, admite o próprio Prefeito.

Os argumentos expendidos nas alegações preliminares de ambos não têm o condão de evitar o recebimento da denúncia e a conseqüente instauração da ação penal, que certamente lhes

ensejará oportunidade mais ampla de demonstrarem a alegada inocência.

Do exposto, rejeito a denúncia quanto aos acusados Murilo Almeida Monteiro de Paula, Fernando Almeida Monteiro de Paula, Maria Beatriz de Paula Amado, Maria Cristina de Paula Esteves e Fabíola Almeida Monteiro de Paula, e recebo-a quanto ao Prefeito Delfino José Emerich e ao Engenheiro Murilo Wagner de Lemos Júnior, determinando a conclusão dos autos para os atos posteriores do processo, se os demais componentes da Câmara endossarem o recebimento.

É o voto.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - RECEBERAM A DENÚNCIA QUANTO AOS DENUNCIADOS DELFINO JOSÉ EMERICH E MURILO WAGNER DE LEMOS JÚNIOR E REJEITARAM QUANTO AOS DEMAIS.

-:::-

PREFEITO - CRIME DE RESPONSABILIDADE - ART. 1º, XIII, DECRETO-LEI Nº 201/67 - CONTRATAÇÃO DE CELETISTA - NECESSIDADE PREMENTE DO MUNICÍPIO - DESCONFIGURAÇÃO DO DELITO - FALTA DE REPASSE DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - ATIPICIDADE DA CONDUTA - DENÚNCIA - RECEBIMENTO PARCIAL

- O crime previsto no inciso XIII do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67 é formal, de mera conduta, e só é punido a título de dolo específico e desde que o réu tenha agido com o propósito ofensivo em relação à comunidade. A contratação de celetista não constitui o referido crime, que só se consuma se houver nomeação de funcionário sem concurso público. O crime não se configura quando o prefeito efetua contratações temporárias de elementos para suprir necessidades prementes do município, desde que não ocasionem lesão à Administração nem danos patrimoniais.

- A falta de repasse de contribuições previdenciárias não constitui crime que possa ser imputado ao prefeito, máxime se inexiste dolo e não há prova de que tenha ele se apropriado indevidamente do dinheiro arrecadado ou o tenha desviado. O recolhimento da contribuição previdenciária das prefeituras fica a cargo do departamento de contabilidade ou da tesouraria, não participando o prefeito da elaboração da folha nem da efetivação do pagamento.

- Havendo indícios suficientes de autoria e materialidade, os empréstimos concedidos sem autorização legislativa, a concessão de benefícios aos devedores de impostos com benefício próprio e a contratação de imóvel de familiar podem, em tese, constituir crimes praticados pelo prefeito, os quais devem ser apurados durante a instrução criminal, devendo-se receber a denúncia, quanto a esta parte, decotando-se apenas os fatos referentes à contratação de celetistas e à falta de recolhimento da contribuição previdenciária, que não constituem crime a punir.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 251.005-5/00 - Comarca de Camanducaia - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: PCCO - Contratação de funcionários, pela Prefeitura, a título precário, sob o regime da CLT, para serviços de sumo interesse do Município. - Não constitui crime punível no inciso XIII do art. 1º do Dec.-lei 201/67 a contratação de celetista, que só se consuma se houver nomeação de funcionário sem concurso público, não constituindo crime a contratação de elementos de premente necessidade do município, desde que não ocasionem lesão à Administração nem danos patrimoniais - Também não constitui crime a falta de repasse das contribuições previdenciárias ao Fapemi - Recolhimento da contribuição previdenciária das prefeituras a cargo do departamento de contabilidade - Não-participação do prefeito da elaboração da folha nem da efetivação do pagamento - Empréstimos concedidos sem autorização legislativa, concessão de benefícios aos devedores de impostos com benefício próprio e contratação de imóvel de familiar - Indícios suficientes de autoria e materialidade - Constituição, em tese, de crimes que devem ser apurados durante a instrução criminal - Recebe-se parcialmente a denúncia, decotando-se apenas os fatos referentes à contratação de celetistas e recolhimento de contribuição previdenciária, que não constituem crime a punir.

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 RECEBER PARCIALMENTE A DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2002. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo Ministério Público, o Dr. César Cossi, e proferiu sustentação oral, pelo denunciado, o Dr. Mauro Bonfim.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Ouvi com a máxima atenção as palavras do Dr. Mauro Bonfim. Tenho voto escrito, no qual abordo as questões suscitadas por S. Exa., da tribuna.

Meu voto é o seguinte:

A Procuradoria de Justiça apresentou denúncia contra Hilton Monteiro, Prefeito Municipal de Itapeva, Comarca de Camanducaia, por infringência do disposto no art. 1°, inc. IX, do Dec.-lei 201/67 c/c art. 71 do Código Penal; art. 1°, inc. XIV, do referido DL e art. 319 do CP c/c art. 70 e art. 69 do CP, por duas vezes; art. 1°, inc. XIII, do DL 201/67 c/c art. 69, por nove vezes; e art. 1°, inc. do mencionado DL, pelos fundamentos seguintes:

a) concedeu vários empréstimos sem a devida autorização do Poder Legislativo Municipal, e, pela semelhança das condutas, está caracterizada a continuidade delitiva;

b) desrespeitou o art. 150, parágrafo 6°, da Lei Orgânica Municipal de Itapeva, ilegalmente concedendo anistia a devedores de tributos municipais e, neste caso, praticando atos de ofício contra dispositivos legais e satisfazendo interesse pessoal, tendo em vista que foi o maior beneficiário de anistia aos devedores da Fazenda Pública municipal, caracterizando-se concurso formal de crimes, anistiando e prevaricando;

c) admitiu nove servidores públicos, descumprindo a Constituição Federal, art. 37, inc. II e IX, e violando a Lei Municipal 485/93;

d) firmou contrato de locação de imóvel com o próprio irmão, violando os arts. 37 da CF e 92 da LOM, também satisfazendo sentimento pessoal, beneficiando pessoa de ligação íntima, estando presente o concurso formal de crimes;

e) desviou verbas públicas obrigatoriamente destinadas ao Fundo de Pensão de Servidores Públicos de Itapeva (MG).

Devidamente notificado, apresentou o acusado a defesa prévia, de fls. 2.099/2.110, salientando que a denúncia deve ser rejeitada quando os fatos narrados não constituem crime, por serem débeis, frágeis e insubsistentes. Isso porque:

a) não foram feitos empréstimos aos servidores, mas apenas adiantamentos salariais;

b) o Código Tributário Municipal autoriza o Prefeito a conceder anistia em caráter geral, por despacho do Prefeito (art. 246, § 1° e § 2°, da Lei Municipal 602, de 12 de dezembro de 1997), mas apenas foram abatidos os juros e multa;

c) a contratação temporária de nove servidores foi por excepcional interesse público e sob a égide da CLT, conforme Lei Municipal n° 429, de 25.05.92;

d) os pagamentos de indenizações aos servidores contratados sob o regime da CLT, que foram aprovados em concurso público realizado pela Prefeitura, eram obrigatórios, pois, encerrada a relação trabalhista e ingressando nos quadros do funcionalismo público, devem recebê-los;

e) contrato de locação de imóvel de parente não constitui crime, não só pelo princípio da razoabilidade como também porque a importância mensal era de apenas R$280,00;

f) a falta de repasse para Fundo de Aposentadoria e Pensão dos Servidores Públicos também não constitui crime, não só pela inexistência de dolo como pela concreta ausência de lesão ao erário.

A Procuradoria de Justiça pediu a juntada de documento que lhe fora enviado pela Câmara Municipal (fls. 2.092/2.093), do qual a douta defesa teve vista, discordando da matéria nele ventilada.

Os autos me vieram conclusos para a decisão sobre o recebimento da denúncia.

É o relatório, no que interessa.

Verifica-se, das provas colhidas no inquérito e que serviram de base à denúncia ofertada pela Procuradoria de Justiça, que o Prefeito Municipal de Itapeva não teria praticado crime algum, quando contratou nove servidores sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho e deixou de fazer o repasse de verba descontada nos salários dos funcionários para o Fundo de Aposentadoria e Pensão de Servidores Públicos daquele Município.

Esta Câmara já tem decidido reiteradas vezes, em consonância com as decisões do Supremo Tribunal Federal, que existe crime a punir contra prefeito municipal somente quando nomeia funcionário sem o devido concurso público.

Na espécie, os nove servidores não foram nomeados funcionários públicos, apenas contratados a título precário, sob o regime da CLT, para serviços que entendeu de sumo interesse para o Município.

Em verdade, quando foi realizado o concurso público, os motoristas não aceitaram a nomeação para dirigirem os ônibus da Prefeitura, de tal modo que o Prefeito não poderia deixar as crianças sem transporte escolar, inclusive para estradas vicinais, e contratou três motoristas - José Bento de Morais, Cláudio de Oliveira Bastos e José Maria Ribeiro, respectivamente em 05.03.01, 24.04.01 e 08.05.01. Posteriormente, mais um assessor de confiança (José Nilson Ferreira) e outros restantes para serviços gerais com ínfimo salário de R$225,34.

Constata-se que, não tendo os motoristas concursados aceito a incumbência de dirigir ônibus escolares, o Prefeito fez uma consulta ao Departamento de Pessoal sobre a providência a tomar, tendo recebido resposta, por escrito, no seguinte teor: "*A única alternativa que resta-nos em*

razão da urgência é a contratação temporária deste pessoal até que se realize novo concurso público. Esclareço que tal sugestão será encaminhada à Assessoria Jurídica da Prefeitura para dar seu parecer".

Essas contratações temporárias foram feitas de acordo com a Lei Municipal nº 429/92 para o atendimento das necessidades de interesse público. Assim também com relação aos outros contratados para serviços gerais.

Reiteradas vezes temos decidido nesta Terceira Câmara Criminal não constituir crime punível no inciso XIII do art. 1º do Dec.-lei 201/67 a contratação de celetista, em consonância com entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o crime previsto só se consuma se houver *nomeação de funcionário sem concurso público*, não constituindo crime a contratação de elementos de premente necessidade do município, desde que não ocasionem lesão à Administração nem danos patrimoniais.

É o caso de médicos, enfermeiros, dentistas, motoristas, varredores de rua, serventes de limpeza de prédios e banheiros públicos, lixeiros, etc., que a Prefeitura tem necessidade imediata e não pode ficar à espera de um concurso público, dada a premente necessidade do Município.

O crime previsto no inc. XIII do art. 1º do mencionado dec.-lei é formal, de mera conduta, e só é punido a título de dolo específico e desde que o réu tenha agido com o propósito ofensivo em relação à comunidade. Contratação de celetista não é crime.

Tanto que, para efeito trabalhista, o ente público, ao contratar servidor pelo regime celetista, situa-se na posição de empregador privado (STJ, REsp 21.541, Relator Min. Fontes de Alencar, *DJU* de 18.04.94). Só constitui crime se o prefeito contrata servidor celetista e depois o nomeia estatutário sem o devido concurso público.

Por outro lado, também não constitui crime a falta de repasse das contribuições previdenciárias ao Fapemi, não só pela inexistência de dolo, como porque não há uma prova sequer nestes autos de que o Prefeito se apropriasse indevidamente do dinheiro arrecadado ou o desviasse.

O recolhimento da contribuição previdenciária das prefeituras fica a cargo do departamento de contabilidade ou da tesouraria, não participando o prefeito da elaboração da folha nem da efetivação do pagamento.

A matéria já foi objeto de decisão do Superior Tribunal de Justiça, que entende pela inexistência de crime. Nesse sentido:

"*Responsabilidade penal - Prefeito municipal - Contribuição previdenciária - Omissão - Não-recolhimento. - O fato-crime reclama conduta e resultado. Analisados do ponto de vista normativo. A responsabilidade penal (Constituição da República e Código Penal) é subjetiva. Não há espaço para a responsabilidade objetiva. Muito menos para a responsabilidade por fato de terceiro. A conclusão aplica-se a qualquer infração penal. 'Não-recolhimento de contribuição previdenciária' caracteriza-se crime omissivo próprio. A omissão não é simplesmente não fazer, ou fazer coisa diversa. É não fazer o que a norma jurídica determina. O Prefeito Municipal, como regra, não tem a obrigação (sentido normativo) de efetuar os pagamentos do Município; por isso, no arco de suas atribuições legais, não lhe cumpre praticar atos burocráticos, dentre os quais, elaborar a folha e efetuar pagamentos. Logo, recolher as contribuições previdenciárias. O pormenor é importante necessário por ser indicado na denúncia. Diz respeito a elemento essencial da infração penal. A ausência acarreta nulidade da denúncia. Não há notícia ainda de hipótese do concurso de pessoas (CP, art. 29)*" (Recurso Especial nº 684.366/RS, STJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 30.10.95, p. 36.821).

No mesmo sentido:

"*Penal. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Prefeito municipal. - A falta de recolhimento das contribuições previdenciárias, descontadas dos servidores municipais, não qualifica o Prefeito como sujeito ativo do crime de apropriação indébita. Inocorrência de violação dos dispositivos legais apontados*" (STJ, REsp 40.950, publ. em 06.03.96, p. 4.377, Relator Min. Assis Toledo).

"*Penal - Prefeito municipal - Apropriação indébita - Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias - Atipicidade penal da conduta - Denúncia - Rejeição. - Não constitui crime de apropriação indébita, na forma definida na Lei 3.807/60 e na Lei 8.137/90, a omissão, pela administração municipal, no recolhimento de contribuições previdenciárias, descontadas dos vencimentos dos seus servidores. A jurisprudência uniforme deste Tribunal tem consagrado a tese de que o Prefeito Municipal não se equipara ao titular de empresa privada no tocante à responsabilidade objetiva, em face da falta de recolhimento de contribuições previdenciárias*" (REsp 36.486, publ. *DJU* de 12.02.96, p. 2.445, Rel. Ministro Vicente Leal).

Idênticas decisões no REsp 34.830, publ. *DJU* de 05.02.96, p. 1.411, Rel. Ministro Edson Vidigal; REsp 40.950, publ. *DJU* de 06.03.95, p. 4.377, Rel. Ministro Assis Toledo.

Quanto aos outros fatos narrados na denúncia como empréstimos concedidos sem autorização legislativa, concessão de benefícios aos devedores de impostos com benefício próprio e contratação de imóvel de familiar, há indícios suficientes de autoria e materialidade e podem, em tese, constituir crimes que devem ser apurados durante a instrução criminal, que se inicia com o interrogatório e vai até as alegações finais.

Pelo exposto, recebo parcialmente a denúncia, decotando-se apenas os fatos referentes à contratação de celetistas e recolhimento da contribuição previdenciária, que não constituem crime a punir; e, caso os eminentes Colegas estejam de acordo, voltem-me os autos conclusos para a designação de interrogatório.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo com o Relator.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo com o Relator.

Súmula - RECEBERAM PARCIALMENTE A DENÚNCIA.

-:::-

JÚRI - CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE - TESE DEFENSIVA - SUBMISSÃO AOS JURADOS - OBRIGATORIEDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - CARACTERIZAÇÃO - NULIDADE - LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - EXCESSO DOLOSO - RECONHECIMENTO - QUESITOS RELATIVOS A QUALIFICADORAS E A LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIROS - FORMULAÇÃO - NECESSIDADE

- É obrigatória a formulação aos jurados das teses sustentadas pela defesa, mesmo quando invocada causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que, é cediço, não se encontra agasalhada, de forma expressa, no ordenamento jurídico vigente, sob pena de cerceamento de defesa.

- O reconhecimento de ter o agente agido com excesso doloso em sede de legítima defesa putativa traz como conseqüência automática responder o mesmo por crime doloso, tornando imprescindível, neste cenário, indagar-se ao Júri a respeito das qualificadoras descritas na denúncia, bem como sobre outras teses aventadas pela defesa em plenário.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 254.046-6/00 - Comarca de São João da Ponte - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Júri - Causa supralegal de exclusão da culpabilidade - Tese defensiva - Submissão aos jurados - Obrigatoriedade - Cerceamento de defesa - Caracterização - Nulidade - Legítima defesa putativa - Excesso doloso - Reconhecimento - Quesitos relativos a qualificadoras e a legítima defesa de terceiros - Formulação - Necessidade.

- É obrigatória a formulação aos jurados das teses sustentadas pela defesa, mesmo quando invocada causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que, é cediço, não se encontra agasalhada, de forma expressa, no ordenamento jurídico vigente, sob pena de cerceamento de defesa. O reconhecimento de ter o agente agido com excesso doloso em sede de legítima defesa putativa traz como conseqüência automática responder o mesmo por crime doloso, tornando imprescindível, neste cenário, indagar-se ao Júri a respeito das qualificadoras descritas na denúncia, bem como sobre outras teses aventadas pela defesa em plenário.

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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 29 de agosto de 2002. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Luiz Jabbur.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelações criminais interpostas, respectivamente, pelo Ministério Público (fls. 307/318) e pelos réus Diomar Pereira dos Santos e Orismar Pereira dos Santos (fls. 342/344-TJ), contra a sentença de fls. 295/299, que, atendendo à decisão colegiada do Tribunal do Júri, condenou estes últimos como incursos nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, infligindo-lhes as idênticas penas de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridas em regime inicialmente fechado.

O i. representante do MP suscitou, em preliminar, nulidade processual, consubstanciada na ausência de submissão aos jurados das qualificadoras narradas na denúncia. Argumentou que, inicialmente, o Júri admitiu a tese da legítima defesa putativa própria em relação ao réu Diomar e de terceiros para o réu Orismar, tendo negado, entretanto, o quesito referente ao uso dos meios necessários, o que levou ao reconhecimento do excesso doloso. Assim, a legítima defesa própria ou de terceiros, segundo sustentou, restou afastada, sendo impositivo ao d. Magistrado que novamente submetesse à votação os relativos às qualificadoras, fato que não ocorreu, maculando invariavelmente o Júri. Asseverou o *Parquet*, outrossim, que, ainda que se entendesse que a qualificadora relativa à vingança fosse incompatível com o reconhecimento pelo Conselho de Sentença de que os réus agiram porque incidiram em erro plenamente justificável diante da situação fática, repelindo agressão iminente e injusta, as qualificadoras relativas ao uso de meio cruel e do uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima deveriam ter

sido necessariamente quesitadas, assinalando ser de rigor a anulação do julgamento.

Quanto ao mérito, a acusação argumentou, em síntese, que o reconhecimento da tese da legítima defesa subjetiva representaria contrariedade à prova dos autos, vez que não haveria no processo qualquer prova da existência de circunstância de fato capaz de levar os réus a erro plenamente justificável, a recomendar a sua submissão a novo julgamento.

Contra-razões ao recurso ministerial às fls. 322/323, rebatendo-se os argumentos constantes da apelação interposta.

Por sua vez, a defesa dos réus também interpôs recurso de apelação (fls. 342/344-TJ), suscitando preliminar de nulidade do julgamento, ao argumento de que o d. Juiz-Presidente não teria submetido à votação quesito obrigatório, relativo ao "excesso exculpante" na legítima defesa putativa, o qual diferiria do excesso doloso e culposo e, quanto ao mérito, sustentou exclusivamente a ocorrência de abuso na fixação das penas, à vista da primariedade dos réus e pelo fato de não serem portadores de antecedentes criminais, elementos que necessariamente recomendariam o arbitramento da reprimenda no patamar mínimo legal.

Contra-razões ao recurso às fls. 347/352-TJ, no sentido da rejeição da preliminar argüida pela defesa, pela anulação do julgamento, ante a ocorrência de nulidade processual, consubstanciada na ausência de votação dos quesitos relativos à legítima defesa de terceiros e às qualificadoras, após admitido pelo Júri o excesso doloso, que representaria, em verdade, a rejeição da tese da legítima defesa e a existência da atenuante prevista no art. 65, III, alínea *c*, do CP, e, quanto ao mérito, opinou pelo improvimento do recurso, sob o fundamento de que as penas teriam sido fixadas observando-se os critérios pertinentes.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do conhecimento do recurso ministerial e pelo seu provimento, para o fim de se acolher a preliminar de nulidade, levando-se os réus a novo julgamento, pelo não-conhecimento do recurso aviado pela defesa, em razão de não se subsumirem as razões apresentadas às fls. 342/344-TJ, tanto quanto à matéria preliminar quanto à de mérito, ao dispositivo invocado a título de irresignação no termo de interposição do recurso de fl. 319.

Conheço dos recursos aviados, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, passando, inicialmente, à análise da preliminar de nulidade processual suscitada pela defesa, dado o seu caráter prejudicial, não só considerando-se a natureza absoluta da insurgência, mas também porque devidamente protestada em ata e, posteriormente, as preliminares de nulidade argüidas pela acusação, tanto nas razões como nas contra-razões ao recurso da defesa.

Inicialmente, em análise aos argumentos expendidos pela defesa, de se impor, realmente, o acolhimento da preliminar de nulidade ventilada nas razões recursais, ao fundamento de que o i. Juiz-Presidente não teria submetido à votação tese devidamente engendrada por ocasião do julgamento, relativa à ocorrência de causa extralegal de exclusão da culpabilidade, inclusive porque devidamente protestado em ata.

Com efeito, embora a referida excludente da culpabilidade não tenha sido expressamente agasalhada pelo ordenamento jurídico vigente, não se pode negar não estar impedido o seu reconhecimento como tese de defesa invocável na esfera dos crimes afetos à competência do Tribunal do Júri.

De fato, conforme assinalado pela defesa, não há confundir o excesso culposo com o excesso exculpante, porquanto decorre o primeiro da falta de dever objetivo de cuidado, e o segundo, de escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo do agente, diante da situação fática. Assim, se no curso da ação delitiva há uma uma conexão entre o elemento volitivo do agente e o excesso por si praticado, não há que se falar em censurabilidade da conduta, pois, nos dizeres de Enrique Cury Urzúa, citado por ADRIANO MARREY in *Teoria e Prática do Júri*, 7ª ed., p. 506, "*... aquele que intervém na execução de um delito somente atua culpavelmente se, no momento de fazê-lo, contava com a possibilidade real de conhecer o injusto de seu agir*".

No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado:

"*A ordem jurídica em vigor contempla, de forma implícita, o excesso excusável (Assis Toledo, Damásio e Alberto Silva Franco). O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposo, por ter como causas a alteração de ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão*" (STF - 2ª Turma - *HC* 72.341-1 - Rel. Min. Maurício Corrêa - j. em 13.06.1995 - *DJU* de 20.03.1998, p. 5).

Dessa forma, repita-se, ainda que a referida causa de exclusão da culpabilidade não esteja prevista expressamente na legislação penal em vigor, o seu reconhecimento, a despeito da ausência legislativa, não se acha vedado, tendo em vista que sua incidência se acha delimitada por norma penal não-incriminadora, relativa ao erro equivalente ao erro de tipo ou de proibição, conforme a teoria adotada e, como tal, não sujeita ao princípio da reserva legal.

No caso dos autos, infere-se que a defesa sustentou a versão de que o réu se teria excedido dos limites da legítima defesa por estar dominado por medo que tinha da vítima, amoldando-se a referida tese à hipótese de delito putativo por erro de proibição, em tese escusável pela má apreciação das circunstâncias de fato, vale dizer, pelo medo que erroneamente alegava sentir da vítima.

Em face disso, cumpria ao Magistrado formular aos jurados o quesito pertinente, ante a obrigatoriedade de se submeter ao Júri as teses invocadas pela defesa, sendo, por outro lado, inaceitável o argumento de que o questionário que inclua tal indagação possa acarretar complexidade ao julgamento, pois que, explicitando o Juiz, de forma clara, os limites do erro que se aponta incidir na descriminante, permitirá ao Conselho de Sentença melhor aquilatar o liame existente entre os quesitos.

A respeito da obrigatoriedade de submissão aos jurados das teses invocadas pela defesa, de se conferirem os elucidativos arestos:

"*Apelação - Crime - Homicídio - Cerceamento de defesa - Omissão de quesitos a respeito de tese defendida em Plenário. - Baseando-se a defesa em duas teses distintas, de caráter alternativo, deve o Conselho de Sentença ser questionado sobre ambas, se repelida a primeira. Inteligência do art. 484, III, do CPP, conjugado com o art. 153, § 15, da CF. Recurso provido*" (TJPR - AP - Rel. Ossian França - *RT*, 581/384).

"*O indeferimento de quesitos requeridos pela defesa, constituindo-se em cerceamento do direito que lhe assiste, acarreta sem dúvida a nulidade do julgamento*" (TJSP - AP - Rel. Miranda Ramos - *RT*, 427/461).

Por fim, nunca é demais salientar ser irrelevante, *in casu*, o reconhecimento, em primeiro plano, do excesso doloso pelos jurados, o que, em princípio, tornaria, em tese, sem propósito a argüição da tese defensiva relativa ao excesso exculpante, em razão de que, com a resposta afirmativa ao quesito em questão, já estaria o réu condenado nas sanções pertinentes, isto porque os quesitos da defesa devem, ainda que passíveis de acarretar respostas contraditórias, ser necessariamente formulados ao Júri, sob pena de acarretar prejuízo ao réu, com o que deverá ser o julgamento anulado, a fim de que a referida tese seja submetida ao Conselho de Sentença, posteriormente aos quesitos relativos ao excesso doloso e culposo e, acaso ocorra alguma contradição, cumprirá ao Juiz-Presidente tecer as explicações devidas e, se for o caso, repetir a votação, consoante o permissivo do art. 489 do CPP.

Na mesma linha de raciocínio confira-se, *mutatis mutandis*, o seguinte julgado do STF:

"*1. Reconhecendo o Tribunal do Júri, no segundo julgamento, a exclusão da ilicitude em face da legítima defesa pessoal, mas sobrevindo condenação por excesso doloso punível*, impõe-se a continuação dos quesitos quanto às demais teses da defesa, *relativas à legítima defesa da honra própria e dos filhos.*

2. Julgadas prejudicadas as duas outras séries de quesitos, das teses restantes da defesa, fica comprometido o princípio da ampla defesa e da soberania do veredicto popular, que a Constituição colocou no patamar da cidadania (art. 5º, XXXVIII, a *e* c).

3. Poderia ocorrer que, por exemplo, ao responder sobre a legítima defesa da honra própria ou dos filhos, vislumbrasse o Conselho de Sentença afirmação tal que não conduzisse ao reconhecimento do excesso doloso.

4. Caso houvesse afirmação contraditória ao respondido na primeira série, quanto ao reconhecimento do excesso doloso, caberia ao juiz, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeter novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas (art. 489 do CPP), pois poderia entender, em face destes novos elementos, que o paciente não teria agido com imoderação e, pois, sujeito às penas do excesso doloso.

5. Matéria dessa grandeza, que se insere na latitude do cerceamento de defesa, não pode comportar preclusão, pelo fato de a defesa não ter, no momento próprio, feito qualquer protesto" (STF - *HC* - Rel. Maurício Corrêa - *RTJ*, 159/619).

Destarte, acolho a preliminar suscitada pela defesa.

Noutro vértice, ainda que prejudicial o acolhimento da preliminar defensiva, impõe-se seja também acolhida a preliminar de nulidade processual argüida pelo Ministério Público, nas razões recursais, para que, no novo julgamento a ser oportunamente realizado, sejam observadas certas diretrizes que ora se passa a examinar.

Com efeito, procede a insurgência concernente ao fato de não terem sido submetidos à votação os quesitos pertinentes às qualificadoras descritas na denúncia, bem como a legítima defesa putativa de terceiros, uma vez afastada a tese da legítima defesa subjetiva própria e de terceiros, em relação a ambos os réus, em face do acolhimento do quesito relativo ao excesso doloso.

De fato, revela-se tormentosa a questão atinente ao excesso doloso na legítima defesa, notadamente no que diz respeito aos reflexos decorrentes de seu reconhecimento relativamente à quesitação subseqüente.

O significado do excesso, em sua forma dolosa, reside na existência de um resultado que ultrapassa aquilo que seria necessário para repelir o ataque, devendo o agente responder exclusivamente por este excesso. A doutrina majoritária sobre o assunto argumenta que, na hipótese de ser admitida a sua ocorrência, deterá o agente a plena consciência de estar infligindo um mal desnecessário à vítima, em face da desproporção entre o ataque e a ação defensiva.

No caso dos autos, ao ser acolhido o oitavo quesito, referente ao excesso doloso, os réus passarão a responder, de forma automática, pelo crime de homicídio, já que a vontade dos agentes, neste caso, não se liga ao *animus defendendi*, pelo contrário, uma vez que desejaram o *plus* antijurídico de sua reação, sendo, pois, irrelevante que estivessem em estado inicial de legítima defesa, devendo, neste cenário, responder por crime doloso, cabendo, quando muito, a atenuante prevista na parte final do art. 65, III, *c*, do CP.

É certo que não se pode negar que os acusados poderiam estar, em tese, em uma situação inicial de legítima defesa, ainda que movidos por erro sobre as circunstâncias fáticas; todavia, não é menos certo que, de forma proposital, extrapolaram no uso dos meios para afastar a ofensa que julgavam estar na iminência de sofrer, o que torna sem efeito a finalidade defensiva, que é o atributo que aproxima e torna imprescindível proceder-se à quesitação referente às qualificadoras descritas na denúncia, quais sejam, as referentes ao uso de meio cruel e de recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Em face do exposto, acolho as preliminares suscitadas pela defesa e pela acusação, para anular o julgamento em plenário realizado, determinando que outro se realize com a observância do que restou nesta sede decidido, prejudicada a análise do mérito.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

QUEIXA-CRIME - OFERECIMENTO POR PROCURADOR SEM PODERES ESPECIAIS - MANDATO SEM MENÇÃO AO FATO CRIMINOSO E AO NOME DO QUERELADO - VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO - NULIDADE

- Nula é a queixa-crime, por vício de representação, se a procuração outorgada para a sua propositura contém apenas os poderes *ad judicia*, para o foro em geral, sem qualquer menção ao suposto fato criminoso e ao nome do seu autor.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 255.321-2/00 - Comarca de Passos - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Queixa-crime - Oferecimento por procurador sem poderes especiais - Mandato sem menção ao fato criminoso e ao nome do querelado - Rejeição determinada. - Nula é a queixa-crime, por vício de representação, se a procuração outorgada para a sua propositura contém apenas os poderes *ad judicia*, para o foro em geral, sem qualquer menção ao suposto fato criminoso e ao nome do seu autor.

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 A QUEIXA-CRIME E, DE OFÍCIO, DECRETAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA.

Belo Horizonte, 19 de novembro de 2002. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo querelado, o Dr. José Donizeth Gonçalves.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Perante o Juízo de Direito da Vara Criminal de Passos, Joel Israel Garcia apresentou queixa-crime contra Ivanir Rodrigues Ferreira, dando-o como incurso nos delitos previstos nos artigos 20, 21 e 22 da Lei 5.250/67, acusando-o de haver, em matéria publicada no jornal diário denominado "*Folha da Manhã*", no dia 17.11.2000, lhe imputado crime, além de haver ferido a sua honra, moral, dignidade e boa reputação, fazendo-o através da seguinte afirmação: "*... gostaria que o Promotor fizesse um levantamento na vida do Lobão. É uma pessoa que nunca fez nada na vida e que só perturba a ordem da cidade*".

Feita a notificação e apresentada a resposta escrita, propugnando pela rejeição da inicial, o MM. Juiz declinou da competência para este Tribunal, em razão de o querelado haver sido eleito e tomado posse no cargo de Prefeito Municipal de São João Batista do Glória.

Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição da queixa-crime.

É o relatório resumido.

Como se sabe, para ser recebida, a queixa-crime, além de preencher os requisitos formais, deve ser oferecida por procurador com poderes especiais, ou seja, com instrumento de mandato em que conste cláusula específica a respeito da propositura da ação privada e menção, ainda que sucinta, do fato criminoso, não sendo idônea para a propositura a procuração com a simples cláusula *ad judicia*, tendo a referida exigência por objetivo evitar que o procurador judicial venha a surpreender o seu próprio cliente, pleiteando, por conta própria, a abertura de ações penais privadas.

A respeito já se decidiu:

"*É incognoscível, merecendo rejeição liminar, nos termos do inc. II do art. 43 do CPP, a queixa-crime firmada por advogado em prol de quem se outorgou procuração, cujo conteúdo desatende ao prescrito no art. 44 da mesma lei, por dela não constarem, expressamente, os poderes especiais*" (*JTAERGS*, 65/71).

"*Nula é a queixa-crime, por vício de representação, se a procuração outorgada para a sua propositura contém apenas os poderes* ad judicia, *para o foro em geral, sem qualquer menção ao suposto fato criminoso e ao nome de seu autor*" (*RT*, 492/353).

No caso, o mandato outorgado pelo querelante ao seu procurador não contém poderes específicos para a propositura da ação penal privada e nem

qualquer menção ao fato criminoso. No que interessa, está ele redigido nos seguintes termos:

"... *a quem confere(m) os poderes para o foro em geral, e os da clausula* ad judicia *para a defesa dos interesses dos constituintes em qualquer instância ou tribunal, inclusive em inquéritos policiais e processos crimes, também para levantamento de importâncias, requerer alvarás referente a venda de bens, fazer levantamento de importâncias de contas judiciais, dar quitações, transigir, desistir, firmar compromissos, podendo inclusive substabelecer o presente com ou sem reservas de iguais poderes. Especialmente para defesa dos direitos e propor ação de indenização por crime de imprensa*".

Vê-se, portanto, que a procuração outorgada não preenche os requisitos legais e como a queixa-crime não se encontra assinada pelo querelante, o que sanaria o vício, não é possível recebê-la.

Pelo exposto, rejeito a queixa-crime e, de ofício, julgo extinta a punibilidade do querelado, pela ocorrência da decadência, considerando que entre a data dos fatos e o presente julgamento transcorreu o prazo previsto no art. 41, § 1°, da Lei 5.250/67.

Custas, pelo querelante.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A QUEIXA-CRIME E, DE OFÍCIO, DECRETARAM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA.

-:::-

ROUBO QUALIFICADO - EMPREGO DE ARMA - CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADADORA QUE NÃO CONSTITUI CRIME AUTÔNOMO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - INEXISTÊNCIA - ATUAÇÃO DA DEFESA - TÉCNICA CORRETA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ARMA DE BRINQUEDO - VIOLÊNCIA REAL CONTRA PESSOA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO - IMPOSSIBILIDADE - CONCURSO DE PESSOAS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ART. 29 DO CP - CRIME DE BAGATELA - INADMISSIBILIDADE - CORRUPÇÃO DE MENORES - CARACTERIZAÇÃO - CRIME CONTINUADO

- Não há falar em inépcia da denúncia, por não ter cumulado o crime de roubo com uso de arma simulada. Correto o denunciante, ao anotar o inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal e não mencionar o art. 10, § 1°, II, da Lei n° 9.437/97, que cuida de crime autônomo, já que não poderia extrair do mesmo fato duas circunstâncias penais, distintas e cumulativas.

- Inocorre cerceamento de defesa quando as peças processuais de defesa apresentam boa técnica nem quando não há repergunta das testemunhas.

- Se a arma de fogo usada no crime de roubo qualificado (art. 157, § 2°, I, do CP) é de brinquedo, mas com aparência de verdadeira, prestando-se para incutir medo real às vítimas e garantir o sucesso da empreitada criminosa, prevalece o princípio da aparência. A violência contra a pessoa é elemento caracterizador do crime de roubo, sendo impossível desclassificá-lo para furto, mormente se ao simulacro da arma se somam facas verdadeiras em gestos igualmente ameaçadores.

- Tratando-se de roubo qualificado pelo concurso de duas ou mais pessoas (art. 157, § 2°, II, do CP), ainda que nem todos os agentes estejam armados, aplica-se o princípio da responsabilidade solidária, o qual fundamenta a teoria monista presente no art. 29 do Código Penal, devendo subsistir as qualificadoras.

- Impossível falar em fome, em bagatela, em insignificância, quando se trata de crime de roubo.

- Cuidando-se de corrupção de menores, sendo eles inimputáveis, é irrelevante a circunstância de já serem corrompidos ou não, já que a corrupção é gradativa, sendo a atividade aliciadora sujeita a sanção penal.

- Praticando o apelante uma ação contínua, deve-se reconhecer a continuidade delitiva presente no art. 71 do Código Penal

APELAÇÃO CRIMINAL N° 255.350-1/00 (conexa com a de n° 255.347-7/00) - Comarca de São Francisco - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Preliminares - Roubo com emprego de arma - Circunstância qualificadora que não constitui crime autônomo - Presença dos requisitos da denúncia - Cerceamento de defesa - Atuação do defensor - Técnica correta - Inocorrência - Desclassificação para furto - Presente a violência contra a pessoa - Materialidade comprovada - Concurso de pessoas - Crime de bagatela - Impossibilidade no delito de roubo -

Corrupção de menores - Iniciação criminosa gradativa - Continuidade delitiva - Art. 71 do Código Penal - Reconhecimento. - Não há cerceamento de defesa quando as peças processuais de defesa apresentam boa técnica, nem quando não há repergunta das testemunhas. - A violência contra a pessoa é elemento caracterizador do crime de roubo, sendo impossível sua desclassificação para furto, bem como o reconhecimento de crime de bagatela. - Em se tratando de menores inimputáveis, irrelevante a circunstância de já serem corrompidos ou não, já que a corrupção é gradativa, sendo a atividade aliciadora sujeita a sanção penal. - Praticando o apelante uma ação contínua, deve-se reconhecer a continuidade delitiva presente no art. 71 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL, APÓS REJEITADAS AS PRELIMINARES.

Belo Horizonte, 03 de setembro de 2002. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Dois são os processos-crime, duas as sentenças e duas as apelações de que estarei a cuidar, fazendo um só relatório e uma só decisão.

Narram as denúncias que a "gang" integrada por José Vicente Lima, vulgo "Mauro", e que portava uma pistola semi-automática de brinquedo e de boa aparência, e pelos menores inimputáveis G.M., P.C., F.M., R.P. e R.X., armados com faca, entregou-se à prática de assaltos a estabelecimentos comerciais, à noite.

Nos autos da Apelação nº 255.347-7 consta que, às 21h55m do dia 14 de abril de 2000, os citados indivíduos assaltaram Fabrícia Mendes Maciel, levando de seu estabelecimento a quantia de R$8,00 (oito reais), quinze (15) maços de cigarros e dois (2) litros de cachaça, o que valeu a José Vicente a pena de seis (6) anos e três (3) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e cinqüenta (50) dias-multa, quanto ao crime do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, em concurso formal com o do art. 1º da Lei nº 2.252/54.

Em suas razões recursais, José Vicente, às fls. 68 e 69-TJ, alegou:

- cerceamento de defesa porque seu defensor o teria deixado indefeso, pois não atuou com eficiência, não arrolou testemunhas, não fez perguntas às testemunhas, não requereu diligências, não comprovou seu estado de embriaguez e foi extremamente conciso nas alegações finais;

- inépcia da denúncia, por não ter cumulado o crime de roubo com o de uso de arma simulada, visando o art. 10, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.437/97;

- desclassificação do crime de roubo para o de furto simples, excluídas as qualificadoras;

- inocorrência do crime de corrupção de menores por serem estes já iniciados na prática de crimes;

- que o caso é de furto famélico; e

- exagero na fixação da pena.

Contra-razões, às fls. 83-94-TJ.

Emitindo parecer às fls. 109-119-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição das preliminares e pelo não-provimento do recurso.

Como o Ministério Público trouxe para os autos os extratos processuais de fls. 95-99-TJ, deles teve vista a defesa (fl. 123-v.-TJ).

Nos autos da Apelação nº 255.350-1 consta que o bando armado assaltou:

- às 23h do dia 14 de abril de 2000, o comerciante Adão Francisco Alves, roubando de seu estabelecimento a quantia de vinte reais (R$20,00), cervejas, refrigerantes, balas e uma garrucha; e

- no dia 17 seguinte, assaltou o estabelecimento de Neide Rodrigues de Souza, de onde roubou todo o dinheiro do caixa, cervejas, refrigerantes e um CD.

Disso resultou para José Vicente a pena de (6) seis anos, (2) dois meses e (20) vinte dias de reclusão, em regime semi-aberto, e (11) onze dias-multa, valendo a unidade um trinta avos (1/30) do salário mínimo (art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 71, *caput*, ambos do Código Penal).

Inconformado, apelou também desta decisão José Vicente, buscando, desta feita, o reconhecimento da continuidade delitiva, o apensamento de ambos os processos e a improcedência desta segunda ação penal.

Contra-razões, às fls. 79-84-TJ.

Emitindo parecer às fls. 89-98-TJ, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento desta segunda Apelação, a de nº 255.350-1, reconhecendo-se a continuidade delitiva pleiteada.

Este, o relatório.

Conheço de ambos os recursos, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

Conforme se viu, as preliminares dizem respeito à Apelação nº 255.347-7 e passam a ser examinadas.

A denúncia apresenta-se completa na descrição dos fatos e na indicação dos elementos típicos da conduta atribuída ao apelante e seus comparsas. Consta da denúncia a indicação do instrumento utilizado pelo apelante para amedrontar a vítima e quebrar qualquer possibilidade de resistência: uma imitação de pistola semi-automática, sem falar das facas portadas pelos

menores. Falou o denunciante do emprego de "arma de brinquedo" como causa de majoração de pena.

Deveria o denunciante anotar, e de fato anotou, o inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal, e não o art. 10, § 1°, inciso II, da Lei n° 9.437/97, que cuida de crime autônomo. Agiu corretamente o denunciante, mesmo porque não poderia ele extrair do mesmo fato duas circunstâncias penais, distintas e cumulativas.

Rejeito esta preliminar.

Ao se referir ao cerceamento de defesa, o apelante funda-se em deficiência e omissão em sua defesa técnica.

Não tem razão o apelante. A verdade é que o Dr. Valdemir Magalhães, de sua livre contratação, respondeu bem às necessidades do patrocínio. Caberia ao apelante fornecer a seu defensor as testemunhas de seu interesse e, se não as indicou, não pode reclamar.

O que se vê do processo é que a defesa prévia foi redigida conforme os padrões habituais, para aquela fase processual, podendo-se dizer o mesmo com relação às alegações finais.

Houvesse ausência desses atos processuais, poder-se-ia falar em cerceamento de defesa.

Deixar de reperguntar testemunha não constitui cerceamento de defesa; o Promotor de Justiça também deixou de reperguntar, e isto apenas evidencia equilíbrio. A materialidade era evidente, e o apelante havia confessado a conduta que lhe fora imputada, às fls. 12 e v. e 30-TJ, não havendo muito a fazer em seu benefício. As alegações finais (fls. 42 e v.-TJ) foram bem lançadas, e o douto defensor buscou conferir aos fatos uma conotação de farra, de brincadeira.

Em suas declarações e no interrogatório, o apelante não se referiu a coação ou caso fortuito, e, certamente por isso, a matéria não foi abordada ou explorada na defesa técnica.

Se o apelante estava descontente ou insatisfeito com o trabalho desenvolvido por seu defensor, caberia a ele promover sua substituição, mas assim não procedeu.

Rejeito esta preliminar.

Se presentes se fazem nos autos os elementos da definição legal do roubo, não há falar em desclassificação. No furto, a violência é dirigida para a cousa e, no roubo, para a pessoa em cuja posse e guarda se encontra ela.

Por outro lado, é de se ver que a prova é tranqüila e robusta, no sentido de que o apelante agiu em concurso com vários outros agentes e o fez com emprego de arma de fogo, embora se tratasse de réplica de arma verdadeira, *e com exibição de facas* (grifo meu).

Não importa a menoridade dos comparsas, não importa a constatação posterior, no sentido de que a pistola usada seja "arma de brinquedo" - é que a aparência era de arma verdadeira, prestando-se para incutir medo real, pavor real, nas vítimas, e aqui prevalece o princípio da aparência, não restando dúvida de que a ostentação da "arma" garantiu o sucesso da empreitada criminosa.

Além disso, como já disse, ao simulacro da pistola somaram-se facas verdadeiras, em gestos igualmente ameaçadores.

Ademais, ainda que faca não houvesse nas mãos de todos, não se pode ignorar que, em crimes de grupo, aplica-se o princípio da responsabilidade solidária, princípio que fundamenta a teoria monista, presente no art. 29 do Código Penal, e, se assim é, devem subsistir as qualificadoras

O crime contra o patrimônio de que se está a cuidar é o de roubo e, quando se trata de roubo, não há falar em fome, em bagatela, em insignificância.

No que respeita ao crime de corrupção de menores, há a considerar que a conduta do apelante marcou e ampliou a iniciação criminosa dos menores, das crianças que tinham entre nove (9) e treze (13) anos de idade. Se tais menores já tinham um começo de experiência no mundo do crime, se já praticavam infrações, o que, a meu ver, não restou comprovado, não deixa de ser verdade que a corrupção é gradativa, evolui até atingir seu estágio pleno ou de extremada evolução. Ora, se assim é, até que se atinja tal estágio, a atividade aliciadora do apelante o sujeita às sanções devidas.

Quando se examinam e se confrontam as Apelações de n°s 255.347-7 e 255.350-1, verifica-se que o apelante praticou "uma ação contínua", mudando de uma vítima para outra e outra, conforme se depreende do art. 71 do Código Penal. Quando da apenação, deveria o douto Sentenciante, nos dois (2) processos, ter presente a "doutrina teutônica" ou "teoria da ficção jurídica", esposada no art. 71 do Código Penal, e não a "unidade real".

O equívoco será afastado, considerando-se que o apelante praticou um crime seqüenciado.

Assente o exposto, nego provimento à Apelação n° 255.347-7, cujas custas ficarão a cargo do apelante. Dou parcial provimento à Apelação n° 255.350-1 para, aceitando a continuidade delitiva dos crimes de roubo, apenar o apelante, conforme se segue; pagas as custas por ele.

O douto Sentenciante adotou a pena-base de (4) quatro anos de reclusão, mínimo legal, em cada processo, quanto aos roubos, fixando a multa, em sua pena-base, em (30) trinta dias-multa no primeiro processo. Adoto tais penas como referência para seu reajustamento em face das causas de aumento.

A atenuante da confissão compensou-se com a segunda causa de aumento, como ponderou o douto Sentenciante - é que uma delas se insere no conceito da qualificadora.

Assim, à pena-base de (4) quatro anos de reclusão e (30) trinta dias-multa acrescento um terço (1/3), devido à qualificadora, passando-a para (5) cinco anos e (4) quatro meses de reclusão e (40) quarenta dias-multa, pena a que, em face da continuidade delitiva, aplico pouco mais de (1/6) um sexto, ou seja, (15) quinze meses e (5) cinco dias de reclusão e (10) dez dias-multa, passando-a para (6) seis anos, (7) sete meses e (20) vinte dias de reclusão e (50) cinqüenta dias-multa. Entendeu o douto Sentenciante haver concurso formal entre os crimes de roubo e corrupção de menores, este denunciado apenas nos Autos da Apelação nº 255.347-7.

Sirvo-me da fração mínima do concurso formal (art. 70 do Código Penal) para elevar a apenação acima de mais (1/6) um sexto, o que eleva a pena definitiva a (7) sete anos, (8) oito meses e (28) vinte e oito dias de reclusão, em regime semi-aberto, e (58) cinqüenta e oito dias-multa, mantido o mais das decisões recorridas.

Custas, *ex lege*.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, APÓS REJEITADAS AS PRELIMINARES.

-:::-

EXECUÇÃO PENAL - TRANSFERÊNCIA DE PRESO DE UMA COMARCA PARA OUTRA - COMPETÊNCIA

- Consoante o art. 1º da Resolução nº 297/96 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, compete ao juízo em cujo território o sentenciado cumpre pena administrar a execução e solucionar os incidentes, ainda que a sentença condenatória tenha sido proferida por outro juízo. Contudo, se o pedido de transferência foi decidido pelo juízo da condenação com a aquiescência, ainda que implícita, do juízo da execução, não há falar em nulidade por incompetência daquele.

RECURSO DE AGRAVO Nº 255.531-6/00 - Comarca de São João Evangelista - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Execução penal - Transferência de preso de uma comarca para outra - Competência. - Consoante o artigo 1º da Resolução nº 297/96 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, compete ao juízo em cujo território o sentenciado cumpre pena administrar a execução e solucionar os incidentes, ainda que a sentença

condenatória tenha sido proferida por outro juízo. Contudo, se o pedido de transferência foi decidido pelo juízo da condenação com a aquiescência, ainda que implícita, do juízo da execução, não há falar em nulidade por incompetência daquele. Recurso conhecido e improvido, rejeitadas as preliminares.

RELATÓRIO

Geraldo Aparecido dos Reis, já qualificado nos autos, foi processado e julgado pelo Tribunal do Júri da Comarca de São João Evangelista pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, sendo condenado à pena privativa de liberdade de 15 (quinze) anos de reclusão em regime prisional fechado.

Iniciou o cumprimento da pena em 10 de abril de 1999 na cadeia pública daquela cidade, sendo transferido para a Casa de Detenção Dutra Ladeira, Comarca de Ribeirão das Neves, em 02 de setembro do mesmo ano.

Em 03 de abril de 2001, requereu ao juízo da condenação a sua transferência para a cadeia pública da Cidade de São João Evangelista sob a alegação de pretender permanecer próximo de seus familiares e de não querer mais permanecer na Casa de Detenção Dutra Ladeira em razão dos constantes motins e rebeliões ali ocorridos, circunstância que lhe estava provocando grande intranqüilidade.

Convocado a manifestar-se sobre o pedido, o ilustre representante do Ministério Público colocou-se contrário à transferência, ao argumento principal de incompetência do juízo da condenação, pois, estando o sentenciado cumprindo pena na Casa de Detenção Dutra Ladeira, o requerimento deveria ser examinado e decidido pelo juízo da execução, conforme reiterados pronunciamentos dos nossos tribunais (fl. 52).

A despeito disso, o MM. Juiz de Direito da Comarca de São João Evangelista acatou o pedido e determinou a remoção do sentenciado para a cadeia pública daquela cidade.

Inconformado, interpôs o representante do Ministério Público recurso de agravo para a Superior Instância, argüindo preliminarmente a nulidade da decisão não apenas por incompetência de juízo, como ainda por falta de intimação do Órgão Ministerial para manifestar-se sobre um ofício-consulta do Juiz de Direito da Comarca de Ribeirão das Neves. No mérito, é pela cassação da transferência ao fundamento de que, tratando-se de condenação a pena elevada, o sentenciado deveria cumpri-la em penitenciária do Estado, e não em cadeia pública sem a mínima segurança (fls. 02/09).

O recurso foi contra-razoado, mantida a decisão recorrida, tendo a douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, opinado pelo seu conhecimento e improvimento.

Recurso próprio, tempestivamente manifestado, com processamento e remessa regulares.

É, em síntese o relatório.

Peço dia para julgamento.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 27 de dezembro de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos, e subjetivos de admissibilidade.

Argúi o ilustre representante do Ministério Público, em suas razões recursais, preliminar de nulidade da sentença que concedeu ao sentenciado Geraldo Aparecido dos Reis a transferência da Casa de Detenção Dutra Ladeira, situada na Comarca de Ribeirão das Neves, para a Cadeia Pública da Comarca de São João Evangelista, sob dois fundamentos: a) incompetência do juízo da condenação para conhecer e decidir o pedido de transferência do condenado; b) falta de intimação do Órgão Ministerial para manifestar-se sobre a pretensão ajuizada, em franca violação ao que determina o art. 67 da LEP (o *Parquet* deve fiscalizar todo o processo executivo).

Com a devida vênia, entendo improcedentes as duas causas de nulidade suscitadas.

De fato, ao que se depreende dos autos, o sentenciado Geraldo Aparecido Reis foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de São João Evangelista, em sessão realizada no dia 27 de agosto de 1997, acusado de assassinar com três tiros de revólver a vítima José Amaral dos Santos. Acabou condenado à pena privativa de liberdade de 15 (quinze) anos de reclusão em regime prisional integralmente fechado, por tratar-se de crime hediondo.

Em 1999, foi transferido para a Casa de Detenção Dutra Ladeira, no Município de Ribeirão das Neves, para cumprimento da pena.

No entanto, em abril de 2001, requereu ao MM. Juiz de Direito da Comarca de São João Evangelista a sua remoção para a cadeia pública daquela cidade sob a alegação de que, não obstante gozar de certos benefícios na aludida casa de detenção pelo seu bom comportamento, queria de lá sair em virtude do pânico instalado na penitenciária com os constantes motins e as freqüentes rebeliões, além de poder permanecer próximo de seus familiares.

O ilustre Magistrado da Comarca de São João Evangelista, depois de ouvir o Ministério Público, que se manifestou contrário à pretensão do sentenciado (fl. 52), oficiou ao seu colega de Ribeirão das Neves pedindo informação sobre a possibilidade da transferência, tendo este respondido que o nome de Geraldo Aparecido não constava da lista do Siscom, não estando, portanto, registrado na Vara de Execução daquela comarca (fl. 54).

Curiosamente, logo em seguida (18 de maio de 2001), o MM. Juiz de Direito da Comarca de Ribeirão das Neves solicitou informações ao colega de São João Evangelista sobre a possibilidade de transferência do condenado Geraldo Aparecido para a cadeia pública dessa cidade (fl. 54).

Diante disso, o douto Magistrado da Comarca de São João Evangelista se deu por competente para conhecer do pedido do sentenciado e o deferiu, determinando sua imediata remoção para a cadeia pública daquela cidade (fl. 59).

Cumpre descatar, de início, a improcedência da alegada nulidade da decisão em virtude de falta de intimação do Órgão Ministerial para manifestar-se sobre o requerimento do sentenciado.

Pelo que se vê dos autos, no dia 03 de abril de 2001, o ilustre representante do Ministério Público teve conhecimento do pedido, apresentando na mesma data parecer contrário à transferência. O fato de não ter sido ouvido sobre o ofício do Juiz da Execução Penal da Comarca de Ribeirão das Neves me parece irrelevante, pois ele já se manifestara contra a remoção do preso, inocorrendo, conseqüentemente, qualquer violação ao estabelecido no art. 67 da Lei 7.210/84.

No tocante à competência, também não procede a nulidade invocada pelo Ministério Público.

Realmente, consoante o disposto no art. 1° da Resolução n° 297/96 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, "*compete ao juízo em cujo território o sentenciado cumpre pena, administrar a execução e solucionar os incidentes, ainda que a sentença condenatória tenha sido proferida por outro juízo*". Contudo, se o pedido de transferência foi decidido pelo juízo da condenação com a aquiescência, ainda que implícita, do juízo da execução, não há falar em nulidade por incompetência daquele.

Entendo que, no caso, lamentavelmente, criou-se uma balbúrdia no pedido de transferência. Primeiro, em resposta à consulta do Juízo da condenação, o da execução respondeu simplesmente que o condenado não constava da lista do Siscom como cumprindo pena naquela jurisdição. Logo depois, tudo indicando - e este é um dado que não aparece nos autos - que na Comarca de Ribeirão das Neves também houve pedido idêntico, o juízo da execução também consulta o da condenação sobre a mesma pretensão. Com tal iniciativa, sem dúvida alguma o douto

Magistrado de Ribeirão das Neves, mesmo que implicitamente, declinou de sua competência. Não fosse assim, teria ele suscitado o conflito positivo de jurisdição.

Assim, rejeito as preliminares suscitadas.

Quanto ao mérito, não há motivo para a cassação da transferência do sentenciado. A sua pretensão, aliás, fundou-se em dois motivos relevantes: permanecer no Município de São João Evangelista, onde nasceu e residem os seus familiares, e afastar-se do ambiente nocivo da Casa de Detenção Dutra Ladeira, acossada por constantes motins e rebeliões promovidos por indivíduos perigosos.

Sobre a primeira questão suscitada, assinala JÚLIO FABBRINI MIRABETE (*Execução Penal*, 5ª ed., p. 203) "*que a remoção também pode ser decidida no interesse do próprio condenado para que não lhe seja cerceado o direito de visitas do cônjuge, companheira, parentes e amigos (art. 41, X, da LEP), preocupação do legislador ao estabelecer, por exemplo, que a penitenciária de homens seja construída em local que não restrinja a visitação (art. 90 da LEP). Aliás, a reinserção social, meta prioritária da LEP, será mais difícil de ser obtida se os presos permanecerem em estabelecimentos penais distantes de seu anterior domicílio, em Comarca ou Estado a que não os liga qualquer vínculo*".

No caso, a despeito de tratar-se de condenado por crime hediondo (art. 121, § 2º, inciso IV, do CP), não há nos autos nenhuma evidência de ser o recorrido um indivíduo perigoso a ponto de a sua remoção para a Comarca de São João Evangelista representar prejuízo à segurança pública. Tanto assim que, passados quase dois anos da transferência para a cadeia pública daquela cidade, até agora não se tem notícia de nenhum incidente que ele tenha provocado.

No tocante ao segundo motivo para a pretendida transferência, o verdadeiro caos instalado nas penitenciárias existentes na região da Grande Belo Horizonte é do conhecimento de todos. Motins, rebeliões e fugas têm sido uma constante e de modo assustador, na grande maioria promovidos por condenados pertencentes a grupos que se profissionalizaram no crime, indivíduos da mais alta periculosidade, que muitas vezes, pela ameaça ou pelo suborno, praticamente assumiram o controle administrativo das penitenciárias.

Evidentemente, para um cidadão que por uma razão ou outra tenha sido condenado por um delito contra a pessoa, a sua reintegração à sociedade será difícil ou quase impossível vivendo em ambiente assim, de tamanha hostilidade.

Por tudo isso, não vejo razão plausível para a cassação da remoção do sentenciado Geraldo Aparecido dos Reis e seu retorno à Casa de Detenção Dutra Ladeira.

Isso posto, pedindo vênia ao douto Procurador de Justiça, nego provimento ao recurso, rejeitadas as preliminares.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PROCURADOR MUNICIPAL SEM LICITAÇÃO - SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS - ADVOGADO - NOTÓRIA ESPECIALIDADE - DISPENSA DE LICITAÇÃO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARTICULARES AO PREFEITO - DEFESA EM PROCESSO-CRIME - INTERESSE DA MUNICIPALIDADE - PROTEÇÃO AO PRESTÍGIO DO CARGO DE CHEFE DO EXECUTIVO - CONDUTA ILÍCITA - INEXISTÊNCIA

- A contratação, pelo prefeito, de profissional técnico de notória especialização, como é o caso de advogado com comprovada especialidade na área de direito público contratado para os serviços jurídicos da prefeitura, dispensa licitação, a teor dos arts. 13, V, e 25, II, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sendo atípica a conduta.

- O bem jurídico protegido nos processos-crimes contra prefeitos é o próprio mandato popular, o prestígio do cargo, inexistindo conduta ilícita na defesa do chefe do Executivo feita pelo procurador do município, de ofício.

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA Nº 257.422-6/00 - Comarca de Governador Valadares - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Denúncia - Contratação de procurador municipal sem licitação - Serviços técnicos especializados - Dispensa de licitação quando notória a especialidade do contratado - Circunstância comprovada nos autos - Atipicidade da conduta - Prestação de serviços particulares ao prefeito às expensas da Prefeitura - Defesa em processo-crime - Interesse da municipalidade - Proteção ao prestígio do cargo de chefe do Executivo - Conduta ilícita - Rejeitada a denúncia. - A contratação de profissional técnico de notória especialização, comprovada nos autos, dispensa licitação, sendo atípica a conduta. - O bem jurídico protegido nos processos-crimes contra prefeitos é o próprio mandato popular, o prestígio do cargo, inexistindo conduta ilícita na defesa do chefe do Executivo feita pelo Procurador do Município, de ofício.

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 A DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 05 de novembro de 2002. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo Ministério Público, a Drª. Elba Rondino.

O Sr. Des. Gomes Lima - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra Edson Amâncio de Sá, Prefeito Municipal de Alpercata, termo judiciário da Comarca de Governador Valadares, apontando-o como sujeito, em concurso material, às sanções do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) e do art. 1°, inciso II, do Decreto-lei n° 201/67, atribuindo-lhe a contratação do advogado Aloísio Augusto Cordeiro de Ávila para os serviços jurídicos da Prefeitura, em 8 de dezembro de 2000, sem atentar para o necessário certame licitatório. Atribuindo-lhe ainda o denunciante ter se servido, em proveito próprio, do trabalho profissional do referido causídico, às expensas dos cofres públicos municipais, como seu defensor no PCCO n° 229.855-2, que tramita perante a 1ª Câmara Criminal deste egrégio Tribunal, no qual foi denunciado como incurso nas sanções do art. 1°, inciso III, do citado Decreto-lei n° 201/67.

Antecipando-se à sua notificação, o denunciado fez juntar aos autos suas razões preliminares de fls. 87-103-TJ, redigidas e assinadas pelo mesmo causídico, instruindo-as com os documentos de fls. 104-356-TJ, nelas refutando a tipicidade do fato, porque o trabalho de seu advogado não custou aos cofres públicos qualquer acréscimo em sua remuneração; ademais, a categoria de serviços técnicos especializados a serem prestados à Prefeitura dispensava procedimento licitatório como antecedente de sua contratação.

Sobre os documentos ofertados à Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às fls. 363-375-TJ.

Este, o relatório.

"*O patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas é considerado pelo art. 13, inciso V, da Lei n° 8.666/93, atualizada pela Lei n° 9.648/98, como 'Serviços Técnicos Especializados'*".

O contrato de tais serviços dispensa licitação, quando notoriamente especialista o profissional contratado - *vide* art. 25, inciso II, desta citada lei, cujo § 1° fornece o conceito dessa qualificação:

"*Considera-se de notória especialização o profissional... cujo conceito no campo de sua especialidade... permite inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*".

É evidente que o Direito Público Administrativo constitui área de atualização necessariamente especializada para que se garanta o feliz e profícuo desempenho do profissional.

A boa fama, o renome e a competência do causídico em área fechada como a do Direito Público Administrativo, que fica distante do alarido popular e da efervescência da mídia, hão de ser avaliados pela generalidade de seus trabalhos, pela reincidência de suas contratações, e tal é o perfil do Dr. Aloísio Augusto, advogado, ao que se sabe, de larga experiência nesse pouco freqüentado ramo do Direito.

De seu *curriculum* profissional, conforme documentos constantes dos autos, constou ter sido ele:

- *Assessor Jurídico do SEMOV - Serviço Municipal de Obras e Viação, de Governador Valadares;*

- *Procurador-Geral do Município de Governador Valadares;*

- *Consultor Jurídico das Prefeituras dos Municípios de: Santa Efigênia de Minas, Mendes Pimentel, Coroaci, Marilac, Frei Inocêncio e Virgolândia; e*

- *Consultor Jurídico da Câmara de Vereadores de Matias Lobato.*

De seu incomum desempenho junto ao Poder Judiciário na defesa de interesses municipais dá testemunho o Dr. Adriano Botelho Estrela, Promotor de Justiça da Comarca de Virginópolis - *vide* fls. 193-TJ, onde se lê que a Prefeitura estava: "... *representada em juízo por procurador que é, na verdade, um verdadeiro publicista*", sendo seu trabalho técnico-jurídico de boa qualidade.

Nas condições expostas, como se vê, não se tipificou o crime atribuído ao denunciado e que, pode-se dizer, por aparente conflito de normas, tem semelhante rótulo no art. 1°, inciso XI, do Decreto-lei n° 201/67, e que, por sinal, deveria ter sido preferido pela acusação, em homenagem aos princípios da especialidade e da precedência, como sendo de maior vantagem para o denunciado, no que se refere às penas, *in abstracto*.

A outra figura criminal denunciada é a utilização indevida de serviços públicos em proveito próprio (art. 1°, inciso II, do Decreto-lei n° 201/67).

De fato, o Prefeito Municipal entregos sua defesa no PCCO de n° 229.855-2, em que é acusado de aplicação irregular de dinheiro público destinado à educação, ao citado Dr. Aloísio Augusto, por conta da remuneração ordinária que lhe vinha pagando a Municipalidade.

Acontece, porém, que o que está em jogo no processo de responsabilidade funcional, considerando o princípio da impessoalidade da ação administrativa,

não é a pessoa natural do Prefeito; o que está em jogo é o prestígio do cargo e da autoridade, é o próprio mandato popular, e, por isso, não vejo ilicitude no fato de a defesa do Chefe do Executivo ser produzida pelo advogado do Poder Público Municipal, de ofício.

Permito-me observar que a denúncia e o processo não retratam o criminoso - é que tal efeito só advém de sentença condenatória com trânsito em julgado e isto se dá em face do princípio da presunção de inocência, até prova em contrário, conforme o art. 5°, inciso LVII, da Constituição Federal, o que desautoriza olhar com maus olhos o Prefeito só por estar por responder ao processo e, portanto, estando sem culpa formada. Não vejo crime no fato e, nos termos do art. 43, inciso I, do CPP, rejeito a denúncia, determinando o arquivamento dos autos para todos os fins de direito.

Custas, *ex lege*.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A DENÚNCIA.

-:::-

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - REGRESSÃO - SÚMULA 265 DO STJ - PRÉVIA OITIVA DO MENOR - IMPRESCINDIBILIDADE - DECRETAÇÃO SUMÁRIA - INADMISSIBILIDADE

- Tratando-se de regressão de medida socioeducativa, é imprescindível a prévia oitiva do menor, em audiência de justificação, para assegurar-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal (arts. 110 e 111 da Lei n° 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente).

AGRAVO N° 262.170-4/00 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Recurso de agravo - Estatuto da Criança e do Adolescente - Prática de atos infracionais análogos ao de furto qualificado e posse de entorpecente - Imposição de medida socioeducativa de liberdade assistida - Descumprimento das condições - Regressão requerida pelo MP - Inadmissibilidade de sua decretação sumária - Súmula 265 do STJ - Prévia oitiva do menor - Imprescindibilidade, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal - Arts. 110 e 111, V, do ECA - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de novembro de 2002. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Trata-se de recurso de agravo interposto pela representante do Ministério Público em desfavor de F.J.B., contra decisão que indeferiu o pedido de conversão da medida socioeducativa de liberdade assistida aplicada ao adolescente para a medida de internação.

Em suas razões de recurso, requer a agravante a substituição da medida socioeducativa aplicada anteriormente - *liberdade assistida* - pela medida socioeducativa de *internamento*, ao argumento de que o menor, além de descumprir a medida imposta, vem envolvendo-se em outros atos infracionais mais graves (roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de armas), em uma verdadeira "escalada vertiginosa" no mundo do crime, ficando evidente, assim, que não deseja rever sua conduta e/ou mudar o rumo de sua vida. Conclui, a final, que a medida socioeducativa aplicada não está surtindo efeito algum, merecendo ser convertida em outra mais rigorosa. (fls. 02/09-TJ e 10/15-TJ).

O recurso foi contrariado, manifestando-se o agravado, por sua defensora pública, pelo desprovimento do recurso ministerial (fls. 110/115).

No exercício do juízo de retratação/sustentação, mantém o MM. Juiz *a quo* a decisão agravada (fls. 97/99).

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso ministerial (fls. 102/107-TJ e 118-TJ).

Da análise das peças trasladadas, verifica-se que, na audiência de apresentação de fl. 73-TJ, ocorrida em 25.01.2001, foi aplicada ao menor F.J.B. a medida socioeducativa de liberdade assistida proposta pelo RMP, pelo prazo de 06 meses, referente aos atos infracionais apurados nos Processos n°s 010/01 (art. 155, § 4°, CP, c/c art. 16 da Lei 6.368/76); 195/99 (art. 16 da Lei 6.368/76); 159/00 (art. 155, § 4°, inc. IV, CP); e 197/00 (art. 16 da Lei 6.368/76), com o que concordou a defesa.

Entretanto, conforme relatório do Conselho Tutelar dos Direitos da Criança e do Adolescente, à fl. 77-TJ, datado de 14.05.2001, o menor rejeitava tratamento de dependência química,

fazendo uso de maconha nos fins de semana e não desejando parar, além do fato de que não estava trabalhando nem estudando.

Tendo em vista esses fatos, a douta Promotora requereu a conversão da medida imposta para a de internamento, a teor do disposto no art. 122, III, do ECA (fl. 79-TJ).

O MM. Juiz, contudo, preferiu insistir no acompanhamento assistencial do menor, alegando, ainda, não existirem vagas para efetivação do internamento (fl. 80-TJ). Contudo, conforme relatório de fl. 81-TJ, tal não foi possível, porquanto o menor já se encontrava novamente apreendido na Delegacia desde o dia 15.10.2001, pela prática de ato infracional análogo ao delito do art. 157, § 2°, incisos I e II, c/c art. 288, todos do Código Penal (representação de fls. 82/87-TJ, audiência de apresentação de fl. 90-TJ).

Por este motivo, novamente requereu a Promotoria a conversão da medida em internamento (fl. 81-verso-TJ), sendo novamente indeferido pelo Magistrado *a quo*, à alegação de que o menor se encontrava "custodiado" na Delegacia à espera de vaga na Sarèmi, e considerando ainda que o delito de porte de drogas apurado não se insere no rol daqueles cometidos com violência ou grave ameaça, devendo eventual mudança na aplicação de medida "*ser aferida naquele ato infracional, pois antes, somente pelos termos da acusação - é impossível, pena de afronta ao contraditório*", vez que o adolescente pode "*provar sua inocência ou, por qualquer motivo, provar que a acusação seria infundada*" (fl. 88-TJ).

Inconformada com esta decisão, interpôs o RMP o presente recurso de agravo.

Ab initio, há que se salientar que, em se tratando de regressão de medida socioeducativa imposta, é de rigor a prévia oitiva do menor, segundo dispôs o egrégio STJ em sua Súmula 265. Confira-se:

"*É necessária a oitiva do menor antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa*".

Trata-se, *in casu*, de garantir ao menor o direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de ofensa ao postulado de devido processo legal (arts. 110 e 111, V, do ECA).

A respeito, confira-se a ementa:

"HC. *ECA. Regressão de medida de semiliberdade para internação por prazo indeterminado.*

- 1. Ante o princípio da ampla defesa, não é possível a determinação de regressão de medida, sem assegurar ao menor o direito de apresentar a sua justificativa, quanto ao descumprimento de condições da medida anteriormente estipulada.

- 2. Ordem de habeas corpus *concedida, para assegurar ao menor o direito de aguardar em semiliberdade novo procedimento judicial, após a sua devida intimação*". (*HC* 13.193, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* de 04.09.2000. No mesmo sentido: *HC* 11.302, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 20.03.2000; *HC* 11.468, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 05.11.2001; R*HC* 10.096, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* de 05.03.2001; *HC* 1.283, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* de 19.02.2001; *HC* 12.758, Rel, p/ acórdão Min. Félix Fischer, *DJ* de 12.02.2001.)

Assim, antes de decretar a conversão da medida de semiliberdade em internação, o que importaria uma regressão, deve o MM. Juiz promover a oitiva do menor e, ao final, se entender ter havido a ocorrência de alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 122 da Lei 8.069/90, então, sim, poderá decretar-lhe a internação, observados, contudo, os §§ 1° e 2° do referido artigo.

Ressalte-se, contudo, que a regressão de medida, caso haja, será apenas em relação aos procedimentos especiais já instaurados e também já devidamente apurados contra o menor, mas nunca com relação àqueles que ainda se encontram em fase de apuração do ato infracional, a fim de que não se atropele o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório deferido ao menor, para que se possa comprovar a sua participação, ou não, nos atos infracionais que lhe são imputados.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso ministerial, recomendando ao Juízo que, em caso de novos requerimentos ministeriais para aplicação de medida mais rigorosa, seja procedida a intimação do menor para que possa apresentar a sua justificativa, sob pena de se ver anulada a decisão que a decretar sem a prévia oitiva do menor em audiência de justificação.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DESAFORAMENTO - ART. 424 DO CPP - MEDIDA EXCEPCIONAL - QUEBRA DA IMPARCIALIDADE DO JÚRI - AUSÊNCIA DE PROVA - INFORMAÇÕES DO JUIZ - RELATO PESSOAL - INEXISTÊNCIA - INDEFERIMENTO DO PEDIDO

- O desaforamento é medida excepcional de derrogação da regra geral de que o julgamento do réu deve ser no lugar em que se consumou o crime. No caso de dúvida sobre a imparcialidade do Júri, o desaforamento só se

justifica quando evidenciada a quebra dessa imparcialidade, com apoio em provas consistentes, não bastando meras alegações, desacompanhadas de comprovação idônea e eficaz.

- Na apreciação do pedido de desaforamento, a manifestação do juiz, em informações, é de fundamental importância, ante a idoneidade de que se reveste a sua opinião. Ausente seu relato pessoal a respeito do crime e do clima reinante na comarca, tendo sua conclusão se apoiado nas alegações do Ministério Público, as quais não se encontram respaldadas em elementos probatórios contidos nos autos, é de se indeferir o pedido

DESAFORAMENTO Nº 262.471-6/00 - Comarca de Guanhães - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Desaforamento - Art. 424 do CPP - Dúvida em relação à imparcialidade dos jurados - Réu e vítima pertencentes a famílias de prestígio no local - Executores e mandantes com fama de violentos - Pedido desacompanhado de elementos consistentes que justifiquem a dúvida sobre a imparcialidade do Júri - Inexistência de relato pessoal do magistrado a respeito do clima reinante, nas informações prestadas - Dúvida improvada - Pedido indeferido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 29 de agosto de 2002. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de pedido de desaforamento da ação penal movida a Francisco Antônio Júlio de Moura, Divino Martins Figueiredo, Nilo Neves de Souza e Omar Borges da Cruz para que o julgamento afeto ao Tribunal do Júri da Comarca de Guanhães se realize pelo Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, com fundamento em dois motivos, o do atraso no julgamento, posto que o trânsito em julgado da sentença de pronúncia, ocorrida em 16.09.99, e da dúvida sobre a imparcialidade do Júri, eis que tanto a família do réu Divino Martins Figueiredo quanto a família da vítima Frederico de Leão Coelho vêm exercendo forte influência no desenrolar do processo, além de os outros três réus causarem temor à população, sendo Divino próspero comerciante em Guanhães, além de proprietário de um hotel, com ameaças a testemunhas e até mesmo ao Delegado presidente do inquérito; que é voz corrente na cidade que o réu Divino ultimamente tem comparecido às sessões de Júri da Comarca para intimidar os jurados; que os mandantes do crime são pessoas temidas na região e o réu Divino várias ameaças já fez a testemunhas e jurados; que um advogado do assistente de acusação confirmou a fama do réu de ser matador e mandante de crimes, o que foi confirmado por outro advogado em Virginópolis na presença de Juiz titular da Comarca; que a família da vítima está inconformada com o homicídio, executado covardemente dentro de sua própria casa, através de emboscada, diante do olhar perplexo de sua mãe e de outros membros da família, sem que pudesse esboçar qualquer defesa; que a vítima era pessoa rica e prestigiada na região e exercia o cargo de Secretário Municipal de Obras de Guanhães, conforme amplamente noticiado na imprensa; que o próprio patrono do réu, em alegações finais, trouxe insinuações estranhas que levaram o Promotor a se dar por suspeito por motivo de foro íntimo a mostrar que é justificada a dúvida quanto à inteireza do Conselho de Sentença; que dois réus estão foragidos, havendo boatos de que um deles se encontra homiziado nas redondezas e o réu Divino está gozando do privilégio da liberdade provisória, embora se trate de crime hediondo; que o Júri está se retardando de forma injustificada, pelo que pediu que fosse desaforado o processo para a Comarca de Belo Horizonte (fls. 02/20-TJ).

A d. Juíza se manifesta no sentido de que não procede o pedido em relação ao atraso do julgamento, tendo em vista que decorreu o fato dos incidentes surgidos no desenrolar do procedimento, e de que a dúvida quanto ao Conselho de Sentença é relevante e a alegação justifica o pedido de desaforamento (fl. 43-TJ).

O réu Divino Martins de Figueiredo responde ao pedido alegando que não está respaldado em justificativa válida e que o desaforamento se dá para Comarca vizinha e não distante, manifestando-se pelo indeferimento do pedido (fls. 58/59-TJ). Os defensores nomeados dos outros réus apresentam razões em que contrariam o requerimento apresentado pelo Órgão Ministerial, que deve ser julgado improcedente (fls. 73/81-TJ). O parecer da d. Procuradoria de Justiça é pelo deferimento do pedido (fls. 85/93-TJ).

O pedido de desaforamento pelo atraso no andamento do processo está superado, tendo em vista que o julgamento foi marcado e só não se realizou em virtude da liminar deferida pelo Desembargador em plantão, fundada na alegada dúvida quanto à influência que pode comprometer a isenção que se espera do Conselho de Sentença.

Impõe-se verificar, então, se há justificativa válida e consistente quanto ao outro motivo alegado no pedido de desaforamento, que é a pressão que se exerce para comprometer a imparcialidade dos jurados da Comarca de Guanhães.

A jurisprudência do STF e do STJ é no sentido de que o desaforamento, por se tratar de medida excepcional, só tem justificativa quando evidenciada a quebra de imparcialidade dos jurados, com apoio em provas consistentes. Veja-se:

"*Ementa.* Habeas corpus. *Desaforamento.*

- Quanto à falta de indícios de autoria suficientes para a pronúncia, por não ter havido recurso contra essa sentença, é esta Corte incompetente para julgar originariamente habeas corpus *que se dirige contra magistrado de primeiro grau de jurisdição.*

- Tem razão o acórdão ora atacado quando acentua que o desaforamento é medida excepcional de derrogação da regra básica de que o acusado deve ser julgado no distrito da culpa e que, no caso, as alegações de dúvidas quanto à imparcialidade dos jurados se acham desacompanhadas de qualquer elemento probatório que faça presumir a existência da parcialidade dele.

- Habeas corpus *conhecido em parte, mas nela indeferido*" - *Habeas Corpus* nº 75.919-RJ, Relator o Min. Moreira Alves, *in Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-Rom nº 26.

"Habeas corpus. *Competência. Desaforamento. Coação de Tribunal.* Habeas corpus *impetrado erroneamente perante o Superior Tribunal de Justiça. Competência do Supremo Tribunal Federal, art. 102, I,* i, *da Constituição.*

- O desaforamento é exceção à regra que determina o julgamento do réu no lugar em que se consumou o crime e só pode ser deferido nas hipóteses previstas, arts. 70 e 424 do CPP. As informações do juiz são preponderantes para o desaforamento. Meras alegações, e sem a mínima comprovação, que colidem com as informações do juiz e do presidente do tribunal, não são idôneas a elidir o desaforamento.

- Habeas corpus *conhecido, mas indeferido*" - *Habeas Corpus* nº 70.644-SE, Relator o Ministro Paulo Brossard, *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-Rom nº 26.

"*Ementa.* Habeas corpus - *Desaforamento - Medida excepcional - Incidente causado pelo irmão do réu - Fato superado - Ausência de demonstração da quebra da imparcialidade do Júri - Importância das informações do magistrado de primeiro grau - Irrelevância da divulgação do incidente pelos meios de comunicação social - CPP, art. 424 - Norma de direito estrito - Inocorrência de constrangimento ilegal - Pedido indeferido.*

- O desaforamento - que atua como causa derrogatória da competência territorial do Júri - reveste-se do caráter de medida absolutamente excepcional.

- O réu deve ser julgado no lugar em que supostamente cometeu o delito que lhe foi imputado. A mera alegação de parcialidade dos jurados, desacompanhada de qualquer comprovação idônea e eficaz, não basta para justificar o desaforamento.

- A manifestação do juiz, em informações atualizadas e precisas, revela-se de fundamental importância - ante a idoneidade de que se reveste a sua opinião - na apreciação do pedido de desaforamento, que só deve ser concedido quando houver prova inequívoca de que ocorre qualquer dos pressupostos taxativamente referidos no art. 424 do Código de Processo Penal.

- A maior divulgação do fato e dos seus incidentes e conseqüências, pelos meios de comunicação social, não basta, só por si, para justificar o desaforamento, sempre excepcional, do julgamento pelo Júri. A opinião da imprensa não reflete, necessariamente, o estado de ânimo da coletividade e, por extensão, dos membros integrantes do Conselho de Sentença" - STF, *Habeas Corpus* nº 70.228-MS, Relator o Ministro Celso de Mello, *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-Rom nº 26.

"*Ementa.* Habeas corpus. *Desaforamento.*

- 1 - A revogação da competência territorial do Júri, como proclamado pelo entendimento pretoriano, é medida de aplicação estrita e apenas se materializa em havendo fundadas suspeitas de parcialidade do jurado, sendo para o adequado desate da questão de extrema valia as informações do Juiz da comarca que vivencia o clima reinante e fornece a medida exata da necessidade do deslocamento.

- 2 - Ordem negada" - *Habeas Corpus* nº 386.899- RN, Relator o Min. Fernando Gonçalves, *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-Rom nº 26.

A jurisprudência desse Tribunal guarda simetria com a deste Tribunal, e, no caso, a MMª Juíza deixou de se manifestar sobre o clima que existe na Comarca a respeito do fato criminoso e limitou-se a afirmar que "*considerando-se as informações e dados levantados pelo culto e zeloso representante do Ministério Público (clamor público gerado pelo fato delituoso, prestígio da vítima e familiares, má fama do acusado Divino, dentre outros fatos relatados), entendo relevante a dúvida lançada sobre a isenção do Conselho de Sentença a funcionar no julgamento dos réus*" (fl. 43-TJ). Destarte, a conclusão de S. Exa. apóia-se com exclusividade na narração feita pelo Dr. Promotor de Justiça em sua petição pleiteando o desaforamento, o que não é suficiente para deslocar o julgamento para outra comarca, tendo em vista que não existem nos autos elementos que respaldem as alegações do Ministério Público.

Com efeito, não há dados convincentes para se acolher o pedido, que se baseia em meras conjecturas e em comportamento que tem sido comum em todos os julgamentos pelo Júri de crimes envolvendo pessoas mais importantes. É

o tributo que se paga pela manutenção do Tribunal do Júri, pois o julgamento técnico é menos infenso a influências perfeitamente previsíveis e, por isso, insuficientes para justificar o desaforamento, que exige, repita-se, motivo grave.

Do exposto, indefiro o pedido. Comunicar.

-:::-

AUTO-ACUSAÇÃO FALSA - DELITO DE TRÂNSITO - AGENTE QUE SE FAZ PASSAR FALSAMENTE PELO CONDUTOR - INEXISTÊNCIA DO CRIME DE CUJA PRÁTICA O AGENTE SE ACUSA - IRRELEVÂNCIA - PROVOCAÇÃO DA ATIVIDADE POLICIAL OU JUDICIÁRIA - CRIME PREVISTO NO ART. 341 DO CP - CONSUMAÇÃO

- Para a consumação do delito do art. 341 do CP, basta que chegue ao conhecimento da autoridade a acusação falsa do cometimento de um ato em tese delituoso, que seja hábil a provocar a atividade policial ou judiciária.

- É irrelevante para a configuração do crime de auto-acusação falsa que o delito, de cuja prática o agente se acusa, tenha realmente existido. Tampouco importa que tal delito tenha sido, de fato, praticado por terceira pessoa, no caso em que o agente assume, falsamente, a responsabilidade pelo ato em tese delituoso.

- O simples fato de assumir alguém, falsamente, a responsabilidade por delito de trânsito basta para o reconhecimento do art. 341 do CP, nada importando, para a caracterização do delito, que o verdadeiro autor do ato delituoso seja penalmente irresponsável.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 263.342-8/00 - Comarca de Cabo Verde - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Auto-acusação falsa - Acidente de trânsito - Lesão corporal culposa resultante de acidente de trânsito - Inexistência de condenação do condutor do veículo - Irrelevância. - Para a consumação do delito do art. 341 do CP, basta que chegue ao conhecimento da autoridade a auto-acusação falsa do cometimento de um ato em tese delituoso, que seja hábil a provocar a atividade policial ou judiciária.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - INDEFERIDO O PEDIDO. COMUNICAR.

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, 12 de setembro de 2002. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - A r. sentença de fls. 72/76-TJ julgou procedente a denúncia, condenando Márcio Dias nas sanções do art. 341 do Código Penal, aplicando-lhe a pena de 3 meses de detenção, no regime aberto, a qual foi substituída por pena restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação, alegando que não cometeu o crime do art. 341 do CP, tendo em vista que o crime de dano absorveu o crime de perigo e que, em razão de a vítima ter renunciado ao direito de representação, não se pode falar em crime de dano. Pede a absolvição (fls. 100/103).

Contra-razões foram apresentadas (fls. 109/112).

A d. Procuradoria manifestou-se pelo não-provimento do apelo (fls. 119/125).

Conheço do recurso.

Consta dos autos que, no dia 26.11.2000, depois da ocorrência de um acidente automobilístico, que resultou em lesões corporais de um dos condutores, o acusado fez-se passar, falsamente, como condutor do veículo causador do abalroamento, que vinha sendo conduzido pelo então menor Otávio Augusto Gianini.

O réu confessou a prática do ato que lhe é imputado (fl. 50).

O menor (fl. 65) e a testemunha Pedro César de Souza Gianini (fl. 66) corroboraram a confissão do réu.

Assim, não há dúvidas quanto ao efetivo cometimento do ato cuja prática é imputada ao denunciado.

Resta saber se tal ato configura o delito do art. 341 do CP.

O denunciado, em sua defesa, parte do princípio de que o verdadeiro condutor do veículo, menor à época dos fatos, não cometeu nenhum ato infracional análogo a qualquer delito que seja, a uma, porque o ato de dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação, somente configura o delito do art. 309 da Lei nº 9.503/97 quando acarreta efetivo perigo de dano, o que, segundo alega, não se deu na

espécie, e, a duas, porque o crime de dano (no caso, o de lesões corporais, previsto no art. 303 do Código de Trânsito) absorve o crime de perigo (no caso, o do art. 309 do CTB); mas, como a vítima renunciou ao direito de representar (fl. 31), não se há falar nesse crime de dano e, por conseguinte, em crime algum.

Assim sendo, conclui o denunciado que, ao assumir que era ele quem estava conduzindo o veículo, não se acusou, falsamente, da prática de qualquer crime.

Por via de conseqüência, não restou consumado o delito do art. 341 do CP.

Imperiosa, assim, conclui, a sua absolvição.

Com a devida vênia, tenho que a razão não lhe assiste.

Ocorre que, para a consumação do delito do art. 341 do CP, basta que chegue ao conhecimento da autoridade a auto-acusação falsa do cometimento de um ato *em tese* delituoso, que seja hábil a provocar a atividade policial ou judiciária.

Nesse sentido, o magistério de JÚLIO FABBRINI MIRABETE (cf. *Código Penal Interpretado*, Editora Atlas, 2000, p. 1.851).

É que o bem protegido, nesse caso, é o desenvolvimento ou a realização normal da atividade judiciária.

E essa realização fica comprometida com a tão-só auto-acusação falsa.

Tanto assim que configura o delito do art. 341 do CP a auto-acusação falsa de crime *inexistente*, ou seja, não importa que o ato ilícito, de cuja prática o agente se acusa, tenha realmente existido.

Tampouco importa, então, que o crime tenha de fato sido cometido pela terceira pessoa que praticou o ato, em tese delituoso, no caso em que o agente assume, falsamente, a responsabilidade por tal ato.

Dessa forma, é de todo irrelevante, para quem comete o delito do art. 341 do CP, que aquela terceira pessoa venha a ser absolvida, seja por que razão for, ou que contra ela não seja instaurada a ação penal.

Nesse sentido:

"*Delitos de automóvel - Troca de condutor - Auto-acusação falsa. - O simples fato de assumir alguém, falsamente, a participação ativa em sinistro de trânsito basta para o reconhecimento do art. 341 do CP, sendo irrelevantes as considerações a respeito da culpabilidade do verdadeiro condutor*" (TACRIM-SP, AC 318.515, Rel. Adauto Suannes, anotado por ALBERTO SILVA FRANCO e outros *in Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2001, Volume 2, p. 4.140).

Ademais, é importante considerar que, não fora assim, jamais restaria consumado o delito do art. 341 do Código Penal nos casos em que o verdadeiro autor do ato em tese delituoso fosse inimputável, exatamente como se dá na espécie, em que o condutor do veículo causador do acidente e das lesões corporais era menor à época desses fatos.

A propósito:

"*Para a caracterização do crime definido no art. 341 do CP, nada importa seja penalmente irresponsável o verdadeiro autor do fato típico penal, que o agente chama a si*" (TACRIM-SP, AC, Rel. Corrêa de Moraes, *RTJE*, 78/201, anotado por ALBERTO SILVA FRANCO e outros *in* ob. cit., p. 4.135).

Assim sendo, como restou cabalmente comprovado, no caso, que o denunciado assumiu, falsamente, que era o condutor do veículo que causou o acidente de trânsito e que provocou lesões corporais no motorista do outro automóvel - ato delituoso, em tese -, configurado restou o cometimento do delito do art. 341 do Código Penal.

Por esta razão, tenho que a bem-lançada sentença deve ser integralmente confirmada.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO - INOCORRÊNCIA

- O legislador exige, para a configuração do crime de denunciação caluniosa, o dolo direto em relação ao conhecimento da inocência da pessoa que acusou, ou seja, é imprescindível que o agente ativo saiba, sem qualquer dúvida, que a acusação que está fazendo é falsa. O erro ou a dúvida sobre a inocência dos acusados leva ao dolo eventual, e não ao dolo direto.

- O simples arquivamento das investigações policiais iniciadas contra as vítimas a que deu causa o ofendido não presume o elemento subjetivo exigido para a configuração da figura típica do art. 339 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 264.729-5/00 - Comarca de Tombos - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Denunciação caluniosa - Ausência de comprovação do elemento subjetivo. - O erro ou a dúvida sobre a inocência dos acusados leva ao dolo eventual, e não ao dolo direto exigido para a caracterização da denunciação caluniosa. - O simples arquivamento das investigações policiais iniciadas contra as vítimas a que deu causa o ofendido não presume o elemento subjetivo exigido para configuração da figura típica do artigo 339 do Código Penal. - Não comprovado com adequação que o réu tinha certeza da inocência das presumidas vítimas, não ocorre a denunciação caluniosa. - Absolvição mantida.

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, 03 de setembro de 2002. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - O representante do Ministério Público, inconformado com a decisão do Juiz da Comarca de Tombos, que absolveu Fernando Machado Furtado da acusação do crime de denunciação caluniosa, ao fundamento de que faltou à configuração do crime o conhecimento pelo réu de que as vítimas eram inocentes, apela, pretendendo a condenação nos termos da peça acusatória.

Contra-razões em que se pugna pela manutenção da decisão hostilizada.

Quanto aos fatos, narram os autos que o apelado, no dia 05 de abril do ano de 2000, compareceu perante a Promotoria de Justiça da Comarca de Tombos, imputando crime de ameaça aos Srs. Laerte de Campos Hosken e Waldemar Peixoto, sabendo da inocência dos mesmos, dando causa à instauração de investigação policial que originou a lavratura de TCO.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto.

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

Conheço do recurso, pois vejo presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas nulidades, nem encontramos qualquer irregularidade que deva e possa ser declarada de ofício.

Quanto ao mérito.

Examinei, com cuidado, os autos, a sentença hostilizada, as razões

recursais e contra-razões e não vejo como dar desfecho diverso do escolhido pelo culto Juiz.

No que tange à representação, ela realmente se mostra duvidosa, não se sabendo se o apelado quis representar apenas em relação a Laerte Campos Hosken, mencionando que Waldemar teria sido o intermediário da ameaça, ou se também quis incluir o nome de Waldemar como autor da mesma. A representação não exige maiores formalidades, mas a intenção do representante deve ser clara, o que não ocorreu no caso; mas, mesmo que se tenha querido incluir Waldemar, não vejo configurada a figura delituosa da denunciação caluniosa.

O apelado parecia, naquele momento, estar emocionalmente abalado, não sabendo lidar com o seu namoro com a filha de Laerte e em relação à pessoa de seu pai biológico, questões que acabaram por ficar interligadas, não conseguindo distinguir com clareza como as coisas ficaram definidas, nem querendo aceitar o resultado do laudo na ação de investigação de paternidade, passando a desconfiar de todos os que direta ou indiretamente estivessem envolvidos nas situações referidas.

Conforme se verifica pelo documento de fl. 11, o apelado estava, na ocasião, litigando com a vítima Laerte, e a intermediação de Waldemar, com o conhecimento e anuência do presumido ofendido, para impedi-lo de continuar a lutar pela causa que entendia legítima, pareceu-lhe uma forma de pressionar seu pai adotivo, doente e paralítico, com ameaças, para impedir a investigação de fatos graves que entendia haver ocorrido no processo.

Também seus pais adotivos foram envolvidos pelos mesmos problemas, ora dizendo que foram ameaçados por Laerte, através de Waldemar, ora negando as ameaças, gerando dúvidas no próprio apelado, que, acreditando na primeira hipótese, acabou por pedir providências à Promotoria de Justiça.

Não encontro na prova dos autos a certeza de que o apelado tivesse conhecimento da inocência de Laerte e Waldemar quando pediu tais providências, mas, ao contrário, entendo que ele acreditava que realmente seus pais adotivos tivessem sido por eles ameaçados.

Conforme já acentuado pelo Juiz de primeiro grau, o legislador exige para a configuração do crime, em questão, o dolo direto em relação ao conhecimento da inocência da pessoa que acusou, ou seja, é imprescindível que o agente ativo saiba, sem qualquer dúvida, que a acusação que está fazendo é falsa.

Se houver erro sobre a inocência do acusado ou dúvida no mesmo sentido, situações que levariam ao dolo eventual, excluída já está a culpabilidade.

A jurisprudência é ampla nesse sentido:

"*O tipo do art. 339 do Código Penal é dos chamados tipos anormais, posto conter, na descrição da conduta típica, um elemento de natureza subjetiva. Esse elemento subjetivo da figura típica, que anormaliza o tipo, está contido na expressão 'de que o sabe inocente'. Ausente, pois, o dolo específico da infração, e que lhe dá tipicidade, acha-se ausente,* ipso facto, *a justa causa para a ação penal*" (TJSP - *RHC* - Rel. Newton Hermano - *RT*, 461/311).

"*A jurisprudência, de longa data, vem entendendo ser necessária a prova do elemento subjetivo do injusto, para que haja processo e, se for o caso, condenação por denunciação caluniosa*" (TJSP - *HC* - Rel. Weiss de Andrade - *RT*, 490/306).

Por outro lado, a simples circunstância de terem sido arquivadas as investigações abertas para apuração das presumidas ameaças, iniciadas por iniciativa do acusado, não leva à presunção do dolo direto previsto na descrição da conduta típica.

A prova é duvidosa, controvertida, principalmente consistente no depoimento dos pais adotivos do acusado, ora admitindo as ameaças, ora negando-as, não servindo tal prova para comprovar adequadamente que o réu tinha consciência da inocência de Laerte e Waldemar.

Entendo que o Juiz, numa decisão cuidadosamente fundamentada, dissecou a prova dos autos e entendeu ausente o elemento subjetivo indispensável para configuração da conduta ilícita que se examina.

Não vejo como dar guarida à pretensão do apelante, não obstante louve o seu esforço profissional.

Ante tais fundamentos, nego provimento ao apelo, mantendo a decisão guerreada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-::::-

REVISÃO CRIMINAL - AMPLITUDE - ART. 621 DO CPP - MATÉRIA JÁ APRECIADA EM PRIMEIRO GRAU - REDISCUSSÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO EXPRESSO DE LEI OU EVIDÊNCIA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA

- As hipóteses e limitações da ação revisional estão elencadas no art. 621 e seus incisos do CPP e nelas se esgotam. Não se aplica, em sede de revisão criminal, a rediscussão de questões já apreciadas e decididas em primeiro grau, sob o crivo do contraditório, por se tratar de ação própria de impugnação à coisa julgada, não possuindo a natureza jurídica de recurso.

- Não há violação de texto expresso de lei na hipótese de julgamento à revelia diante do não-comparecimento do acusado ao seu interrogatório, quando este foi realizado antes da vigência da Lei nº 9.271/96, que alterou o art. 366 do CPP.

- V.v.: - Só a prova colhida com obediência ao princípio do contraditório tem eficácia jurídica para legitimar uma decisão condenatória. Se o peticionário foi condenado com base apenas em provas colhidas na fase inquisitorial, sem que prova alguma tivesse sido produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, ferindo as garantias constitucionais que lhe foram outorgadas, deve-se admitir o pedido revisional, nos termos do art. 621, I, do CPP, e, nos termos dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, combinados com o art. 386, VI, do CPP, deferir a revisão criminal para absolver o réu da imputação que lhe foi feita. *(Desembargadores Jane Silva, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues e José Antonino Baía Borges)*

REVISÃO CRIMINAL Nº 265.152-9/00 - Comarca de Ibirité - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Revisão criminal - Amplitude - Art. 621 do Código de Processo Penal - Rediscussão de matéria já apreciada em primeiro grau - Contrariedade a dispositivo expresso de lei ou evidência dos autos - Inocorrência. - As hipóteses e limitações da ação revisional estão elencadas no artigo 621 e seus incisos da Lei Penal Adjetiva e nelas se esgotam. Não se aplica, em sede de revisão criminal, a rediscussão de questões já apreciadas e decididas em primeiro grau, sob o crivo do contraditório, por se tratar de ação própria de impugnação à coisa julgada, não possuindo a natureza jurídica de recurso. Não há violação de texto expresso de lei na hipótese de julgamento à revelia diante do não-comparecimento do acusado ao seu interrogatório, quando este foi realizado antes da vigência da Lei 9.271/96, que alterou o artigo 366 do Código de Processo Penal. Pedido revisional indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM

INDEFERIR O PEDIDO REVISIONAL, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES JANE SILVA, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, HERCULANO RODRIGUES E JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. ABSTIVERAM-SE DE VOTAR OS DESEMBARGADORES GOMES LIMA E MÁRCIA MILANEZ.

Belo Horizonte, 10 de março de 2003. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo peticionário, a Drª. Eizalmar Heliana Ribeiro.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, a sustentação oral produzida da tribuna pela ilustre advogada, tenho voto escrito, cujo teor é o seguinte:

Trata-se de pedido de revisão criminal apresentado pelo peticionário Aldair Eustáquio da Silva, através de sua advogada regularmente constituída, onde se pleiteia, em resumo, a reforma da sentença de primeira instância, para absolver o requerente das imputações que lhe foram irrogadas, e nas quais se viu efetivamente condenado nas sanções do artigo 12 da Lei 6.368/76.

Em confusa e truncada peça inicial, sustenta sua patronesse a existência de prova nova a justificar o pedido revisional, sem, no entanto, apontá-la, sugerindo, ainda, que a decretação da revelia do acusado durante o processo teria sido equivocada, razão esta para ser reconhecida a nulidade do feito e a prescrição, *sic*, da pena, apontando também, a precariedade de provas, que teriam sido produzidas somente na fase inquisitiva. Finalmente, insurge-se quanto à pena aplicada ao peticionário em primeiro grau.

O pedido foi distribuído sem que fossem juntados os autos originais, o que determinei à fl. 29-TJ, retornando-me, agora, conclusos com os respectivos autos em apenso.

Ouvida a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em basilar parecer do eminente Procurador Abelardo Nunes, fls. 37/41-TJ, opina-se pelo indeferimento do pedido.

É, em síntese, o relatório.

Embora esteja satisfeita a exigência do trânsito em julgado da condenação imposta ao peticionário, nenhum dos demais pressupostos de admissibilidade do pedido se encontra satisfeito, eis que não houve contradição a texto expresso de lei, a sentença não se mostra contrária à prova dos autos, não se pode falar que tenha o decisório hostilizado se baseado em depoimentos, exames ou documentos falsos e nem tampouco foi trazida pelo peticionário qualquer *prova nova*, não apresentada em primeiro grau, que se mostre capaz de modificar, no todo ou em parte, o conteúdo da sentença condenatória imposta na singela instância.

Portanto, a rigor, o pedido não estaria a merecer conhecimento.

Todavia, em atenção ao princípio da ampla defesa, conheço do pedido revisional, mas para indeferi-lo.

Com efeito, o que se percebe, na verdade, é que o peticionário tenta transformar a presente ação autônoma de impugnação em uma apelação, como se recurso fosse, possível de modificar a mencionada sentença de fls. 16/17-TJ, o que não é admissível de forma alguma, haja vista que a natureza jurídica e cognoscibilidade do pedido revisional são distintas do recurso de apelação.

Não se olvida, aqui, a possibilidade de apreciação e saneamento, *ex officio*, de eventual nulidade verificada no feito original, ainda que não apontada pelo peticionário, uma vez que as questões de ordem pública são analisáveis a qualquer momento e grau de jurisdição, e em relação a elas não ocorre a preclusão. Todavia, a reapreciação de questões já discutidas anteriormente, sobre questões de fato ou de direito, buscando uma nova interpretação da matéria, tem cabimento somente no recurso propriamente dito (dentre os quais não pode a revisão criminal ser elencada), em conseqüência do próprio princípio do duplo grau de jurisdição.

Dessa forma, com a devida vênia de doutos entendimentos em sentido contrário, excetuadas as matérias de ordem pública, para que possa o conteúdo do processo, já anteriormente analisado, se submetido à reapreciação, mister se faz mostrarem-se presentes os requisitos elencados no artigo 621 do Código de Processo Penal, pressupostos da própria ação revisional.

Pois bem. No caso concreto, nenhum fato novo foi discutido, nenhuma prova inédita foi apresentada, sequer foi apontado o dispositivo legal supostamente violado, mas tão-somente expostos um emaranhado de transcrições de partes do processo, depoimentos, manifestações, pedidos desconexos e citações de Platão, que inobstante seu brilhantismo, não se prestam a trazer alguma luz ao presente processo, nem tampouco se mostram capazes de livrar o peticionário das sanções que lhe foram impostas pela lei, a mesma lei a qual preferiu ele infringir, desviando sua face da luz ao voltar-se para o submundo da criminalidade, aos grilhões da caverna.

Neste aspecto, acerca das razões articuladas na inicial, anotou o eminente Procurador de Justiça oficiante, fls. 38/39-TJ, e a anotação confere:

"*Não fundamenta o pedido em nenhum dos incisos do artigo 621 do Código Instrumental. E isso tornar-se-ia necessário, eis que a revisão criminal é uma ação especial de cognição restrita, cabível somente dentro dos estreitos limites e objetivos indicados por lei (...).*

A ilustrada defensora do peticionário, em brilhantes razões, fugiu inteiramente do objetivo primordial do recurso

revisional. Não provou, em nenhum instante, a presença formal e processual de nenhum dos incisos citados.

Num apanhado geral de suas alegações em que transcreve a sentença condenatória, a douta defensora insurge-se contra o julgamento do peticionário, à revelia, e proclama a precariedade das provas para sua condenação".

A sugerida nulidade consistente na decretação de sua revelia não encontra qualquer respaldo, quer na lei processual, quer na forma como foi efetivada nos autos. A data do crime, outubro de 1987, é anterior à Lei 9.271/96, que, modificando o artigo 366 do Código de Processo Penal, alterou as regras do julgamento à revelia, determinando que, quando o réu citado por edital não comparecer para seu interrogatório, serão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional.

Todavia, na hipótese dos autos, sendo o fato anterior ao novel diploma legal, processava-se o feito tal como procedido pelo nobre Magistrado, que, após determinar a citação editalícia do réu, ora peticionário, fl. 43 dos autos originais, decretou sua revelia, fl. 44-v. diante de seu não-comparecimento ao interrogatório, nomeando, nos termos da lei processual, defensor dativo para acompanhar o feito.

Alega ainda a douta defensora que estaria o acusado preso no momento de seu interrogatório, fato este que teria impedido seu comparecimento; todavia não fez juntar um só documento que comprove o fato alegado, ou seja, não há qualquer prova nos autos originais e tampouco da ação revisional que demonstrem estar o peticionário preso à época do seu interrogatório no processo ora impugnado, ao contrário, pois a decisão de fl. 37 (autos em apenso) determinou o relaxamento de sua prisão, por excesso de prazo, e a sua extensa FAC juntada nos autos da revisão criminal, fls. 19/24, informa que em 22 de novembro de 1989 lhe foi concedida liberdade provisória, havendo nova prisão em flagrante somente em 19.05.1994, pelo mesmo crime de tráfico de entorpecentes; logo, ao que tudo indica, estava ele em liberdade ao tempo de seu interrogatório, sendo, pois, correta a decretação de sua revelia.

Quanto à fragilidade probatória, não trazendo a defesa qualquer elemento novo além dos já apreciados na r. sentença, não há que se falar em reapreciação de matéria já analisada e decidida em primeiro grau, pelas razões já acima apontadas e por inexistir, de fato, qualquer razão que justifique a modificação do bem-lançado decisório, que deverá, desta forma, ser mantido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante tais considerações, indefiro o pedido revisional.

Custas, na forma da lei.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - Sr. Presidente. Ante à sustentação oral,

surgiu uma dúvida em meu espírito em relação à prova colhida ou não na fase judicial.

Assim, peço vista para examinar os autos.

Súmula - PEDIU VISTA A REVISORA, APÓS VOTAR O RELATOR, INDEFERINDO O PEDIDO REVISIONAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Edelberto Santiago) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 11.11.2002, a pedido da Revisora, após votar o Relator, indeferindo o pedido revisional.

Com a palavra a Des^a. Jane Silva.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - Examinei o voto do eminente Relator e peço vênia para dele discordar.

Primeiramente, vejo que não ocorreu a prescrição alegada pelo peticionário entre qualquer dos marcos interruptivos.

A pena privativa de liberdade imposta, seis anos, prescreve em 12 anos, *ex vi* do artigo 109, III, do Código Penal.

O crime aconteceu em 11 de outubro de 1987, sendo a denúncia oferecida e recebida em 23 de outubro do mesmo ano e a sentença proferida em 24 de junho de 1992, não havendo o prazo prescricional se completado entre esses interregnos.

O réu foi preso em 1996, quando ao que parece foi dado início ao cumprimento da pena imposta, não tendo ocorrido novamente a prescrição.

Afastada, portanto, a alegada prescrição.

Quanto ao pedido revisional.

Verificando os autos, percebi que nem mesmo seria caso de se conhecer do pedido revisional, vez que a intimação da sentença foi imediatamente efetuada através de edital, sem que antes o condenado tivesse sido procurado pelo Oficial de Justiça e este tivesse certificado que ele se encontrava em local incerto e não sabido, formalidade indispensável para a intimação editalícia.

Entretanto, ultrapasso tal irregularidade, por encontrar solução mais benéfica para o peticionário e de maior economia processual, pois, se anulada a intimação e devolvido o prazo recursal, mesmo em face de um possível recurso da defesa, não se poderia renovar posteriormente a instrução, e o resultado seria o mesmo que passo a demonstrar.

Reiteradas vezes nossos tribunais e doutrinadores vêm reafirmando que a submissão de alguém à persecução penal se deve desenvolver através de normas consagradas quer pelo legis-

lador constituinte, quer pelas leis, pois elas trazem as limitações necessárias à atuação do Estado, não só no que se refere ao direito de punir, como também em virtude da necessária obediência ao princípio do devido processo legal, inserto no artigo 5º, LIV, da Magna Carta, assim como em respeito ao artigo 8º, 1, do Pacto de São José de Costa Rica, a que o Brasil deu sua adesão.

Assim, no processo penal temos de um lado a pretensão punitiva do Estado e de outro a luta pela liberdade do réu, decorrendo que, mostrando-se possível a perda de tal direito, devam ser-lhe asseguradas, em amplitude, todas as garantias que lhe são outorgadas.

Ressalte-se que "*a reação da sociedade ao crime não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, essencialmente judiciária*". (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUS, *Droit Pénal Général et Procédure Penal*, Tomo II/1, 9 ed., 1975; Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. 1/11-13, itens 2/3, Forense.)

Por outro lado, os mais respeitáveis processualistas não cansam de lembrar que o processo penal não é apenas um instrumento, mas é uma garantia constitucional, é a defesa de qualquer cidadão contra eventuais arbitrariedades; logo, antes de uma condenação, é necessário que se proceda, judicialmente, sob o crivo do contraditório, a uma apuração formal e garantista, pois estão em jogo não só os interesses sociais como os que dizem respeito à liberdade da pessoa que está sendo processada.

Assim, a Constituição Federal, que reflete, sem dúvida alguma, a consciência liberal e civilizada dos representantes do povo brasileiro, dispõe:

"*Art. 5º (...)*

LIV - ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes".

Examinando os presentes autos, vemos que o peticionário foi condenado com base apenas em provas colhidas na fase inquisitorial, sem que uma única prova tivesse sido produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, ferindo as garantias constitucionais que lhe foram outorgadas.

Impõe-se à acusação a comprovação dos elementos constitutivos que fundamentam a imputação, devendo fazê-lo sob o crivo do contraditório, pois só a prova colhida com obediência a esse princípio tem eficácia jurídica para legitimar uma decisão condenatória, não se podendo jamais condenar alguém apenas com base em provas colhidas na fase inquisitorial, pois o princípio do devido processo legal está fundamentado principalmente no contraditório e na ampla defesa.

Vejamos:

"*O processo penal tem por primado o princípio do devido processo legal, cujos fundamentos repousam no contraditório e na ampla defesa*". (STJ - 6ª T. - *RHC* 7.568 - Rel. Ministro Vicente Leal - j. em 9.6.1998 - *DJU* de 29.6.98, p. 323.)

"*Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório*". (STF - 1ª T. - *HC* - Rel. Celso de Mello - j. em 13.08.96 - *RTJ*, 161/264.)

Compulsando os autos da condenação, verifiquei que, oferecida a denúncia, em 23 de outubro de 1987, recebida na mesma data, foi designado o interrogatório do réu, que não foi apresentado para o ato, não obstante estivesse preso.

Ouvido o Ministério Público, este pediu que fosse designada nova data para o interrogatório, trazendo-se o réu para o ato, todavia, antes da designação, o ora peticionário apresentou pedido ao Juiz para que fosse colocado em liberdade, porque se encontrava preso por prazo superior ao devido, sem que o processo estivesse concluído, o que foi deferido, tendo sido determinada a expedição do alvará de soltura (fl. 37 dos autos da condenação).

No dia 1º de setembro do ano seguinte, 1988, foi designada data para o interrogatório, qual seja, 16 de março de 1989.

Expedido o mandado citatório, informou o Oficial de Justiça que procurou o réu no endereço dos autos, mas o número mencionado não existia, tendo sido informado por algumas pessoas que um indivíduo com o mesmo apelido do citando fora assassinado, havia algum tempo, nas imediações.

Foi determinado que se oficiasse ao Cartório do Registro Civil de Ibirité, que informou não haver encontrado o registro do óbito, o que levou o Juiz da recém-instalada Comarca de Ibirité, para onde haviam sido remetidos os autos, após sua instalação, a determinar a citação editalícia, o que ocorreu já em 13 de julho de 1990, não tendo havido atendimento ao chamamento judicial, e sido decretada sua revelia, conforme permissivo contido na legislação processual da época, bem como nomeado defensor, que pediu fossem oficiados os Cartórios do Registro Civil de Belo Horizonte para que informassem sobre eventual óbito do peticionário, o que foi realizado, e, em 05 de fevereiro de 1991, a então Juíza da Comarca saneou o processo e determinou audiência de instrução e julgamento, sendo expedido o competente mandado de intimação, encontrando-se apenas uma testemunha, certificando-se que as demais haviam mudado de endereço e que, segundo informações, o peticionário era falecido, tendo a Magistrada determinado a requisição da certidão do óbito.

Procurada a família do então acusado para indicar o local em que o registro do óbito fora feito, ela não foi encontrada pelo Oficial de Justiça.

Foi novamente pedido ao Cartório do Registro Civil de Ibirité informação sobre o registro do óbito, tendo vindo aos autos certidões negativas.

Designou-se nova data para ser ouvida a testemunha, que fora anteriormente encontrada, novamente foi intimada, mas que não compareceu, tendo a Juíza determinado que as partes se manifestassem sobre eventual desistência e, caso a fizessem, apresentassem alegações finais.

Sem se manifestarem expressamente sobre a desistência, a acusação se limitou a pedir a condenação do peticionário, nos termos da denúncia, e a defesa que se julgasse extinta a punibilidade pela morte do réu, independentemente do registro do óbito, ou que ele fosse absolvido.

No dia 24 de junho de 1992, veio a sentença, condenando o réu pelo crime do artigo 12 da Lei 6.368/76, a seis anos de reclusão, em regime inicialmente fechado e cem dias-multa.

Promotoria e defesa foram intimadas e expedido mandado de prisão, assim como publicado edital de intimação da sentença, com prazo de noventa dias, certificando-se em seguida o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Já em 26 de julho de 1996, compareceu aos autos uma defensora pública informando que, realizado um mutirão nas Delegacias de Belo Horizonte, o peticionário foi encontrado na Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes, local em que estava desde 14 de junho daquele ano.

A pedido do Juiz, o Delegado informou que ele ali se encontrava por haver sido condenado pela Vara de Tóxicos de Belo Horizonte e ser foragido, tendo sido deprecada a execução da pena ao Juiz de Belo Horizonte e posteriormente solicitada pelo Diretor DRRS/PNH, já em 25 de maio de 1999, cópia de denúncia, sentença e acórdão, tendo o Juiz determinado a remessa dos autos da execução penal ao Juízo competente, constando, à fl. 98, cópia da guia de recolhimento.

Nenhuma prova colhida em juízo, porém imposta ao ora peticionário, com base em provas extrajudiciais, que não são suficientes por si sós para alicerçar uma condenação, seis anos de reclusão e pagamento de cem dias-multa, por crime de extrema gravidade, é o que nos relatam os autos, e, se não lhe restava outra pena a ser executada, considerando-se a data de sua prisão, já terá cumprido a que lhe foi imposta na sentença revisanda.

O crime de tráfico de drogas repugna a todas as pessoas, devendo ser punido com o rigor exigido, mas maior repulsa deve trazer a condenação do peticionário em face das condições dos autos da sentença que se examina.

A manutenção de tal decreto condenatório atenta contra princípios constitucionais, não se podendo admiti-la.

Ante tais fundamentos, nos termos do artigo 621, I, do Código de Processo Penal, admito o pedido revisional e, nos termos dos princípios constitucionais invocados c/c o artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, a defiro para absolver o réu da imputação que lhe foi feita.

Cancelem-se eventuais registros cartorários referentes ao crime em questão, informando-se os órgãos encarregados da estatística criminal, assim como o Instituto de Identificação.

Expeça-se alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. ODILON FERREIRA, APÓS VOTAREM O RELATOR, A REVISORA E O DES. EDELBERTO SANTIAGO, O PRIMEIRO E O TERCEIRO INDEFERINDO O PEDIDO REVISIONAL, E A SEGUNDA DEFERINDO-O.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Edelberto Santiago) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 11.11.02, a pedido da Revisora, após votar o Relator indeferindo o pedido revisional.

Em 09.12.02, pediu vista o Des. Odilon Ferreira, após votarem o Relator, a Revisora e o Des. Edelberto Santiago, o primeiro e o terceiro indeferindo o pedido revisional, e a segunda deferindo-o.

Com a palavra o Des. Odilon Ferreira.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Peço vênia à em. Desª. Jane Silva para discordar de seu voto que absolve o traficante Aldair Eustáquio da Silva, condenado em sentença datada de 24.06.92, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e multa, por infringência do disposto no art. 12 da Lei 6.368/76, sob a alegação de que inexiste prova suficiente para a condenação, nos termos do art. 386, VI, do CPP, porque não foi ouvida na audiência de instrução e julgamento a única testemunha encontrada.

Preliminarmente, convém assinalar que o peticionário, que se encontrava foragido para lugar incerto e não sabido, já tinha sido condenado, anteriormente, à pena de 3 (três) anos de reclusão pelo art. 12 da Lei 6.368/76, cumprindo-a, e posto em liberdade em 16.05.83.

Preso novamente por tráfico de drogas, foi condenado em 1º.07.83, à pena de 6 (seis) anos de reclusão.

Encontrava-se, em 14.11.84, recolhido ao Centro de Reeducação do Jovem Adulto, sendo-lhe concedido o livramento condicional em 1985. Todavia, no dia 13.05.96, foi preso em flagrante por tráfico de drogas, mas conseguiu ser posto em liberdade.

Passado pouco mais de um ano, foi preso em flagrante, no dia 11.10.87, no Bairro General Carneiro, com 3 quilos de maconha, restante dos 18 (dezoito) quilos que tinha sido trazida de São Paulo e revendida nesta Capital por preço que variava entre Cz$10.000,00 a Cz$15.000,00 o quilo, mais uma balança e Cz$15.000,00 em dinheiro.

Recebida a denúncia, foi designado o interrogatório (fls. 27-verso), expedindo-se ofício requisitório, e, sem que fosse apresentado, o seu Defensor, Dr. Lysias Renato de Freitas Rosa, ingressou em juízo com um pedido de relaxamento da prisão por excesso de prazo, por não ter o processo se encerrado em 45 (quarenta e cinco) dias, tendo o Juiz deferido, determinando a expedição de alvará de soltura (fl. 36).

Designado novo interrogatório, o Oficial de Justiça certificou, à fl.38-verso, que não existia a casa mencionada pelo peticionário e nem os moradores da rua o conheciam, tendo um dos moradores dito que houve o assassinato de uma pessoa com o mesmo apelido dele. Foi declarada a sua revelia.

O novo Defensor do réu, Dr. José Aloísio Barbosa, pediu ao MM. Juiz de Direito que se oficiasse aos cartórios para saber se, efetivamente, o peticionário tinha morrido, sendo que as respostas foram negativas (fls. 55/60), oportunidade em que a nova Juíza prolatou despacho saneando o processo (fls. 59-v.).

Para a audiência de instrução e julgamento, só foi encontrada a testemunha Paula da Cruz Silva, porquanto as outras se mudaram. Como alguns moradores disseram que o réu tinha falecido, a MMª. Juíza determinou novamente a requisição de certidões dos cartórios, e, como da vez anterior, foram negativas.

Com o falecimento do advogado dativo do acusado, a MMª. Juíza, em audiência de instrução e julgamento nomeou o Dr. Osvaldo Cardoso do Amaral (fl. 76), que concordou desistir do depoimento da única testemunha faltosa, que não compareceu por duas vezes, embora intimada.

Em alegações finais, de 02.06.92, o douto Defensor não suscitou preliminar de nulidade - relativa ou absoluta - do processo por falta de testemunhas desaparecidas, mesmo porque eram arroladas pela acusação, pedindo absolvição ou desclassificação para o art. 16, sob alegação de não ser a droga, pela quantidade, destinada ao tráfico, porquanto era dia de aniversário do réu, presumindo-se o uso dela. Ademais, suscitou a decretação da extinção da punibilidade pela morte do agente.

Mesmo que o douto Defensor não tivesse concordado com a desistência da única testemunha, a nulidade seria relativa, a ser argüida até as alegações finais ou em apelação, sob pena de preclusão. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se vislumbra do *HC* 77.179-5, julgado em 1°.09.98 - Relator Ministro Sydney Sanches, publicado no *DJU* de 27.11.98, p. 08.

Ora, se a douta defesa concorda plenamente com a dispensa pelo Promotor de Justiça da única testemunha de acusação encontrada e faltosa por duas vezes à audiência, nem arrolou testemunhas de defesa nem alegou qualquer irregularidade no prazo do art. 499 do CPP ou em alegações finais, *não há absolutamente qualquer nulidade a ser declarada*, principalmente se não há surgimento contra os laudos de apreensão, constatação e toxicológico, de fls. 12, 21 e 36, que demonstram ser maconha a substância apreendida em poder do réu, ser de sua propriedade, inclusive a balança, e corroborados pela sua confissão no auto de prisão em flagrante e testemunhas que ali depuseram.

A autoria e a materialidade do delito imputado ao acusado estão devidamente provadas pelo auto de prisão em flagrante, confissão do réu e autos de apreensão, constatação e toxicológico, que prevalecem para a condenação, mesmo não sendo o réu interrogado na instrução criminal, porque foragido do distrito da culpa, não se provando, inclusive, qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal: "*Cerceamento de defesa - Inexistência - Acusação que desiste das téstemunhas arroladas na denúncia - Ausência de prejuízo para o réu - Inteligência do art. 404 do CPP. Desistência pelo Ministério Público da inquirição de testemunhas por ele arroladas na denúncia (art. 404 do CPP). Inexistência de prejuízo para o réu, que não fica com sua defesa cerceada. Recurso ordinário a que se nega provimento*" (STF - R*HC*, Relator Min. Moreira Alves - *RT*, 564/413).

Pelo exposto, pedindo vênia à Desª. Jane Silva, acompanho os votos dos eminentes Desembargadores Tibagy Salles e Edelberto Santiago para indeferir o pedido revisional.

Os Srs. Desembargadores Kelsen Carneiro, Sérgio Resende, Zulman Galdino, Mercêdo Moreira e Luiz Carlos Biasutti - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO, APÓS VOTAREM O RELATOR, A REVISORA E TODOS OS VOGAIS QUE O ANTECEDERAM, COM EXCEÇÃO DO DES. GOMES LIMA, AUSENTE JUSTIFICADAMENTE, INDEFERINDO O PEDIDO

REVISIONAL, EXCETO A REVISORA, QUE O DEFERIU.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Edelberto Santiago) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 11.11.02, a pedido da Revisora, após votar o Relator indeferindo o pedido revisional.

Em 09.12.02, pediu vista o Des. Odilon Ferreira, após votarem o Relator, a Revisora e o Des. Edelberto Santiago, o primeiro e o terceiro indeferindo o pedido revisional, e a segunda deferindo-o.

Em 10.02.03, pediu vista o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, após votarem o Relator, a Revisora e todos os vogais que o antecederam, com exceção do Des. Gomes Lima, ausente justificadamente, indeferindo o pedido revisional, exceto a Revisora, que o deferiu.

Com a palavra o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Pedi vista dos autos para examinar se havia sido regular, ou não, a revelia que foi decretada do peticionário. E, no reexame realizado, chego à conclusão de que se contentou o Oficial de Justiça com as informações, dando conta de que o peticionário havia falecido para não procurar identificar melhor o morto, a fim de evitar o engano que acabou causando uma condenação com pena exasperada.

Com efeito, se houve concordância com os termos da certidão do Oficial de Justiça de que o peticionário, então réu, estava morto, não poderia o processo ter continuidade, para evitar que sua citação não ocorresse somente para dar contornos de regularidade formal do processo, quando, em substância, o processo é nulo porque falta o principal, que é a citação do réu.

Por outro lado, guardo o mesmo entendimento da douta Revisora no sentido de que faltou o contraditório para a condenação, utilizada que foi somente a prova do inquérito para fundamentar a sentença condenatória.

Do exposto, superada que se encontra a questão relacionada com a anulação do processo, acompanho o voto da Desembargadora Jane Silva para absolver o peticionário.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Sr. Presidente. Acompanho a Revisora, uma vez que o réu sequer foi ouvido. A prova é inquisitiva.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Sr. Presidente. Da mesma forma, entendo que não se fez prova alguma contra o acusado.

Dou meu integral apoio ao voto da Revisora no sentido de acolher o pedido revisional.

O Sr. Des. Gomes Lima - Sr. Presidente, pela ordem. Abstenho-me de votar.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Sr. Presidente. Também abstenho-me de votar.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES JANE SILVA, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, HERCULANO RODRIGUES E JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. ABSTIVERAM-SE DE VOTAR OS DESEMBARGADORES GOMES LIMA E MÁRCIA MILANEZ.

-:::-

ROUBO - EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO - RESISTÊNCIA - CONCURSO MATERIAL - REINCIDÊNCIA - CRIME HEDIONDO - REGIME PRISIONAL

- Consumados os delitos de roubo e extorsão mediante seqüestro, não se verificando hipótese de absorção de crimes, aplica-se, no caso, o concurso material.

- Inexistindo certidão judicial comprobatória dos antecedentes criminais do réu, não se pode considerar a agravante da reincidência.

- Havendo erro técnico na aplicação da pena, esta poderá ser revista em sede de revisão criminal.

- A pena privativa de liberdade por crime considerado hediondo deve ser cumprida integralmente em regime fechado.

- V.v.: - A progressão do regime prisional, mesmo nos crimes hediondos, é perfeitamente constitucional. Mas não o é a malsinada Lei nº 8.072/90, no que diz à impossibilidade daquela progressão, já que se distancia do princípio inserido na Constituição Federal que consagra a individualização da pena, compreendendo-a a individualização de regime, nos termos do art. 59, III, do CP. Agentes de um mesmo delito quase nunca devem receber a mesma pena e regime, mas os compatíveis com as circunstâncias subjetivas e objetivas devidamente analisadas em relação a cada um deles. Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão de regime prisional, mas sim aqueles que, no cumprimento da pena, demonstrarem não possuir os requisitos necessários para obtê-la. *(Desª. Jane Silva).*

REVISÃO CRIMINAL Nº 268.432-2/00 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Roubo - Extorsão mediante seqüestro - Resistência - Concurso material - Reincidência. - Consumados os delitos de roubo e extorsão mediante seqüestro, não se verificando hipótese de absorção de crimes, aplica-se, no caso, o concurso material. - Inexistindo certidão judicial comprobatória dos antecedentes criminais do réu, não se pode considerar a agravante da reincidência. - Havendo erro técnico na aplicação da pena, esta poderá ser revista em sede de revisão criminal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DEFERIR, PARCIALMENTE, O PEDIDO REVISIONAL, VENCIDA, EM PARTE, A DESª. JANE SILVA.

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2002. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Trata a espécie de revisão criminal interposta por Hosmany Ramos, com fundamento nos arts. 621, I, 622, 623 e 626, todos do Código de Processo Penal, pretendendo a desconstituição da decisão que o condenou à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 159, § 1º, e 157, § 2º, inciso I, na forma do art. 69, todos do Código Penal; e 1 (um) ano e 1 (um) mês de detenção, pelo crime do art. 329 do CP.

Sustenta o requerente que a decisão é contrária à evidência dos autos, pois não há prova suficiente para embasar sua condenação. Pede, alternativamente, que lhe seja reconhecida a participação de menor importância e, ainda, seja reduzida sua pena, em face de sua colaboração na libertação da vítima.

O acórdão que confirmou a sentença condenatória transitou em julgado, conforme certidão de fl. 1.319 dos autos principais.

A douta Procuradoria de Justiça, às fls. 92/99-TJ, opina pelo indeferimento do pedido revisional.

Assim, porque presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito dos pedidos.

Narram os autos que, no dia 16.6.96, o empresário Ricardo Carvalho Rennó, ao parar seu veículo BMW na Oficina da Pizza, próxima ao terminal rodoviário do Município de Pouso Alegre/MG, foi surpreendido pelo peticionário e um companheiro

que, apontando-lhe armas, seqüestraram-no, em seu próprio carro, e o mantiveram em cativeiro, em uma casa alugada, na Cidade de Governador Valadares, exigindo, para sua liberação, pagamento de resgate no valor de R$300.000,00 (trezentos mil reais).

Em 22.6.96, no entanto, os policiais, escondidos no local onde se daria o pagamento, conseguiram abordar três dos seqüestradores, logo após o recebimento do dinheiro, prendendo dois, após troca de tiros e perseguição.

Os policiais da Delegacia de Operações Especiais-Deoesp Marcelo Carpino de Oliveira, às fls. 9/12-TJ; Márcio Lucílio da Silva, à fl. 12-TJ; e José Paulo da Silveira Chaves, às fls. 12/13-TJ, afirmam que ficaram observando os seqüestradores apanharem o dinheiro do resgate, sendo que Hosmany e "Derley" desceram do carro, empunhando armas, enquanto Christian ficou aguardando na direção do veículo, com o motor ligado, também armado.

Dizem, ainda, que, quando os seqüestradores voltavam para o carro, com o dinheiro, eles anunciaram a abordagem, tendo estes entrado, rapidamente, no veículo, atirando. Iniciada a troca de tiros com a Polícia, o carro Ipanema, dirigido por Christian, acabou se chocando contra um muro.

Afirmam que, nesse momento, Hosmany e "Derley" desceram, ainda atirando contra eles, tendo "Derley" conseguido fugir e Hosmany sido preso. Apreenderam, então, em poder deste, um revólver e uma pistola, com cartuchos deflagrados e outros intactos, fichas e cartão telefônicos, 4 bilhetes de passagens rodoviárias da Viação Itapemirim, de Governador Valadares para São Paulo, no dia 21.6.96, às 20h, documentos em nome de Rafael Nonato Filho, nome inicialmente usado por Hosmany, diversos pertences da vítima, o endereço do "cativeiro", em Governador Valadares, caneta hidrocor preta e 3 folhas de papel em branco, iguais às utilizadas na confecção dos bilhetes que davam as instruções de como e onde o resgate seria pago.

Referidos policiais confirmaram seus depoimentos em juízo, às fls. 657/658; 659/660-TJ, respectivamente.

O co-réu Antônio de Pádua Vargas, v. "Derley", às fls. 183/184 e 209/214-TJ, declara que, quando chegou a Governador Valadares, Hosmany já havia seqüestrado a vítima. Acrescenta que, no momento do pagamento do resgate, Hosmany desceu do carro armado com um revólver calibre 38 e uma pistola automática e também atirou contra os policiais.

A testemunha Reinaldo Santos Abreu, contratada pela imobiliária que locou o imóvel para os réus, para tratar da piscina, compareceu ao "cativeiro", a fim de executar seu serviço, e, conforme o auto de reconhecimento de fls. 258/259-TJ, ela reconheceu Hosmany como sendo uma das pessoas que estavam na casa, quando lá esteve, nos dias 20 e 21 de junho de 1996.

A seu turno, conforme termo de fl. 691-TJ, a vítima reconheceu Hosmany como sendo um dos dois elementos que o seqüestraram, em Pouso Alegre.

O requerente, por sua vez, declara, às fls. 13/16-TJ, que "Derley" lhe telefonou dizendo que "*estava com um empresário, para receber resgate*" no valor de R$300.000,00 (trezentos mil reais) e pediu-lhe autorização para ficarem em sua casa, em Governador Valadares, pelo que ele receberia R$50.000,00 (cinqüenta mil reais), tendo sido a proposta aceita.

Perante a autoridade judiciária, no entanto, às fls. 179/182-TJ, Hosmany nega sua participação no crime de extorsão mediante seqüestro, dizendo que estava apenas pegando carona no carro de "Derley", quando foram presos. Contraditoriamente, às fls. 399/402-TJ, alega ter colaborado com a Polícia na libertação da vítima, pois ligara para o co-réu que a vigiava, naquele momento, pedindo-lhe que a libertasse com vida.

Ora, se ele alega que nem sequer sabia do seqüestro, não tendo dele participado, como poderia ter se comunicado com "Douglas", que vigiava a vítima, e determinado sua libertação? *Data venia*, seus argumentos não fazem sentido.

Sua alegação de que faz jus à redução da pena, por ter colaborado na libertação da vítima, não o socorre, pois tal não ocorreu. Se realmente quisesse colaborar com a Polícia, não teria, inicialmente, apontado o Município de Pouso Alegre como o local onde estava Ricardo Rennó.

Ademais, não teria ligado para o co-réu "Douglas", *escondido dos policiais*, avisando-o sobre o desfecho do pagamento. Ao contrário, levaria os policiais, imediatamente, ao "cativeiro", garantindo, assim, a prisão de "Douglas", que conseguiu fugir, e, principalmente, a segurança da vítima, que poderia ter sido morta por esse co-réu, ao saber da falha do plano.

Percebe-se, dessa forma, que o sucesso na libertação da vítima não se relaciona com a intervenção de Hosmany, pois sua intenção, na verdade, era a de atrapalhar a ação dos policiais, e não colaborar, como quer fazer crer.

Constata-se, portanto, que o médico Hosmany Ramos praticou o delito de extorsão mediante seqüestro, em sua forma qualificada, previsto no art. 159, § 1°, do CP, eis que o seqüestro durou mais de vinte e quatro horas, não tendo sido sua participação de menor importância, como alega. Praticou, também, o delito de resistência (auto de fl. 22-TJ), previsto no art. 329 do CP, pois tentou fugir, atirando nos policiais, reagindo à ordem legal de prisão.

Verifica-se, ainda, a prática do crime de roubo, pois a vítima teve subtraídos seu veículo, celular, óculos e relógio, não havendo notícia nos autos acerca de suas restituições.

Como declarado pelo empresário, às fls. 38/49-TJ, "*eles mandaram o declarante estacionar o veículo, que retirasse o cinto de segurança, desligasse o motor e saísse do carro com as mãos para cima; que em seguida lhe deram uma nova revista pessoal, retiraram mais objetos pessoais de seu bolso, retiraram-lhe os óculos, relógio e lhe colocaram no porta-malas do veículo*".

No tocante à aplicação da pena, nota-se, claramente, que houve erro técnico, nos cálculos feitos pelo MM. Juiz, em sua v. sentença.

Basta dizer que, dentre as circunstâncias analisadas para os efeitos de fixação de pena-base, várias delas estão sendo consideradas duas vezes, para exacerbar a pena do réu. É o que ocorre, por exemplo, com o uso de arma de fogo, que está servindo para fixação da pena-base e, ao mesmo tempo, para aplicação do aumento de pena previsto no art. 157, § 2°, I, do Código Penal.

O mesmo ocorre com a circunstância de ter o seqüestro acarretado grandes sofrimentos para os familiares da vítima, posto que este é o fundamento da forma qualificada do crime prevista no § 1° do art. 159 do Código Penal.

Além disso, não aplicou o Juiz pena relativamente ao crime de roubo, embora esteja a aplicar o art. 69 do Código Penal, limitando-se a agravar a pena do crime de extorsão mediante seqüestro, da metade, pela prática do crime do art. 157, § 2°, I, do CP.

Por outro lado, foi o réu considerado reincidente, quando, na realidade, não existe certidão judicial comprobatória dessa reincidência.

Nessas condições, há de ser julgado parcialmente procedente o pedido, para o ajustamento da pena a ser cumprida pelo requerente.

Verifica-se que o réu possui maus antecedentes; sua ação possui alto grau de reprovabilidade, demonstrado, inclusive, pela grande intensidade de dolo; e as conseqüências de sua ação, que, se do ponto de vista moral foram extremamente graves, do ponto de vista patrimonial não, já que toda a importância exigida e entregue, em decorrência do seqüestro, pelos familiares da vítima, foi recuperada.

Nessas condições, fixo a pena-base, pelo crime do art. 159, § 1°, do CP, em *16 (dezesseis) anos de reclusão*, em cujo montante fica concretizada.

Em relação ao crime de roubo, considerando as circunstâncias acima referidas e considerando, ainda, a perda dos objetos subtraídos, fixo a pena-base em *6 (seis) anos de reclusão, pena esta que aumento da terça parte, tendo em vista o disposto no art. 157, § 2°, I, do CP, para concretizá-la em 8 (oito) anos de reclusão.*

Relativamente ao crime de resistência (art. 329 do CP), mantenho a pena fixada na v. sentença revisanda.

Para evitar a incidência da *reformatio in pejus*, deixo de estabelecer pena de multa em relação aos crimes de extorsão mediante seqüestro e de roubo, já que a v. sentença revisanda se omitiu a respeito.

Considerando o concurso material de crimes (art. 69 do CP), somo as penas de reclusão, para concretizá-las no total de *24 (vinte e quatro) anos*, sendo 16 anos em regime integralmente fechado e 8 anos em regime inicialmente fechado.

A pena de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto.

Em resumo, *julgo parcialmente procedente o pedido revisional, para reduzir a pena aplicada ao requerente, aos limites acima estabelecidos.*

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Com o Relator.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Com o Relator.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Com o Relator.

O Sr. Des. Tibagy Salles - Com o Relator.

A Srª. Desª. Jane Silva - Peço vista dos autos.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Em adiantamento de voto, acompanho o em. Relator.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Em adiantamento de voto, acompanho o Relator.

Súmula - PEDIU VISTA A DESª. JANE SILVA, APÓS VOTAREM O RELATOR, O REVISOR E OS DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS BIASUTTI, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, MÁRCIA MILANEZ, TIBAGY SALLES E, EM ADIANTAMENTO DE VOTO, OS DESEMBARGADORES EDELBERTO SANTIAGO E ODILON FERREIRA, TODOS DEFERINDO PARCIALMENTE O PEDIDO REVISIONAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Edelberto Santiago) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 26.08.2002, a pedido da Desembargadora Jane Silva, após votarem o Relator, o Revisor e os Desembargadores Luiz Carlos Biasutti, Reynaldo Ximenes Carneiro, José Antonino Baía Borges, Márcia Milanez, Tibagy Salles e, em adiantamento de voto, os Desembargadores Edelberto Santiago e Odilon Ferreira, todos deferindo parcialmente o pedido revisional.

Com a palavra a Desembargadora Jane Silva.

A Srª. Desª. Jane Silva - Examinei com cuidado os autos, as razões trazidas pelo procurador do peticionário, comparando-as com a r. decisão monocrática, com o acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal deste egrégio Tribunal de Justiça, que se encontra acostada às fls. 1.307/1.315, e o lúcido voto do eminente Relator da presente revisão criminal e, exceto no que se refere ao regime de cumprimento da pena, nada tenho a acrescentar ou modificar, pois, embora se trate de réu com diversos envolvimentos em crimes, entendo que o regime integralmente fechado é inconstitucional e não pode prevalecer.

Não encontrei qualquer causa extintiva da punibilidade, assim como as formalidades legais foram obedecidas ao longo do processamento, tendo o r. acórdão hostilizado guardado perfeita correlação com a denúncia e com as provas constantes dos autos.

Não foi alegada a inconstitucionalidade do regime imposto, entretanto, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, nada impede que, ao examinar um pedido revisional, se reconheça causa legítima de revisão que não foi deduzida.

Conforme acentua Manzini, referido por FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

"*Petulante formalismo seria pretender que a Corte de Cassação fingisse não se aperceber de uma causa legítima de revisão, somente porque não foi deduzida*". (Manzini, Trattato cit. 1932, v. 04, p. 701/702, ref. por TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 13ª edição, 1992, p. 478.)

E, enfaticamente, aduz:

"*pode e deve, mesmo de ofício, considerá- la*".

Também MAGALHÃES NORONHA assim se posiciona:

"*No decidir o pedido revisional, não está a instância superior adstrita ao invocado pelo réu. Não se compreenderia cruzasse os braços o Tribunal, deixando que aquele cumprisse a injusta sentença, só porque a razão em que fundamentou seu pedido, insubsistente, quando razões outras há, por ele não percebidas, que clamam contra a permanência daquela decisão. Pensar o contrário seria sobrepor estreito formalismo ao interesse social existente no* status libertatis *do indivíduo*" (NORONHA, Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 15ª edição, p. 389).

A questão sobre o regime integralmente fechado toma, agora, novo enfoque, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, publicado em agosto do ano passado, entendeu, confirmando decisão do Superior Tribunal de Justiça, que a progressão é perfeitamente constitucional, mesmo nos crimes hediondos, não conhecendo do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público, que ali levou sua irresignação quanto à

concessão de *habeas corpus* para o fim em questão.

Diz a aludida decisão:

"Pena - Regime de cumprimento - Crimes hediondos. - A progressividade no regime de cumprimento da pena, ainda que se trate dos denominados crimes hediondos, não conflita com a Constituição Federal. Impertinência do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público como fiscal da lei, no que concedido o habeas corpus *pelo Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a referida progressão.*

(Recurso Extraordinário nº 261.766-1, Relator Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Ezequiel Novato de Carvalho e Celisa Nunes da Silva. Decisão: Por unanimidade a Turma não conheceu do recurso extraordinário nos termos do voto do Relator. (Publicado no *DJU* de 17.08.2001.)

Há quem entenda que o acórdão em questão não interfere com o dispositivo da Lei nº 8.072/90, que estabeleceu o regime integralmente fechado, impossibilitando a progressão, mas entendo de modo diverso, pois, quando se afirma que a progressividade no regime de cumprimento da pena, ainda que se trate dos denominados crimes hediondos, não conflita com a Constituição Federal, está a se dizer que conflitante com a Magna Carta é o dispositivo da referida lei, que dispõe de modo contrário.

Modestamente, já vinha esposando o entendimento de que a progressão de regime nos crimes hediondos é perfeitamente constitucional, entendendo que não o é a malsinada Lei dos Crimes Hediondos, no que diz respeito à sua impossibilidade, pois se distancia do princípio inserido na Magna Carta que consagra o direito à individualização da pena, compreendendo-a a individualização do regime, nos termos do art. 59, III, do Código Penal, integralmente recepcionado; ou seja, agentes de um mesmo delito quase nunca devem receber a mesma pena e regime, mas os compatíveis com as circunstâncias subjetivas e objetivas devidamente analisadas em relação a cada um deles.

Não se trata de ser tomada como princípio a Lei de Tortura, que não incidiu no equívoco constante da Lei nº 8.072/91, a qual não se deve dar interpretação extensiva, pois se trata de questão penal material, aplicável apenas em relação aos crimes de tortura, mas sim de ser respeitada a Constituição Federal.

A individualização da pena se faz primeiramente pelo legislador, ao cominar as penas e possibilitar a progressão do seu regime de cumprimento.

O juiz, na sentença condenatória, a completa, quando a faz em relação a cada crime (consoante a pena e os regimes fixados pelo legislador) e em relação a cada réu, considerado um mesmo crime.

Finalmente, não se pode olvidar que a Lei nº 7.210, de 1984, além de dispor que a execução penal tem como meta efetivar as disposições da sentença e proporcionar a harmônica integração do condenado, ainda diz que eles serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, tudo para orientar a individualização da execução penal, oportunidade em que ela se completa. Noutras palavras, quis o legislador, mais uma vez, acentuar que nem todos os autores de um mesmo crime têm os mesmos antecedentes criminais, mesma personalidade e merecem igualmente a mesma pena e o mesmo regime de seu cumprimento. A individualização da pena não deve exaurir-se no momento da sua cominação, nem da sua imposição, mas deve ser renovada durante o cumprimento da pena, estendendo benefícios aos que os conquistem e restringindo-os àqueles que não lutaram por merecê-los, o que nos afigura impossível se determinado, definitivamente, o regime fechado.

A Constituição Federal consagrou a individualização da pena, compreendendo-a também a dos regimes de seu cumprimento, e a Lei nº 8.072/90 dela afastou-se ao prescrever um único regime de cumprimento da pena para todos os agentes dos crimes hediondos.

Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão, mas sim aqueles que, no cumprimento da pena, demonstrarem não possuir os requisitos necessários para obtê-la.

Assim, pedindo vênia aos eminentes Pares, que decidiram de modo diverso, amplio o parcial provimento dado ao pedido revisional, também para determinar que o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade seja o inicialmente fechado.

O Sr. Des. Zulman Galdino - Com o Relator, *data venia.*

Súmula - DEFERIRAM PARCIALMENTE O PEDIDO REVISIONAL, VENCIDA, EM PARTE, A DESª. JANE SILVA.

-:::-

TORTURA - CRIME PRÓPRIO - SUJEITO ATIVO - FUNCIONÁRIO PÚBLICO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - INTERPRETAÇÃO - PESSOA QUE INFLIGE OFENSAS FÍSICAS CONTRA CRIANÇA QUE ESTEJA SOB SUA GUARDA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA MAUS-TRATOS - *EMENDATIO LIBELLI* NA SEGUNDA INSTÂNCIA - POSSIBILIDADE

- O delito de tortura previsto na Lei nº 9.455/97 constitui crime próprio, que só pode ser cometido por funcionário público que esteja com a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, segundo a interpretação que se faz de normas

embutidas em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário, as quais possuem *status* de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno, traduzindo inconstitucionalidade manifesta a construção típica no sentido de que qualquer pessoa possa praticar o referido crime. Portanto, no caso de alguém infligir contra criança que esteja sob sua guarda ofensas físicas, com perigo de vida, impõe-se a desclassificação do delito de tortura para o crime de maus-tratos, na forma qualificada, previsto no art. 136, § 6°, c/c § 3°, do Código Penal, à vista de ser possível a *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição.

- A desclassificação do crime no juízo *ad quem* é admissível, desde que os fatos descritos na denúncia se amoldem à hipótese em relação à qual se procederá à desclassificação e desde que o tipo penal comine pena menos gravosa ao réu, por ser vedada a *reformatio in pejus*.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 268.999-0/00 - Comarca de Itamonte - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Ementa oficial: Crime de tortura - Crime próprio - Agente público - Vítima sob a guarda, poder ou autoridade - Interpretação - Convenções internacionais de direitos humanos - Norma de *status* constitucional - Desclassificação - Crime de maus-tratos qualificado. - Impõe-se a desclassificação do delito de tortura, capitulado na Lei n° 9.455/97, para o crime de maus-tratos, na forma qualificada, previsto no art. 136, § 1° c/c § 3°, do CP, por se tratar aquela infração de crime próprio, que somente poderá ser cometida por agente público que esteja com a vítima sob a sua guarda, poder ou autoridade, segundo a interpretação que se faz de normas embutidas em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, do que o Brasil é signatário, as quais possuem *status* de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno, não se inserindo nesta categoria de pessoas a mãe do infante que o tenha agredido fisicamente.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de novembro de 2002. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelação criminal interposta por Jaider Caio da Silva Júnior, em face da r. sentença de fls. 172/178, em razão da qual fora condenado pela prática do crime capitulado no art. 1°, inciso II e § 4°, inciso II, da Lei 9.455/97, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado. Sustenta a apelante, no recurso, que as provas são insuficientes para incriminar o réu; que o máximo que pode ser considerado no caso é que deixou o apelante de castigo e, se assim se entender, agiu com rigor, que deve haver a desclassificação para lesões corporais leves, pelo que pediu que fosse provido o recurso, com a absolvição ou a desclassificação (fls. 209/211).

Contra-razões ministeriais, às fls. 215/219, pela manutenção da sentença. Parecer da d. Procuradoria de Justiça no sentido do improvimento (fls. 231/247-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A prova apresentada é muito consistente quanto aos maus-tratos provocados à criança de quase três anos, submetendo-a a um banho com água gelada, além de bater-lhe com um tênis. Com efeito, a autoria e a materialidade restaram suficientemente comprovadas, o que se infere tanto do laudo pericial de fls. 16/16-v., como pela prova testemunhal.

A testemunha Germano Justino Ferreira, vizinho da vítima, assim declarou às fls. 58/59: "*Que certo dia, ao chegar da aula, por volta da 01:30 da madrugada, o depoente começou a escutar barulho intenso de objetos sendo quebrados, cujo som vinha da residência do acusado; ato contínuo, o depoente começou a escutar também vários gritos que igualmente vinham daquela casa, dentre eles, identificou a voz de Luciana, mãe da vítima, que gritou: 'vai matar o menino'; (...) Que a vítima apresentava hematomas no rosto e escoriações nas pernas; (...) Que a vítima permaneceu quase todo o tempo do trajeto e da permanência no hospital, 'agarrado no pescoço' do depoente, chorando muito e aparentando desespero*".

A testemunha Eliana da Silva Santos, que também era vizinha da vítima, assim declarou às fls. 60/61: "*Que na data dos fatos, tinha a depoente chegado da aula, e estava numa área externa de sua própria residência, onde costumava fumar, quando passou a ouvir vários gritos, dentre eles identificou a mãe da vítima de nome Luciana pedindo ao acusado que parasse de bater no menino e, ainda, 'que deixasse de bater no menino e batesse nela'; (...) a depoente igualmente percebeu naquele momento que a vítima chorava muito e sua irmã mais velha pedia que parassem com a briga; (...) Que a criança apresentava marcas profundas nas nádegas e*

hematomas na testa e na bochecha; Que a criança aparentava estar muito agitada, tanto que abraçava de forma intensa a depoente, seu colega Germano e o policial militar, aparentando também estar com muito medo; (...) Que a depoente adentrou a residência da vítima com os policiais militares e viu a vítima apenas de cueca e com uma camiseta molhada".

Tais depoimentos estão em perfeita harmonia com o depoimento da mãe da vítima e com as outras provas, de modo que não restam dúvidas quanto ao fato descrito na denúncia, em todos os seus contornos.

Entretanto, em caso análogo, votei reconhecendo que o crime de tortura é crime próprio, que pode ser cometido somente por agente público, tendo, no voto condutor do acórdão proferido na Apelação nº 220.572-2, no qual atuei como Relator, salientado:

"De início, há que se tecer algumas considerações acerca do diploma legal que erigiu à categoria de crime autônomo o delito de tortura, estatuído na referida Lei nº 9.455/97, mais especificamente, sobre o ângulo da sujeição ativa, por pairarem fundadas polêmicas, tanto na doutrina e na jurisprudência, se a referida infração estaria incluída entre os delitos próprios ou comuns, neste último caso, podendo ser praticado por qualquer pessoa que se encontre nas situações enfeixadas pelo tipo.

De fato, a doutrina externa críticas ponderáveis acerca da montagem tipológica do crime, assinalando de forma veemente a circunstância de não ter sido este estruturado como crime próprio, como na maioria das legislações comparadas, como a portuguesa e a espanhola, e tal como estabelecido em Convenções Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é signatário, mas como crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

Com efeito, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, ao definir o termo tortura, além de referir-se à prática de 'qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa', estabeleceu que tais agressões são infligidas por 'um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência'. No mesmo sentido, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, que explicitou em seu texto que serão responsáveis pelo delito de tortura: 'a) os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometem-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam; b) as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometem-no diretamente ou nele sejam cúmplices'".

Nesse contexto, é inegável que a legislação infraconstitucional brasileira, que cominou autonomamente o delito de tortura, andou na contramarcha das codificações comparadas e do entendimento encampado majoritariamente a respeito da questão, ao considerar o referido crime como sendo infração comum, e não própria.

É que, sendo o Brasil país signatário de Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, tais como aquelas acima enumeradas, as quais, por sua vez, prescindem de intermediação do Poder Legislativo para lhes outorgar vigência ou obrigatoriedade no âmbito interno, ao contrário de outras convenções que não guardem pertinência com os direitos fundamentais do homem, traz como conseqüência inafastável a conclusão de possuírem aquelas *status* de norma constitucional, havendo, por assim dizer, uma assimilação automática de seu conteúdo como norma constitucional auto-aplicável, passando a integrar a categoria dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Nesta linha de raciocínio, *qualquer construção interpretativa para o delito de tortura, que desconsidere o conceito adotado nas mencionadas Convenções Internacionais de Direitos Humanos, desvirtuando o caráter próprio do crime, estará eivada de manifesta inconstitucionalidade.* É o que se verifica na hipótese ora em exame.

Ao comentar sobre o assunto, ALBERTO SILVA FRANCO magistralmente argumenta que:

"*O mais grave defeito do novo diploma legal reside na circunstância de que o tipo da tortura não foi estruturado como crime próprio - aquele que requer, no sujeito ativo, uma determinada qualidade -, mas, sim, como crime comum, isto é, aquele que pode ser executado por qualquer pessoa*".

"*Diante de todas essas considerações, não se pode fugir à conclusão de que a Lei nº 9.455/97, ao conceituar a tortura como crime comum, isto é, exeqüível por qualquer pessoa,* além de lesionar, de modo flagrante, norma constitucional que tem embasamento em tratados internacionais relativos a Direitos Humanos Fundamentais, está na contramarcha da doutrina atual sobre a matéria" (grifei) (SILVA FRANCO, Alberto, *in Revista Brasileira de Ciências Criminais* - 19, Doutrina Nacional, p. 58 e 61).

Os partidários de entendimento contrário se apóiam na idéia de que a limitação do agente ativo da infração seria contraproducente, pois afastaria aqueles que não fossem agentes públicos e, como delinqüentes, tivessem as vítimas sob sua autoridade, guarda ou vigilância, infligindo-lhes toda a sorte de sofrimentos físicos ou morais.

ALBERTO SILVA FRANCO, na obra citada (p. 60), traz comentários do espanhol Vives Antón, que assim se posiciona contra este entendimento:

"...*Toro del Marzal se apegou a um conceito vulgar de tortura quando, na realidade, 'o que dá substantivação ao delito é o abuso do poder vinculado ao atentado contra as garantias, penal e processual. Os fatos praticados por particulares não podem reunir esses dados característicos e, em qualquer caso*, para seu castigo há uma larga série de figuras genéricas'" (grifei).

Com a devida *venia* aos que entendem ser a tortura tipo de crime comum, entendimento este que se recrudesce, outrossim, em razão de ter o art. 4º da Lei nº 9.455/97 revogado expressamente o art. 233 do ECA - Lei nº 8.069/90 -, que definia o crime de tortura praticado especificamente contra vítimas menores, o que, à primeira vista, poderia levar à conclusão de que a descriminalização não se teria dado pura e simplesmente como hipótese de *abolitio criminis*, mas sim porque outro diploma legal definiu a tortura de forma bem mais abrangente, englobando outras classes de sujeito ativo, entendo que a referida conceituação não poderá abranger outros agentes que não aqueles que estejam investidos do poder de autoridade, ou daqueles que se conduzam sob suas ordens.

Penso que a razão da revogação do referido dispositivo do ECA está realmente ligada ao fato de ser o mesmo por demais aberto ao descrever o que fosse a "tortura", conforme exige o texto constitucional, constituindo, pois, tipo vazio de conteúdo, afastado do princípio da legalidade, de cujo vício, entretanto, não padeceu o texto da Lei nº 9.455/97, que explicitou minuciosamente no que consiste a ação de torturar.

Destarte, a outra conclusão não se pode chegar senão à de que o delito de tortura traduz hipótese de crime próprio, trilhando o entendimento contrário caminho diverso do móvel que determinou a sua capitulação como delito autônomo, inclusive porque de tal entendimento advirão sérios problemas referentes ao conflito aparente de normas.

Também criticou incisivamente o texto da Lei nº 9.455/97 o insigne RUI STOCO, *in Enfoque Jurídico*, TRF, da 1ª Região, março/abril 1997 - "A Tortura como Figura Típica Autônoma":

"... *a opção da lei em estabelecer tortura como crime comum, por alargar seu espectro de abrangência, ocasionará sérios problemas no que pertine ao conflito de normas*".

No próprio Esboço de Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, capitaneada pelo Min. Evandro Lins e Silva, foi proposta a criação da figura típica da tortura entre os delitos contra a dignidade da pessoa humana, conforme estatuía o texto do art. 186, conteúdo este que, todavia, não teve a acolhida do legislador infraconstitucional.

Calha, por oportuna, a transcrição da seguinte ementa, relativa ao voto em que ficou vencido o eminente Des. Sérgio

Resende, quando componente da 1ª Câmara Criminal deste egrégio Tribunal, com a qual estou de pleno acordo:

"*Crime de Tortura (Lei nº 9.455/97) - Conceito de tratar-se de crime comum, exeqüível por qualquer pessoa - Inadmissibilidade - Exegese correta exige sua conceituação como delito próprio 'limitando-se àquelas situações em que normalmente o poder de autoridade do agente se exercita ilicitamente com o fim de constranger alguém a confissões ou castigos a pessoas sob seu poder, guarda ou vigilância'. Constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal) perfeitamente caracterizado - Réus que, mediante violência e grave ameaça, após reduzirem a capacidade de resistência das vítimas, tentavam obter pretensão ilegítima - Desclassificação operada como melhor forma de adaptar-se à realidade do acontecido com as disposições legais atinentes à espécie dos autos - Apelos (ministerial e defesa) parcialmente providos*".

Conquanto a elaboração alargada da Lei nº 9.455/97 quase sempre induza à consideração de que qualquer pessoa possa praticar o delito, é de se repetir que qualquer construção típica neste sentido, tal como se operou na hipótese dos autos, traduz inconstitucionalidade manifesta, por ferir norma constitucional integrada automaticamente ao nosso ordenamento jurídico, com embasamento em Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é signatário, os quais limitam a conceituação do sujeito ativo de crime, fato que está a recomendar, no caso dos autos, a *desclassificação* do delito de tortura para o crime de maus-tratos, na forma qualificada, previsto no art. 136, § 1º c/c § 3º, do CP, à vista de ser possível a *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição.

Acresce salientar que a desclassificação pelo Juízo *ad quem* de modo algum se acha impedida, todavia, desde que os fatos descritos na denúncia se amoldem perfeitamente à hipótese em relação à qual se procederá à desclassificação e desde que o tipo penal comine pena menos gravosa ao réu, por ser vedada a *reformatio in pejus*. O que não pode ser alterado é o pedido e também os fatos em que este se funda: *narra mihi factum, dabo tibi jus*. A ligação, porém, dos fatos, como antecedentes, ao pedido, como conseqüente, estará ao arbítrio do magistrado, que a estabelecerá da forma como entender mais acertado, sem que com isso esteja alterando a *res in judicium deducta*. Não é outra a inteligência da norma contida no art. 383 do CPP.

No mesmo diapasão, os julgados que ora se transcrevem:

"*O Tribunal de segunda instância pode dar nova definição jurídica ao fato constante da denúncia (CPP, arts. 383 e 617). Assim procedendo, não hostiliza o princípio do contraditório ou a garantia da amplitude de defesa*" (STF - *HC* - Rel. Barros Monteiro - *RTJ*, 65/85).

"Emendatio libelli - *Modificação da classificação jurídica em segundo grau - Possibilidade. - O réu defende-se do fato que lhe é imputado, sendo irrelevante a classificação jurídica, cuja correção* ex vi *do art. 617 c/c art. 383,*

ambos do CPP, pode ser levada a efeito em segundo grau" (TACRIM-SP - 7ª C. - AP 737.009 - j. em 26.1.95 - Rel. Nogueira Filho - *Rolo-flash*, 897/021).

Destarte, uma vez que restou suficientemente demonstrada a prática da ação típica de que trata o art. 136, § 1° c/c § 3°, do CP, por ter o réu infligido, contra a criança que estava sob sua guarda, ofensas físicas de que resultou perigo de vida, conforme constatou o exame de corpo de delito realizado, conforme se verifica às fls. 16/16-v., não há como se fugir à conclusão de que deva ser o agente incursado nas penas cominadas ao crime, conforme a seguinte dosagem.

Atendendo-se ao alto grau de censurabilidade da conduta da apelante, revelada pela própria natureza de sua atitude, ofensiva da integridade física da criança que tinha sob sua guarda e que era filho de sua companheira; à ausência de antecedentes criminais; à sua conduta social, que não se revela desabonadora; à sua personalidade, que evidencia certo desvio; aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, que estão a permitir a conclusão de que o crime cometido não acarretou maiores danos à pessoa da vítima, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, *02 (dois) anos de reclusão.*

Não há atenuante a ser considerada e é inaplicável a agravante prevista no art. 61, II, letra *e*, do CP, pois que a guarda constitui elementar do tipo.

Na terceira fase de fixação da pena, hão de ser sopesadas as causas de diminuição e de aumento da reprimenda, devendo a pena-base, por tal razão, em face da incidência da causa de aumento de pena prevista na parte especial (§ 3° do art. 136 do CP - crime cometido contra vítima menor de 14 anos) aumentar-se de um terço, indo ao patamar de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, que reduzo, para dois anos e quatro meses, tendo em vista que não há como exasperar a pena em recurso da defesa, concretizando a pena em dois anos e quatro meses de reclusão, tendo em vista que não existem outras causas que aumentem ou reduzam a pena e, após, a ser cumprida em regime semi-aberto.

A substituição da pena privativa de liberdade, no caso dos autos, mostra-se inviável, por ter sido o crime cometido com violência contra a pessoa.

Em face de todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos do presente voto.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL. EXPEDIR MANDADO DE PRISÃO.

-:::-

PECULATO - TABELIÃO - APROPRIAÇÃO DE VALORES DO ITBI - DOLO - CONFIGURAÇÃO DO DELITO - RESSARCIMENTO DA QUANTIA APROPRIADA ANTES DA DENÚNCIA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - CRIME CONTINUADO - AUSÊNCIA - *EMENDATIO LIBELLI* - APLICAÇÃO DOS ARTS. 383 E 384 DO CPP - PENA MAIS GRAVE - POSSIBILIDADE - CRIME COMETIDO ANTES DA LEI N° 9.714/98 - LEI MAIS BENÉFICA - APLICAÇÃO

- O acusado se defende da conduta cuja prática lhe é imputada, e não da do tipo penal indicado. A sentença pode enquadrar a conduta fática do condenado em tipo penal diverso daquele constante da denúncia, podendo o juiz aplicar pena mais grave, o que é expressamente previsto pelos arts. 383 e 384 do CPP, não gerando julgamento *ultra petita vel extra petita* nem condenação *in pejus.*

- O exercício da função pública de tabelião enquadra-se no conceito do art. 327 do Código Penal.

- Ocorre crime continuado quando o agente, mediante duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes, sendo que entre eles deve haver o nexo de causalidade delitiva, apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devendo-se observar o concreto, para que se possa determinar se foram os crimes subseqüentes uma continuação do primeiro ou crimes independentes.

- Se os crimes foram praticados em espaços distintos e distantes, não havendo uma correlação lógica entre eles, ainda que se trate de condutas criminosas idênticas, não há que se falar em crime continuado, mas em habitualidade criminosa.

- Comete crime de peculato o tabelião que faz constar, em escritura de transmissão de imóvel lavrada em seu ofício, o recolhimento do ITBI, de maneira fictícia, apropriando-se do valor correspondente que lhe fora pago pelo contribuinte.

- Restando configurado o dolo, elemento subjetivo do crime de peculato, impossível falar-se em absolvição.

- O ressarcimento aos cofres públicos de quantia indevidamente apropriada antes do recebimento da denúncia não constitui causa extintiva da punibilidade para o crime de peculato. As causas de extinção da punibilidade aplicáveis aos crimes tipificados pelo Código Penal estão expressamente previstas no seu art. 107, nele não havendo previsão acerca de tal fato.

- O pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia somente constitui causa de extinção da punibilidade nas hipóteses previstas pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95, ou seja, nos casos de crimes contra a ordem econômica e tributária e contra o Fisco, previstos nas Leis nºs 8.137/90 e 4.729/65, não se aplicando no caso de peculato praticado por tabelião que se apropria indevidamente dos valores do ITBI.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 269.579-9/00 - Comarca de Bicas - Relator: Des. GOMES LIMA

Ementa oficial: Peculato - Preliminar - Sentença *ultra* ou *extra petita* - Inteligência do art. 383 do Código de Processo Penal - Inocorrência - Condição de funcionário público do apelante comprovada - Crime continuado - Ausência de continuidade delitiva - Prática reiterada de conduta criminosa - Reexame de prova - Presença de dolo do agente - Autoria, tipicidade e materialidade comprovadas - Ressarcimento da quantia indevidamente apropriada antes do recebimento da denúncia - Causa que não extingue a punibilidade - Pena restritiva de direitos - Aplicação aos crimes cometidos antes da vigência da Lei 9.714/98 - Lei penal mais benéfica - Aplicação - Negado 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 REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2002. - *Gomes Lima* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Gomes Lima - Na Comarca de Bicas-MG, Ronaldo Roque de Matos foi condenado como incurso nas sanções do art. 312 do Código Penal, sendo apenado com dois (2) anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e dez (10) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, conforme sentença, tudo porque, em 18 de dezembro de 1996, na condição de titular do Cartório de Registro Civil e Notas de Maripá de Minas - Comarca de Bicas -, fez constar em escritura de transmissão de imóvel lavrada em seu ofício, o recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis-ITBI, de maneira fictícia, apropriando-se do valor correspondente que lhe fora pago pelo contribuinte, por ocasião da lavratura da escritura.

Inconformado, apelou Ronaldo Roque, alegando o seguinte:

a) preliminar de nulidade da sentença, em virtude da condenação do apelante nas sanções do art. 312 do

Código Penal, quando foi ele denunciado por prática dos crimes tipificados nos artigos 168, inciso II, e 171, *caput*, c/c art. 69, todos do Código Penal, ocorrendo julgamento *extra petita vel ultra petita*, além de ter sido condenado por fato mais grave (*in pejus*);

b) violação do art. 71 do Código Penal pela ocorrência de *bis in idem* ante a necessidade de reunião do presente feito aos autos dos Processos nºs 7.127/2000, 7.129/2000, 7.186/2000 e 7.187/2000, cujas cópias das denúncias e sentenças prolatadas se encontram às fls. 100-135-TJ, aduzindo que uma só deveria ser a decisão condenatória em todos os processos ante a continuidade delitiva;

c) a absolvição do apelante, sob alegação de não estar provada a conduta dolosa do apelante, fato inclusive reconhecido pelo Promotor de Justiça, que a requereu em alegações finais;

d) a extinção da punibilidade do apelante em face do recolhimento do valor apropriado aos cofres públicos antes do recebimento da denúncia;

e) a aplicação da suspensão da pena - *sursis* -, uma vez que os fatos imputados foram praticados antes da vigência da Lei nº 9.714/98, ocorrendo retroação da lei penal mais grave, por entender ser a suspensão da pena medida mais benéfica, preenchendo o apelante os requisitos legais para a concessão.

Contra-razões, às fls. 137-143-TJ, nas quais o Promotor de Justiça alega a ausência da elementar do tipo subjetivo do crime tipificado no art. 312 do Código Penal, qual seja, o dolo, que não restou inequivocamente provado, requerendo a absolvição do apelante.

Emitindo parecer às fls. 147-153-TJ, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo não-provimento do recurso.

Este, o relatório.

Conheço do recurso, presentes que estão as condições de sua admissibilidade.

A preliminar argüida pelo apelante com relação à sentença *extra vel ultra petita* não merece acolhida. É que o acusado se defende não do tipo penal indicado, mas, sim, da conduta cuja prática lhe é imputada. A sentença penal pode perfeitamente enquadrar a conduta fática do condenado em tipo penal diverso daquele constante na denúncia, podendo aplicar pena mais grave, o que é expressamente previsto pelos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal.

No presente caso, a condição de ser o apelante funcionário público restou perfeita e inegavelmente configurada, haja vista que, na qualidade de titular do Cartório de Registro Civil e Notas, obteve a posse do numerário a ser recolhido aos cofres públicos, revertendo-a em proveito próprio, e, em razão de sua função, lavrou escritura constando o pagamento do tributo.

O exercício da função pública de tabelião, como é o caso do apelante, enquadra-se perfeitamente no conceito do art. 327 do Código Penal.

Assim, correta a tipificação da conduta praticada pelo apelante no art. 312 do Código Penal, não havendo falar em sentença *ultra petita vel extra petita*, muito menos na condenação *in pejus* do apelante, a teor da regra do art. 383 do Código de Processo Penal.

Rejeito esta preliminar.

Alega o apelante que o crime foi cometido de forma continuada, a teor do art. 71 do Código Penal, impondo-se a reunião do presente processo com os de nºs 7.127/2000, 7.129/2000, 7.186/2000 e 7.187/2000, cujas cópias das denúncias e sentenças prolatadas se encontram às fls. 100-135-TJ, para que seja prolatada uma só decisão.

Analisando a documentação trazida aos autos com a apelação, verifica-se que o apelante foi denunciado outras quatro (4) vezes pelo mesmo delito, sendo condenado em 1ª instância de forma idêntica em todos os processos.

Os crimes descritos nos autos dos Processos nºs 7.127/2000, 7.129/2000, 7.186/2000 e 7.187/2000, ocorreram, respectivamente, em 29.01.98, 18.12.96, 21.09.98 e 02.07.98, entendendo-se como momento da consumação do crime aquele da lavratura da escritura pública onde consta o pagamento do tributo, porque aí se presume tenha ele recebido o numerário e revertido em proveito próprio, sendo que o crime ora examinado se consumou em 18.12.96, data diversa da constante na denúncia, conforme se verifica pela data constante no documento de fl. 11-TJ.

Dá-se o crime continuado quando o agente, mediante duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes, sendo que entre eles deve haver o nexo de causalidade delitiva, apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, observando-se o caso concreto, para que se possa determinar se foram os crimes subseqüentes uma continuação do primeiro ou crimes independentes.

Tenho que as cinco ocorrências noticiadas, muito embora idênticas quanto ao delito cometido, não possuem liame causal entre si, tratando-se, isto sim, de prática reiterada de uma mesma conduta criminosa. É que o espaço de tempo decorrido entre cada uma e outra não permite concluir tenha havido continuidade delitiva. Não há uma correlação lógica entre eles capaz de sugerir continuação do delito, eis que praticados em espaço de tempo distintos e distantes (mesmo considerando a coincidência de datas entre o delito ora sob exame e aquele julgado nos autos do Processo nº 7.129/2000), restando claro tratar-se de ocorrências isoladas, embora idênticas, constituindo habitualidade criminosa, e não crime continuado.

Não há como entender que as diversas apropriações indevidas de

numerário constituam frações de um crime único, eis que ocorridas sem lapso temporal definido, aleatórias, cometidas ao bel-prazer do apelante, inexistindo *bis in idem* nas várias condenações que as condutas criminosas ensejaram.

Rejeito esta preliminar.

No mérito, alega o recorrente que sua conduta não se revestiu do dolo inerente ao crime do art. 312 do Código Penal, requerendo sua absolvição, entendimento que foi corroborado pelo Promotor de Justiça em suas contra-razões.

O dolo, o *animus rem sibi habendi* do apelante, restou sobejamente comprovado; atente-se para a prática reiterada da conduta criminosa e para sua confissão às fls. 25, 38-40-TJ, quando, inclusive, disse que, na época, estava com problemas financeiros.

Deve-se ressaltar que, não fosse a entrada na Prefeitura de Juiz de Fora da "Ficha de Informação - ITBI Intervivos" de nº 13.385 em 26.11.99, fls. 08 e 09-TJ, encaminhada pelo adquirente do imóvel, que queria novamente transferi-lo, o peculato jamais teria sido descoberto, pelo que estaria o apelante na posse do numerário até a presente data.

Agiu o apelante de forma livre e consciente na busca do resultado, restando configurado o dolo, elemento subjetivo do crime de peculato, pelo que impossível falar-se em absolvição.

Com relação ao ressarcimento aos cofres públicos da quantia indevidamente apropriada antes do recebimento da denúncia, não pode tal fato ser encarado como causa extintiva da punibilidade para o crime de peculato, ao contrário do que pretende o apelante.

É que as causas de extinção de punibilidade aplicáveis aos crimes tipificados pelo Código Penal estão expressamente previstas no seu art. 107, nele não havendo previsão acerca do fato.

O pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia somente constitui causa de extinção da punibilidade nas hipóteses previstas pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95, ou seja, nos casos de crimes contra a ordem econômica e tributária e contra o Fisco, previstos nas Leis nºs 8.137/90 e 4.729/65, não se aplicando no presente caso.

O réu foi apenado com pena privativa de liberdade de dois (2) anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, sendo a pena substituída por prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, entendendo que tal substituição constituiu retroação de lei penal mais grave, uma vez que o crime foi cometido antes da vigência da Lei nº 9.714/98, que alterou os arts. 43 e 44 do Código Penal.

A Lei nº 9.714/98 instituiu as chamadas penas restritivas de direito como alternativas à pena privativa de liberdade, cuja concessão depende do preechimento pelo condenado dos requisitos legais. Ou seja, a mencionada lei trouxe um benefício aos condenados, visando ao esvaziamento das prisões e a uma melhor reinserção na

comunidade, já que poderá cumprir uma pena alternativa em vez de ser recolhido a uma instituição prisional.

Assim sendo, não se pode considerá-la como lei penal mais grave; ao contrário, sendo lei penal mais benéfica é aplicável também aos crimes praticados anteriormente à data de sua vigência, conforme art. 2°, parágrafo único, do Código Penal. É este, inclusive, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"*Penal. Tráfico de entorpecentes. Condenação. Pena privativa da liberdade. Pretensão de substituição por pena alternativa. Lei n° 9.714/98. Incidência.* Habeas corpus. - *A Lei n° 9.714/98, que deu nova redação aos artigos 43 a 47 do Código Penal, introduziu entre nós o sistema de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e, por ser mais benigna, tem aplicação retroativa, nos termos do art. 2°, parágrafo único, do Estatuto Penal, e do art. 5°, XL, da Constituição. - Embora inexistente o direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, é de rigor que a recusa à concessão do benefício seja sobejamente fundamentada, com exame das condições objetivas e subjetivas que indiquem a impropriedade do deferimento do pedido.* Habeas corpus *concedido*" (*HC* 10.049/RO; *Habeas Corpus* 1999/0061987-0 - Relator: Min. Vicente Leal - 6ª Turma - *DJ* de 06.12.1999, p. 00127, *LEXSTJ*, 128/350).

Assim sendo, tendo em vista que o apelante reuniu os requisitos para a substituição da pena, correta a sentença, não havendo falar em retroatividade de lei penal mais grave nem em aplicação de *sursis*, levando-se em conta, ainda, a regra expressa no art. 77, inciso III, do Código Penal.

Ressalte-se, por fim, que as penas restritivas de direito foram aplicadas sem qualquer excesso, em perfeita observância aos artigos 44, § 2°; 45, § 1°; 46, §§ 3° e 4°; e 55 do Código Penal, nada havendo a reparar.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONTRAVENÇÃO PENAL - FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO - PERIGO DE DANO - AUSÊNCIA - FATO ATÍPICO - INFRAÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA - ART. 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

- Constitui fato atípico o ato de dirigir veículo automotor, sem habilitação, desde que não gere perigo de dano.

- O art. 32 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei n° 3.688/41) foi revogado pelo art. 309 do novo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n° 9.503/97), que regulou a mesma conduta típica, emprestando-lhe novo tratamento. Assim, não cabe falar em condenação do réu como incurso nas sanções do referido art. 32 daquele diploma penal, porque o fato puro e simples de dirigir sem habilitação não constitui infração penal.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 272.139-7/00 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: Dirigir veículo sem habilitação sem gerar perigo de dano - Fato atípico. - Constitui fato atípico o ato de dirigir veículo automotor, sem habilitação, sem gerar perigo de dano.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 07 de novembro de 2002. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - A r. sentença de fls. 69/72-TJ julgou procedente o pedido formulado na denúncia e condenou o réu Celso Luiz Pereira como incurso nas penas dos arts. 304 do CP e 32 do Decreto-lei n° 3.688/41, fixando a pena de 2 anos de reclusão em regime aberto e 20 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída pela restritiva de direito de prestação pecuniária.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação alegando que foi condenado duplamente pelo mesmo fato, não tendo sido observado o princípio da consunção, segundo o qual o tipo penal mais severo absorve a contravenção; que a contravenção do art. 32 do Decreto-lei n° 3.688/41 foi revogada pelo art. 309 da Lei n° 9.503/97; que da sua conduta não havia perigo de dano, porque conduzia o veículo normalmente. Pede a absolvição pela prática da contravenção do art. 32 do Decreto-lei n° 3.688/41.

Contra-razões foram apresentadas, pelo provimento do recurso da defesa (fls. 83/84-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 89/92-TJ).

Conheço do recurso.

O artigo 32 da Lei de Contravenções Penais foi implicitamente revogado pelo novo Código de Trânsito Brasileiro, que, em seu artigo 309, regulou a mesma conduta típica, emprestando-lhe novo tratamento.

Nesse sentido:

"*O ato voluntário de dirigir veículo automotor sem possuir a carteira de habilitação, antes definido como contravenção penal, recebeu novo tratamento jurídico após a edição do novo Código Nacional de Trânsito, que lhe deu novo conceito: a) se tal postura não acarretar efetivo perigo de dano, com demonstração objetiva dessa potencialidade, o fato consubstancia mera infração administrativa; b) se demonstrado o perigo, o fato é definido como crime (art. 309)*" (REsp nº 264.166/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, *DJ* de 11.6.2001, p. 264).

Assim sendo, não cabe falar em condenação do réu como incurso nas sanções do art. 32 da LCP, porque o fato puro e simples de dirigir sem habilitação não mais constitui infração penal.

Isto posto, dou provimento ao recurso da defesa, para, reformando parcialmente a r. sentença, absolver o réu da imputação que lhe foi feita na denúncia, no que toca à prática do delito previsto no art. 32 do Decreto-lei nº 3.668/41, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - HOMICÍDIO SIMPLES - CO-AUTORIA

- Policiais militares que, em troca de tiros, matam um bandido - Condenação de apenas um dos co-réus - Impossibilidade - Decisão popular injusta e arbitrária - Cassação - Submissão do réu a novo julgamento - Apelação criminal - Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 272.851-7/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Apelação criminal - Júri - Homicídio simples - Co-autoria - Policiais militares que, em troca de tiros, matam um bandido - Condenação de apenas um dos co-réus - Impossibilidade - Decisão popular injusta e arbitrária - Cassação - Submissão do réu a novo julgamento - Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 03 de outubro de 2002. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dra. Silvana Lourenço Lobo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela sentença de fls. 300/301, o MM. Juiz-Presidente do I Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, dando acolhimento ao veredicto popular, condenou Ivan Antônio de Freitas Cunha como incurso nas sanções do art. 121, § 1º, do CP, impondo-lhe a pena privativa de liberdade de quatro anos de reclusão em regime aberto.

Inconformada, a defesa aviou o presente apelo, com espeque no art. 593, III, *d*, do CPP, onde visa a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos, alegando existir contradição entre as respostas dadas pelos jurados aos quesitos que lhes foram submetidos, pois, em relação aos co-réus, foi reconhecida a tese de negativa de autoria, tendo sido a mesma, inusitadamente, imputada ao ora apelante, inobstante haverem todos agido conjuntamente na prática do delito.

Contra-razões ministeriais às fls. 351/365, manifestando-se pelo provimento do apelo defensivo para cassar a decisão popular, aduzindo, em síntese, que, a seu ver, restou sobejamente caracterizada a legítima defesa por parte do ora recorrente ao revidar os disparos efetuados pela vítima e seus comparsas.

Devidamente processado o recurso, a ilustrada Procuradoria de Justiça, em parecer lançado às fls. 369/370, manifestou-se por seu conhecimento e desprovimento.

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Consta dos autos que, em data de 22.07.94, na Rua da Pedreira, Bairro Morro das Pedras, nesta Capital, os acusados Ivan Antônio da Cunha, Abel Aparecido Rocha e Adilson dos Reis Cunha, todos policiais militares, previamente ajustados, desferiram vários disparos de arma de fogo em direção à vítima Luciano Santana, que veio a falecer em virtude de um tiro 'a queima roupa' na nuca.

Feita a instrução criminal, não se conseguiu apurar quem seria o autor

do disparo fatal, tendo o Tribunal do Júri absolvido dois dos acusados, admitindo a tese de negativa de autoria, vindo a condenar, não se sabe por que cargas d'água, tão-somente o ora apelante, inobstante, como já dito, inexistam quaisquer provas no sentido de ser ele, sozinho, o executor do crime.

Ora, patente a injustiça e a arbitrariedade da decisão popular no que se refere ao recorrente, tanto que, com relação ao réu Abel Aparecido Rocha, o órgão acusador chegou a pedir sua absolvição por legítima defesa, tendo o Conselho de Sentença reconhecido que o mesmo nem sequer concorreu para a prática do delito.

Destarte, não se pode concluir que, pelo simples fato de o apelante haver sido, no dia do crime, comandante da guarnição policial que efetuou a operação na favela Morro das Pedras, deve a autoria do crime recair somente sobre ele. Ou seja, caso o Júri houvesse por bem afastar as teses defensivas (negativa de autoria, legítima defesa, etc.), o correto seria que todos os acusados fossem condenados pela prática de homicídio consumado, tendo em vista terem agido unidos pelo vínculo psicológico e concorrido, de algum modo, para o evento morte (são co-autores, e não autores colaterais). Condenado um dos agentes e absolvidos os demais (a sentença transitou em julgado para a acusação), comete-se uma injustiça, mormente porque não há nos autos, como já dito, elementos hábeis a indicar como certa a autoria do tiro fatal (se partiu, realmente, de Ivan).

Assiste total razão à defesa ao ponderar que, "*se a decisão tivesse sido idêntica para os três acusados, ainda se poderia afirmar que os jurados optaram por uma das versões dos autos; mas, no caso, havia dúvida em relação à participação dos três acusados no resultado do evento, e a dúvida veio à tona nas respostas dos quesitos do primeiro julgamento em plenário e no próprio pedido do Ministério Público e o resultado do segundo julgamento*".

Assim, sem maiores delongas, e considerando-se, inclusive, a manifestação ministerial de fls. 351/365, dá-se provimento ao recurso para cassar a decisão popular por manifestamente contrária à prova dos autos, devendo o réu ser submetido a novo julgamento.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ESTELIONATO - ATO PREPARATÓRIO - FATO ATÍPICO NÃO PUNÍVEL - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO - TALÃO DE ESTACIONAMENTO DA BHTRANS - REQUISITO DA *IMITATIO VERI* - AUSÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO - USO DE DOCUMENTO FALSO - CRIME NÃO CONFIGURADO

- A atitude do réu, preenchendo, por cima do plástico de uma folha de talão da BHTrans relativa a estacionamento rotativo, os dados do veículo e a data correspondente, não caracteriza falsificação de documento, seja porque o plástico sobre o qual o agente escrevia não poderia ser considerado documento, seja porque não havia terminado de preencher os dados consignados no talão que se achava por baixo. Ainda que se quisesse admitir, porém, como tal, os escritos apostos ao plástico que envolvia o citado talão de estacionamento, não restaria caracterizado o crime de falso, por falta do requisito da *imitatio veri*.

- Se o autor, além de não completar os escritos que talvez estivesse pretendendo fazer no referido plástico, não chegou a utilizar o aludido "documento", não se pode falar em crime de uso de documento falso.

- Mero ato preparatório do crime de estelionato é ato não punível, sem qualquer tipicidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 273.492-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Ato preparatório de crime de estelionato - Fato atípico, não punível.

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, 05 de novembro de 2002. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Carlos Frederico Veloso Pires.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Djair Raimundo dos Santos foi denunciado nesta Comarca pela prática do delito previsto no artigo 304 do CP, por ter, no dia 1º.12.98, por volta das 10h, na Rua Tamoios, sido preso em flagrante, fazendo uso de documento público adulterado.

Segundo se apurou, o acusado, ao estacionar o veículo que conduzia

em uma área de estacionamento rotativo (faixa-azul), utilizou-se de uma folha de talão da BHTrans, plastificada, que preenchia por cima do plástico, no campo próprio destinado aos dados do veículo e a data correspondente.

Consta que o policial militar Aristeu dos Santos Oliveira, que se encontrava em patrulhamento na região, percebendo a adulteração, deu voz de prisão em flagrante ao acusado.

Encerrada a instrução criminal, foi o réu absolvido da imputação que lhe foi feita.

Inconformado com a v. sentença, o Ministério Público recorreu, pleiteando a condenação do réu nos termos da denúncia.

Houve apresentação de contra-razões, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

Conheço do recurso, porque presentes os seus pressupostos legais.

Foi o réu absolvido da acusação de haver praticado crime de uso de documento falso por estar, após plastificação de uma folha de talão da BHTrans relativamente a estacionamento rotativo, preenchendo, por cima do plástico, os dados do veículo e a data correspondente.

Não se pode falar, na espécie, seja em crime de falsificação de documento público, seja de uso de documento falso.

Quanto ao primeiro, não se pode dizer que tenha ocorrido falsificação de documento, seja porque o plástico sobre o qual o agente escrevia não poderia ser considerado documento, seja porque não havia terminado de preencher os dados consignados no talão que se achava por baixo. Ainda que se quisesse admitir, porém, como tal, os escritos apostos ao plástico que envolvia o citado talão de estacionamento, não restaria caracterizado o crime de falso, por falta do requisito da *imitatio veri*.

Inexistindo o primeiro delito, do segundo não se poderia cogitar.

Ademais, além de não completar os escritos que talvez estivesse pretendendo fazer no referido plástico, o autor não chegou a utilizar o aludido "documento", não se podendo falar, portanto, em crime de uso de documento falso.

O que, de fato, parece ter ocorrido foi mero ato preparatório do crime de estelionato.

Trata-se, pois, de ato não punível, sem qualquer tipicidade.

Nessas condições, nego provimento ao apelo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CORRUPÇÃO DE MENORES - CRIME DE NATUREZA MATERIAL - EFETIVO ESTADO DE CORRUPÇÃO DA VÍTIMA - INEXISTÊNCIA - DELITO NÃO CONFIGURADO - REPRESENTAÇÃO - VALIDADE - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA

- Considera-se válida a representação, ainda que haja dúvida sobre a exata época do conhecimento dos fatos por parte de quem deveria oferecê-la, havendo motivos bastantes para se aceitar, em benefício da ofendida, a versão de ter sido cumprida a lei em tempo hábil.

- O crime de corrupção de menores é de natureza essencialmente material, não bastando a prática do ato libidinoso para sua configuração. O delito só se verifica com o efetivo estado de corrupção da vítima. E corromper é perverter, depravar, comprometer a moral e os costumes do menor, submetendo-o à devassidão e à vida dissoluta. Não sendo este o caso, resta desconfigurado o delito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 274.271-6/00 - Comarca de Itaúna - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Corrupção de menores - Decadência do direito de representação - Inocorrência. - Havendo dúvida sobre a época exata do conhecimento dos fatos por parte de quem haveria de oferecer a representação, é de ser ela considerada válida, havendo motivos bastantes para se aceitar, em benefício da ofendida, a versão de ter sido cumprida a lei em tempo hábil. - Inépcia da denúncia - Inocorrência - Alegação preclusa - Art. 218 do CP - Crime não configurado - Delito de natureza essencialmente material, não bastando a prática do ato libidinoso para sua configuração, só se verificando o delito com o efetivo estado de corrupção da vítima - Absolvição.

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 AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2002. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo Ministério Público, o Dr. Jason Vidal.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - A respeitável sentença de fls. 152/158-TJ condenou Alexandre Ali Noureddine e Jamir Noureddine como incursos no art. 218, c/c art. 71, ambos do Código Penal, impondo, a cada um, a pena de 03 anos de reclusão, em regime aberto, sendo a reprimenda substituída por duas restritivas de direito, na modalidade de limitação de fim de semana e

prestação de serviços à comunidade, por haverem, nos anos de 1996 e 1997, corrompido a menor A.R.P., através da prática de atos de libidinagem e relações sexuais.

Inconformados, recorreram os acusados, argüindo, em preliminar, a decadência do direito de representação e a inépcia da denúncia. No mérito, buscam a absolvição, aduzindo, em síntese, que a vítima não era ingênua e boba; que não se configurou o delito do art. 218 do Código Penal, de natureza essencialmente material, exigindo-se, para a sua configuração, prova efetiva da corrupção da menor; que não restou comprovada a materialidade do delito.

Contrariado o apelo, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento.

É, no essencial, o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Não procedem as preliminares levantadas, merecendo as duas a rejeição.

Pelo que se vê das declarações prestadas pela mãe da menor A. durante o inquérito, não há como se definir, com absoluta certeza, quando a mesma teve ciência dos fatos narrados na representação de fls. 09/12-TJ, formulada em julho de 1998.

Sendo assim, "*Na dúvida acerca da época exata do conhecimento dos fatos por parte de quem haveria de oferecer a representação, é de ser ela considerada válida, havendo motivos bastantes para se aceitar, em benefício da ofendida, a versão de ter sido cumprida a lei em tempo hábil*" (*RT*, 519/360).

Quanto à preliminar de inépcia da denúncia, a despeito de se encontrar preclusa a alegação, posto que sequer foi ventilada pelos acusados na defesa prévia ou nas alegações finais, vê-se que a peça é formalmente perfeita, apresentando os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo claramente em que consistiu a corrupção imputada aos acusados, dela constando, neste particular, a seguinte narrativa:

"*Consta dos autos do incluso inquérito policial que, desde o início do ano de 1996, os denunciados corromperam a menor A.R.P., com ela praticando ato de libidinagem e induzindo-a a praticá-lo*" (fl. 03).

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*.

No mérito, razão assiste aos apelantes.

Pelo que se apurou, no ano de 1996, a menor A., à época com 15 anos de idade, iniciou uma relação amorosa com o acusado Alexandre. Segundo o representante do Ministério Público, após conquistar a confiança da vítima e de seus pais, inclusive com promessas

de casamento, mesmo já sendo comprometido com outra moça de São Paulo, Alexandre passou a levá-la a motéis, mantendo com ela, por diversas vezes, relações sexuais. Posteriormente, ao descobrir que seu namorado já era noivo, a vítima terminou o relacionamento e, em meados de agosto de 1997, o acusado Jamir, pai de Alexandre, passou a assediá-la, prometendo-lhe que faria com que seu filho reatasse o namoro, desde que ela mantivesse com ele relações sexuais, o que efetivamente ocorreu.

Embora esteja convencido de que, efetivamente, ambos os acusados se relacionaram sexualmente com a vítima, que, na época contava com 15/16 anos de idade, não há nos autos qualquer prova de que a menor, após as noticiadas relações, tenha-se corrompido.

A própria A., em juízo, declarou que, depois dos fatos, embora tenha sido alvo de chacota principalmente na escola, não parou de estudar, não sofreu qualquer prejuízo na vida escolar e, o que é mais importante, não se relacionou sexualmente com mais ninguém (fls. 94/97-TJ).

Ora, o crime de corrupção de menores é de natureza essencialmente material, não bastando a prática do ato libidinoso para sua configuração, só se verificando o delito com o efetivo estado de corrupção da vítima. E corromper é perverter, depravar, comprometer a moral e os costumes da menor, submetendo-a à devassidão e à vida dissoluta, não sendo este, definitivamente, o caso dos autos.

DAMÁSIO DE JESUS, em sua obra *Direito Penal*, Saraiva, 1988, 3/115, a respeito do assunto, preconizou:

"*para que se possa falar em corrupção de menores, é necessário que o ato libidinoso tenha efeito de levar o ofendido à depravação moral. Se este não sofreu influência de ordem moral, capaz de modificar sua personalidade, a infração penal não se configura*".

Da jurisprudência, colhe-se a seguinte orientação:

"*Para a configuração do delito previsto no art. 218 do CP não é suficiente, apenas, a prática de ato de libidinagem com pessoa situada na faixa etária dos 14 (quatorze) aos 18 (dezoito) anos, mostrando-se indispensável que o agente ativo a tanto tenha induzido a menor, estimulando-lhe ou provocando-lhe os impulsos sexuais latentes ou ainda não totalmente libertos, vindo, assim, a corrompê-la*" (TRJ - *ADV* 600).

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo eminente Ministro Edson Vidigal, decidiu:

"*Na verdade, o crime previsto no CP, art. 218, não decorre da simples prática do ato libidinoso, pois consiste em corromper ou facilitar a corrupção do menor. Do contrário, o crime consistiria, como observa Delmanto, em praticar ato libidinoso. É imprescindível, pois, à caracterização do tipo penal, a demonstração de que a vítima veio realmente a se*

corromper, sofrendo influência de ordem moral capaz de mudar a sua personalidade" (REsp 79.201-DF, *DJ* de 23.04.97).

Este o caso dos autos. Não há nenhuma prova de que a menor tenha ficado corrompida depois dos atos praticados pelos réus. Ao revés, as testemunhas, inclusive o seu pai, são unânimes em afirmar que A. continuou normalmente a sua vida, estudando e namorando outros rapazes (*vide* fls. 98/103-TJ).

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para absolver os acusados Alexandre Ali Noureddine e Jamir Noureddine, nos termos do art. 386, III, do CPP.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - De acordo com o Relator.

A Sr^a. Des^a. Jane Silva - Firmo-me no entendimento de que o crime de corrupção é de natureza material; para tanto, há necessidade de que esteja comprovada a efetiva corrupção da vítima, o que não ocorre nos autos. Conquanto a atitude dos réus seja altamente condenável do ponto de vista moral e legal, a figura é atípica, não praticaram crime algum, motivo pelo qual acompanho o eminente Relator.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

LIVRAMENTO CONDICIONAL - CRIME HEDIONDO E NÃO HEDIONDO - PENA - CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO

- Havendo condenação por concurso de infrações, o percentual de 2/3, para a obtenção do livramento condicional, deve incidir somente sobre a condenação referente ao delito hediondo, sob pena de se afligir ainda mais a situação do réu. Observado esse período, segue-se o critério estabelecido no art. 83, I e II, do CP, cumprindo-se 1/3 ou metade, conforme for o caso, da pena restante, atinente aos demais crimes.

RECURSO DE AGRAVO Nº 274.414-2/00 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Livramento condicional - Crime hediondo e não hediondo. - No caso, havendo condenação por concurso de infrações, o percentual de 2/3, para a obtenção do livramento condicional, deve incidir somente sobre a condenação referente ao delito hediondo, sob pena de se afligir ainda mais a situação do réu. Observado esse período, segue-se o critério estabelecido no art. 83, I e II, do CP, cumprindo-se 1/3 ou metade, conforme for o caso, da pena restante, atinente aos demais crimes.

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, 08 de outubro de 2002. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Trata a espécie de recurso de agravo interposto pelo Ministério Público contra a decisão do MM. Juiz da Comarca de Juiz de Fora que indeferiu pedido de livramento condicional formulado em prol do condenado Júlio César Ribeiro, ao fundamento de não ter o mesmo cumprido o lapso temporal necessário.

Sustenta o agravante que o cálculo de liquidação da pena foi elaborado de forma equivocada, unificando-se as penas de delitos de natureza diversa, o que não deveria ocorrer, tendo em vista que apenas o crime de tráfico possui caráter hediondo.

Alega que, para a obtenção do livramento condicional, deve-se considerar o cumprimento de 2/3 da pena, somente em relação ao crime de natureza hedionda, e 1/3 da pena quanto ao crime comum.

Afirma que o sentenciado cumpriu os lapsos temporais descritos no art. 83, incisos I e II, do CP.

Requer, conseqüentemente, a reforma da decisão para que lhe seja concedido o livramento condicional.

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

Quando o Código Penal, em seu artigo 84, dispõe que "*as penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento*", obviamente se refere àquelas sujeitas ao mesmo sistema de regime e aos mesmos pressupostos para a concessão do livramento condicional.

Não me parece possível somarem-se, para efeito desse benefício, penas sujeitas a sistemas de natureza diferente e pressupostos diversos.

Se alguém foi condenado por crime hediondo, cuja pena deve ser cumprida em regime integralmente fechado, e, após o cumprimento de 2/3 da pena, e por outra infração não hedionda, sujeita a regime inicialmente fechado, cujo livramento só pode ser concedido após o cumprimento de 1/3 da pena, não poderá haver a soma delas, para os efeitos desse benefício.

Isso criaria situação iníqua ao condenado, ao impor a este a obrigação de cumprir o pressuposto de 2/3 da pena pelo crime não hediondo, para a obtenção do livramento condicional.

Mesmo porque a norma contida no artigo 84 do Código Penal foi estabelecida em favor do condenado, para possibilitar a obtenção do livramento condicional àqueles que tivessem que cumprir penas inferiores a dois anos por vários crimes, mas que somadas ultrapassassem esse limite.

A norma citada destina-se a beneficiar, e não a prejudicar o condenado, como, em última análise, ocorre na interpretação da v. decisão recorrida.

Tem, pois, razão o agravante quando se insurge contra a referida sentença, se preenchidos os requisitos objetivos, relativos ao período de cumprimento de pena, para concessão do livramento condicional.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a v. decisão recorrida, determinando que outra seja proferida, com análise dos demais requisitos para a concessão do livramento condicional solicitado.

O Sr. Des. Gomes Lima - Peço vista.

A Srª. Desª. Jane Silva - Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria de adiantar o meu voto.

Estou de acordo com o em. Relator.

Súmula - O RELATOR DÁ PROVIMENTO. PEDIU VISTA O DES. 1º VOGAL. EM ADIANTAMENTO DE VOTO, A DESª 2ª VOGAL TAMBÉM DÁ PROVIMENTO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Presidente (Des. Odilon Ferreira) - Este voto foi adiado, na sessão do dia 27.08.02, após o Relator dar provimento.

Em adiantamento de voto, a Desª. Segunda Vogal também dá provimento; pediu vista o Des. Primeiro Vogal.

Com a palavra o Des. Gomes Lima.

O Sr. Des. Gomes Lima - Sr. Presidente. Pedi vista dos autos com o intuito de melhor me inteirar do que consta do recurso.

Examinando suas peças, verifiquei o acerto dos posicionamentos do eminente Des. Mercêdo Moreira e da Desª. Jane Silva.

De fato, os lapsos temporais devem ser considerados cada um de *per si*, não havendo como juntá-los, mesmo porque, se assim se fizer, o prejuízo causado ao réu é incalculável.

Acompanho os votos precedentes e dou provimento ao recurso, nos termos do voto do eminente Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PREFEITO - CRIME DE RESPONSABILIDADE - DUODÉCIMO CONSTITUCIONAL - REPASSE FORA DO PRAZO, PARCELADO E A MENOR - ACORDO AJUSTADO COM O PRESIDENTE DA CÂMARA - AUSÊNCIA DE DOLO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO - DELITO PREVISTO NO ART. 1º, XIV, 1ª PARTE, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 - NÃO-CONFIGURAÇÃO

- O Executivo não pode reduzir, unilateralmente, o valor do repasse do duodécimo devido ao Legislativo municipal, sob a alegação de ser superior às despesas daquele órgão legislativo, nem alterar as datas do repasse. Todavia, tal conduta, para configurar o crime de responsabilidade previsto no art. 1º, XIV, 1ª parte, do Decreto-lei nº 201/67, há que se revestir de dolo, da vontade consciente e livre de desobedecer à ordem legal. Inexistindo dolo e não demonstrado qualquer prejuízo ao erário decorrente da conduta do prefeito, que, mediante acordo verbal previamente ajustado com o presidente da câmara municipal, repassa os duodécimos fora do prazo, parcelados e a menor, não se configura o referido crime, inscrevendo-se a conduta na órbita administrativa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 276.824-0/00 - Comarca de Divino - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crime de responsabilidade - Ex-prefeito municipal - Acusado que, mediante acordo verbal previamente ajustado com o presidente da Câmara Municipal, repassa os duodécimos mensais que lhe são assegurados em dotação orçamentária fora do prazo, parcelados e a menor - Crime do art. 1º, XIV, do Decreto-lei 201/67 - Não-configuração - Ausência de dolo e da demonstração do prejuízo - Infração político-administrativa - Absolvição mantida - Recurso ministerial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 05 de setembro de 2002. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na Comarca de Divino, foi José Carlos Pereira Santana denunciado como incurso na sanções do art. 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67 c/c art. 71 do Código Penal, pelo fato de que,

enquanto Prefeito Municipal daquela cidade, por diversas vezes negou execução ao disposto no art. 168 da Constituição Federal e no art. 70, inciso XVII, da Lei Orgânica Municipal de Divino, por se omitir em fazer os repasses duodecimais devidos à Câmara de Vereadores no dia 20 de cada mês.

Após regularmente processado, foi absolvido das imputações contidas na peça inicial, a teor do art. 386, III, do CPP, ao fundamento da ausência de dolo na conduta do acusado, ou seja, da vontade livre e consciente de desprezar mandamento legal.

Concluiu o MM. Juiz de 1° grau que, conforme emerge dos autos, a irregularidade nos repasses, seja quanto a datas ou valores, decorreu de acertamento verbal entre o acusado e o Presidente da Câmara Municipal.

Inconformado com a decisão de 1° grau, interpõe o RMP o presente recurso de apelação, pleiteando a condenação do acusado nos exatos termos da denúncia.

Argumenta, em síntese, que o acordo verbal a que se refere o acusado em seu interrogatório e no qual alicerçou o MM. Juiz *a quo* a sentença, eximindo o acusado do crime de responsabilidade, jamais existiu, pelo simples fato de ter sido o próprio Presidente da Câmara, com o qual teria firmado o referido acordo, a pessoa que ajuizou mandado de segurança contra o então Prefeito, por não fazer os repasses duodecimais devidos à edilidade.

Alega, mais, que, ainda que tivesse existido o tal "acordo", não seria suficiente para elidir a responsabilidade do acusado por seu desatino, ciente de que sua conduta (atraso e parcelamento dos repasses) o faria resvalar para a ilegalidade.

O apelo ministerial foi contrariado, manifestando-se o apelado José Carlos Pereira Santana, por seu defensor, pela manutenção *in totum* da sentença ora combatida.

Ouvida, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso do RMP.

Da análise dos presentes autos, verifica-se que a Lei Municipal n° 1.468/99 fixou como orçamento para o Poder Legislativo um total de R$270.000,00, a ser dividido, como de praxe, em cotas duodecimais (Resolução n° 21/99).

A teor de mandamento constitucional (art. 168, CF), tais dotações orçamentárias deverão ser repassadas até o dia 20 de cada mês.

Este preceito constitucional foi recepcionado na Constituição Estadual (art. 162) - que estabelece, inclusive, que, não efetuando tal repasse, comete a autoridade crime de responsabilidade - e também na Lei Orgânica do Município de Divino (art. 70, XVII), que prevê expressamente o repasse de uma só vez até o dia 20 de cada mês (fl. 29).

Não obstante, conforme ressai da certidão emitida pela Contadoria da Câmara Municipal (fl. 22), o repasse referente ao mês de agosto/2000 ocorreu em duas parcelas, a 1ª, de R$7.000,00, em 04.09.2000, e a 2ª, no valor de R$14.500,00, em 03.10.2000. O do mês de setembro/2000 ocorreu em duas parcelas de R$8.000,00 e R$14.500,00, a 1ª em 04.10 e a 2ª em 30.10 daquele mesmo ano.

No mês de outubro/2000, de igual modo, o repasse foi feito em duas parcelas, a 1ª, de R$7.000,00, e a 2ª, de R$15.500,00, nos dias 30.10 e 30.11, respectivamente.

Em novembro/2000 também foi feito em duas etapas, sendo a 1ª em 30.11, no valor de R$2.500,00, e a 2ª em 04.12, no valor de R$500,00.

Em seu interrogatório na instrução criminal (fl. 41), afirma o acusado que fez um acordo com o Presidente da Câmara Municipal, Sr. Délio Pereira Portes, para que os repasses fossem feitos nos dias 10, 20 e 30 de cada mês.

Justifica que de agosto de 2000 em diante houve uma grande queda no Fundo de Participação dos Municípios e que, com o dinheiro que entrava, privilegiava o pagamento dos servidores. Afirma, ainda, "*que não se recorda se efetuou todos os repasses para a Câmara Municipal*".

Por sua vez, Délio Pereira Portes, em seu depoimento em juízo (fls. 56/57), confirma a existência de um acordo com o acusado, então Prefeito Municipal, para que os repasses fossem feitos nos dias 10, 20 e 30 de cada mês. Afirma, ainda, que "*a solicitação de repasses inferiores ao duodécimo decorria de um acordo entre o depoente e o acusado, de que os repasses seriam limitados à necessidade de caixa da Câmara*". Perguntado o motivo pelo qual, mesmo assim, impetrou mandado de segurança por este fato, esclareceu que foi orientado pelo assessor jurídico da Câmara Municipal, vez que poderia ser responsabilizado pelo Tribunal de Contas caso a Câmara deixasse de cumprir alguns compromissos e obrigações, e essa seria a sua defesa.

A testemunha Carlos Roberto de Oliveira Mendonça, à época tesoureiro municipal, reafirma a existência de tal acordo, sendo que o valor do duodécimo era repassado integralmente, em 03 parcelas de R$8.000,00, R$7.000,00 e R$7.500,00, nos dias 10, 20 e 30 de cada mês (depoimento de fl. 58).

Por derradeiro, a testemunha José Eduardo Miranda, que se diz "*assessor particular*" do Prefeito à época dos fatos, reafirma a existência do referido acordo e que "*o fato era de conhecimento das lideranças políticas*" (fl. 59).

Assim, o que ressai claro do contexto probatório é que foi acertado entre o Chefe do Executivo Municipal e o Presidente da Câmara Municipal, motivado por alegadas dificuldades financeiras, que os repasses duode-

cimais seriam repassados em três parcelas, sendo que valores a menor que o previsto na dotação orçamentária foram repassados, ajustados ao valor solicitado pelo Chefe do Legislativo Municipal.

Na verdade, reveste-se tal acordo de nenhum valor jurídico, porque contraria expressamente norma constitucional, estadual ou municipal.

Ora, não pode o Executivo reduzir, unilateralmente, o valor do repasse devido ao Poder Legislativo Municipal, sob a alegação de ser superior às despesas daquele órgão legislativo, nem alterar as datas do repasse.

Todavia, tal conduta, para configurar o crime de responsabilidade previsto no art. 1°, XIV, 1ª parte, do Decreto-lei 201/67, assim como as demais condutas penais, há que se revestir do dolo, ou seja, da vontade consciente e livre de desobedecer à ordem legal.

In casu, houve acordo entre estes dois Poderes, lícito ou não, o que retira a responsabilidade criminal do acusado, inscrevendo sua conduta na órbita administrativa.

Na realidade, conforme aduz o RMP, pesam contra o acusado outras imputações de crime de responsabilidade (certidão de fls. 61/62), mas, por óbvio, cada conduta há que ser analisada em separado, não servindo de prova em outro processo, não se podendo afirmar ser o ex-Prefeito "useiro e vezeiro" em descumprir determinação legal.

Ante a inexistência do dolo, e não demonstrado qualquer prejuízo ao erário municipal decorrente da conduta descrita nestes autos, imputada ao acusado, impõe-se a sua absolvição, nos exatos termos da bem-lançada sentença de 1° grau.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso ministerial, para manter, em sua íntegra, a sentença ora hostilizada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALSIDADE - DELITO DO ART. 311 DO CP - ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - NÃO-CONFIGURAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 336 DO CÓDIGO PENAL - *EMENDATIO LIBELLI* EM SEGUNDO GRAU - POSSIBILIDADE - FURTO MEDIANTE FRAUDE - DELITO CONFIGURADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO - IMPOSSIBILIDADE - TRÂNSITO - ART. 309 DA LEI 9.503/97 - AUSÊNCIA DE PERIGO DE DANO - CRIME NÃO CONFIGURADO

- O rompimento do lacre e a retirada da placa de identificação de veículo automotor não caracterizam o delito do art. 311 do Código Penal, mas sim aquele definido no art. 336 do aludido diploma.

- É cabível a *emendatio libelli* no juízo de segundo grau, consoante se infere do disposto no art. 617 c/c o art. 383, ambos do Código de Processo Penal.

- Configura-se o furto qualificado pelo emprego de fraude, quando o agente, utilizando-se de embuste para burlar a vigilância da vítima, subtrai o bem sem o consentimento desta.

- A condução de veículo automotor sem a devida habilitação legal, ausente prova do perigo efetivo de dano, não caracteriza o delito do art. 309 da Lei n° 9.503/97, e, ante a revogação do art. 32 do Decreto-lei n° 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), impõe-se a absolvição do agente.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 277.236-6/00 - Comarca de Governador Valadares - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Delito do art. 311 do Código Penal - Não-configuração - Desclassificação para o art. 336 do mesmo diploma - *Emendatio libelli* em segundo grau - Possibilidade - Furto mediante fraude - Delito configurado - Desclassificação para estelionato - Impossibilidade - Trânsito - Art. 309 da Lei 9.503/97 - Ausência do perigo de dano - Crime não configurado - Absolvição. - O rompimento do lacre e a retirada da placa de identificação de veículo automotor não caracterizam o delito do art. 311 do Código Penal, mas sim aquele definido no art. 336 do aludido diploma. - É cabível a *emendatio libelli* no juízo de segundo grau, consoante se infere do disposto no artigo 617 c/c o artigo 383, ambos do Código de Processo Penal. - Configura-se o furto qualificado pelo emprego de fraude, quando o agente, utilizando-se de embuste para burlar a vigilância da vítima, subtrai o bem sem o consentimento desta. - A condução

de veículo automotor sem a devida habilitação legal, ausente prova do perigo efetivo de dano, não caracteriza o delito do art. 309 da Lei nº 9.503/97, e, ante a revogação do art. 32 da Lei de Contravenções Penais, impõe-se a absolvição do agente. - Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 08 de outubro de 2002. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - Emerson Batista dos Santos foi condenado a sete anos de reclusão e sete meses de detenção, em regime semi-aberto, e ao pagamento de cento e dezenove dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal, por infração do art. 155, § 4º, do Código Penal, por duas vezes, bem como do art. 311 do mesmo diploma e ainda do art. 309 da Lei 9.503/97.

Inconformado, interpôs apelação, pleiteando a reforma da sentença, ao argumento de que somente retirou a placa de identificação, porque esta se estaria soltando; pretende, também, "*a desclassificação do delito para aquele delineado no artigo 171 do CP, bem como a aplicação da continuidade delitiva*", além da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Contra-razões do Ministério Público às fls. 142/148, pela manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 18 de março de 1999, por volta das 17h30min, na revendedora de veículos Multicar, o apelante subtraiu para si, mediante fraude, uma motocicleta Honda XR 200, cor branca, ano 1998/1999, de propriedade de Ricardo Barreto Amaral. Emerson, que se teria apresentado com o nome de Roberto, alegando interesse em adquirir a motocicleta, retirou-a para um teste, não mais retornando. O veículo foi encontrado na localidade de Divino de Virgolândia, em 20 de março, e devolvido ao proprietário.

Em 24 de março do mesmo ano, por volta das 10h, o apelante, utilizando-se do mesmo artifício, subtraiu a motocicleta Honda CBX 200 Strada, ano 1997, de propriedade da revendedora de veículos de Gílson Vilela de Freitas. Após a subtração, Emerson cortou o lacre e retirou a placa de identificação da motocicleta, sendo flagrado na direção do aludido veículo, sem a devida habilitação.

A denúncia foi recebida no dia 15 de abril de 1999, e a sentença condenatória prolatada no dia 16 de outubro de 2000.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido o réu intimado, pessoalmente, desta (fl. 137-v.).

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e não-provimento do recurso.

Conheço do recurso, pois vejo presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas preliminares, e não existem nulidades a serem declaradas, de ofício, por este Tribunal.

Quanto ao rompimento do lacre e retirada da placa de identificação.

Acena a defesa, nas razões recursais, para a ausência de dolo na conduta do apelante, ao romper o lacre e retirar da motocicleta furtada a placa de identificação. Alega que a placa estaria prestes a soltar-se, pelo que a retirou para guardá-la.

Improcede tal alegação. Gílson Vilela de Freitas noticia que "*a placa e o lacre estavam normais*" e que "*existiam todos os parafusos na placa*" (fl. 78). Geraldo Jânio Neves, no depoimento de fl. 80, revela que "*a placa e o lacre da motocicleta Honda CBX 200, placa GVC 5463 estava regularmente parafusada*".

No seu interrogatório, o apelante afirmou que "*um parafuso da placa já tinha se soltado e o outro estava quase se soltando; que puxou o lacre e retirou a placa, guardando-a*".

Ora, cediço que não se consegue retirar o lacre das placas de identificação de veículos automotores simplesmente puxando-os. Decerto que o apelante, para retirá-lo, precisou de alguma ferramenta ou outro objeto. Se um dos parafusos de fixação ainda estava no lugar (como alegou o próprio apelante), mais fácil teria sido para ele apertar tal parafuso, em vez de retirá-lo e romper o lacre. Seria também a atitude mais lógica, se ele de fato pretendesse apenas fazer um teste no veículo e devolvê-lo logo em seguida.

Verifico, entretanto, que, no que pertine à tipificação dada a tal conduta, a decisão sob exame está a merecer reforma.

Os núcleos do tipo aludido incriminam duas condutas, alternativamente: "adulterar *ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou* equipamento" (grifos nossos).

Ora, adulterar é "*falsificar, mudar, trocar parte do original verdadeiro, alterar por meio de qualquer modificação*"; já remarcar significa "*tornar a marcar alterando, apor nova marca*".

O testemunho do policial condutor do flagrante dá conta de que a motocicleta fora apreendida sem a placa de identificação. Do laudo de fl. 98-TJ, colhe-se que "*constatou-se neste veículo o rompimento do lacre e a ausência da placa de identificação*", fato que, aliás, foi admitido pelo apelante.

A conduta do recorrente não se subsume ao tipo descrito no artigo 311 do Código Penal, posto que ele não adulterou ou remarcou a identificação do veículo subtraído, mas, tão-somente, retirou a placa identificadora.

O Direito Penal, como de resto todo o Direito, é um sistema, um todo orgânico e, como tal, deve ser interpretado e aplicado.

O art. 311 encontra-se, topologicamente, no *Título X, Dos crimes contra a fé pública* e, dentro deste título, inserido no *Capítulo IV, De outras falsidades.*

Ora, o rompimento do lacre e a ausência da placa de identificação não atentam, de forma alguma, contra a fé pública e tampouco caracterizam qualquer falsidade, já que ausente a *imitatio veritas*, característica fundamental de todos os crimes de falso.

Ao proceder à retirada da placa da motocicleta, o recorrente não agiu, em momento algum, com o escopo de "falsificar", "imitar", "fazer passar por verdadeiro o que não seja". Fosse essa sua intenção, teria ele ou alterado a placa do veículo ou a substituído por outra, o que não ocorreu.

Na denúncia, o representante do Ministério Público, embora tenha capitulado o crime como o do artigo 311, adulteração de sinal identificador de veículo automotor, assim descreveu a conduta do recorrente:

03) "*O acusado, após subtrair a moto da esfera de vigilância do proprietário, cortou o lacre e retirou a placa, adulterando um sinal identificador do veículo automotor*".

Verifica-se que tal conduta, conforme descrita na denúncia e demonstrada ao longo da instrução criminal, consistente em cortar o lacre e retirar a placa identificadora da motocicleta, contrariando dispositivo legal que determina que todo veículo seja identificado externamente por meio de placa lacrada em sua estrutura, não configura o delito definido no aludido artigo.

Como a defesa é feita quanto aos fatos, tendo o réu tido ampla oportunidade de defesa, pode e deve este Tribunal dar ao delito nova definição jurídica.

A alteração da definição jurídica da infração deve ser feita como simples *emendatio libelli*, o que é permitido no juízo de segundo grau, consoante se infere do disposto no artigo 617 c/c o artigo 383, ambos do Código de Processo Penal, pois os fatos narrados na peça vestibular são iguais aos apurados no processo, apenas ocorreu equívoco na sua capitulação, tanto na denúncia como na sentença.

O artigo 617 diz:

"*O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença*".

O artigo 383 do Código de Processo Penal dispõe:

"*O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave*".

Como se vê, prende-se a sentença ao fato descrito na peça vestibular, mas não se vincula à classificação do fato.

Entende-se que agiu certo o legislador brasileiro, pois a defesa não é feita em relação à definição jurídica, mas, sim, quanto aos fatos. Por outro lado, não cabe àquele que acusa, quer se trate do representante do Ministério Público ou do querelante, dizer, definitivamente, em que dispositivo legal o réu incidiu, uma vez que isso consiste num julgamento e, conseqüentemente, só pode ser feito por aquele que tem competência para julgar, o juiz.

Não se pode confundir iniciativa da ação penal com o poder de julgar; a primeira é impulsionadora da ação penal, o segundo é quem a soluciona.

Primeiramente, para bem entender a primeira hipótese, é mister que se recordem alguns princípios que regem o Processo Penal, no que diz respeito às decisões judiciais de primeiro e segundo graus.

Um dos princípios que deve informar a regularidade da sentença é o princípio da correlação entre o fato descrito na denúncia ou na queixa e aquele fato pelo qual o acusado é condenado, sendo tal princípio uma das maiores garantias do direito de ampla defesa outorgado, constitucionalmente, a todo e qualquer réu.

Assim, não pode o juiz, em princípio, condenar um réu por um fato pelo qual ele não foi acusado, pois teríamos uma condenação *extra petita* ou *ultra petita*, ou ainda condená-lo por um fato mais grave (*in pejus*), assim como não pode o juiz, sob pena de ferir o direito inderrogável da acusação, deixar de examinar qualquer infração penal descrita na peça acusatória, sob pena de proferir decisão *citra petita*, acarretando, em qualquer dos casos, a nulidade da própria sentença.

Entretanto, tal princípio deve coexistir com o da *livre dicção do direito, jura novit curia*, isto é, o juiz conhece o direito, é ele quem cuida do direito, expresso na regra *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito).

O artigo 383 do Código de Processo Penal resultou, em grande parte, da conjugação de tais princípios.

Segundo Eduardo Spínola Filho:

"*Tanto faz não influa a nova definição do fato para aumento ou diminuição da pena, ou importe em exasperação ou abrandamento da situação do réu; nenhuma surpresa resulta para ele, pois o fato, pelo qual*

é punido, é o mesmo narrado na denúncia, sem ter havido referência nova de qualquer circunstância elementar, essencial, que naquela peça não estivesse contida já, explícita ou implicitamente".

Assim, no presente caso, impõe-se mera *emendatio libelli*.

A hipótese do artigo 383 do Código de Processo Penal não exige qualquer formalidade prévia, não cerceando a acusação, nem ferindo o direito de ampla defesa, que é feita através dos fatos narrados na peça exordial, e não da capitulação jurídica, motivo que nos leva a dar aos fatos narrados nos autos, em relação à retirada do lacre e da placa de identificação do veículo subtraído, nova definição legal.

Entendo que tal conduta configura o crime previsto na segunda parte do art. 336 do Código Penal, que reza:

"*Art. 336. Rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário público;* violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto" (grifo nosso)

Na segunda forma delituosa prevista no dispositivo, a ação consiste em "violar ou inutilizar selo ou sinal", ou seja, romper ou quebrar aquele obstáculo que o selo ou sinal representa.

Mister é que com o uso do selo se tenha manifestado a vontade estatal de resguardar a identidade ou assegurar a inviolabilidade da coisa.

Sobre a questão leciona ALBERTO SILVA FRANCO:

"*Na segunda forma delituosa, a coisa sobre a qual recai a ação do agente é o selo ou sinal legal. Podem ser estes de qualquer espécie: lacre, chumbo, papel, etc. Necessário, entretanto, é que sejam determinados por lei ou que o funcionário competente o tenha ordenado*". (*Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, v. 1, T. 2, ALBERTO SILVA FRANCO e outros, 6ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 3.776.)

Oportuno verificar o que dita o Código de Trânsito Brasileiro acerca da questão:

"*Art. 115. O veículo será identificado externamente por meio de placas dianteira e traseira, sendo esta lacrada em sua estrutura, obedecidas as especificações e modelos estabelecidos pelo Contran*".

Eis aí a determinação legal de que as placas de identificação dos veículos automotores sejam fixadas e lacradas, na estrutura dos mesmos.

Todo veículo automotor será identificado obrigatoriamente por caracteres gravados no chassi ou no monobloco, reproduzidos em outras partes, conforme dispuser o Contran, e, externamente, por meio de placas.

Indiscutível que o objetivo primordial da identificação através de placas é o de facilitar ao Estado a autuação de infrações de trânsito e o controle dos tributos e encargos incidentes sobre os veículos, ao permitir a identificação imediata dos mesmos.

Resta óbvio, então, que, com a lacração da placa na estrutura do veículo, determinada por lei, o Estado visa resguardar a identidade dos mesmos.

Seguindo a linha de raciocínio já exposta, de que o Direito há de ser interpretado e aplicado de forma sistêmica, cabe registrar que o delito de "inutilização de edital ou de sinal" localiza-se, no Código Penal, no *Título XI, Dos crimes contra a Administração Pública*, inserto no *Capítulo II, Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral.*

Diante do que se viu, entendo que a conduta do apelante configura o crime previsto no artigo 336 do Código Penal.

Quanto aos delitos de furto mediante fraude.

Não merece guarida o pleito defensivo de ver desclassificados para estelionato os furtos mediante fraude.

A fraude presente no estelionato visa captar o consentimento da vítima, de modo que esta entregue de livre vontade (ainda que viciada) o bem almejado ao agente.

Já no furto qualificado pelo emprego de fraude, o artifício tem por objetivo burlar a vigilância da vítima, permitindo a subtração do bem sem seu consentimento.

Na precisa lição de FOSCHINI, no estelionato "*a fraude é destinada a provocar o consentimento da pessoa ofendida; no furto fraudulento, a fraude é destinada a iludir ou superar seu dissentimento*" (*Delito e contrato, Reati e Pene*, p. 4, 1960).

Ora, em momento algum as vítimas acederam em que o apelante se apossasse dos veículos.

O que ocorreu, em ambos os casos, é que o recorrente driblou a vigilância daquelas, sob pretexto de testar as motocicletas, e, aproveitando-se disso, subtraiu-as.

Em sendo assim, era mesmo de rigor a condenação pelos delitos tipificados no art. 155, § 4º, do Código Penal.

Quanto ao delito de trânsito.

No que pertine ao delito definido no art. 309 da Lei nº 9.503/97, verifico que se impõe a absolvição do apelante.

Reza o referido artigo:

"*Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:*

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa".

Como se viu, para a configuração do delito ali definido, o CTB exige, cumulativamente, dois requisitos:

a) condução de veículo automotor, na via pública, sem a devida autorização ou habilitação; e

b) o risco da causação de dano.

Assim, a simples condução de veículo automotor sem a devida habilitação, ausente o efetivo perigo de dano, não constitui e nem caracteriza o referido delito.

Ora, inexiste nos autos qualquer prova de que o apelante estivesse conduzindo o veículo de forma a gerar perigo de dano.

Defendeu-se, durante algum tempo, que não teria havido a revogação plena do art. 32 da Lei de Contravenções Penais pelo art. 309 da Lei nº 9.503/97.

De acordo com esse entendimento, a condução de veículo por motorista inabilitado, não apresentando perigo de dano, configurava a contravenção penal prevista no art. 32 da lei específica e, na hipótese de haver perigo de dano, o crime do art. 309 da citada lei.

O entendimento jurisprudencial firmado atualmente, inclusive pelos tribunais superiores, é o de que a condução de veículo por motorista inabilitado, sem efetivo perigo de dano, constitui fato atípico a merecer tão-somente a aplicação de sanção administrativa.

Isso porque o Código de Trânsito Brasileiro, ao regular inteiramente o Direito Penal de Trânsito, nas vias terrestres do território nacional, derrogou o citado art. 32 da Lei das Contravenções Penais, somente vigorando esse dispositivo no que se refere à embarcação a motor em águas públicas.

Assim, em relação ao delito de trânsito, na hipótese em que a conduta não tenha gerado efetivo perigo de dano, ocorreu o fenômeno da *abolitio criminis*, que gera a conseqüência prevista no art. 107, III, do Código Penal.

Nesse sentido:

"*Os delitos de trânsito são previstos no capítulo 19 do Código de Trânsito Brasileiro, que afasta condutas potencialmente perigosas no campo penal e que não deixa espaço para a vigência do art. 32 da Lei de Contravenções Penais*" (Recurso Especial nº 260.260/ São Paulo - Relator: Min. Jorge Scartezzini - *DJ* de 29.10.2001).

"*A questão, agora, perde relevo com a nova moldura inscrita na Lei nº 9.503/97, que instituiu o novo Código de Trânsito. É que a conduta em tela - dirigir veículo automotor sem a devida habilitação, antes definido como contravenção penal, recebeu novo tratamento jurídico. O novo Código de Trânsito conferiu novo conceito ao tema: (a) se tal postura não acarretar efetivo perigo de dano, com demonstração objetiva dessa potencialidade, o fato consubstancia mera infração administrativa; (b) se a direção não autorizada gerar perigo, o fato constitui crime, nos termos do art. 309, do mencionado diploma legal. Com o novo tratamento normativo, não tem mais repercussão na justiça penal o simples ato de dirigir veículo sem carta de habilitação, restando revogado o art. 32 da Lei de Contravenções Penais, que permanece vigente apenas no tocante à direção não habilitada de embarcação em águas públicas*" (Recurso Especial nº 332.781/São Paulo - *DJ* de 18.02.2002 - Relator: Min. Vicente Leal).

Ora, inexistindo prova de que a conduta do réu tenha ocasionado efetivo perigo de dano, não há falar no crime previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro; e, considerando a revogação do art. 32 da Lei de Contravenções Penais, há que se concluir que o fato é atípico.

No que respeita à pretensão defensiva de "*aplicação da continuidade delitiva*", verifico que tal pleito já foi contemplado na sentença atacada, que, acertadamente, aplicou o disposto no art. 71 do Código Penal, ao fixar as penas pelos dois delitos de furto.

Em relação à pretendida substituição das penas privativas de liberdade por outras, restritivas de direitos, de se ressaltar que o art. 44 do CP exige, para a sua aplicação, o atendimento de diversos requisitos, uns de ordem objetiva, outros de ordem subjetiva.

Ressai da redação do aludido artigo que tais pressupostos haverão de ser satisfeitos cumulativamente, e não alternativamente, vale dizer, a ausência de qualquer daqueles requisitos impossibilita seja operada a substituição da pena privativa de liberdade.

A Magistrada *a quo*, após reconhecer que o apelante satisfaz o requisito de ordem objetiva, analisou os requisitos de ordem subjetiva, terminando por concluir:

"*Diante dessas considerações e por entender que o réu não preenche os requisitos subjetivos da substituição da pena, deixo de aplicá-la, pois não entendo que a medida seja adequada e suficiente para reprimir a prática do delito, bem como ser a maneira mais eficaz de promover a tutela da sociedade*".

Assim, inatendidos os pressupostos legais, descabe a substituição pleiteada.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo para confirmar a condenação pelos delitos de furto qualificado e, nos termos da permissão contida nos arts. 383 e 617 do CPP, desclassificar o delito do art. 311 - adulteração de sinal identificador de veículo automotor - para aquele previsto na segunda parte do art. 336 do Código Penal e absolver o apelante do delito de trânsito, com base no art. 386, inciso III, do estatuto processual.

Passo a reestruturar-lhe as penas.

Adoto a análise das circunstâncias judiciais levada a efeito pela

Sentenciante, que, de maneira apropriada, examinou-as em relação a cada um dos delitos.

Assim, confirmadas as condenações pelos delitos previstos no art. 155, § 4º, do Código Penal, mantenho as penas fixadas pela Sentenciante para estes crimes, bem como o reconhecimento e a aplicação da continuidade delitiva em relação aos mesmos, concretizando a reprimenda em 03 (três) anos e seis (meses) de reclusão, no regime inicial semi-aberto.

Quanto à pena pecuniária, deveria ter sido aplicada a regra do artigo 72 do Código Penal e totalizadas as multas dos dois crimes, mas, como não houve recurso da acusação, deverá ser mantida tal como imposta pela Sentenciante, ou seja, 64 (sessenta e quatro) dias-multa, mantida a unidade em seu mínimo legal.

Torno definitivas as penas pelos delitos de furto em *03 (três) anos e seis (meses) de reclusão, no regime semi-aberto, e 64 (sessenta e quatro) dias-multa, fixada a unidade em seu mínimo legal.*

Em relação ao crime do art. 336 do Código Penal, considerando as circunstâncias judiciais já analisadas pela Sentenciante, fixo a pena-base em 02 (dois) meses de detenção.

Deixo de fazer a escolha pela multa por entendê-la insuficiente para a reprovação do crime e recuperação do infrator.

Não há atenuantes ou agravantes, nem tampouco causas de diminuição ou aumento, pelo que fica a pena para este delito definitivamente fixada em *02 (dois) meses de detenção, no regime inicial semi-aberto, que entendo mais adequado, ante a análise das circunstâncias judiciais.*

Como já se demonstrou alhures, o apelante não faz jus à substituição das penas corporais, por inatendidos requisitos legais.

A pena mais grave deverá ser cumprida primeiramente nos termos do art. 76 do Código Penal.

Mantenho as demais determinações da sentença.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

HOMICÍDIO TENTADO - INEFICÁCIA RELATIVA DO MEIO EMPREGADO - TENTATIVA PUNÍVEL - CRIME IMPOSSÍVEL - AFASTAMENTO

- Há tentativa punível quando o meio empregado para a consecução do crime é relativamente idôneo, afastando o reconhecimento do crime impossível.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 278.471-8/00 - Comarca de Espinosa - Relatora: Desª. JANE SILVA

Ementa oficial: Homicídio tentado - Desclassificação para lesões corporais dolosas - Tese de crime impossível acolhida pelos jurados - Ineficácia relativa do meio empregado - Impossibilidade. - Há tentativa punível quando o meio empregado para a consecução do crime é relativamente idôneo, afastando o reconhecimento do crime impossível - Dado provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 03 de setembro de 2002. - *Jane Silva* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Jane Silva - A ilustre representante do Ministério Público, inconformada com a decisão que julgou extinta a punibilidade de Wilson Dias da Silva, pela ocorrência da prescrição, em face da decisão do Tribunal do Júri que operou a desclassificação do delito imputado ao réu para o de lesões corporais dolosas, descrito no artigo 129, *caput*, do Código Penal, sendo-lhe imposta a pena de um ano e quatro meses de detenção, interpôs o presente apelo, pretendendo a reforma da decisão, para que Wilson seja submetido a novo julgamento pelo egrégio Tribunal do Júri, ao argumento de que a decisão foi contrária às provas contidas nos autos.

Contra-razões às fls. 166/167, em que se pretende a manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 20 de outubro de 1996, por volta das 00h05, na Avenida Minas Gerais, Bairro Panorama, no Município e Comarca de Espinosa, Minas Gerais, a vítima, Marcos Leal da Costa, que é policial militar lotado na Cidade, fazia patrulhamento de rotina acompanhado do Cabo Geraldino de Paula, quando foi solicitado para atender a uma ocorrência em que figurava como envolvido o réu Wilson Dias da Silva.

No momento em que os policiais militares chegaram ao palco dos

acontecimentos, o apelado evadiu-se, rumando para um matagal existente nas proximidades, sendo certo que os agentes da lei passaram a ouvir as testemunhas que relatavam os danos produzidos por Wilson em duas motocicletas, danos estes causados em razão de pedras que foram atiradas contra os veículos.

Passados alguns instantes, retornou o réu ao local da ocorrência munido de uma espingarda, ocasião em que a vítima se escondeu atrás de um poste e ordenou que este jogasse a arma ao solo, porém veio a ser atingida por um disparo feito em sua direção que lhe causou os ferimentos descritos no *acd* de fls. 12/14, que só não lhe causaram a morte por circunstâncias alheias à vontade de Wilson, que, com sua conduta, veio também a atingir a pessoa de Jandui Barbosa Ribeiro, cujas lesões se encontram descritas no *acd* de fls. 15/17-TJ.

A vítima Jandui não ofereceu representação contra o recorrido, sendo certo que a análise das perícias médicas nele realizadas não acusam lesões graves ou gravíssimas a habilitar o *Parquet* a agir incondicionalmente.

O feito processou-se regularmente, nos termos do relatório da sentença, que ora adoto.

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do apelo ministerial, a fim de que seja cassada a r. decisão proferida.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas nulidades, nem encontramos, quando do exame dos autos, qualquer delas que deva ser declarada de ofício.

Quanto ao mérito:

Analisei, cuidadosamente, as razões trazidas pela ilustre representante do Ministério Público, comparando-as com as provas constantes dos autos e com a r. decisão proferida pelo Tribunal do Júri, e vejo que assiste integral razão à acusação ao afirmar que a decisão foi contrária às provas contidas nos autos, pois os jurados, ao considerar a absoluta ineficácia do meio empregado por Wilson, de forma a tornar impossível a consumação do crime, não se mostraram coerentes com os fatos, cuja ocorrência não comportou qualquer divergência probatória.

A Lei Penal adotou em prol do crime impossível a teoria objetiva temperada ou intermediária, em que só a idoneidade absoluta do meio ou do objeto é que permite o seu reconhecimento, não se podendo falar em crime impossível se, em virtude de se mostrarem relativas a ineficácia do meio ou a impropriedade do objeto, surgir concreta possibilidade, ainda que mínima, de o agente obter a consumação do delito.

Esse também é o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, devendo ser apontado o ensinamento de EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, em sua obra *Manual de Direito Penal Brasileiro*, ao afirmar que:

"*Em toda tentativa há um erro do autor acerca da idoneidade dos meios. A única diferença que há entre a tentativa idônea e a inidônea está em que, na segunda, o erro é grosseiro, tosco, tal como querer envenenar com açúcar, com meio supersticioso, demolir um edifício com alfinetes, envenenar por meio de uma cobra, que na verdade é uma minhoca grande*" (*op. cit.*, fls. 706).

E acrescentam ainda os mesmos autores:

"*Há tentativa inidônea ou tentativa impossível, quando os meios empregados pelo autor são absolutamente inidôneos para causar o resultado. A única diferença que há entre a tentativa idônea e a tentativa inidônea é que, nesta última, há uma absoluta incapacidade dos meios aplicados para a produção do resultado típico*" (*op. cit.*, fls. 706).

Diz ainda a jurisprudência que:

"*Necessidade de análise da inidoneidade, se absoluta ou relativa, tanto dos meios quanto do objeto - Distinção: Há inidoneidade absoluta do meio quando este é essencialmente incapaz de produzir o resultado, e relativa se o meio, em si mesmo eficaz, se tornou impróprio pela maneira ou nas circunstâncias em que foi empregado*" (TACRIM-SP - *HC* - Rel. Rubens Gonçalves - *RJD*, 03/200).

"*Ocorre tentativa punível, e não crime impossível, na hipótese de relativa inidoneidade do meio empregado, ou seja, este é normalmente capaz de produzir o evento intencionado, mas falha no caso concreto, por uma circunstância acidental na sua utilização*" (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Junqueira Sangirardi - *RJD*, 27/260).

O artigo 17 do Código Penal dispõe que não se pune a tentativa quando, por ineficiência absoluta do meio ou por impropriedade absoluta do objeto, é impossível consumar-se o crime, ou seja, o emprego de meios ineficientes na execução do fato penal ou a ofensa a objetos impróprios tornam inviável o resultado criminoso pretendido, inexistindo razão para a reprovação.

O critério para a aferição da punibilidade do comportamento realizado está relacionado, portanto, com a ineficácia do meio empregado pelo agente para a consumação do ilícito, que deve ser absoluta, como absoluta deve ser a impropriedade do objeto, pessoa ou coisa sobre a qual inclui a ação.

Segundo HELENO CLÁUDIO FRAGOSO:

"*Há impropriedade absoluta do objeto quando este não existe ou, nas*

circunstâncias em que se encontra, torna impossível a consumação. É o caso de quem alveja seu inimigo sem saber que já estava morto ou o de ingestão de substância abortiva inexistente a gravidez. A impropriedade é apenas relativa se, existindo ou podendo ser atingido, ocasionalmente o objeto não se encontrava onde poderia ser atacado (disparo feito sobre o leito, tendo-se ausentado a vítima momentos antes). Há também impropriedade relativa quando um elemento acidental do objeto impede a lesão" (*Lições de Direito Penal: Parte Geral,* Forense, 1991, p. 249).

No caso em apreço, o réu Wilson, de posse de uma espingarda polveira, efetuou um disparo contra o Cabo Leal, que somente foi atingido nos braços porque se encontrava atrás de um poste da Cemig, não havendo, neste caso, que se falar em absoluta ineficácia do meio empregado, tal como considerado pelos jurados.

Assim sendo, a decisão proferida pelo Tribunal do Júri mostrou-se inquestionavelmente contrária à prova dos autos, devendo o réu Wilson ser submetido a novo julgamento.

Ante tais fundamentos, dou provimento ao recurso aviado pela ilustre representante do Ministério Público para cassar a decisão proferida pelos jurados, visto que eminentemente contrária à prova dos autos, para que Wilson Dias da Silva seja submetido a novo julgamento perante o egrégio Tribunal do Júri.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PRONÚNCIA - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - EXCLUDENTE DE ILICITUDE - VERSÕES CONFLITANTES - DÚVIDAS - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - INADMISSIBILIDADE - PLEITO ALTERNATIVO - DESCLASSIFICAÇÃO DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO PARA PORTE ILEGAL DE ARMA OU PARA HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - IMPOSSIBILIDADE - CRIME CONEXO - IMPRONÚNCIA - DESCABIMENTO - DECISÃO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

- A absolvição liminar somente tem lugar quando a excludente de ilicitude se desponta nítida, clara, de modo irretorquível, da prova dos autos. Mínima que seja a hesitação da prova a respeito, havendo duas versões conflitantes, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida e a quem compete apreciar e sopesar o conjunto probatório.

- Existindo nos autos indícios de que o acusado praticou homicídio tentado, não se há falar, na fase de pronúncia, em desclassificação do delito para porte ilegal de arma, que é absorvido pela tentativa de homicídio, devendo a questão ser melhor analisada pelo juízo competente: o do Júri.

- Na fase da pronúncia, é impossível a desclassificação de tentativa de homicídio para homicídio privilegiado, pois, constituindo-se a circunstância privilegiadora causa especial de diminuição de pena, ao Júri compete decidir sobre essa desclassificação. É vedado ao juiz da pronúncia, ao desclassificar o crime, reconhecer a existência de causa de diminuição de pena por expressa disposição do art. 7º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

- Estando o réu denunciado pela prática de crime conexo a delito de competência do Júri, somente o Tribunal do Júri pode dizer de sua inocência ou não, absolvê-lo ou não.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 278.894-1/00 - Comarca de Belo Vale - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Tentativa de homicídio - Pronúncia - I) Pedido de absolvição sumária - Impossibilidade - Excludente da legítima defesa não estreme de dúvidas. - A absolvição liminar somente tem lugar quando a excludente se desponta nítida, clara, de modo irretorquível, da prova dos autos. Mínima que seja a hesitação da prova a respeito, havendo duas versões conflitantes, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida e a quem compete apreciar e sopesar o conjunto probatório - II) Pleito alternativo de desclassificação da tentativa de homicídio para porte ilegal de arma ou para homicídio privilegiado - Inadmissibilidade. - Existindo nos autos indícios de que o réu praticou homicídio tentado, não se há falar, nesta fase, em desclassificação para porte ilegal de arma, que é absorvido pela tentativa de homicídio, devendo a questão ser melhor analisada pelo juízo competente: o do Júri - Inteligência do artigo 7º da LICPP: "*O juiz da pronúncia, ao classificar o crime, consumado ou tentado, não poderá reconhecer a existência de causa especial de diminuição da pena*" - III) Impronúncia quanto ao crime conexo de resistência - Impossibilidade. - Estando o recorrente denunciado pela prática de crime conexo a delito de competência do Júri, somente o Tribunal Popular poderá dizer de sua inocência, ou não, e absolvê-lo, ou não - Sentença confirmada - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2002. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Murilho Vicente da Silva, já qualificado nos autos, contra a decisão de fls. 129/133, que o pronunciou como incurso nas iras do artigo 121, *caput*, c/c o artigo 14, inciso II, e artigo 329, todos do Código Penal Brasileiro, isto porque, segundo narrado na exordial do processo, no dia 21 de janeiro de 2001, por volta das 15h, no local denominado "Balneário do Moinho", na Cidade de Belo Vale/MG, o acusado desentendeu-se com Sérgio Ramos Mendes, que estava nadando com sua namorada, de nome Marilene, pois imaginou que esses dois estivessem mantendo relações sexuais dentro da piscina.

Consta ainda da peça inaugural que, após a discussão, o réu muniu-se de um revólver Taurus calibre 38, nº 2041757, que portava sem autorização, e dirigiu-se até seu desafeto, efetuando contra este um disparo, deixando de atingi-lo pelo fato de o projétil, embora percutido, não ter sido deflagrado. O acusado foi impedido de efetuar outros disparos, devido à intervenção de terceiros, que lograram desarmá-lo.

Aduz a denúncia, ademais, que, tendo abandonado o local dos fatos, o réu foi localizado pela Polícia Militar num bar próximo ao balneário, por volta das 17h, no mesmo dia, quando recebeu voz de prisão em flagrante e resistiu à execução da medida, valendo-se de uma faca de cozinha que trazia consigo para ameaçar os milicianos.

Em suas razões recursais, acostadas às fls. 138/145, busca o recorrente sua absolvição sumária, alegando que agiu em legítima defesa própria e de terceiros, quais sejam, sua filha e outros familiares, e também pela defesa da honra de sua filha e de outras adolescentes presentes. Alternativamente, requer a desclassificação da tentativa de homicídio para o delito do artigo 10 da Lei nº 9.437/97, ou para o do artigo 121, § 1º, do CP. Quanto ao crime de resistência, requer a impronúncia.

O recurso foi contra-arrazoado às fls. 147/152-TJ.

À fl. 153-TJ, manteve a MMª. Juíza *a quo* a decisão hostilizada.

Nesta instância revisora, opinou a douta Procuradoria de Justiça (fls. 159/163), em parecer da lavra do Dr. Cláudio Fleury Barcellos, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório, no que interessa.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Razão não assiste ao recorrente, *data venia*.

A materialidade do delito restou comprovada através do auto de apreensão de fl. 14 e pelo laudo de eficiência de arma de fl. 26-TJ.

A autoria está comprovada pela confissão do agente, tanto na fase inquisitorial quanto na judicial, embora alegando haver agido amparado pela legítima defesa, corroborada pelos depoimentos das testemunhas presenciais do fato.

Reiteradamente temos observado na jurisprudência uniforme e indiscutível de nossos tribunais que a absolvição *in limine* é uma exceção e, como tal, somente se justifica quando as causas de exclusão do crime ou de isenção de pena resultem comprovadas de forma plena, nítida e irretorquível, estreme de dúvida, o que não ocorre *in casu*.

Consoante a prova que os autos consagram, existem duas versões sobre os fatos.

Uma do réu, alegando que sua reação se deveu à ação da vítima e dos amigos desta.

Declarou ele na Polícia (fl. 07) que:

"... *apenas armou-se para defender-se de uma agressão que estava por ocorrer, pois o homem quando partiu em sua direção estava com outros colegas, que chegaram inclusive a agredi-lo*" (...). Em juízo (fls. 42/44), o acusado confirmou suas declarações prestadas na fase administrativa.

Corroborando a versão do recorrente, as testemunhas presenciais Carlos José dos Santos e Júlio Roberto da Silva:

O primeiro, perante a Autoridade Policial (fl. 23), narrou que:

"... *percebeu que a pessoa de Murilho Vicente da Silva passou a discutir com Sérgio Ramos Mendes, quando este último encontrava-se dentro da piscina enquanto o primeiro postava-se de pé do lado de fora da água; que então chegaram alguns presentes e acalmaram a situação; que passados alguns instantes Sérgio saiu da água indo em direção a Murilho, acertando-lhe uma 'porrada' com a mão, sendo que concomitantemente chegou a 'turma de Sérgio' indo em direção a Murilho, quando pareciam estar dispostos a agredirem este último; que com a chegada dos amigos de Sérgio, Murilho sacou de uma arma que estava em sua 'polchete', momento em que os amigos de Sérgio acabaram por 'abafar', pulando em cima de Murilho e tomando-lhe a arma; que Murilho ainda chegou a apanhar dos presentes, amigos de Sérgio, fugindo*

em seguida; perguntado ao depoente se Murilho chegou a puxar o gatilho da arma ou não respondeu: que não pode precisar, pois tudo aconteceu muito rapidamente" (...). Sob o crivo do contraditório (fl. 75), Carlos ratificou integralmente o que havia falado na fase inquisitorial.

O segundo, no inquérito (fl. 24-TJ), relatou que:

"*... percebeu que a pessoa de Murilho Vicente da Silva passou a discutir com Sérgio Ramos Mendes, quando este último encontrava-se dentro da piscina enquanto o primeiro postava-se de pé do lado de fora da água; que então chegaram alguns presentes e acalmaram a situação; que passados alguns instantes Sérgio saiu da água indo em direção a Murilho, quando então desferiu-lhe um soco no rosto; que logo após chegou a 'turma de Sérgio' indo em direção a Murilho; que com a chegada dos amigos de Sérgio, Murilho sacou de uma arma que estava em sua 'polchete', momento em que os amigos de Sérgio acabaram por 'abafar', pulando em cima de Murilho e tomando-lhe a arma; que o depoente percebeu que os amigos de Sérgio chegaram a bater em Murilho, lesionando-o levemente e tomando-lhe a arma; perguntado ao depoente se Murilho chegou a puxar o gatilho da arma ou não respondeu: que não pode precisar, pois tudo aconteceu muito rapidamente*" (...). Em juízo (fl. 71), Júlio confirmou na íntegra o depoimento prestado na fase administrativa.

A outra versão é a apresentada pela vítima e pelas testemunhas Paulo José Mendes e Vandeir Mendes Cunha, igualmente presentes à hora dos fatos, que, ao reverso do declarado pelo réu, destacam:

a) Vítima Sérgio Ramos Mendes (fl. 18-TJ):

"*... encontrava-se no Balneário do Moinho, (...), oportunidade na qual nadava em uma piscina natural com sua namorada de nome Marilene; que ambos estavam dentro da água, momento em que o conduzido presente aproximou-se e disse: 'vocês querem meter vão na zona'; que de imediato ponderou com Murilo, pois percebeu que este estava alterado; que Murilo não satisfeito veio a desferir um chute contra o declarante, vindo a acertá-lo de raspão; que chegaram alguns presentes e tiraram Murilo do local; que passados alguns instantes o declarante foi sair da água, quando Murilo aproximou-se com uma 'pochete', vindo a abri-la e retirar de seu interior um revólver apontando-o para o declarante e puxando o gatilho; que Murilo estava a* (sic) *um metro de distância do declarante e percebeu que na primeira tentativa não havia cápsula no tambor da arma; que no instante em que Murilo tentou atirar de novo, o irmão do declarante pulou na sua direção, quando ambos caíram no chão e saíram rolando; que Murilo ainda conseguiu acionar a arma uma segunda vez, não conseguindo acertá-lo porque a cápsula picotou, ou seja, não disparou, fato ocorrido no exato instante em que seu irmão havia pulado em sua direção; que após alguns instantes seu irmão conseguiu desarmar Murilo, que não satisfeito levantou-se e procurou novamente briga, armando com uma faca*" (...). A vítima não foi ouvida perante o Juiz.

b) Paulo José Mendes (fls. 05 e 06-TJ):

"*... quando percebeu que a pessoa de Sérgio Ramos Mendes estava nadando, enquanto sua namorada nadava junto consigo e dançava, instante no qual aproximou-se a pessoa de Murilo Barbosa* (sic) *da Silva e disse: 'vocês querem meter vão na zona', foi quando Sérgio interpelou Murilo, dizendo que as coisas não eram bem assim; que Sérgio manteve-se calmo, inclusive dizendo que não queria briga, mas Murilo muito alterado veio a desferir um chute em direção a Sérgio acertando-o de raspão no rosto, pois Sérgio estava na água e Murilo do lado de fora, em uma posição bem acima da vítima*" (...) "*... que passados alguns instantes, quando Sérgio saía da piscina, este foi abordado por Murilo que aproximou-se com o revólver na mão e, quando estava a* (sic) *aproximadamente um metro de distância, veio a puxar o gatilho da arma, que veio a 'mascar', não disparando; que Murilo ainda tentou dar outro disparo com a arma, foi no exato instante em que Vandeir, irmão da vítima, aproximou-se e atracou-se com Murilo, vindo ambos a caírem no chão, momento em que Vandeir conseguiu desarmar Murilo, que acabou por levantar-se e procurou novamente briga, armando-se com uma faca*" (...). Na fase instrutória (fl. 83), Paulo confirmou integralmente seu depoimento prestado no inquérito.

c) Vandeir Mendes Cunha (fl. 06-TJ):

"*... que o depoente percebeu que o conduzido presente estava muito alterado, foi quando abriu sua 'pochete', vindo a retirar um revólver de seu interior, aproximando-se de Sérgio com a arma em punho; que o depoente em um ato reflexo aproximou-se, percebendo que Murilo puxou o gatilho da arma, que acabou por não disparar, momento em que 'pulou' em cima de Murilo, vindo a impedi-lo de continuar a acionar a arma, vindo ambos a caírem no chão; que após 'rolarem no chão' o depoente e Murilo, acabou por conseguir desarmá-lo, ao que Murilo levantou-se e ainda mostrou-se disposto a brigar, armando-se com um faca*" (...). Em juízo (fls. 93 e 94), seu relato mostrou-se semelhante ao dado na Polícia.

Percebe-se claramente nos autos a presença de duas versões conflitantes, não cabendo, neste momento processual, analisar qualitativamente as teses apresentadas. Tal competência é exclusiva, por disposição constitucional, do Tribunal do Júri.

Neste sentido:

"*Não pode o Juiz antecipar-se ao julgamento do Tribunal do Júri com*

uma interpretação definitiva e concludente da prova em favor de uma das versões existentes nos autos. O juízo de comparação e de escolha de uma das viabilidades decisórias cabe ser feito pelos jurados, e não pelo juiz da pronúncia" (*RT*, 557/369).

Não há, portanto, prova uníssona da legítima defesa. E, em tema de pronúncia, a absolvição sumária somente prevalece quando o caderno probatório, de forma estreme de dúvida, evidencia que o agente, além de não ter concorrido para o evento danoso, agiu sob o amparo de alguma das excludentes de criminalidade previstas na lei.

Destarte, cumpre deixar para que o Júri, em sua soberania, aprecie a excludente da ilicitude aventada, com melhores dados, quando do julgamento em plenário, quando poderá o acusado - com a amplitude assegurada pela Constituição Federal - demonstrar suas razões. As dúvidas a respeito da ocorrência da legítima defesa invocada nesta fase revertem-se contra o acusado pela aplicação do princípio do *in dubio pro societate*.

A pronúncia constitui juízo fundado de suspeita, e não o juízo de certeza exigido para a condenação. Daí que não vige o princípio do *in dubio pro reo*, mas se resolvem em favor da sociedade as eventuais incertezas propiciadas pela prova.

Diz a jurisprudência:

"*A absolvição sumária há que estribar-se em caso límpidos e cristalinos em que uma das excludentes surja nos autos de forma perceptível e inconteste*" (*RT*, 519/4.247).

"*A simples circunstância de ser a prova conflitante já autoriza e justifica a decisão de pronúncia, nos termos do art. 408, do CPP*" (*vide Revista dos Tribunais*, 587/296).

Quanto ao pleito defensivo de desclassificação do crime do artigo 121, *caput*, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do CP, para o do artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97, existindo nos autos indícios de que o acusado praticou homicídio tentado, não se há falar, nesta fase, em desclassificação para porte ilegal de arma, que é absorvido pela tentativa de homicídio, devendo a questão ser melhor analisada pelo juízo competente: o do Júri.

Lado outro, também não é possível a desclassificação da tentativa de homicídio para homicídio privilegiado, como requer o recorrente, pois é sabido, na forma do artigo 7º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, que:

"*O juiz da pronúncia, ao classificar o crime, consumado ou tentado, não poderá reconhecer a existência de causa especial de diminuição da pena*".

Constituindo-se a circunstância privilegiadora em causa especial de diminuição de pena, ao Júri é que competirá decidir sobre essa desclassificação, caso seja essa tese levantada ali pela defesa.

A jurisprudência não discrepa deste entendimento:

"*Vedado ao juiz da pronúncia, ao classificar o crime, reconhecer a existência de causa de diminuição de pena por expressa disposição do art. 7º da LICPP. A ocorrência, ou não, do homicídio privilegiado é matéria estranha à sentença de admissibilidade da acusação e deve ser questionado ao Júri conforme art. 492, § 1º, do CPP*" (TJSP - *RT*, 672/313).

"*O reconhecimento do homicídio privilegiado é providência que só pode ser considerada quando do julgamento pelo Tribunal do Júri*". Nesse sentido, *RT*, 504/338.

Pretende, por fim, o recorrente sua impronúncia pela infração conexa de resistência. Igualmente não há como atendê-lo, porque estaríamos proferindo julgamento de delito que não é de nossa competência.

Está o réu denunciado pela prática de crime conexo a delito de competência do Júri, motivo por que, agora, somente o Tribunal Popular poderá dizer de sua inocência, ou não, absolvê-lo, ou não.

É lição de ADRIANO MARREY:

"*O Juiz competente para processar os crimes da competência do Júri, na fase do* judicium accusationis, *não pode pronunciar o réu pelo crime doloso contra a vida e, no mesmo contexto processual, condená-lo ou absolvê-lo da imputação que seria da competência do Juízo singular, reunido, entretanto, na mesma denúncia, em virtude da conexão (CPP, art. 78, I). É que, assim procedendo, estaria a subtrair do Júri o julgamento desse outro delito, tornado igualmente de sua competência pela razão indicada*".

Por tais fundamentos, estando certo nos autos que a versão do acusado não restou suficientemente comprovada, sendo antagônica à versão da vítima, nego provimento ao recurso, confirmando, integralmente, a sentença de pronúncia.

Custas, a final.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

HOMICÍDIO CULPOSO PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - USO DE DOCUMENTO FALSO - CONCURSO MATERIAL - CRIME DOLOSO E CRIME CULPOSO - SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - DESCONSIDERAÇÃO DA PENA IMPOSTA AO CRIME CULPOSO - REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - CAPITULAÇÃO DO CRIME NA DENÚNCIA - *EMENDATIO LIBELLI* - PENA MAIS GRAVE - POSSIBILIDADE - SENTENÇA *EXTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA

- Em processo penal, a observância do princípio de correlação entre a sentença e a imputação deve ser aferida não em função da capitulação da denúncia, que é sempre provisória, mas da descrição do fato nela contida, tendo-se em vista ainda outro princípio informador: o da livre dicção do direito.

- Inocorre sentença *extra petita* quando o magistrado, procedendo à *emendatio libelli*, dá ao fato definição jurídica diversa da que consta na denúncia, ainda que, em conseqüência, aplique pena mais grave, nos termos do art. 383 do CPP.

- Sendo cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao único crime doloso (art. 304 do CP), praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena foi estabelecida em dois anos de reclusão, o crime culposo praticado em concurso material (art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro - Lei nº 9.503/97) não há de ser considerado para impedir a concessão do benefício, pois em relação a ele não prevalece o referido critério de natureza objetiva.

- Nos crimes culposos, pela regra do art. 44, I, do Código Penal, seja qual for a pena aplicada, cabível será a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que atendidas as demais exigências legais de ordem subjetiva.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 279.279-4/00 - Comarca de Minas Novas - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Penal e Processual Penal - Homicídio culposo na direção de veículo automotor e uso de documento falso - Sentença *extra petita* - Inocorrência - Capitulação do crime na denúncia - Irrelevância - Descrição dos fatos - *Emendatio libelli* - Pena mais grave - Possibilidade - Artigo 383 do CPP - Substituição das penas privativas de liberdade por restritiva de direitos - Concurso material - Crime doloso e crime culposo - *Quantum* total da reprimenda - Desconsideração da pena imposta para o delito culposo - Requisitos legais atendidos - Benefício concedido - Recurso parcialmente provido para este fim.

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, 26 de setembro de 2002. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Cuida-se de apelação interposta por Hermes Xavier Lopes contra decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Minas Novas, que o condenou às penas de dois anos de reclusão e dez dias-multa, e de três anos de detenção, por infração, respectivamente, aos artigos 304 do Código Penal e 302, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Segundo a denúncia, acolhida pela sentença, o acusado, inabilitado para conduzir veículos automotores, assumiu a direção de um automóvel Chevrolet D-20 e, perdendo o controle do carro, atropelou as vítimas Rosilene Pinheiro de Oliveira e Helaine Araújo Simões, colhendo-as sobre a calçada, matando a primeira e ferindo a segunda - fato este ocorrido em data de 8 de dezembro de 1998, na localidade de Francisco Badaró, naquela Comarca. Na ocasião, abordado por policiais, apresentou-lhes o réu uma carteira de motorista que, submetida a exame, constatou-se ser falsa.

Argúi o recorrente preliminar de nulidade da sentença, ao argumento de que teria o Magistrado decidido *extra petita* ao condená-lo como incurso no art. 302 do Código de Trânsito, eis que a denúncia havia capitulado a infração no art. 121, § 3º, do Código Penal, não tendo sido tal classificação alterada através de aditamento. Alternativamente, bate-se pela substituição das penas privativas de liberdade que lhe foram aplicadas, excluindo-se da sentença, por outro lado, a determinação de expedição de mandado de prisão após o seu trânsito em julgado, assinalando que tais pretensões foram deduzidas em embargos de declaração opostos contra a decisão, recurso este que, entretanto, não foi julgado.

Com as contra-razões de fls. 113/117, subiram os autos, manifestando-se a ilustrada Procuradoria de Justiça, nesta instância, pelo desprovimento da apelação, conforme parecer de fls. 131/149.

No essencial, é o relatório.

Conheço do recurso, atendidos que se acham os pressupostos de admissibilidade.

Não procede a preliminar suscitada pelo apelante.

Como cediço, em processo penal a observância do princípio da correlação entre a sentença e a imputação deve ser aferida não em função da capitulação da denúncia, que é sempre provisória, mas da descrição do fato nela contida, tendo-se em vista ainda um outro princípio informador: o da livre dicção do direito.

Como assinala MIRABETE, "*não pode o juiz julgar o réu por fato de que não foi acusado (*extra petita *ou* ultra petita*), ou por fato mais grave (*in pejus*), proferindo sentença que se afaste do requisitório da acusação*" (*Código de Processo Penal Interpretado*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, p. 831).

Não está o magistrado, contudo, jungido à classificação procedida pelo Órgão do Ministério Público na inicial. Consoante o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, "*poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave*".

Foi o que ocorreu na espécie.

Ao que se vê dos autos, continha a denúncia a descrição das elementares do tipo previsto no art. 302 do Código de Trânsito - já em vigor à época dos fatos -, inclusive das causas de aumento de pena previstas em seu parágrafo único, incisos I (não possuir habilitação para dirigir ou carteira de habilitação) e II (praticar o fato em faixa de pedestres ou calçada), o que permitiu ao Magistrado reconhecer esta nova figura penal, específica, em detrimento daquela capitulada na referida peça acusatória, procedendo à denominada *emendatio libelli*.

De se rejeitar, portanto, a preliminar.

Procede, contudo, o inconformismo da defesa no tocante à ausência de substituição das penas privativas de liberdade por restritiva de direitos.

Embora não esteja explícito na sentença, ao que tudo indica, deixou o Magistrado de se manifestar acerca da substituição em razão do *quantum* final da reprimenda, resultante da soma das duas penas aplicadas, em concurso material, que superou os quatro anos a que alude o art. 44, I, do Código Penal.

Não há de prevalecer, porém, o referido óbice.

Cabível a substituição em relação ao único crime doloso (art. 304 do CP), praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena foi estabelecida em dois anos de reclusão, o crime culposo praticado em concurso (art. 302 da Lei 9.503/97) não há de ser considerado para impedir a concessão do benefício, pois em relação a ele não prevalece o referido critério de natureza objetiva.

Pela regra do art. 44, I, do Código Penal, nos crimes culposos, seja qual for a pena aplicada, cabível será a substituição, desde que atendidas as demais exigências legais de ordem subjetiva.

No caso em apreço, verifica-se que o apelante atende a todos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, sendo de se observar que foram estabelecidas em seus patamares mínimos as penas-base.

Do exposto, provejo parcialmente o recurso para conceder ao acusado a substituição das penas privativas de liberdade que lhe foram impostas por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Tendo em vista a quantidade da pena, cinco anos, substituo-a por duas restritivas de direitos, consistentes, a primeira, em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a critério do juízo da execução, pelo prazo da condenação; e a segunda, em prestação pecuniária no valor de mil reais, a serem pagos aos pais da vítima - facultada a providência prevista no § 2º do referido dispositivo -, valor este que deverá ser deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, nos exatos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

INCÊNDIO QUALIFICADO - ART. 250, § 1º, INCISO II, LETRA *H*, DO CÓDIGO PENAL - ACUSADO QUE ATEIA FOGO EM MOITA DE CAPIM ATINGINDO ÁREA DE PASTAGEM E POSTES DE LUZ E TELEFONE - LOCAL HABITADO - TRÂNSITO DE ANIMAIS E PESSOAS - EXISTÊNCIA DE PERIGO COMUM E DE DOLO - DELITO CARACTERIZADO

- O crime de incêndio reclama a existência de perigo comum e concreto, expondo a perigo tanto a vida como o patrimônio de outrem, exigindo, ainda, o dolo genérico. Comete o crime de incêndio qualificado previsto no art. 250, § 1º, inciso II, letra *h*, do CP aquele que, agindo com dolo, pelo menos eventual, uma vez que o resultado lhe era previsível, ateia fogo em local habitado, com trânsito de animais e pessoas, vindo este a se alastrar e queimar extensa área de pastagem, expondo a perigo a vida e o patrimônio alheio.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 279.414-7/00 - Comarca de Paraopeba - Relator: Des. LUIZ CARLOS BIASUTTI

Ementa oficial: Crime de incêndio qualificado - Acusado que ateia fogo em moita de capim, em terreno da vítima, vindo este a se alastrar e queimar extensa área de pastagem, diversos postes de fiação de luz e telefone, chegando próximo à residência da vítima, sendo contido por vizinhos - Materialidade comprovada - Autoria induvidosa - Delito caracterizado - Condenação mantida.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 19 de setembro de 2002. - *Luiz Carlos Biasutti* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na Comarca de Paraopeba, após regular instrução criminal, foi Gilmar da Rocha Silva condenado à pena de 04 anos de reclusão, em regime aberto, e 13 dias-multa, no seu valor mínimo, como incurso nas sanções do art. 250, § 1º, inciso II, *h*, c/c art. 65, I, ambos do Código Penal, ao final substituída por duas restritivas de direitos, a teor do art. 44 do Estatuto Penal, consistentes em prestação de serviços comunitários e limitação de fim de semana, pelo fato de, em 06.09.1998, por volta das 16 horas, em companhia de um menor, ter ateado fogo em uma capineira próxima à Praça Getúlio Vargas, Centro de Cordisburgo, com a nítida intenção de produzir incêndio, sendo que o fogo se alastrou, vindo a atingir pastagem, o padrão da Cemig, a rede telefônica e a cerca de um imóvel.

Inconformado com o decreto condenatório, interpõe Gilmar da Rocha Silva, através da defensora pública, o presente recurso de apelação, pleiteando a cassação do *decisum* de 1º grau, porque frontalmente contrário à prova dos autos.

Argumenta, em síntese, "*que em seu interrogatório, o acusado admite ter ateado fogo em terreno de propriedade do Sr. Tuzinho, juntamente com outros colegas, negando a autoria destes*", de propriedade do Sr. Juvenal, e que a sua versão dos fatos é confirmada pela própria "vítima" e pelos colegas do acusado, presentes no local.

Alega, mais, que o fogo ateado pelo acusado e seus amigos "*não o foi em terreno de propriedade da vítima*", conforme ressai da prova testemunhal.

O recurso foi contrariado, manifestando-se o Dr. Promotor de Justiça pela manutenção da sentença de 1º grau.

Em seu parecer, manifesta-se o douto Procurador de Justiça pelo desprovimento do recurso da defesa.

A materialidade do crime está comprovada no laudo pericial de fls. 26/27, concluindo os Srs. Peritos que do incêndio resultou perigo para a vida alheia e risco para o patrimônio de outrem, abrangendo a área incendiada uma queimada no quintal, que se iniciou próximo ao poço de água e se alastrou, até alcançar a plantação existente no lado esquerdo e posterior do imóvel. Constatou-se, ainda, que o fogo atingiu aproximadamente 400 m² de área de capim para gado (pastagem), o padrão da Cemig, a rede telefônica, chegando próximo à garagem da casa.

Quanto à autoria, o acusado, na fase inquisitiva, afirma que colocou fogo no capim próximo ao córrego, mas que esta área não pertence ao Sr. Juvenal (interrogatório de fl. 11 e v.).

Em juízo, afirma que colocou fogo a uns 15 metros de um córrego na beirada de um barranco, e o terreno pertence a "Tuzinho". Afirma, ainda, que sua intenção era "espantar os mosquitos" (fl. 41).

Por sua vez, declara a vítima Juvenal de Souza Viana que não estava em casa no dia dos fatos; que o córrego passa dentro do terreno do depoente; que a capineira queimou toda; que correu muito risco, pois havia um carro na garagem e por pouco não queimou; que o fogo começou perto do padrão de luz (fl. 51).

A téstemunha Rodrigo da Silva Barbosa, presencial dos fatos, relata, com riqueza de detalhes, o acontecido. Narra que, em companhia do acusado, do irmão deste e de um outro rapaz, estavam trabalhando na construção de uma laje para um tio do depoente, quando resolveram ir para um córrego; que primeiro foram para o córrego que fica no terreno de "Tuzinho" e colocaram fogo no meio do pasto, para melhorar o acesso ao córrego; posteriormente, "*quando estavam voltando do córrego o acusado colocou fogo numa 'moitona' no terreno do Juvenal, que fica do lado da cooperativa*"; "*que perto da moita que o acusado colocou fogo, ficava uma cerca e também a casa de força que leva energia para a casa de Juvenal*" (depoimento de fl. 59).

As demais testemunhas inquiridas na instrução criminal afirmam que presenciaram o acusado atear fogo no capim, em terreno de propriedade de "Tuzinho" (depoimentos de fls. 54, 55 e 63).

Assim, o que ressai claro e insofismável do contexto probatório é que o acusado, após o trabalho, em companhia de outros rapazes, com a intenção de tomar banho de córrego, adentraram o terreno do Sr. Tuzinho e atearam fogo no capim. Não satisfeitos, foram para a parte do córrego no terreno da vítima Juvenal. Após se banharem, Gilmar, o

acusado, ateou fogo em uma moita no quintal do sítio da vítima, vindo este a se alastrar e queimar extensa área de pastagem, diversos postes de cerca e fiação de luz e telefone. O fogo chegou próximo à residência da vítima, sendo contido por vizinhos.

Ora, o crime de incêndio reclama a existência de perigo comum e concreto, expondo a perigo tanto a vida como o patrimônio de outrem, o que, *in casu*, ocorreu nas duas hipóteses, conforme ressai do laudo pericial e da prova testemunhal.

Reclama, ainda, o dolo genérico, ou seja, a vontade de causar incêndio e de este acarretar perigo comum.

Na hipótese dos autos, é do próprio acusado a afirmativa de que "*quando o fato ocorreu era período de seca e que tinha conhecimento de que quando a brachiária está seca tem condições de pegar fogo mais fácil*".

Assim, agiu, pelo menos, com dolo eventual, pois o resultado lhe era previsível, e, mesmo assim, assentiu na sua ocorrência.

Ademais, tratava-se de local habitado, com trânsito de pessoas e animais, iminente, portanto, a exposição ao perigo de vida e à incolumidade pública.

De resto, conforme demonstrado na prova técnica e testemunhal, o fogo "posto" atingiu uma extensa área de pastagem, a configurar o incêndio qualificado, previsto no § 1°, inciso II, alínea *h*, do art. 250 do Código Penal, a impor a condenação do réu nos exatos termos da sentença ora combatida.

Correta a dosimetria da pena, fixada em seu mínimo legal, e substituída a pena corporal por duas restritivas de direito, na forma de cumprimento determinada na sentença.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso, para manter, em sua íntegra, a decisão de 1° grau.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DECRETO-LEI N° 201/67 - PREFEITO - AQUISIÇÃO DE MERCADORIA PELA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL - SUPERFATURAMENTO NÃO DEMONSTRADO - DOLO INEXISTENTE - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Nos crimes previstos no Decreto-lei n° 201/67, o elemento subjetivo e condição indispensável para a punição do agente é o dolo. Tais delitos não são de mera conduta, mas de natureza formal, deles devendo decorrer um resultado de dano ou perigo para o erário.

- Estando o produto adquirido com o preço fixado dentro de patamares realizáveis no mercado, não se pode falar em cometimento de crime de enriquecimento de terceiros com base em superfaturamento de mercadorias pela Administração Pública municipal.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 287.560-7/00 - Comarca de Lajinha - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Apelação criminal - DL 201/67 - Prefeitura - Superfaturamento de mercadorias - Não-demonstração - Dolo - Não-demonstração - Condenação - Impossibilidade. - Considerando-se que o produto adquirido se encontrava com o preço fixado dentro de patamares realizáveis no mercado, não há se falar em cometimento de crime de enriquecimento de terceiros com base em superfaturamento de mercadorias pela Administração Pública municipal. Os preceitos do Decreto-lei 201/67 se referem a delitos dolosos, que só são puníveis a título de dolo, ou seja, quando o agente busca intencionalmente o resultado ou assume o risco de produzi-lo. "*Nos crimes definidos no DL 201/67 o elemento subjetivo é o dolo, que ocorre com a apropriação indevida ou desvio, com o fim de proveito, dele ocorrendo dano à administração, seja pela diminuição efetiva do patrimônio, seja pela falta ou aumento devido*". Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 27 de dezembro de 2002. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Trata-se de recurso de apelação manejado pelo Ministério Público contra r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Lajinha, nos autos da ação penal movida pelo apelante contra o apelado Adair Rodrigues Smith, por infração do disposto no art. 1°, III e XI, do Decreto-lei 201/67, e art. 89 da Lei 8.666/93, nos termos do art. 70 do Código Penal.

Em sede de razões recursais exsurge o inconformismo do apelante, que pretende a reforma do r. *decisum*

para condenar o apelado como incurso nas sanções do art. 1°, I, do Decreto-lei 201/67.

As contra-razões da defesa vieram em infirmação óbvia.

Manifestando-se em parecer da lavra do Dr. Ronaldo César de Faria, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso manejado.

É, em síntese, o relatório.

O recurso de apelação manejado é próprio e tempestivo, preenche todos os demais requisitos objetivos e subjetivos de conhecimento e admissibilidade, motivo pelo qual dele se conhece.

Em que pesem os doutos fundamentos expendidos nas razões recursais, bem como no laborioso parecer da Procuradoria de Justiça, cumpre registrar que razão não assiste ao apelante, devendo-se negar provimento ao recurso, decisão que se adota em voto por ocasião do julgamento.

Certamente, o valor dos produtos adquiridos possibilitava ao alcaide realizar a aquisição sem o devido processo licitatório, todavia não vislumbro no presente caso o desvio de verba ou qualquer fraude ao erário ou mesmo dilapidação do patrimônio, conforme narrado pelo i. RMP *a quo* (fl. 537).

No que tange à alegação de que o produto fora faturado acima do valor de mercado - visando ao desvio de verba pública -, entendo que o quadro elaborado à fl. 538, com base nos documentos de fls. 251/256, demonstra uma grande oscilação de preços, haja vista que em datas distintas o cimento apresentou cotações diferentes, tanto para mais quanto para menos.

Ora, nesse diapasão, entendo que a culta Magistrada *a quo* agiu com basilar acerto, mormente quando expendeu o seguinte:

"*Quanto à acusação, prende-se a acusação em demonstrar que o valor do cimento à época, embora variasse em função da moeda estrangeira - dólar -, o acusado superfaturou o preço unitário do saco de cimento para enriquecer-se ilicitamente, pagando R$7,90 (sete reais e noventa centavos) ao invés de R$6,50 (seis reais e cinqüenta centavos), apropriando-se de 21% do total pago*" (fl. 530).

Da mesma forma, a culta Magistrada continua dizendo que "*diante do substrato probatório acostado aos autos destacado pela defesa em suas alegações finais, restou demonstrada a realidade da época da aquisição do cimento, haja vista a inflação galopante existente, fato notório vivenciado por todos nós, não dependente de força probante, pois é sabido que determinado produto comprado em um dia, no dia seguinte, e às vezes em poucas horas, o preço variava, conforme a variação flutuante do dólar, situação esta que, na verdade, embasa as alegações do acusado, quando se refere ao contrato firmado em determinada data, em confronto com os preços de mercado no dia a dia, não podendo modificar o avençado, de acordo com o princípio da força vinculante que rege tal manifestação de vontade* - pacta sunt servanda -, *ainda que o fim destinado para o produto comprado fosse para o bem-estar comum e no interesse social*" (fl. 531).

Ademais, se houve a diferença, esta não foi discrepante a ponto de caracterizar um superfaturamento. É que a variação entre a cotação máxima e mínima juntada aos autos é de R$0,40 (quarenta centavos de real) a R$1,40 (um real e quarenta centavos). Observe-se que não estamos a negar a possibilidade de rompimento unilateral do contrato lesivo, todavia falar em adoção de um fato do príncipe com relação a um valor ínfimo ao erário é, verdadeiramente, uma temeridade.

Conforme impendeu a MMª. Juíza de Direito *a quo*, "*refoge do âmbito do presente feito julgar as conclusões da Comissão Processante, porém há de se convir que tais conclusões não podem afastar a certeza da verdade real transparente que emana dos presentes autos, afastando o acusado da imputação que lhe foi imposta*", principalmente pela inexistência do dolo exigível para ocorrência da prática do delito capitulado na denúncia.

Nesse diapasão, a jurisprudência é assente no sentido de que "*nos crimes definidos no DL 201/67 o elemento subjetivo é o dolo, que ocorre com a apropriação indevida ou desvio, com o fim de proveito, dele ocorrendo dano à administração, seja pela diminuição efetiva do patrimônio, seja pela falta ou aumento devido*" (TJSC - PCO 359 (88.091539-0) - Rel. Nilton Macedo Machado).

Da mesma forma, "*os crimes previstos no Dec.-lei 201 não são de mera conduta, mas de natureza formal, envolvendo um resultado de dano ou de perigo, ínsito na conduta do agente. Não basta, pois, que este os pratique, livre e conscientemente; é necessário, ainda, que tenha a intenção de lesar o erário público*" (ADV 7.133).

Com efeito, verifica-se que, no presente caso, realmente não há qualquer resquício de que ocorrera superfaturamento dos cimentos adquiridos, principalmente pela difícil realidade econômica enfrentada por nosso País. Não demonstrado, portanto, o dolo exigível para condenação do apelado.

À alegação de que o apelado fora cassado pelo Legislativo municipal por práticas não condizentes com o cargo, insta salientar que, neste processo, estamos a analisar um fato, e não a pessoa que o praticou. Vale dizer, trata-se de direito penal do fato, e não do autor. Por isso, não podemos considerar aspectos referentes à pessoa do apelado para formar juízo de censura a seu respeito.

Assim, não há se falar na prática de delito relativo ao superfaturamento de mercadorias, muito menos em enriquecimento ilícito próprio ou

de terceiros, nos termos do art. 1°, I, do Dec.-lei 201/67.

Ante tais fundamentos é que finalizo o voto, fazendo-o para negar provimento ao recurso e manter incólume a r. sentença vergastada.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

JÚRI - NULIDADES - INOCORRÊNCIA - IRREGULAR FORMAÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA - PARTICIPAÇÃO DE ESTAGIÁRIA AUXILIAR DO JUÍZO - POSSIBILIDADE, DESDE QUE A MESMA NÃO TENHA ATUADO ANTERIORMENTE NO PROCESSO - VÍCIO DO QUESTIONÁRIO - INEXISTÊNCIA - LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - TESE REPUDIADA PELOS JURADOS - PRELIMINARES REJEITADAS

- Logo após o quesito relativo à ocorrência ou não de erro plenamente justificado pelas circunstâncias, deve-se indagar se, acaso existente a situação de fato imaginada pelo agente, seria lícita sua conduta, de acordo com a nova sistemática do erro sobre as causas justificantes adotada pela Reforma Penal de 1984.

- Mérito - Decisão popular manifestamente contrária à prova dos autos - Cassação - Impossibilidade - Veredicto plenamente apoiado no arcabouço probatório - Aplicação da Súmula 28 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal - Apelação criminal - Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 289.022-6/00 - Comarca de Brasília de Minas - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: Apelação criminal - Júri - Nulidades - Inocorrência - Irregular formação do Conselho de Sentença - Participação de estagiária auxiliar do Juízo - Possibilidade, desde que a mesma não tenha atuado anteriormente no processo - Vício do questionário - Inexistência - Legítima defesa putativa - Tese repudiada pelos jurados - Preliminares rejeitadas. - Logo após o quesito relativo à ocorrência ou não de erro plenamente justificado pelas circunstâncias, deve- se indagar se, acaso

existente a situação de fato imaginada pelo agente, seria lícita sua conduta, de acordo com a nova sistemática do erro sobre as causas justificantes adotada pela Reforma Penal de 1984. Mérito - Decisão popular manifestamente contrária à prova dos autos - Cassação - Impossibilidade - Veredicto plenamente apoiado no arcabouço probatório - Aplicação da Súmula 28 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal - 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 E NEGAR PROVIMENTO. MANDADO DE PRISÃO.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2002. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela sentença de fls. 142/143, a MM^a^. Juíza-Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Brasília de Minas, dando acolhimento ao soberano veredicto popular, condenou o réu Valdomiro Gonçalves de Souza como incurso nas sanções do art. 121, § 2°, I (motivo torpe), do Código Penal, impondo-lhe a pena privativa de liberdade de doze anos de reclusão, em regime fechado.

Inconformada, a defesa interpôs o presente recurso, onde suscita, preliminarmente, nulidade do julgamento popular, aduzindo: a uma, que a Jurada Grayce Ribeiro Lima não poderia ter funcionado no Conselho de Sentença, porquanto impedida pelo fato de ser estagiária do Juízo; a duas, que a quesitação acerca da tese da legítima defesa putativa foi defeituosa e, finalmente, que "*a ata deixou de constar o resultado da votação, bem como o nome da testemunha dispensada pela defesa, arrolada na contrariedade ao libelo*" (fl. 154). No mérito, alega ser a decisão popular manifestamente contrária à prova dos autos, pugnando por sua cassação.

Contra-razões ministeriais às fls. 157/167, batendo-se pela manutenção do decisório recorrido.

Devidamente processado o apelo, a ilustrada Procuradoria de Justiça, em parecer lançado às fls. 172/176, manifestou-se por seu conhecimento e desprovimento.

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Inicialmente, sustenta a defesa ser nulo o julgamento popular, levantando três preliminares: por haver atuado como jurada uma estagiária/auxiliar da MM^a^. Juíza que presidiu a sessão; pela não submissão aos jurados da série própria de quesitos referentes à legítima defesa putativa e, finalmente, por não ter constado em ata o nome da testemunha arrolada na contrariedade ao libelo, que foi dispensada pela defesa e nem o resultado da votação dos quesitos.

O art. 252 do CPP, aplicável, por força do art. 458 do mesmo diploma aos membros do Júri, proíbe funcionar no julgamento o jurado que haja atuado anteriormente no processo ou que possua cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, que o tenha feito. São, ainda, impedidos de servir no mesmo Conselho de Sentença, marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto e madrasta e enteado (art. 462 do CPP).

Verificadas as hipóteses legais de exclusão de jurados, conclui-se, sem muito esforço, inexistir qualquer óbice à participação da estagiária Grayce Ribeiro Lima no julgamento, posto que, como bem esclareceu a nobre Juíza (fl. 145, *in fine*), a mesma não participou de qualquer ato do processo. Aliás, tivesse o defensor, de fato, discordado de tal decisão, poderia, além de manifestar seu inconformismo de forma expressa (e não através de meros "questionamentos", *vide* ata de fls. 144/147), ter recusado peremptoriamente aquela jurada, como lhe faculta o art. 459, § 2°, do CPP.

No que tange à quesitação da descriminante putativa, alega o recorrente que a mesma "*não foi completa, (...) deixando de constar os quesitos referentes à suposta agressão, se era atual ou iminente, se era injusta, se o acusado usou os meios necessários para repelir essa suposta agressão, se o réu usou esses meios moderadamente*" (fl. 154).

Antes de enfrentar a *quaestio*, impõe-se situar em nosso *ius positum* o tratamento dispensado ao erro sobre as causas de justificação.

Como cediço, o legislador da reforma penal de 1984 optou pela teoria limitada da culpabilidade, distinguindo entre o *erro sobre a existência ou sobre os limites da excludente de ilicitude* - equiparado ao erro de proibição (atingindo a culpabilidade) - e o erro sobre os pressupostos fáticos dessas excludentes - equiparado ao erro de tipo, que afasta o dolo e, portanto, a própria tipicidade do fato (art. 20, § 1°, do CP).

A tese defensiva é exatamente a legítima defesa putativa - hipótese de erro de tipo, que ocorre quando, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, o agente supõe situação de fato que, se existisse, tornaria sua ação legítima. O questionário, portanto, deve se adequar a esse equacionamento legal, ou seja, após os quesitos normais acerca da autoria, materialidade e letalidade do crime, o Conselho de Sentença deve ser inquirido *se o réu, em virtude de erro plenamente justificado pelas circunstâncias supôs encontrar-se em agressão à sua pessoa* (*vide* 3° quesito - fl. 139) e, ainda, *se tal agressão existisse, se seria lícito seu procedimento* (4° quesito - fl. 139). Afirmado esse último quesito, o Júri reconheceria que a situação fática imaginada pelo agente, já admitida no quesito anterior, tornaria sua ação legítima (resultando na absolvição). *In casu*, verifica-se que o quarto quesito nem chegou a ser votado, ou seja, *entenderam os jurados inexistir situação de fato suposta pelo réu a tornar sua conduta legítima*, restando inadmitida a tese da legítima defesa putativa (*apud Teoria e Prática do Júri* - ADRIANO MARREY e ALBERTO SILVA FRANCO - Cap. II, p. 512 e ss., Ed. Revista dos Tribunais).

Como se vê, não há qualquer vício no questionamento da tese do erro sobre os pressupostos fáticos da legítima defesa, laborando em equívoco o culto defensor ao pugnar pela quesitação da legítima defesa real, após o terceiro quesito.

Destarte, a irresignação da defesa encontra-se sepultada pelo manto da preclusão (art. 571, VIII, do CPP), porquanto, após a formulação dos quesitos pela MMª. Juíza, quedou-se silente (fl. 146, *in fine*).

Quanto às últimas preliminares, deve-se dizer que o fato de não constar da ata o nome da testemunha faltosa dispensada pela defesa é mera irregularidade, em nada prejudicando o réu, pois, como bem lembrou o eminente Procurador de Justiça, "*a defesa bem sabe qual testemunha ela dispensou*" (fl. 175). Por outro lado, a assinatura do defensor constituído na ata atesta sua concordância com tudo o que ali está inserto, inclusive com o teor do formulário de quesitos (não impugnado, em momento algum, durante a sessão de julgamento).

Rejeitam-se, pois, as preliminares.

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante.

Com efeito, é dos autos que, no dia dos fatos, a vítima Onofre, que se encontrava preso na cadeia pública local e havia sido autorizado a trabalhar extramuros, foi atraída para fora do estabelecimento prisional até uma olaria, onde possuía alguns tijolos. Chegando ao local, tencionando vender o referido material de construção, passou a organizá-lo, quando, subitamente, surgiu o ora apelante e lhe desferiu dois tiros, que lhe ceifaram a vida. Segundo as testemunhas, após os tiros mortais, o ofendido ainda tentou evitar novas agressões, mas veio a cair ao solo a poucos metros do local onde veio a ser inicialmente alvejado, tendo o réu disparado por mais três vezes contra o mesmo sem, contudo, atingi-lo.

Como se vê, o veredicto popular encontra pleno amparo nas provas dos autos, pelo que não se há falar em submissão do réu a novo julgamento, mesmo porque, nos termos da Súmula 28 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal, "*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*".

Pelo exposto, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso.

Expeça-se mandado de prisão.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO. MANDADO DE PRISÃO.

-:::-

TÓXICO - TRÁFICO - ASSOCIAÇÃO - PROVA DA AUTORIA - INDÍCIOS E PRESUNÇÕES CONCORDANTES COM OS DEMAIS ELEMENTOS CONTIDOS NOS AUTOS - VALIDADE - CRIME HEDIONDO - PENA - CUMPRIMENTO INTEGRALMENTE EM REGIME FECHADO - SÚMULA Nº 46 DO TJMG

- A prova da autoria não se faz apenas de maneira direta, mas também por indícios e presunções, que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção. Os indícios, quando concludentes e exclusivos de qualquer hipótese favorável ao acusado, autorizam um juízo condenatório.

- A terceira causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76 encerra duas hipóteses inteiramente distintas. A primeira determina a majoração, quando qualquer dos crimes da lei decorre de associação; a segunda, quando a pessoa visada for menor de 21 anos.

- A teor da Súmula nº 46 do TJMG, 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. Assim, deve o réu cumprir a pena integralmente em regime fechado, não tendo direito aos benefícios da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), salvo o livramento condicional, depois de ultrapassados dois terços da pena.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 294.865-1/00 - Comarca de Santa Rita de Caldas - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Tóxicos - Tráfico - Associação - Agentes surpreendidos pela polícia em um sítio, em cujo local guardavam 554,50 quilos de maconha - Negativa de autoria - Prova indiciária concordante com os demais elementos contidos nos autos - Validade - Crime hediondo - Regime de cumprimento de pena - Integralmente fechado. - A prova da autoria não se faz apenas de maneira direta, mas também por indícios e presunções que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção. Os indícios, quando concludentes e exclusivos de qualquer hipótese favorável ao acusado, autorizam um juízo condenatório. A terceira causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/76 encerra duas hipóteses inteiramente distintas. A primeira determina a majoração quando qualquer dos crimes da lei decorre de associação; a segunda, quando a pessoa visada for menor de 21 anos. A Lei 9.455/97 (Lei de Tortura) não revogou a Lei 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) - Súmula nº 46 do TJMG. - Recursos conhecidos e improvidos.

RELATÓRIO

Misael Pedroso, Alexandre Furiati Françoso, Carlos Augusto de Castro, Paulo Donizete Fortunato Teixeira, Osmar Veronese Marques e Dorival Marques, já qualificados nos autos, foram denunciados na Comarca de Santa Rita de Caldas como incursos nas sanções do art. 12, c/c o art. 18, III, da Lei 6.368/76.

De acordo com a peça vestibular, no dia 04.12.96, no sítio Campinho, localizado no Bairro Sepultura, Município de Ipiúna, Comarca de Santa Rita de Caldas, foi encontrada uma grande quantidade de *Cannabis sativa lineu*, vulgarmente conhecida como maconha.

Segundo o apurado, Misael Pedroso e os demais réus encontravam-se no sítio Campinho, onde pretendiam estabelecer novo entreposto de drogas. Sua descoberta deu-se ante a prisão em flagrante de Claudiomar Ferreira, na Cidade de Mogi-Mirim/SP, que informou aos policiais da DISE-Delegacia de Investigações sobre Entorpecentes - de Campinas/SP, sobre o paradeiro de Misael Pedroso. Dessa forma, policiais paulistas, com o apoio das Polícias Civil e Militar do Estado de Minas Gerais, efetivaram a prisão do réu Misael. Encontravam-se também, na ocasião, os demais réus, entre os quais os detentos foragidos Carlos Augusto de Castro e Alexandre Furiati Françoso, quando foram recambiados às cadeias de origem. No dia seguinte, ante a possível existência de substâncias entorpecentes na propriedade onde ocorreram os fatos, realizou-se regular busca que resultou na apreensão de mais de meia tonelada de maconha.

Após regular instrução, foram os réus Misael Pedroso, Alexandre Furiati Françoso e Dorival Marques condenados, a saber: o primeiro à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime prisional integralmente fechado, e ao pagamento de 88 (oitenta e oito) dias-multa, à proporção de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato; os dois

últimos, cada um, à pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no mesmo regime prisional, e ao pagamento de 72 (setenta e dois) dias-multa, no patamar mínimo para o dia-multa. Os demais acusados foram absolvidos com fulcro no art. 386, VI, do CPP (fls. 670/696).

Inconformados, interpuseram os réus Alexandre Furiati Françoso e Dorival Marques recursos de apelação para a superior instância, postulando em suas razões a absolvição por insuficiência de provas, tendo o primeiro pleiteado ainda, alternativamente, a decotação da causa de aumento prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/76, posto que a ação delituosa não visou menor de 21 anos, e a mudança do regime prisional integralmente fechado para o inicialmente fechado. O segundo sustentou também o afastamento da qualificadora por entendê-la inocorrente (fls. 702 - 704 - 769/783 - 808/840).

Os recursos foram contra-arrazoados, tendo a douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, opinado pelo seu conhecimento e improvimento.

Recursos próprios, tempestivamente manifestados, com processamento e remessa regulares.

É, em síntese, o relatório.

À douta revisão.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 27 de dezembro de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Srª. Desª. Márcia Milanez - Conheço dos recursos, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A irresignação dos apelantes com o decreto condenatório é injustificável, posto que a abundante prova colhida nos autos demonstrou de modo inequívoco a participação dos dois no episódio criminoso narrado na peça inaugural.

Com efeito, de acordo com o apurado nos autos, o traficante Claudiomar Ferreira foi preso em flagrante na Cidade de Mogi-Mirim/SP. Interrogado por policiais da Delegacia de Investigações sobre Entorpecentes (DISE), da Cidade de Campinas, acabou revelando o paradeiro do mais afamado traficante de São Paulo, Misael Pedroso, há tempos procurado pela Polícia.

Assim, no dia 04 de dezembro de 1996, integrantes da Polícia do

Estado de São Paulo, auxiliados por policiais civis e militares do Estado de Minas Gerais, numa cuidadosa operação, invadiram o sítio denominado "Campinho", localizado no Bairro Sepultura, Município de Ipuiúna, supreendendo a todos, inclusive Misael Pedroso, também conhecido como "rei da maconha". Na ocasião, os agentes da autoridade não conseguiram localizar o entorpecente por estar ali muito bem escondido. Mas no dia seguinte retornaram à propriedade rural e depois de intensas buscas encontraram e apreenderam a expressiva quantia de 554,50 quilos de maconha.

A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de apreensão e pelos laudos de constatação e de exame toxicológico definitivo, além de fotografias da grande quantidade de barras do entorpecente.

No que concerne à autoria, a prova não deixa margem de dúvida sobre a efetiva participação dos réus Alexandre e Dorival no evento criminoso.

A versão deles de que se encontravam no sítio para prestação de serviço lícito é um engodo e não passa de mero e usual expediente de defesa. Todos dois, com péssimos antecedentes e íntimos de Misael, o "rei da maconha", que chegou e adquiriu o sítio "Campinho", em Ipuiúna, com a falsa identidade de "José Roberto", tinham pleno conhecimento de estarem se associando a ele para a prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Aliás, muita gente na região sabia dos propósitos criminosos daquele bando. A garota de programa Lucimara dos Santos informou no depoimento policial que conheceu no bordel da Cida um homem que se dizia chamar "Zé", "*que a procurou na pensão para que fizessem um programa juntos; depois de tê-lo conhecido na pensão, a informante passou a freqüentar um sítio nas proximidades de Ipuiúna, o qual o 'Zé' dizia ser dele; poucos dias depois de tê-lo conhecido e ter começado a freqüentar o seu sítio, ele disse à informante que iria receber em alguns dias um carregamento de maconha que seria jogado no sítio por um avião, que seria trazido do Paraguai por pessoas que a informante não sabe quem era*"; de certa feita, segundo ela, "Zé" mostrou-lhe a maconha recebida (fl. 26).

Seria ingenuidade supor que os réus-apelantes fossem sair de São Paulo para trabalhar em plantio de milho e capim e engorda de gado em um sítio no interior de Minas Gerais com área aproximada de 36 hectares. Espantoso constatar também que em terreno tão pequeno existissem, para a mesma finalidade, seis pessoas, incluindo o proprietário Misael Pedroso.

Na verdade, a única coisa que fizeram no local foi iniciar a construção de um canil, certamente para abrigar cães bravios com o objetivo de afugentar intrusos ou curiosos.

Induvidoso que Alexandre e Dorival se encontravam no sítio em

companhia dos outros com o único objetivo: auxiliar Misael no recebimento da espantosa quantidade de entorpecente, camuflá-lo apropriadamente para depois distribuí-lo no comércio varejista do Estado de São Paulo e de Minas Gerais.

A testemunha Joaquim Roberto Franco tanto na fase policial quanto em juízo asseverou com segurança que a sua propriedade confronta com o sítio "Campinho". E Alexandre Furiati Françoso, alcunhado de "Bolão", chegou àquele local junto com Misael. E a esposa deste era levada ao sítio por Dorival Marques.

No interrogatório judicial, Alexandre negou participação nos fatos com versão absolutamente falsa. Alegou que se encontrava preso na Cadeia Pública de Mogi-Mirim por porte de entorpecentes. Os presos, certo dia, organizaram uma fuga em massa e o obrigaram a dela participar, sob pena de sofrer retaliações futuras. Como já ouvira falar em Misael Pedroso e sabendo que ele tinha um sítio em Minas Gerais, resolveu fugir e procurar a sua propriedade. Levou dois dias procurando o sítio e finalmente o localizou, entrando em contato com Misael, a quem pediu autorização para permanecer ali por uma semana.

A sua alegação é simplesmente fantasiosa e até mesmo ridícula, pois o que emerge cristalino, de todas as circunstâncias, é que ele fugiu da Cadeia Pública de Mogi-Mirim com o propósito de unir-se ao bando de criminosos que se abrigava em zona rural do Sul de Minas.

Indubitavelmente, não há que se falar em insuficiência de provas, porquanto todos os indícios evidenciam, de modo categórico, que os réus/apelantes se associaram ao "rei da maconha" para a prática do crime previsto no art. 12 da Lei de Tóxicos.

A prova da autoria não se faz apenas de maneira direta, mas também por indícios e presunções que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção. Os indícios, quando concludentes e exclusivos de qualquer hipótese favorável ao acusado, autorizam um juízo condenatório.

"*De acordo com o princípio da livre convicção do Juiz, a prova indiciária ou circunstancial tem o mesmo valor das provas diretas, pois, mesmo que a prova estritamente extrajudicial não possa embasar condenação, se, somada a outras, apresentar elementos positivos de credibilidade, é o suficiente para dar base a uma decisão condenatória*" (TJSP - *RT*, 748/599).

"*O indício vale como qualquer outra prova e impossível o estabelecimento de regras práticas para apreciação do quadro indiciário. Em cada caso concreto, incumbe ao Juiz sopesar a valia desse contexto e admiti-lo como prova, à luz do art. 239 do CPP. Uma coleção de indícios, coerentes e concatenados, pode gerar a certeza reclamada para a condenação*" (TACRIMSP - *RT*, 758/583).

Dúvida não há de que o farto material foi apreendido no sítio "Campinho", e não em outro local, como sugerem os ilustres defensores. Também não existe dúvida de que os 554,50 quilos de maconha pertenciam a Misael e seu bando de criminosos e destinavam-se ao comércio clandestino.

Inadmissível ainda a tese alternativa esposada pela defesa de Alexandre, segundo a qual inocorreu a majorante do art. 18, III, da Lei 6.368/76, porque não se comprovou nos autos "*qualquer associação com menores, ou ainda com pessoas incapacitadas de pleno discernimento*".

Ensina VICENTE GRECO FILHO (*Tóxicos - Prevenção e Repressão*, p. 126) "*que a terceira causa de aumento de pena de um a dois terços encerra, na verdade, duas hipóteses bastante distintas. A primeira determina a majoração quando qualquer dos crimes da lei decorre de associação; a segunda, quando a pessoa visada for menor de 21 anos*".

No caso, como se percebe, a majorante decorreu da associação entre os agentes para a prática do tráfico de entorpecentes. Aqui a associação se equipara à qualificadora do art. 155, § 4°, IV, ou do art. 157, § 2°, II, do Código Penal.

"*A causa de aumento da pena, prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/76 (associação), é aplicável quando ocorre concurso de agentes, independente da participação de menor. Essa associação criminosa deverá ser de caráter eventual, configurativa de simples concurso de agentes, pois, havendo quadrilha previamente organizada, está consubstanciado o crime autônomo previsto no art. 14 da referida lei*" (STJ - REsp 89.680-PR - 6ª T., Rel. Min. William Patterson - *DJU* de 24.02.1997 - *RT*, 740/570).

"*Para a configuração da causa de aumento previsto no art. 18, III, da Lei de Tóxicos, basta a mera co-autoria, ainda que eventual. Difere, pois, do ar. 14 do mesmo diploma legal, que cuida de delito autônomo, onde se exige associação estável e permanente*" (STJ - REsp 98.916-SP - 6ª T., Rel. Min. Anselmo Santiago - *DJU* de 08.09.1997 - *RT*, 746/586).

Por último, improcede o pedido alternativo de mudança do regime prisional estabelecido na sentença.

Ressalte-se que a Lei 9.455/97 não revogou a Lei 8.072/90 no que pertine ao cumprimento de penas. Os condenados por crimes hediondos (exceto o de tortura) devem cumprir a pena integralmente no regime fechado, não tendo direito aos benefícios da Lei de Execução Penal, salvo o livramento condicional, depois de ultrapassados dois terços da pena.

Aliás, a matéria aqui trazida a exame já foi submetida, por várias vezes, ao crivo do colendo Supremo Tribunal Federal (ao qual cabe dar a palavra final na interpretação das leis e da Constituição); e, em todas, a

solução foi a mesma, ou seja, os condenados por crimes considerados hediondos, ou a eles equiparados, devem cumprir a pena no regime integralmente fechado.

"Habeas corpus. - *Improcedência das alegações de inépcia da denúncia (que está, inclusive, preclusa ante a sentença condenatória), de vícios no auto de prisão em flagrante (questão que não repercute na validade da ação penal) e da atuação dos intérpretes, de deficiência de fundamentação da sentença condenatória, de insuficiência do conjunto probatório para a condenação, e do ataque à vedação da progressão de cumprimento da pena (inexistindo, também, a pretendida revogação dessa vedação pelo art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97).* Habeas corpus *indeferido*" (STF - *HC* 75.858-2-MS, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 27.02.98, p. 02).

Em diversos julgados posteriores, a Excelsa Corte manteve o mesmo entendimento: *HC* 76.8670-1-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 22.05.98, p. 05; *HC* 77.117-0-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 14.08.98, p. 07; *HC* 77.368-2-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 14.08.98, p. 07; *HC* 77.023-5-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 14.08.98, p. 06; *HC* 76.991-8-MG, Rel. Min. Carlos Veloso, *DJU* de 14.08.98, p. 06; *HC* 76.949-1-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 22.05.98, p. 05; *HC* 77.562-MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 09.04.99.

A questão acabou sendo levada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, e outra não foi a solução (*HC* 76.860-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 22.05.98, p. 05).

O próprio Superior Tribunal de Justiça reformulou seu entendimento e passou a negar sistematicamente a progressão, confirmando a subsistência da Lei nº 8.072/90 (R*HC* 7.347-MG, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 06.06.98, p. 180 e *HC* 7.226-SP, Rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 22.06.98).

Acentue-se que a questão aqui suscitada, por tantas vezes repetida, já está consolidada pela Súmula nº 46 deste egrégio Tribunal, com a aprovação do grupo de Câmaras Criminais: "*A Lei 9.455/97 (Lei de Tortura) não revogou a Lei 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).

Isto posto, nego provimento aos recursos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

PRISÃO DOMICILIAR - REGIME ABERTO - INEXISTÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO NA COMARCA - AUSÊNCIA DE VAGA - CASOS NÃO PREVISTOS NO ART. 117 DA LEI Nº 7.210/84 - FILHO MENOR - ADOLESCENTE AMPARADO POR PARENTES DA CONDENADA - AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE CUIDADOS ELEMENTARES DA MÃE - INTELIGÊNCIA DO ART. 117, III, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

- A inexistência de casa de albergado na comarca ou a ausência de vaga nesse estabelecimento não autoriza a concessão do benefício da prisão domiciliar, fora das hipóteses contempladas no art. 117 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), mormente quando as regras do regime aberto vêm sendo observadas.

- O filho menor a que se refere o art. 117, III, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) é aquele que necessita dos cuidados elementares da mãe. Não se enquadra nessa situação o adolescente que vive em companhia de parentes da condenada. O benefício é concedido mais em favor da criança ou do deficiente que necessitam do amparo maternal.

HABEAS CORPUS Nº 295.086-3/00 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Relator: Des. KELSEN CARNEIRO

Ementa oficial: Prisão domiciliar - Regime aberto - Inexistência de vaga em casa de albergado - Situação que não autoriza o benefício - Concessão apenas aos casos estritamente delineados no art. 117 da LEP - Regras do regime aberto observadas - Condenada que se recolhe à cadeia pública somente à noite e nos finais de semana. - A impossibilidade material de o Estado instituir casa de albergado não autoriza o Poder Judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar fora das hipóteses contempladas, em caráter estrito, no art. 117 da LEP, mormente quando as regras do regime aberto vêm sendo observadas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 1º de outubro de 2002. - *Kelsen Carneiro* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - Kely Wenceslau da Costa impetra a

presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, alegando que sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, que lhe indeferiu pedido para que cumprisse, no regime domiciliar e na Cidade paulista de Jacareí, o restante da pena pela qual se encontra condenada.

Alega a impetrante que a decisão é ilegal, porquanto, embora tenha sido deferida em seu favor a progressão para o regime aberto, a comarca não dispõe de casa de albergado, o que a obriga a se recolher todas as noites, e no final de semana, a uma cela comum da cadeia pública local. Salienta, mais, que possui uma filha de 15 anos de idade que necessita de seus cuidados.

Dirigida a impetração ao Tribunal de Alçada, aquela Corte de Justiça declinou da competência para este Sodalício, por se encontrar a paciente/impetrante cumprindo pena pelo crime de homicídio simples.

Indeferida a liminar e prestadas as informações de estilo pela autoridade apontada como coatora, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem.

É o relatório resumido.

Inexiste o alegado constrangimento ilegal.

Conforme já tive a oportunidade de me manifestar, em diversos outros *habeas corpus* semelhantes ao presente, somente pode ser beneficiado com a prisão domiciliar aquele sentenciado cuja situação se enquadrar em uma das hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal, ou seja, quando for maior de 70 anos; estiver acometido de doença grave; tratar-se de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; ou condenada gestante.

Fora dessas situações, estritamente definidas no mencionado dispositivo, e nas quais a paciente não se enquadra, não é possível conceder o benefício, ainda que a comarca não disponha ou não exista vaga em casa de albergado.

Aliás, a respeito do tema o Pretório Excelso já teve a oportunidade de se manifestar, concluindo que:

"... *a impossibilidade material de o Estado instituir casa de albergado não autoriza o Poder Judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar fora das hipóteses contempladas, em caráter estrito, no art. 117 da LEP*" (Pleno do STF, *HC* 68.118-2-SP, Rel. Celso de Mello, *DJU* de 25.02.1994).

É certo que a paciente tem uma filha menor. Entretanto, não se trata de criança que necessita de cuidados básicos da mãe, mas de uma adolescente com 15 anos de idade, que se encontra morando na companhia de parentes, não estando, portanto, desamparada.

Ora, é evidente que o filho menor a que se refere o art. 117, III, da Lei de Execução Penal é aquele que necessita dos cuidados elementares da mãe, situação em que, a toda evidência, não se enquadra a filha da paciente.

Conforme assinala MIRABETE, ao comentar o dispositivo em questão, "*o benefício é concedido mais em favor da criança ou do deficiente, que necessita do amparo maternal*" (*Execução Penal*, 5ª ed., Atlas, 1995, p. 296).

A respeito do assunto já decidiu a Segunda Câmara Criminal deste Tribunal:

"*Agravo - Pena - Regime de prisão domiciliar - Filho menor - Impossibilidade - Ausência de comprovação de que a criança, que já possui idade significativa, necessita de permanecer ao lado da agravante - Recurso improvido*" (Ag. 210.351-3.00 - Rel. Des. Herculano Rodrigues - j. em 22.02.2001).

Além do mais, as regras do regime aberto vêm sendo observadas. A paciente somente se recolhe à cadeia pública à noite e nos finais de semana e, certamente, em cela destinada aos condenados que cumprem a sua pena naquele regime.

Pelo exposto, denego a ordem.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

HOMICÍDIO - RÉU SEMI-IMPUTÁVEL - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO, NA SEGUNDA INSTÂNCIA, POR MEDIDA DE SEGURANÇA - POSSIBILIDADE - SEGUNDA APELAÇÃO PELO MÉRITO - INADMISSIBILIDADE - § 3º DO ART. 593 DO CPC

- Consoante o disposto na parte final do § 3º do art. 593 do CPC, não se admite segunda apelação pelo mérito, no tocante a tema de julgamento do Júri.

- Sendo o réu semi-imputável, apresentando efetiva periculosidade, e tendo os peritos recomendado acompanhamento e tratamento neurológico, nada obsta a substituição da pena privativa de liberdade por internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, o que pode ser feito na segunda instância, em recurso da própria defesa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 295.783-5/00 - Comarca de Espera Feliz - Relator: Des. MERCÊDO MOREIRA

Ementa oficial: Homicídio - Preliminar rejeitada - Réu semi-imputável - Júri que nega a semi-imputabilidade - Recurso pretendendo a redução da pena, com base nesta circunstância. - Afirmada a semi-imputabilidade do réu, associada à sua periculosidade efetiva, com recomendação pelos peritos de acompanhamento e tratamento neurológico, torna-se imprescindível a substituição da pena pela internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, o que pode ser feito em segunda instância, em recurso da própria 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2002. - *Mercêdo Moreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Mercêdo Moreira - Cleiton Barbosa Félix foi denunciado e pronunciado, na Comarca de Espera Feliz, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I (motivo torpe) e IV (recurso que impossibilitou a defesa do ofendido), do CP, porque, no dia 1º de abril de 2000, por volta das 14 horas, no interior de um açougue situado na Rua Américo Vespúcio de Carvalho, nº 140, centro do Município de Caparaó, utilizando-se de uma faca, matou a vítima Ronaldo Cândido de Souza.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, foi o acusado absolvido. Em recurso de apelação porém, oferecido pelo Ministério Público, este Tribunal cassou a decisão, com fulcro no art. 593, III, *d*, do CP, em face da inexistência de prova acerca da inimputabilidade do réu, determinando a realização de exame de sanidade mental do mesmo.

Submetido a novo julgamento, foi o réu condenado nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do CP, tendo recebido pena de 14 (quatorze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado.

Contra essa decisão, o acusado ofereceu recurso de apelação, objetivando, em preliminar, a anulação do julgamento:

1) porque os jurados desconsideraram a conclusão do segundo laudo pericial, dando o mesmo como semi-imputável; e

2) por ter havido reconhecimento concomitante do privilégio (motivo de relevante valor moral) e da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

No mérito, pleiteia a cassação da v. decisão, para que seja submetido a outro julgamento, por terem os jurados decidido de maneira contrária à prova dos autos, de vez que comprovada, através de exame pericial, a sua semi-imputabilidade, bem como a redução da pena com base no art. 26, parágrafo único, do CP.

Há contra-razões em prol da manutenção da v. decisão.

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 242/245-TJ, opina pelo desprovimento do apelo.

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

A primeira preliminar argüida envolve questão de mérito e será, em conseqüência, com este apreciada.

Em relação à segunda preliminar, observo que a sua argüição decorre de equívoco do apelante, de vez que o Tribunal do Júri não reconheceu a figura do homicídio privilegiado.

Rejeito, portanto, essa preliminar.

No tocante ao mérito, *data venia*, a matéria relativa à desconformidade da decisão dos jurados com a prova dos autos não comporta conhecimento, sob pena de se afrontar o que dispõe o art. 593, § 3º, *in fine*, do Código de Processo Penal.

Essa matéria já foi apreciada quando do julgamento do primeiro recurso interposto pela Promotoria, tendo, inclusive, este Tribunal dado provimento ao mesmo.

Em segundo julgamento, mesmo que o recurso agora seja do acusado, não há como este Tribunal conhecer da matéria de mérito já antes apreciada.

Nesse sentido é o entendimento da 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 Código de Processo Penal*" (*RT*, 650/270).

Ocorrendo, pois, inadequação legal para a interposição do segundo recurso pelo mérito, não há como se conhecer do mesmo nesta parte.

No tocante à redução de pena pleiteada, observo que, comprovada nos autos, como está, a semi-imputabilidade do réu e referindo-se esta questão à aplicação da pena, matéria de competência do Juiz togado, e não dos jurados, pode o Tribunal apreciá-la e sobre ela decidir, apesar da negativa do Tribunal do Júri.

Assim sendo, não vejo como deixar de considerar o apelante um semi-imputável, portador que é de perturbação da saúde mental, a diminuir-lhe a capacidade de entendimento e de auto-controle, comprovada por laudo pericial.

Como o laudo pericial de fls. 38/44, em suas conclusões e na resposta ao 5° quesito do Ministério Público, afirma que o réu tem comportamento agressivo e apresenta periculosidade ensejadora de internação, confirmadas essas assertivas pela própria dinâmica dos fatos narrados nos autos, a condenação do réu deverá ser mantida, mas substituída pela aplicação de medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pelo prazo mínimo de três anos, tendo em vista o grau de periculosidade evidenciado pelo réu.

Essa substituição é possível em sede de apelação, ainda que esta seja apenas de defesa, porque determinada no interesse curativo do semi-imputável. Máxime quando a aplicação da norma é pedida pelo próprio recorrente.

É o que se vê dos seguintes arestos:

"*No sistema da nova Parte Geral do Código Penal é possível a substituição da pena pela medida de segurança do art. 98 do CP em sede de apelação, ainda quando esta seja apenas da defesa, não se aplicando a Súmula 525 do STF, elaborada quando vigente o sistema do duplo binário*" (STJ - REsp - Rel. Dias Trindade - *RT*, 655/366).

E ainda:

"*Nada impede que se opere a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, consistente em internação em casa de custódia e tratamento psiquiátrico, em 2ª instância e em recurso exclusivo da defesa, porque determinada no interesse curativo do semi-imputável, assim reconhecido em diligência determinada pela Câmara*" (TJSP - AC - Rel. Cunha Camargo - *RT*, 628/297).

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso, para substituir a pena privativa de liberdade resultante da condenação do réu por medida de segurança de internação, nos termos acima expostos.

Custas, pelo Estado.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

A Srª. Desª. Jane Silva - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - REMISSÃO - CONCESSÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - CUMULAÇÃO COM ADVERTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - JUIZ - CONCESSÃO DE REMISSÃO E APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA ANTES DA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - OITIVA DO MENOR E DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NECESSIDADE

- O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/90) contempla duas espécies de remissão: uma, de iniciativa do promotor de justiça, antes de iniciado o procedimento para apuração do ato infracional; outra, de iniciativa do juiz, quando já instaurado o processo. A primeira espécie constitui atribuição do Ministério Público, que, como titular da ação, pode entender que, no caso concreto, a instauração do procedimento não trará benefícios para o menor. A segunda é da competência do juiz e constitui verdadeira forma de suspensão ou extinção do processo.

- Sendo a remissão proposta pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento de apuração do ato infracional, não pode o juiz homologar o seu pedido, concedendo-a, e ainda aplicar ao menor medida socioeducativa. Para a concessão de remissão e para a aplicação de medida socioeducativa pelo juiz é necessário que antes seja realizada audiência de apresentação, com a oitiva do menor infrator e do Ministério Público.

- A remissão concedida pelo Ministério Público, antes de oferecida representação, não pode ser cumulada com medida socioeducativa.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 295.942-7/00 - Comarca de Guapé - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Ementa oficial: ECA - Concessão de remissão pelo MP - Cumulação com advertência - Impossibilidade - Aplicação de medida socioeducativa pelo juiz antes de oferecida a representação - Impossibilidade. - A remissão que pode ser concedida pelo Ministério Público, antes de oferecida representação, não pode ser cumulada com medida socioeducativa. A aplicação de medida socioeducativa pelo juiz pressupõe a realização de audiência de apresentação, com a oitiva do menor infrator e do Ministério Público.

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, 21 de novembro de 2002. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de fl. 15, que homologou remissão proposta pelo Ministério Público e aplicou a medida socioeducativa de serviços à comunidade e suspendeu o processo até o cumprimento integral da medida acima estipulada.

O recorrente alega que a remissão concedida foi cumulada com medida socioeducativa diversa da concedida pelo Ministério Público; que a medida aplicada foi exacerbada e afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; que houve desrespeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana, porque a cumulação de remissão com medida socioeducativa só é admitida em procedimento judicial.

Contra-razões foram apresentadas (fls. 39/42-TJ).

Em exercício do juízo de retratação, foi mantida a r. decisão (fl. 44-TJ).

O d. Procurador de Justiça manifestou-se pela anulação da sentença (fls. 49/51-TJ).

Conheço do recurso.

Como sabido, duas são as espécies de remissão contempladas pelo ECA: uma, de iniciativa do promotor de justiça, antes de iniciado o procedimento para apuração do ato infracional; outra, de iniciativa do juiz de direito, uma vez já instaurado o processo.

A primeira espécie é atribuição do Ministério Público, que, sendo o titular da ação socioeducativa, pode entender que, no caso concreto, a instauração do procedimento não trará benefícios para o menor.

A segunda, compete ao juiz e constitui verdadeira forma de suspensão ou extinção do processo.

Nesse sentido:

"A Lei 8.069/90 previu duas espécies de remissão. A primeira, a ser concedida pelo representante do Ministério Público, antes de se iniciar o procedimento judicial para apuração do ato infracional, 'como forma de exclusão do processo, atendendo a circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional' (art. 126 do ECA). A segunda, a ser concedida pela autoridade judiciária, após iniciado o procedimento, 'importará na suspensão ou extinção do processo' " (TJSP, ACv 12.740- 0, Rel. Des. Garrigós Vinhaes).

No caso dos autos, o MP concedeu a remissão antes de iniciado o procedimento de apuração de ato infracional com o oferecimento da representação.

O MM. Juiz, ao homologar o pedido de remissão, entendeu por concedê-la ao adolescente, aplicando-lhe, ainda, uma medida socioeducativa.

Com o mais respeitoso pedido de vênia, tenho que essa remissão não poderia ter sido concedida, vez que a remissão que, segundo o ECA, pode ser concedida pelo juiz, somente o pode ser após realizada a audiência de apresentação, ouvido o menor infrator e o Ministério Público (art. 186, § 1°).

Nesse sentido:

"Nos termos do § 1° do art. 186, depois de ouvir o menor é que o juiz poderá conceder a remissão, se a entender adequada, ouvido o Ministério Público.

Assim e como, segundo regra de hermenêutica, a lei não contém disposições inúteis nem contraditórias, a conclusão que se tira é a de que a remissão pode ser concedida a qualquer tempo, antes da sentença, mas depois da audiência de apresentação.

Aliás, como adverte Wilson Donizeti Liberati, a audiência deve mesmo acontecer para que o magistrado 'possa aferir as características da personalidade do adolescente, sua situação familiar e social, a extensão e gravidade do ato infracional praticado'. Somente depois da audiência é que 'o juiz terá condições de formar sua convicção a respeito da medida a ser aplicada. Se entender adequada, poderá aplicar a remissão' " (cf. ALBERTO SILVA FRANCO e outros *in Leis Penais e Sua Interpretação Jurisprudencial*, v. 1, Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2001, p. 480).

Na mesma linha de entendimento:

"Nos atos infracionais praticados por adolescentes, a remissão, uma vez oferecida a representação, pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença, mas sempre após a audiência de apresentação, com a oitiva do menor infrator e do Ministério Público" (STJ, REsp, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 2.9.1999, *RT*, 775/572).

Por fim, a decisão impugnada, na forma como proferida, está a configurar verdadeiro cerceamento de defesa, *data venia*, tendo em vista que ao representado está sendo aplicada uma medida socioeducativa, sem que tenha sido ele préviamente ouvido.

A propósito, a remissão concedida, por ser anterior à instauração do procedimento, é a pré-processual, a qual, segundo iterativa jurisprudência, *"é incompatível com a aplicação de medida socioeducativa"* (TJSP, ACv, Rel. Des. Torres de Carvalho, *JTJ-LEX*, 150/73).

É de se ressaltar, por fim, que o Ministério Público, a quem compete a concessão da mencionada remissão pré-processual, também não pode, como se deu nos presentes autos, pretender a aplicação de medida socioeducativa com ela cumulada.

Diante do exposto, com a devida vênia, dou provimento ao recurso interposto pela defesa, para anular o feito a partir da concessão da remissão c/c advertência, por parte do Ministério Público, nos termos do parecer do d. Procurador de Justiça.

Sem custas.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS FILHA DO RÉU - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - CRIME HEDIONDO - CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRALMENTE EM REGIME FECHADO - PALAVRA DA VÍTIMA - CREDIBILIDADE - TENTATIVA DE ESTUPRO - INOCORRÊNCIA

- Em delitos de natureza sexual, especialmente atentado violento ao pudor, não se impõe a apuração de vestígios do ato libidinoso praticado, dada a sua típica clandestinidade. Acolhe-se, nessas circunstâncias, a palavra da vítima, quando apoiada em provas ou indícios colhidos nos autos.
- Demonstrada a ocorrência do crime de atentado violento ao pudor, não há motivo legal para acrescentar à condenação a tentativa de estupro - sustentada apenas na palavra da vítima - se não apurados sinais de ofensa vaginal.

- O crime de atentado violento ao pudor praticado contra menor de quatorze anos é considerado hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90, devendo o réu cumprir sua pena integralmente em regime fechado, sem direito à progressão do regime prisional.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 297.140-6/00 - Comarca de Cambuquira - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: Costumes - Dupla condenação do autor - Atentado violento ao pudor e tentativa de estupro - Vítima menor de quatorze anos - Filha do réu - Palavra da vítima - Credibilidade - Consistência com as demais provas dos autos - Constrangimento à prática de atos libidinosos - Suficiência probatória - Violência presumida - Crime hediondo - Regime prisional integralmente fechado - Aplicação correta da Lei 8.072/90 - Estupro - Tentativa improvada - Redução da pena correspondente - Porte ilegal de armas - Materialidade comprovada - Autoria reconhecida pelo acusado e testemunhas - Alegação de não-uso - Impertinência - Recurso parcialmente provido.

RELATÓRIO

S.S.R., qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 214, c/c o art. 224, *a* e *c*, e arts. 225, § 1º, II, e 226, II, bem assim no art. 213, c/c os arts. 14, II, 224, *a* e *c*, 225, § 1º, II, e 226, II, na forma do art. 71, também do CP, tudo porque, no fim da tarde de 10.02.2002, constrangeu sexualmente sua filha M.M.R., com quase treze anos de idade, acariciando seu corpo e sugando-lhe os seios, atitude esta que repetia duas outras iniciativas do réu, nas quais teria tentado relacionar-se sexualmente com a vítima.

Foi também denunciado como infrator do art. 10 da Lei nº 9.437/97, pela posse e guarda ilegal de um revólver Rossi, calibre 32, e uma garrucha Lerap, dois canos, calibre 22.

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Cambuquira, julgando procedente, *in totum*, a denúncia, condenou o acusado à reclusão, integralmente em regime fechado, de sete anos e seis meses pelo crime de atentado violento ao pudor, e de dois anos e onze meses pela tentativa de estupro, mais um ano de detenção e dez dias-multa em razão da posse ilegal das armas de fogo.

Inconformado, o acusado apela, com vista à absolvição em relação aos delitos de atentado violento ao pudor e porte ilegal de armas de fogo, alegando não estar caracterizado o primeiro, e o não-uso das armas. Pede, finalmente, a redução da pena relativa à condenação pela tentativa de estupro por não tratar-se de crime hediondo, e a progressão do regime prisional.

Nas contras-razões a Promotoria de Justiça pugna pelo improvimento do recurso. No mesmo sentido é o parecer da doutra PGJ, na pessoa do ilustre Procurador Gerardus Magela Lima Filho.

É, em síntese, o relatório.

À douta revisão do Des. Zulman Galdino.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2002. - *Edelberto Santiago* - Relator.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2003. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - (Lê o relatório nos autos.)

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

Os autos informam que o apelante foi denunciado e condenado como incurso nas sanções do art. 214, c/c o art. 224, *a* e *c*, e art. 225, § 1º, II, e art. 226, II, bem assim no art. 213, c/c os arts. 14, II, 224, *a* e *c*, 225, § 1º, II, e 226, II, na forma do art. 71, também do CP, isso porque, no fim da tarde de 10.02.2002, constrangeu sexualmente sua filha M.M.R., com quase treze anos de idade, acariciando seu corpo e sugando-lhe os seios, atitude esta que repetia duas outras iniciativas do réu, nas quais teria tentado relacionar-se sexualmente com a vítima.

Foi também denunciado e condenado por infração do art. 10 da Lei nº

9.437/97 pela posse de duas armas de fogo (um revólver e uma garrucha).

Inexistem provas materiais dos crimes contra a liberdade sexual, vez que os exames de corpo de delito (fls. 31/32 e 33/34) afirmaram a ausência de quaisquer sinais de ofensa física. Todavia, como é sabido, em delitos desta natureza, especialmente no atentado violento ao pudor, não se impõe a apuração de vestígios do ato libidinoso praticado, dada a sua típica clandestinidade. Acolhe-se, nessas circunstâncias, a palavra da vítima, quando apoiada em provas ou indícios colhidos nos autos.

Sem embargo, *in casu*, a prova pericial mostra-se, a meu sentir, de importância capital na definição da ação delituosa do acusado. Ainda assim, impende, em primeiro lugar, confirmar-lhe a culpabilidade, inequivocamente caracterizada nas declarações seguras e coerentes da vítima (fls. 17/18 e 79), bem assim por outros depoimentos colhidos (fls. 29, 30, 73, 74, 77, 78, 80, 87/88, 89 e 90/91), os quais, embora inspirados nas palavras da vítima, registram não só a reação da menina diante da reiterada importunação paterna, como o seu padecer moral e psicológico antes e depois da revelação desse martírio doméstico.

Com efeito, de nenhuma importância a negativa de autoria por parte do réu. Não era mesmo de se esperar outra atitude de um ser humano tão primitivo e de tamanha insensibilidade, como o delineado nos autos.

Voltando à prova material, tenho os exames de corpo de delito como suficientes à elucidação do crime praticado, pois os respectivos laudos, a par da avaliação técnica, respeitaram as declarações da vítima, complementando-as através da simulação, por ela própria, dos atos libidinosos praticados pelo acusado. Ali (fls. 31), com elogiável perspicácia, os médicos informaram que "*a menor relata ter sido manipulada pelo pai, com o dedo, por três vezes*", e, em resposta aos quesitos 1 e 2, ou seja, se ocorreu a prática dos atos libidinosos e em que consistiram, anotaram que:

"*Durante o exame, a menor indicou, com sua própria mão, que foi manipulada pelo pai na região do clitóris* e que não houve penetraçãono canal vaginal. O pai utilizou o dedo para amanipulação" (grifos acrescidos).

Como se vê, instada pelos peritos a reproduzir os atos praticados pelo pai, a menor não indicou sequer a ocorrência de carícias com os dedos no óstio vaginal, nem se referiu a qualquer tentativa de estupro, ou seja, com a utilização do pênis.

É de se ver, também, que no *acd* referente à possível conjunção carnal (fls. 33), a menor também não mencionou essa iniciativa pelo acusado. Não recuso o fato de que o ora apelante tivesse manuseado o pênis nos momentos de assédio à filha, nem a hipótese de que evitaria a possibilidade do estupro. Mas considero, ainda assim, por lógico, que, se ele estivesse, de fato, movido por esse intento, certamente o teria consumado, ou, pelo menos, deixado marcas da tentativa, tantas foram as vezes que forçou a menor a permitir-lhe a prática de atos libidinosos.

Além do mais, demonstrada a ocorrência do crime de atentado violento ao pudor, não há motivo legal para acrescentar à condenação a tentativa de estupro - sustentada apenas na palavra da vítima -, se não apurados sinais de ofensa vaginal, tendo em conta que o simples roçar do pênis na vulva está, em princípio, alcançado pela definição de atos libidinosos.

Afasto, portanto, *data venia*, a imputação da tentativa de estupro contemplada na sentença, entendendo faltar-lhe, como indispensável, a certeza da ocorrência do delito.

Ademais, a pena restritiva de liberdade, aplicável ao crime de atentado violento ao pudor, tratando-se de crime hediondo, é pesada e rigorosa, seja em razão da intensidade da pena, seja em face do cumprimento, integralmente, em regime fechado, suficiente, por isso, à repreensão da iniciativa delituosa do acusado.

No tocante ao delito do art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97, a materialidade delitiva está caracterizada através do auto de apreensão de fls. 24 e dos laudos de eficiência de arma de fogo às fls. 62 e 63.

O acusado, por sua vez, reconheceu a posse do revólver e da garrucha encontrados no porão da casa ocupada pelo vizinho, M.A.C., tendo este confirmado (fls. 26 e 76) a utilização do local pelo réu, bem assim as testemunhas R.M.S. (fls. 27 e 75) e C.D.C. (fls. 28 e 81), companheira do mesmo, que presenciaram a apreensão das armas pelos policiais signatários da comunicação de fls. 22.

Acertada, pois, a condenação no tocante ao porte ilegal das armas apreendidas, uma vez inaproveitável a alegação do não-uso das mesmas.

Finalmente, importa considerar que o crime de atentado violento ao pudor contra menor de quatorze anos é considerado hediondo, nos termos da Lei 8.072/90.

A esse respeito, perfilho o entendimento abaixo, do egrégio STF, de recente extração:

"*Ementa: Processual Penal.* Habeas corpus. *Atentado violento ao pudor. Violência ficta. Regime de execução. - Ressalvado entendimento do relator e seguindo o novo entendimento do Pleno do Pretório Excelso (Informativo 225), o atentado violento ao pudor, na forma básica, o que inclui o caso de violência presumida, é crime hediondo, incidindo, então, a regra inserida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90*" (*HC* nº 19.221/PR, Rel. Min. Felix Fischer, in *DJU* de 04.03.2002, p. 284.)

"*Ementa: Penal. Atentado violento ao pudor: Crime hediondo. Lei 8.072/90, com redação da Lei 8.930/94, art. 1º Código Penal, art. 214 e art. 213,* caput *e parágrafo único.*

- 1. O crime de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, Código Penal, art. 214, quanto na qualificada, Código Penal, art. 223,

caput *e parágrafo único, é hediondo,* ex vi *do disposto na Lei 8.072/90, com redação da Lei 8.930/94, art. 1º, V. Precedente do STF:* HC *81.288-SC, Velloso p/ acórdão, Pleno, 18.12.2001.*

- 2. No caso, o paciente foi condenado como incurso nas penas do art. 214, caput, *c/c arts. 224,* a, *61, II, e 226, III e 71, todos do Cód. Penal.*

- 3. HC *indeferido*" (*HC* nº 81.411-5/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, in *DJU* de 08.03.2002, p. 53).

Acertada, pois, a condenação do réu, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, fixando-lhe o regime de cumprimento da pena em integralmente fechado, portanto, sem direito à progressão do regime prisional, como pretendido.

Mercê dessas considerações, rendendo vênia ao MM. Juiz *a quo* e aos ilustres representantes ministeriais, dou provimento parcial ao recurso para, reformando a sentença, dela excluir a condenação referente à tentativa de estupro, ficando a reprimenda original reduzida à expressão de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para o delito do art. 214, c/c os arts. 224, *a* e *c*, e 226, II, do CP, além da pena de 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, para o crime do art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97, nos precisos termos do *decisum* hostilizado.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

PRISÃO EM FLAGRANTE - PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - REGISTRO DA INFORMAÇÃO AO RÉU DAS SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - INQUÉRITO POLICIAL - DEFESA - CONTRADITÓRIO - DESCABIMENTO - *HABEAS CORPUS* - EXAME APROFUNDADO DE PROVAS - INADMISSIBILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - AUSÊNCIA - ORDEM DENEGADA

- Não há que se falar em nulidade do auto de prisão em flagrante, se nele ficou registrado que o acusado, ao ser preso, foi informado das suas garantias constitucionais.

- Incabível reclamar contraditório no inquérito policial. A garantia constitucional de defesa aos acusados em geral não significa contraditório em fase pré-processual. Isso porque, na fase investigatória, não há acusado, mas indiciado. Depois, porque a defesa facultada nessa fase não implica obrigatoriedade da presença do advogado aos termos do procedimento, mas apenas assistência do advogado.

- Presentes os requisitos da prisão preventiva, é de se manter a prisão em flagrante do acusado, sendo impossível a concessão da liberdade provisória, se o réu não reside no distrito da culpa, não tem emprego definido e fixo e teve intensa e efetiva participação em bando criminoso. A manutenção da custódia cautelar se impõe, para garantir a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

- De acordo com o previsto no art. 7º da Lei nº 9.034/95, é vedado conceder o benefício da liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tiveram intensa e efetiva participação em organização criminosa.

- A primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa não bastam para a concessão da liberdade provisória, quando a preservação da prisão em flagrante se recomenda, pela presença dos motivos que autorizam a custódia preventiva.

- Em sede de *habeas corpus,* não se admite exame aprofundado de provas.

- Não se vislumbrando qualquer constrangimento ilegal amparável por *habeas corpus*, é de se denegar a ordem impetrada.

HABEAS CORPUS Nº 298.131-4/00 - Comarca de Matias Barbosa - Relator: Des. ODILON FERREIRA

Ementa oficial: Crimes de roubo qualificado e de quadrilha armada - I) Prisão em flagrante - Ato formalmente perfeito - Registro da ciência das garantias constitucionais - Ausência de nulidade - II) Presença dos requisitos da preventiva - Réu não residente no distrito da culpa, que não tem emprego definido e fixo e que teve intensa e efetiva participação no bando criminoso - Impossibilidade de concessão de liberdade provisória - Inteligência do artigo 7º da Lei 9.034/95. - "*Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa*" - III) Primariedade, bons antecedentes e residência fixa - Circunstâncias que não obstam a segregação preventiva - IV) Exame aprofundado de provas - Inadmissibilidade - Constrangimento ilegal inexistente - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2002. - *Odilon Ferreira* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Odilon Ferreira - Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos Drs. Heloísa Rodrigues Lino de Carvalho e Valdir Antônio de Carvalho, advogados inscritos na OAB/MG sob os nºs 89.623 e 85.345, respectivamente, em favor de E. A. C., preso em flagrante desde 11 de julho de 2002 e denunciado como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c os artigos 29 e 288, parágrafo único, todos do CP, sob a fundamentação de que está o paciente a sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

Alegam os impetrantes: a) que o paciente, ao fazer favor para o amigo, em momento algum imaginou que estivesse guardando objetos oriundos de crime; b) que o paciente sofreu ameaças e torturas psicológicas no Posto Policial; c) que, embora afirmado o contrário no *apf*, não teve o paciente garantidos os seus direitos previstos no artigo 5º, incisos LXII (2ª parte), LXIII e LXIV, da CF; d) que houve abuso de autoridade quando não se permitiu que nenhum acusado tivesse a assistência de advogado na hora da lavratura do *apf*, ou que o pai ou a mãe do paciente, ali presentes, o acompanhassem e fossem nomeados seus curadores; quando a autoridade obrigou os acusados a assinarem o *apf*, sem ao menos tê-lo lido, e quando a autoridade obrigou a testemunha Waldinélio a assinar um depoimento que não foi prestado por ele; e) que não há no *apf* provas de que o paciente tenha participado do crime, tecendo considerações acerca de declarações da vítima e depoimentos da testemunha Waldinélio da Silva Alves; f) que a denúncia narra uma estória, mais parecendo uma *reprise* dos filmes americanos; g) que o paciente, apenas por não saber que os objetos eram produto de crime, guardou-os; j) que sua conduta foi atípica, não se enquadrando em nenhum tipo penal; k) que é primário, de bons antecedentes, possui trabalho lícito e residência fixa e, apesar de preencher todos os requisitos, foi-lhe negado o direito à liberdade provisória.

Indeferida a liminar e requisitadas as informações de praxe, prestou-as a autoridade judiciária apontada coatora (fls. 88 e 89), salientando que: o paciente foi denunciado em data de 23 de julho de 2002 como incurso nas sanções dos artigos 157, § 2º, incisos I e II, 29, *caput*, e 288, parágrafo único, do CP (...). Que preexistem as condições para a prisão preventiva, dada a periculosidade dos acusados, inclusive o paciente; e, portanto, não há que se falar em prisão

ilegal ou liberdade provisória. Que ter emprego certo, ser trabalhador, não justifica seja posto em liberdade. Que na via estreita do *writ* os impetrantes tentam incursionar na prova dos autos, quando sabido que o remédio heróico não serve a tal fim. Que nulidade de flagrante inexiste, pois basta uma leitura do auto para se certificar que aos presos foi assegurado o direito constitucional.

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Edmar Augusto Gomes (fls. 141/143), opina pela denegação da ordem.

É o relatório, no que interessa.

Ab initio, devo salientar que não vislumbro qualquer irregularidade no *apf*. Encontra-se este formalmente correto, nada havendo que possa maculá-lo.

As nulidades alegadas pelos impetrantes não existem.

Consta do termo o registro do direito do paciente "*de permanecer calado, assistência de advogado e familiares, direito de ser respeitada sua integridade física e moral, direito de ter a sua prisão comunicada ao Juiz competente, conforme determina o artigo 5º, incisos LXII, LXIII e LXIV, da Constituição Federal*". Tal declaração goza de fé pública, reputando-se realizada. Não lograram os impetrantes colacionar provas do contrário.

Ademais, recebeu e assinou o paciente nota de ciência das garantias constitucionais (fl. 102).

Conforme consignei no *Habeas Corpus* nº 293.416-4, já decidiu o STJ que:

"*Penal. Processual. Atentado violento ao pudor. Dentista protético. Flagrante. Inquérito. Contraditório.* - 1. Se o auto de prisão em flagrante registra que o acusado ao ser preso foi informado dos seus direitos constitucionais, não se fala em nulidade. - *2. Não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no inquérito policial, que é apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denúncia formal que poderá ser recebida ou não pelo juiz. - 3. Recurso conhecido mas improvido*" (*RHC* 3.898/SC - *DJ* data: 24.10.1994 - Relator: Min. Edson Vidigal) (grifo nosso).

Por ser menor, foi-lhe nomeado curador, não havendo que se falar em nulidade por não terem sido os pais deste nomeados como seus curadores, vez que nem mesmo desejou o paciente que a sua prisão fosse a estes comunicada (fl. 17).

Lado outro, quanto às ameaças e torturas que alegam os impetrantes que o paciente sofreu, não foram comprovadas, mas, tão-somente, alegadas. Também não se demonstrou que foram os acusados e a testemunha Waldinélio da Silva Alves obrigados a assinarem o *apf*.

Igualmente descabida a alegação de que, se a testemunha Waldinélio tivesse sido perguntado, falaria que é irmão do co-denunciado Waltencir da Silva Alves e que deporia em favor

deste. Ora, referida testemunha sabe do parentesco referido, mas preferiu dizer a verdade sobre o irmão e sobre os demais comparsas, incluindo o ora paciente.

Por fim, incabível reclamar contraditório no inquérito policial. A garantia constitucional de defesa aos acusados em geral não significa contraditório em fase pré-processual. Isso porque, na fase investigatória, não há acusado, mas indiciado. Depois, porque a defesa facultada nessa fase não implica obrigatoriedade da presença do advogado aos termos do procedimento, mas apenas assistência do advogado, o que, conforme acima visto, foi assegurado ao paciente.

Portanto, descartada a nulidade do auto de prisão em flagrante.

Quanto ao pedido de liberdade provisória, a regra geral é a de que, em se tratando de prisão em flagrante, só se mantém preso o acusado reincidente ou portador de maus antecedentes, salvo se se tratar de crime hediondo ou a ele equiparado (Lei nº 8.072/90) ou *se presentes os requisitos da segregação preventiva* (art. 310, parágrafo único, do CPP).

In casu, o MM. Juiz *a quo*, perto que está do local dos acontecimentos e mais preparado para saber das circunstâncias que envolvem o crime, satisfatoriamente justificando sua decisão e atendendo ao parecer ministerial, posicionou-se no sentido de que não faz o paciente jus à liberdade provisória, sendo necessária a manutenção da sua custódia cautelar, mormente para a conveniência da instrução criminal.

Acertada a conservação da constrição no presente caso, pois, segundo revelam os autos, o paciente faz parte de uma quadrilha armada para a prática de roubos. Sua função era de guarda dos objetos subtraídos em todos os assaltos realizados pelos demais comparsas, anuindo previamente ao roubo, tendo sido apontado também como integrante de outros assaltos cometidos na região, sendo, assim, efetiva sua participação no bando, conforme depoimento da testemunha Waldinélio da Silva Alves.

Ademais, o paciente não reside no distrito da culpa, mas em Juiz de Fora, havendo necessidade de permanecer recolhido também a título de garantia da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Por outro lado, conforme bem observado pelo Ministério Público, "... *nem profissão definida o increpado possui, bem como não trabalha com carteira assinada*".

O delito de formação de quadrilha é por demais grave, daqueles que desassossegam o meio social e põem em risco a credibilidade da Justiça.

Cumpre ressaltar ainda que, de acordo com o previsto no artigo 7º da Lei 9.034/95, é vedado conceder o benefício da liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tiveram intensa e efetiva participação na organização criminosa, como no caso concreto.

Acrescente-se que, na hipótese dos autos, não bastam primariedade, bons antecedentes e domicílio certo para que se outorgue ao paciente a concessão do benefício, ora pleiteado.

Na esteira do entendimento do STJ:

"*A denegação da liberdade provisória, apesar da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, não acarreta constrangimento ilegal quando a preservação da prisão em flagrante se recomenda, pela presença dos motivos que autorizam a custódia preventiva*" (*RT*, 583/471).

Quanto às alegações relativas a: que o paciente, ao fazer favor para o amigo, em momento algum imaginou que estivesse guardando objetos oriundos de crime; que não há no *apf* provas de que o paciente tenha participado do crime, tecendo considerações acerca de depoimentos da vítima e da testemunha Waldinélio da Silva Alves; que a denúncia narra uma estória, mais parecendo uma *reprise* dos filmes americanos; que a conduta do paciente é atípica; que o paciente, apenas por não saber que os objetos eram produtos de crime, guardou-os, não podem ser elas discutidas na via estreita do *writ*, porque exigem análise aprofundada de prova.

Reiteradamente, tenho decidido que o caráter sumaríssimo do *habeas corpus* não permite que nele se proceda à ponderação de fatores subjetivos para se concluir, de antemão, pela inexistência da autoria, ou se a prova da materialidade vincula o paciente à quadrilha, pois o exame aprofundado dos elementos probatórios constitui matéria pré-excluída do âmbito deste remédio jurídico-processual.

A propósito, decidiu o STJ que:

"*O* habeas corpus *não se presta à apreciação ou análise de matéria que implica exame aprofundado de prova, ou razões de ordem subjetivas que conduzam o juiz do processo a decidir neste ou naquele sentido, salvo quando constitui tal decisão ilegalidade manifesta*" (*RSTJ*, 51/355).

Com efeito, o impetrante abre discussão em torno de questões que, por serem atinentes ao mérito da ação penal, a ela deverão estar restritas.

Ante o exposto, não vislumbrando qualquer constrangimento ilegal amparável via remédio heróico, denego a ordem impetrada.

O Sr. Des. Kelsen Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Gomes Lima - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

HABEAS CORPUS

- Defesa prévia apresentada no prazo legal - Novo procurador constituído - Pedido de restauração de prazo para a defesa - Indeferimento - Alegação de nulidade improcedente - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 298.603-2/00 - Comarca de Contagem - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Defesa prévia apresentada no prazo legal - Novo procurador constituído - Pedido de restauração de prazo para a defesa - Indeferimento - Alegação de nulidade improcedente - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2002. - *Sérgio Resende* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Sérgio Resende - José Pereira Viana, advogado, com escritório na Comarca de Contagem, impetrou o presente *habeas corpus* em favor de Francis da Silva, qualificado nos autos, com base nos seguintes fatos:

Alega que o paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, denunciado como incurso nos arts. 12 e 18, III, da Lei 6.368/76. Sustenta ser o processo nulo, vez que não foi renovado prazo para que o paciente pudesse ofertar defesa prévia por intermédio de advogado constituído. Por isso, pede nulidade do feito com restituição de prazo para oferecimento da prévia e rol de testemunhas.

Informações prestadas à fl. 39.

A douta Procuradoria de Justiça, em seu parecer de fls. 69/73, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A decisão fustigada não contém qualquer ilegalidade.

Com razão ponderou o douto Procurador de Justiça:

"*Ora, se o paciente não constitui advogado no prazo legal e outro advogado se apresentou como tal, ofertando, na oportunidade, a defesa prévia em nome do paciente, obviamente que o MM. Juiz de Direito não incorreu em qualquer ilegalidade ou arbitrariedade, e nem estava obrigado a restaurar o prazo para que o paciente, por intermédio de novo procurador, formulasse a sua defesa prévia e apresentasse rol de testemunhas*" (fl. 71).

A propósito, o STF já decidiu: "*No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*" (Súmula 523).

Por tais motivos, denega-se a ordem.

Sem custas.

O Sr. Des. Luiz Carlos Biasutti - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

PENA - COMUTAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - CONDENADO QUE NÃO CUMPRIU 1/4 (UM QUARTO) DAS PENAS APLICADAS - AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NOS DECRETOS Nº3.226/1999 E 3.667/2000 - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - UNIFICAÇÃO DE PENAS - EFEITO

- Para efeito de aferição de benefícios prisionais, não se leva em conta o *quantum* da unificação das penas operada, mas sim o somatório global de todas as reprimendas aplicadas ao condenado. A unificação das penas, feita com base no art. 75, § 1º, do Código Penal, não produz qualquer outro efeito, senão o de impossibilitar que o condenado seja mantido em cárcere por mais de 30 (trinta) anos.

- Não tendo o condenado cumprido 1/4 (um quarto) das penas que lhe foram impostas, não satisfazendo o requisito objetivo previsto nos Decretos nºs 3.226/1999 e 3.667/2000, o indeferimento do pedido de comutação de pena é de rigor.

RECURSO DE AGRAVO Nº 299.029-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Ementa oficial: Agravo - Comutação de pena - Impossibilidade - Ausência do preenchimento de requisito de natureza objetiva exigido nos Decretos 3.226/1999 e 3.667/2000. - O *quantum* penal que se leva em consideração para aferição de benefícios prisionais é o do somatório global de todas as reprimendas aplicadas ao condenado, e não o da unificação operada.

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, 07 de novembro de 2002. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Cuida-se de agravo agilizado por Amantino Severo dos Santos, tirado da decisão que lhe indeferiu o pedido de comutação de pena, por ausência de requisito objetivo previsto no art. 2º dos Decretos 3.226/1999 e 3.667/2000, eis que não atingiu o patamar de 1/4 (um quarto) do cumprimento das penas, tendo sido condenado, pela prática de seis delitos, à reprimenda total de 90 (noventa) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

A pretensão é para concessão do benefício da comutação, ao argumento de que, para este fim, considera-se o limite máximo de 30 (trinta) anos, e não o somatório das penas aplicadas, sustentando, ainda, que já cumpriu 1/4 daquele *quantum* e não cometeu nenhuma falta grave.

As contra-razões abraçam as conclusões da decisão denegatória, que foi sustentada pelo Juiz *a quo*.

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento.

No principal, é o relatório.

Exsurge dos autos que o agravante foi condenado à pena total de 90 (noventa) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, pela prática dos crimes de homicídio, latrocínio, roubo qualificado e lesão corporal.

Solicitado o pedido de comutação da pena, o Conselho Penitenciário, ao ser consultado, foi contrário à concessão do benefício, argumentando que: "*Conforme já decidido nesta Casa, posição que segue ensinamentos pretorianos, embora unificada a pena em 30 anos, esse* quantum *refere-se, apenas, ao tempo máximo de cumprimento, devendo o cálculo para benefícios ser feito com base na soma das penas impostas*" (fl. 53).

Comungando desse entendimento, o Juiz da Vara de Execuções Criminais indeferiu o pedido, observando que o condenado não havia cumprido 1/4 das penas impostas, exigido para a outorga da comutação.

Com razão o Magistrado.

A unificação das penas, feita com base no art. 75, § 1º, do Código Penal, não produz qualquer outro efeito, senão o de impossibilitar que o condenado seja mantido em cárcere por mais de 30 anos.

Assim, o *quantum* penal que se leva em consideração para aferição de benefícios prisionais é o do somatório global de todas as reprimendas aplicadas ao condenado.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, examinou a matéria:

Verbis: "*Criminal. REsp. Execução. Unificação das penas. Restrição dos seus efeitos. Concessão de benefícios legais, com base nas penas unificadas. Impossibilidade.* - A base de cálculo para a concessão de benefícios é o total das penas impostas ao condenado. *Recurso conhecido e provido.*

- I - Da unificação das penas não advém qualquer efeito, senão o limite máximo da pena privativa de liberdade em 30 anos.

- II - O cálculo para a concessão de qualquer benefício penal deve ter por base o somatório das reprimendas efetivamente impostas ao condenado.

- III - Recurso conhecido e provido para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão da Vara de Execuções Penais (REsp 278.177/SP - *DJ* de 19.11.2001 - Rel. Min. Gilson Dipp).

No mesmo sentido:

"*Limite das penas. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (art. 75 do Código Penal). Unificação para atender ao limite máximo (art. 75, § 1º, do Código Penal). Multiplicidade delitiva com soma superior aos trinta anos.*

- O condenado, por tempo superior aos trinta anos, não tem direito ao livramento condicional, nem à progressão dos regimes de cumprimento da pena, nem aos demais benefícios da lei, nos prazos normalmente deferidos aos que não ultrapassam os trinta anos. Hipótese em que o impetrante só obteve no juízo das execuções o reconhecimento do limite máximo de duração do cumprimento da pena, negados os demais favores da lei. Habeas corpus *objetivando essas vantagens.*

*- A Suprema Corte, em decisão recente, tomou posição contrária à pretensão do autor, ao considerar que dessa unificação não resultara qualquer outro efeito, senão o limite máximo da pena privativa de liberdade em trinta anos (*HC *66.212-9-SP* - DJ *de 16.02.90).*

- O parágrafo 1º do art. 75 do Código Penal é expresso ao afirmar que as penas devem ser unificadas para atender ao limite deste artigo, como adverte Damásio de Jesus, favorável ao entendimento consagrado pelo Supremo.

- Admitir-se o contrário, seria utilizar a lei penal como estímulo à multiplicidade delitiva, desde que assegurava uma vantagem ao criminoso, condenado a cento e cinqüenta ou mais anos de reclusão, de obter livramento condicional ou progressão, no mesmo tempo de um condenado somente a uma pena ou mais, sem ultrapassar o limite de trinta anos de reclusão.

- Ordem denegada" (*HC* 194/SP - *DJ* 18.06.1990 - Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho).

De igual forma, o Supremo Tribunal Federal entendeu:

"*Recurso extraordinário. Limite máximo de pena privativa de liberdade. Unificação de penas. - A unificação no limite legal (Código Penal, art. 75 e parágrafo 1º) opera, tão-só, para fins de exaurimento da execução, e não para outros institutos ou incidentes desta. Far-se-á nova unificação, na hipótese de o sentenciado, durante o cumprimento das penas já unificadas no limite máximo de trinta anos, vir a praticar novo crime, sobrevindo outra condenação (CP, art. 75, § 2º). O tempo máximo de efetivo encarceramento (CP, art. 75, § 1º) não constitui, porém, parâmetro para a obtenção de benefícios como o livramento condicional ou o regime de prisão semi-aberta (CP, art. 33, e LEP, art. 112). Recurso extraordinário conhecido e provido, para que a unificação procedida não alcance outros benefícios, limitando-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade, no prazo de trinta anos*" (RE 111.489 / SP - *DJ* de 24.04.92 - Rel. Min. Néri da Silveira).

"Habeas corpus - *Pena - Limite máximo (CP, art. 75) - Benefícios legais - Requisitos objetivos - Consideração em função da pena efetivamente imposta - Pedido indeferido. - A unificação penal resultante da norma impositiva consubstanciada no art. 75 do CP justifica-se ante o preceito constitucional que veda, de modo absoluto, a existência, em nosso sistema jurídico, de sanções penais de caráter perpétuo. - Os requisitos objetivos pertinentes a determinados benefícios legais ou concernentes a certos institutos jurídicos (remição, livramento condicional, indulto, comutação, transferência de regime, etc.) devem ser considerados em função do total da pena realmente imposta ao sentenciado. Para esse efeito específico, o magistrado não deve emprestar relevo jurídico à pena unificada com fundamento no art. 75 do Código Penal. O limite jurídico-penal máximo de 30 anos, que rege, no sistema normativo brasileiro, o processo de execução das penas privativas de liberdade, não condiciona e nem submete ao seu domínio temporal, para efeito de cálculo, os pressupostos objetivos essenciais à aplicação dos institutos e necessários à concessão dos benefícios legais referidos, que deverão, sempre, considerar a sanção penal efetivamente imposta ao condenado*" (*HC* 70.002 / SP - *DJ* de 16.04.93 - Rel. Min. Celso de Mello).

Destarte, tendo em vista que o agravante ainda não cumpriu um quarto das penas que lhe foram impostas, o indeferimento do benefício é medida de rigor.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. José Antonino Baia Borges - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FALSIDADE DOCUMENTAL - FALSIFICAÇÃO DE CHEQUE SUBTRAÍDO DE TERCEIRO - PROVA INSUFICIENTE

- É inadmissível prolação de decreto condenatório fundado em laudo documentoscópico duvidoso, porque, consoante o art. 182 do CPP, "*o juiz não está adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte*".

- Não demonstrando o acervo probatório a culpabilidade do réu, a melhor solução que se impõe é a sua absolvição dentro do princípio do *in dubio pro reo.*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 306.526-5/00 - Comarca de Poços de Caldas - Relatora: Desª. MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Falsidade documental - Falsificação de cheque subtraído de terceiro - Prova insuficiente - Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza da falta. - A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais. Em decorrência deste princípio, é inadmissível prolação de decreto condenatório fundado exclusivamente em laudo pericial documentoscópico duvidoso, até porque, consoante o art. 182 do CPP, "*o juiz não está adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte*". Recurso conhecido e provido.

RELATÓRIO

Luciano Gomes Neto, já qualificado nos autos, foi denunciado na Comarca de Poços de Caldas como incurso na sanção do art. 171 do Código Penal.

De acordo com a peça inaugural, em data não especificada do mês de fevereiro de 1996, o denunciado efetuou uma transação comercial com Antônio José de Azevedo, adquirindo do mesmo o estabelecimento comercial denominado "Boite Go Go Girl".

Para efetuar a referida transação, o denunciado deu como uma das formas de pagamento o cheque de fl. 06, preencheu o mesmo e falsificou a assinatura da correntista Thereza Cristina de Oliveira Barbosa, que havia perdido o talonário de cheques naquela cidade, ilaqueando, assim, a boa fé de Antônio José de Azevedo.

Após regular instrução, valendo-se do disposto no art. 383 do CPP, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Poços de Caldas julgou parcialmente procedente a denúncia para enquadrar o réu na sanção do art. 297, § 2º, do Código Penal, condenando-o à pena privativa de liberdade de 03 (três) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em

regime prisional fechado, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, à proporção de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 289/307).

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação para a Superior Instância, pleiteando em suas razões a absolvição por insuficiência de provas (fls. 315 - 325/331).

O recurso foi contra-razoado, tendo a douta Procuradoria de Justiça, nesta Instância, opinado pelo seu conhecimento e improvimento.

Recurso próprio, tempestivamente manifestado, com processamento e remessa regulares.

É, em síntese, o relatório.

À douta revisão.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2002. - *Márcia Milanez* - Relatora.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2003. - *Márcia Milanez* - Relatora.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A Sr^a. Des^a. Márcia Milanez - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Procede por inteiro o inconformismo do réu/apelante, posto que as provas contidas nos autos não autorizam um decreto condenatório.

Ao que se infere dos autos, ao acusado Luciano Gomes Neto pesa a imputação da prática do crime de estelionato, tendo o ilustre representante do Ministério Público, na inaugural, aduzido a pretensão punitiva nos seguintes e exatos termos: "*consta do referido inquérito policial que em data não especificada de fevereiro de 1996 o denunciado efetuou uma transação comercial com Antônio José Azevedo, adquirindo do mesmo, nesta cidade (Poços de Caldas), o estabelecimento comercial 'Boite Go Go Gilrs'. Para efetuar a referida transação, o denunciado deu como uma das formas de pagamento o cheque de fl. 06, onde preencheu o mesmo e falsificou a assinatura da correntista Thereza Christina de O. Bárbara, que havia perdido o talonário de cheques nesta cidade, ilaqueando, assim, a boa-fé de Antônio José de Azevedo*".

Estes os fatos dos quais o réu se defendeu e conseguiu provar que não deu ao promitente vendedor do estabele-cimento comercial acima referido o cheque no valor R$1.800,00 (um mil e oitocentos reais) de emissão de Thereza

Cristina de O. Bárbara, documento este integrante de um talonário que fora subtraído da bolsa da mesma durante a inauguração de uma loja em Poços de Caldas.

Para uma exata compreensão do acontecido, é mister transcrever o depoimento da testemunha Alexandre José Lourenço, que também figura como vítima nestes autos. Diz ele textualmente: "*é proprietário de uma quitanda denominada 'PG Comércio de Frutas e Verduras Ltda. ME*'; esclarece que tinha como cliente Antônio José de Azevedo e este, desde o mês de fevereiro de 1996, efetuava compras de frutas e legumes no estabelecimento mencionado; aduz que, em razão da confiança que era depositada em Antônio José de Azevedo, o pagamento das despesas, a seu pedido, foi postergado; no entanto, como o montante da dívida estava elevado, no valor de R$176,00, o declarante pediu a Antônio José que saldasse deu débito, sendo certo que no dia 09 de março de 1996, por volta das 15:00 horas, Antônio José compareceu à quitanda e pagou o que devia com o cheque nº 0894-0, série ODXFWH, da conta corrente nº 705/009804/3, agência do Bradesco de Ribeirão Preto/SP, já preenchido no valor de R$1.800,00; afirma que o cheque era de valor muito elevado e não tinha dinheiro suficiente para voltar o troco, mas Antônio José de Azevedo não se importou com isto, pedindo apenas que lhe arrumasse o que tivesse de troco, combinando com o declarante que da importância que lhe era devida como troco seriam abatidos os valores das novas compras a serem efetuadas na quitanda; o declarante aceitou o negócio e entregou a Antônio José a importância de R$100,00, que era o quanto tinha disponível no estabelecimento no momento; com o título recebido dirigiu-se até o Ceasa de Poços de Caldas e lá comprou várias mercadorias para a quitanda, acreditando que não houvesse problema com o cheque; nesse ínterim, Antônio José retornou à quitanda e, desta feita, comprou mais R$206,00 em verduras, pedindo ao declarante que este valor também fosse descontado do que lhe era devido em virtude do cheque de R$1.800,00, o que foi aceito em razão do avençado". E prossegue com uma revelação importante: dias depois teve notícia da sustação do cheque, por ser proveniente de furto. Coincidentemente, na mesma ocasião Antônio José, depois de aplicar golpes em outras pessoas, fechou a boite e desapareceu da cidade de Poços de Caldas (fl. 22).

Antônio José de Azevedo prestou depoimento posteriormente na Delegacia de Polícia da Cidade de Águas da Prata-SP acompanhado de advogado, em cuja ocasião esclareceu que realmente passou o cheque questionado ao comerciante Alexandre José Lourenço, documento este que "*recebeu como parte do pagamento pela venda da Boite denominada 'Go Go Girl', situada na cidade de Poços de Caldas, que era de sua propriedade, para Luciano Gomes Neto, vulgo 'Gordo' e 'Leitoa'*"(fl. 24).

Luciano Gomes Neto, por seu turno, foi ouvido no inquérito policial e

negou categoricamente a autoria do crime, ou seja, jamais esteve com o cheque subtraído de Thereza Cristina. Confirmou a transação feita com Antônio José de Azevedo pelo preço de R$60.000,00, pagando a metade à vista e o restante através de duas promissórias (fls. 35/36).

A sua versão é absolutamente verdadeira, pois ele apresentou à autoridade policial cópia xerox do contrato de compra e venda do estabelecimento, em que se verifica que o valor da transação foi mesmo de R$60.000,00 (sessenta mil reais), sendo R$30.850,40 em dinheiro (representados por um cheque contra o "Bank of Oklahoma"), uma nota promissória no valor de R$17.000,00 com vencimento para o dia 24 de fevereiro de 1996 e outra nota promissória de R$12.149,60 com vencimento previsto para o dia 24 de março de 1996 (fls. 43/46).

Antônio José de Azevedo, ouvido novamente no inquérito policial, embora ratificando suas declarações anteriores, mostrou-se hesitante e bastante evasivo ao relatar os fatos. Alegou, entre outras coisas, "*que com relação ao cheque em tela, não se recorda bem em que situação o mesmo lhe foi passado, se foi para pagamento de gastos na boite ou se foi quando lhe compraram a boate, uma vez que em pagamento lhe foi dado vários cheques*" (fl. 124) (*sic*).

Esta sua nova versão é contrariada pelo depoimento da testemunha Wilson dos Santos de Carvalho quando afirma em juízo: "*foi o depoente e o acusado que adquiriram o estabelecimento descrito na denúncia; o proprietário repartiu o pagamento em notas promissórias, não tendo sido entregue qualquer cheque a ele; dessa forma o depoente nada sabe a respeito do cheque descrito na denúncia*" (fl. 236).

Pois bem, no dia 04 de setembro de 1996, o questionado documento foi submetido a exame grafotécnico, colhendo-se os padrões gráficos das três pessoas envolvidas: Antônio José de Azevedo, Luciano Gomes Neto e Thereza Cristina de Oliveira Bárbara.

Relativamente ao réu, os peritos concluíram "*que foram observados alguns indícios convergentes para o punho de Luciano Gomes Neto que se revelaram, entretanto,* insuficientes para estabelecer conclusão segura de autoria" (fls. 64/65 - grifei).

No entanto, no dia 27 de fevereiro de 1997, o documento foi novamente levado a perícia grafotécnica no mesmo instituto de criminalística e pelas mesmas peritas, já agora com o padrão gráfico apenas de Luciano Gomes Neto, tendo elas concluído ter sido ele o autor da falsificação (fl. 91).

Na espécie, o douto Magistrado, depois de profunda análise dos autos, concluiu "*que inexistindo provas concretas, harmônicas, seguras e convincentes dos elementos objetivos e subjetivos que integram o tipo focalizado na prefacial, na conduta imputada pelo acusado, torna-se censurável reconhecer-se sua responsabilidade criminal nos termos em que se acha proposta a denúncia, por força da regra contida no princípio denominado* in dubio pro reo" (fl. 297).

Concluiu, assim, de modo convincente pela inocorrência do crime de estelionato diante da absoluta falta de provas de ter o réu, utilizando-se do cheque furtado e falsificado, obtido vantagem indevida em prejuízo alheio.

A meu aviso, entretanto, equivocou-se o ilustre Sentenciante ao condenar o réu pela prática de crime de falsidade documental.

A prova nesse sentido é extremamente débil e não conduz a um juízo de certeza. Os únicos elementos contrários ao acusado contidos nestes autos são os seus maus antecedentes, a tendência para a prática de crimes contra o patrimônio, em especial o de estelionato, e a segunda perícia grafotécnica. Porque na primeira, realizada com os mesmos padrões gráficos e pelas mesmas peritas, não se chegou a uma conclusão positiva. Ninguém o viu furtando o cheque e nem foi ele quem o repassou ao verdureiro. Afastada a possibilidade de dano patrimonial, que motivo teria impulsionado o réu a falsificar o documento? A não ser - e esta é suspeita fortíssima - que Antônio José tenha furtado o talonário de Thereza Cristina durante a inauguração da "Loja Magazine Luíza" e tenha recebido a colaboração do réu, conhecido estelionatário, para a falsificação do cheque. Porque foi Antônio José quem pagou uma dívida pequena no estabelecimento comercial de Alexandre José Lourenço com o cheque furtado. Foi ele quem colocou abaixo da assinatura da "emitente" a data "22.3", talvez significando o dia em que o mesmo poderia ser depositado. Agiu com inusitada benevolência ao pagar um débito de R$176,00 com um cheque de R$1.800,00, deixando o restante para ir recebendo aos poucos. Foi Antônio José que, depois de dar vários golpes na praça de Poços de Caldas, desapareceu da cidade tão logo tomou conhecimento da sustação do documento.

Pelo que se vê, a prova colhida nos autos compromete muito mais Antônio José de Azevedo do que o próprio réu.

Consoante ensinamento do saudoso criminalista HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "*nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza dos fatos. A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais*" (*Jurisprudência Criminal*, v. 2, p. 446).

Em decorrência deste princípio é inadmissível prolação de decreto condenatório fundado em laudo documentoscópico duvidoso, até porque, consoante o art. 182 do CPP, "*o juiz não está adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte*".

"*Inadmissível a prolação de decreto condenatório se suficientes os elementos probatórios apenas para fundar suspeitas contra o réu. É que a simples probabilidade de autoria, tratando-se de mera etapa da verdade, não constitui, por si só, certeza*" (TACRIMSP - *JUTACRIM*, 45/218).

Assim, não demonstrando o acervo probatório a culpabilidade do réu, a melhor solução que se impõe é a sua absolvição dentro do princípio do *in dubio pro reo*.

Isto posto, pedindo vênia ao douto Procurador de Justiça, dou provimento ao recurso para, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, absolver o acusado Luciano Gomes Neto da imputação que lhe é intentada.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Tibagy Salles - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

LESÃO CORPORAL GRAVE - ADITAMENTO DA DENÚNCIA - LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - SEMI-IMPUTABILIDADE - LAUDO PERICIAL - VALIDADE - PENA - DOSIMETRIA - ADEQUAÇÃO

- Embora não esteja o magistrado adstrito, exclusivamente, à conclusão de laudo pericial, a decisão contrária a tal prova deve respaldar-se em robustos elementos de convicção, sendo a impressão pessoal acerca de eventual comportamento dissimulado do réu justificativa um tanto tênue para contrapor-se à conclusão de perícia médica oficial.

- Se os dois peritos oficiais elaboraram o laudo, com os quesitos formulados pela acusação e defesa, concluindo pela parcial incapacidade ou, na linguagem legal, semi-imputabilidade do réu, não se justifica, por ausência de elementos, uma decisão contrária à conclusão do exame clínico elaborado nos termos da legislação processual vigente, subscrito por profissionais gabaritados e realizado por determinação da própria juíza, o que demonstra, logo de início, a existência de dúvida acerca do estado mental do réu.

- O aditamento da denúncia com o escopo de incursar o acusado em delito mais grave, em razão da superveniência de fato novo, ocorrido durante a instrução, sem a concorrência do agente, não implica, necessariamente, maior reprovabilidade da conduta analisada ao tempo do fato, mas tão-somente adequação aos novos patamares de pena cominada ao delito punido de forma mais severa.

- A pena imposta deve guardar proporção direta com as circunstâncias do crime e a personalidade do agente, sendo que a mera conseqüência grave, inerente ao próprio crime, não serve como supedâneo para a majoração da reprimenda básica em patamares acima do razoável.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 307.187-5/00 - Comarca de Eugenópolis - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: Penal - Lesões corporais de natureza grave - Aditamento da denúncia - Lesões corporais seguidas de morte - Semi-imputabilidade - Laudo pericial - Validade - Pena - Dosimetria - Adequação - Regime prisional. - Embora não esteja o magistrado adstrito, exclusivamente, à conclusão de laudo pericial, a decisão contrária a tal prova deve respaldar-se em robustos elementos de convicção, sendo a impressão pessoal acerca de eventual comportamento dissimulado do réu justificativa um tanto tênue para contrapor-se à conclusão de perícia médica oficial. - O aditamento da denúncia com o escopo de incursar o acusado em delito mais grave, em razão da superveniência de fato novo, ocorrido durante a instrução, sem a concorrência do agente, não implica, necessariamente, maior reprovabilidade da conduta analisada ao tempo do fato, mas tão-somente adequação aos novos patamares de pena cominada ao delito punido de forma mais severa. - A pena imposta deve guardar proporção direta com as circunstâncias do crime e a personalidade do agente, sendo que a mera conseqüência grave, inerente ao próprio crime, não serve como supedâneo para a majoração da reprimenda básica em patamares acima do razoável. Ao réu não reincidente, condenado a pena inferior a 08 anos de reclusão, cabe a concessão do regime semi-aberto. Recurso a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 27 de dezembro de 2002. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Perante o Juízo da Comarca de Eugenópolis, foi o recorrente Luciano Ferreira Lima denunciado e processado como incurso nas sanções dos artigos 129, § 1º, II, c/c art. 61, II, *a* e *c*,

todos do Código Penal, sendo posteriormente aditada a denúncia para incursá-lo nas iras do artigo 129, § 3º, c/c art. 61, II, *a* e *c*, do mesmo diploma legal, sobrevindo, ao final, sentença condenatória que lhe impôs a pena concreta e definitiva de 12 anos de reclusão, a serem cumpridos em regime fechado, nos termos do decisório encartado às fls. 226/235.

Quanto aos fatos, consta da denúncia de fls. 02/03 que, no dia 07 de dezembro de 2001, por volta das 14 horas, na Rua Onofre de Barros, s/nº, Bairro de Fátima, Cidade e Comarca de Eugenópolis, o acusado, por motivos não compreensíveis, ofendeu gravemente a integridade física da vítima Selma Maria Gindre da Costa, sua amásia, utilizando-se de um revólver calibre 38, marca Taurus, com o qual desferiu, de inopino, 03 tiros na vítima, causando-lhe as lesões corporais descritas no *acd* de fls. 28/30.

Consta ainda da peça de ingresso que a conduta do apelante não foi dotada de *animus necandi*, tendo em vista que, podendo prosseguir na execução do crime e ceifar a vida da vítima, quando esta se encontrava ao chão, não o fez, atendendo ao pedido da ofendida de que saísse de perto dela.

Durante a instrução do feito, a vítima veio a falecer, em razão da extensão das lesões sofridas, o que provocou o aditamento da denúncia, que passou a imputar ao paciente o delito de lesões corporais seguidas de morte.

Inconformado com o *decisum*, recorreu o réu a tempo e modo, fl. 238, pugnando, em suas razões de fls. 239/245, pelo reconhecimento do laudo pericial que considerou o apelante semi-imputável, com a sua conseqüente submissão a tratamento de saúde em estabelecimento hospitalar. Alternativamente, pleiteia a redução da reprimenda imposta, através da aplicação do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal.

O recurso foi contrariado em todos os seus termos pela ilustre representante do Ministério Público, fls. 247/253, onde se requer a manutenção integral da condenação em primeira instância.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer de lavra do Dr. Ronaldo César de Faria, opina pelo conhecimento e improvimento do recurso, fls. 258/270-TJ.

É, em síntese, o relatório.

O recurso de apelação oferecido pelo réu da ação penal que lhe move o Ministério Público é próprio, tempestivo e regularmente processado, em razão do que dele se conhece.

O recurso está a merecer parcial provimento, decisão que se adota em voto, por ocasião do julgamento do apelo por esta Instância Revisora.

Inicialmente, cumpre anotar que não se discute no presente a autoria e a materialidade delitivas, amplamente confessadas pelo réu, mas sim, e tão-somente, a imputabilidade penal do apelante.

Durante o processamento do feito foi determinada pela douta autoridade presidente do processo em primeiro grau a realização de incidente de sanidade no acusado, em razão de severas dúvidas que surgiram no tocante à higidez mental do réu.

Realizada a perícia médica no acusado, concluíram os senhores peritos, fls. 200/205, ser o agente parcialmente incapaz, conferindo-lhe o diagnóstico de "*portador de transtorno de personalidade - personalidade paranóide*" de caráter permanente, o que, em termos de imputabilidade penal, corresponderia ao estado de semi-imputabilidade, isto é, não ser inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

O laudo médico apresentado foi contestado pelo Ministério Público, em sede de alegações finais, oportunidade em que a ilustre Promotora de Justiça discordou da conclusão médica, sem, no entanto, requerer a realização de outro exame - a fim de estabelecer algum contraponto - ou algum outro meio de prova capaz de atestar a higidez mental do réu, ora recorrente.

De igual forma, a nobre Sentenciante, acatando o parecer ministerial, decidiu de forma contrária à conclusão do laudo, considerando, assim, o apelante penalmente imputável, impondo-lhe, em conseqüência, a respectiva condenação, com a aplicação da pena de 12 anos de reclusão.

Não obstante a respeitabilidade da sentença combatida, ao meu sentir, não agiu com o costumeiro acerto a ilustre Magistrada, quer no que tange à repulsa ao laudo médico encartado aos autos, quer em relação à exacerbada reprimenda estabelecida, razão pela qual a decisão está a merecer parcial reforma.

Não se olvida, aqui, a total independência do magistrado na apreciação da prova encartada aos autos, decorrência lógica do princípio do livre convencimento motivado, não estando, assim, obrigatoriamente adstrito à conclusão pericial.

Todavia, não é menos certo que determinados fatos só podem ser provados, ou atestados, por meio de parecer técnico elaborado por *experts* na matéria, que, dada a sua especialidade, refoge do conhecimento, ou do pleno domínio, por parte do operador do Direito.

Assim o são as perícias trabalhistas, contábeis, as relacionadas a acidentes de trânsito e, como no caso dos autos, as perícias médicas.

Surgido, pois, fundado receio acerca da integridade mental do réu, foi instaurado pela ilustre Julgadora o incidente de insanidade, nos termos dos artigos 149 e seguintes do Código de Processo Penal.

Formulados os quesitos pela acusação e defesa, foi elaborado, por dois peritos oficiais, o aludido laudo, que concluiu pela parcial incapacidade, ou, na linguagem legal, semi-imputabilidade do réu, cujos fundamentos são narrados e expostos no transcorrer do parecer, calcado na forma de estudo quanto à vida pregressa do periciado, seu histórico patológico, familiar e psíquico.

Não encontro assim, *rogata venia*, elementos que justifiquem uma decisão contrária à conclusão do exame clínico, elaborado nos termos da legislação processual vigente, subscrito por profissionais gabaritados e realizado por determinação da própria Juíza, o que demonstra, logo de início, a existência de dúvida acerca do estado mental do réu, confirmada a debilidade deste pelo resultado da perícia.

Entendo, s.m.j., que, acaso remanescesse ainda alguma dúvida no espírito da Julgadora, ou mesmo houvesse qualquer ponto controvertido no parecer médico, seria conveniente a determinação de novo exame, ou ainda o esclarecimento de eventuais dúvidas; no entanto, o que se verifica é que a nobre Juíza tão-somente afastou o laudo, pura e simplesmente, sem mesmo questionar seu teor técnico, afirmando apenas que o acusado, por ser pessoa inteligente, "teria enganado os peritos", fundamento este que, redobrada vênia, não me parece a melhor forma de se discordar de um laudo técnico oficial.

Lado outro, não é de se acolher, integralmente, a pretensão defensiva, ao pugnar pela ausência de responsabilidade penal do recorrente pelos fatos que lhe foram imputados, haja vista que o exame pericial concluiu pela sua semi-imputabilidade, e não inimputabilidade, o que implica aplicação da causa redutiva de pena descrita no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, não se tratando, pois, de circunstância que isente o réu de pena.

Neste aspecto, creio também que a ilustre Magistrada foi por demasiado severa na dosimetria da reprimenda, ao estabelecer a pena-base em patamar acima do dobro do mínimo cominado, mormente por se tratar de réu tecnicamente primário, não se podendo tomar as conseqüências do crime, que lhe são imanentes, como justificativa para majoração tão excessiva da pena, pois, se de um lado é lamentável a morte de uma jovem, por outro a gravidade de tal resultado já está expressa na elevada pena cominada ao crime, não se podendo deixar de considerar que o delito imputado ao recorrente foi de lesões corporais seguidas de morte, haja vista que foi excluída, desde o início, a existência de *animus necandi* por parte do apelante e, ao final, acabou-lhe sendo imposta pena idêntica à cominada ao homicídio doloso qualificado, o que, definitivamente, não nos parece razoável.

Isto posto, reformo a sentença hostilizada, para reconhecer a semi-imputabilidade do recorrente e reestruturar-lhe a pena a ser imposta, nos termos que ora faço.

Trata-se de réu tecnicamente primário, embora o evento analisado não seja fato isolado em sua vida, sua personalidade se mostra distorcida mais pelo seu problema mental que propriamente por razões outras que lhe sejam atribuídas em desfavor; não há maiores informações nos autos acerca de sua conduta social; quanto ao motivo, afasto a incidência da futilidade, eis que foi movido por impulso resultante de sua fragilidade quanto à autodeterminação, as circunstâncias o desfavorecem, pois atingiu a vítima de inopino, quando esta estava de costas, não havendo contribuído, assim, para o resultado.

Diante de tais circunstâncias fixo a pena-base em 06 anos de reclusão.

Presente a agravante descrita no artigo 61, II, *c*, do Código Penal, elevo a reprimenda em 01 ano, levando-a ao patamar de 07 anos de reclusão.

Não existem atenuantes aplicáveis ao caso concreto.

Diante da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, reduzo a pena pela metade, totalizando, assim, 03 anos e 06 meses de reclusão, pena esta que torno definitiva, à míngua de causas outras que a modifiquem.

O regime prisional, diante do patamar de pena estabelecido, fica sendo o aberto, compatível, também, com o tratamento ambulatorial recomendado pelo referido laudo pericial.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso, para reconhecer a semi-imputabilidade penal do apelante, reduzir a pena imposta e modificar o regime prisional, como mencionado.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

HABEAS CORPUS PREVENTIVO - SALVO-CONDUTO - AUTORIDADE COATORA - INADEQUAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XXXV, DA CF - CONHECIMENTO - INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO - DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS - BEM MÓVEL - VEÍCULO - CONSTRIÇÃO - DENEGAÇÃO DA ORDEM

- A indicação inadequada da autoridade coatora, malgrado possa ensejar o não-conhecimento de *habeas corpus*, não o obstaculiza, em face de preceito constitucional que determina a apreciação de toda e qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

- A inexistência da efetiva comprovação da alegada ameaça ao direito de locomoção, e que se traduz em meras dúvidas dos pacientes, obstaculiza a concessão de salvo-conduto pretendido em sede de *habeas corpus* preventivo. Exige o *habeas corpus* fatos concretos, e não meros temores de imaginada arbitrariedade.

- Não se presta o remédio heróico a investigar questões fáticas que mereçam o exame acurado de provas, tampouco a reformar ou anular decisões judiciais impugnáveis por outros tipos de recursos. O *HC* é medida de cognoscibilidade restrita, visto que se limita à análise da liberdade de locomoção do cidadão. Se as questões nele aduzidas se mostrarem diversas de seu cerne principal, elas não são suscetíveis de acolhimento.

- O *habeas corpus* não se presta para fazer desgravar qualquer constrição possivelmente efetivada em bens móveis do paciente, veículos automotores, uma vez que tal inconformismo há de ser deduzido em outro instituto processual.

HABEAS CORPUS Nº 313.803-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. TIBAGY SALLES

Ementa oficial: *Habeas corpus* preventivo - Salvo-conduto - Autoridade coatora - Inadequação - Conhecimento - Prisão - Ameaça - Bem móvel - veículo - Apreensão - Constrangimento ilegal - Justo receio - Liberdade de locomoção - Preservação. - A indicação inadequada da autoridade coatora, malgrado possa ensejar o não-conhecimento de *habeas corpus*, não o obstaculiza, em face de preceito constitucional que determina a apreciação de toda e qualquer ameaça ou lesão a direito. A inexistência da efetiva comprovação da alegada ameaça ao direito de locomoção, e que se traduz em meras dúvidas dos pacientes, obstaculiza a concessão de salvo-conduto pretendido em sede de remédio heróico preventivo. "*O* habeas corpus *exige fatos concretos, e não meros temores de imaginada arbitrariedade*" (STJ - 6ª T. - R*HC* 6.571 - Rel. Anselo Santiago - j. em 25.8.97 - *DJU* de 22.9.97, p. 46.651). *Habeas corpus* que se denega.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 27 de dezembro de 2002. - *Tibagy Salles* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Tibagy Salles - Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado em favor dos pacientes Ciro Fernandes Neves, Antônio Flor de Oliveira, Ana Maria Rosa, José Cândido Ferreira, Eveli Assunção Silva, Juvenil Gualberto Gomes, cujos impetrantes apontam inúmeras autoridades coatoras, a quem atribuem o alegado constrangimento ilegal, conforme termos expendidos na exordial de 17 laudas impressas, acompanhada dos documentos de fls. 29/156.

As razões apostas no *mandamus* referem-se a diversos feitos em trâmite nos Juízos das Comarcas de Belo Horizonte, Betim e Contagem, providos, inclusive, com decisões interlocutórias que, como pretendem fazer prevalecer os impetrantes, importaram coação ilegal, cerceamento de defesa e inequívoco constrangimento ilegal.

Os pacientes não se prestam ao transporte clandestino, nem podem ser considerados como "perueiros", tampouco foram intimados das referidas ações, não se podendo permitir que as decisões nelas proferidas venham repercutir seus efeitos na esfera jurídica de suas atividades - eles se prestam ao chamado transporte por fretamento.

Foi pretendido o deferimento de liminar, para a concessão da ordem de salvo-conduto, tudo com base na indicação de artigos da legislação processual penal, visando ao pleno exercício das atividades laborais dos impetrantes.

A transcrição de inúmeros arestos jurisprudenciais dá sustentáculo à pretensão aduzida na conclusão do presente *writ*, e que se refere à anulação e desconstituição das decisões proferidas pelos Juízos apontados coatores, ditas arbitrárias e em desconformidade com as provas produzidas, ou que, ainda, sejam suprimidas as penas aplicadas aos pacientes.

O pedido de liminar foi indeferido, fundamentadamente, ao teor dos motivos e razões dispostos no despacho proferido à fl. 160.

Devidamente oficiadas, prestaram as autoridades coatoras suas informações, e que foram aduzidas pelo douto Juízo da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Municipal (fls. 166/167 - peças colacionadas de fls. 168/181), Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Contagem (fls. 183/184 - peças processuais de fls. 185/353) e pelo douto Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Betim (fls. 354/355 - peças colacionadas de fls. 356/387).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em basilar parecer da lavra do Procurador Dr. Renato Martins Jacob

(fls. 389/395), opina pela denegação da ordem postulada.

É, em síntese, o relatório.

As alegações deduzidas no *mandamus*, num primeiro momento, haja vista a sua diversidade, assim retratada na indicação de inúmeras autoridades coatoras e pretensões múltiplas derivadas de suas decisões, impugnadas, ao sustento de serem arbitrárias, mostram-se complexas; contudo, em se tratando de remédio heróico, e o seu limite de cognoscibilidade, a análise das razões contidas no presente *writ* acaba por tornar-se singela, não se vislumbrando, ao final, meios de concedê-la.

Oportuno ressaltar que, a rigor, seria o caso do não-conhecimento do presente pedido de *habeas corpus*.

Entretanto, em razão da amplitude das questões nele versadas, e em plena observância dos preceitos constitucionais, mormente o disposto em seu art. 5°, XXXV ("*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*"), tal decisão não foi adotada.

Algumas autoridades apontadas como coatoras não podem sê-lo, efetivamente, aliás, já observei no despacho de fl. 160, *verbis*:

"*A autoridade coatora para efeito de* habeas corpus, *perante este Tribunal, é o juízo de Direito, e não as autoridades militar e administrativas relacionadas na petição, e que devem, desde logo, ser excluídas*".

Na mesma linha de raciocínio não se presta o *habeas corpus* a desconstituir sentença, conforme pretendido à fl. 10 (os impetrantes pretendem que "*seja anulado e descontituído o julgamento proferido pelos Juízes Monocráticos uma vez que o mesmo incorreu em verdadeiro* error in judicando, *na medida em que reconheceu a qualificadora do 'recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido', o que caracteriza decisão arbitrária, dissociada integralmente da prova judicializada...*").

As demais pretensões são também inviáveis de serem atendidas em sede deste remédio heróico, ainda que de cunho preventivo.

Não ocorre nenhum dos requisitos autorizadores do *habeas corpus*, que estão dispostos no art. 5°, LXVIII, da CF/88:

"*Conceder-se-á* habeas corpus *sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*".

In casu, é de se anotar que inexiste qualquer restrição, efetiva ou consistente em ameaça, na plena liberdade de locomoção dos pacientes, haja vista que a própria exordial do *mandamus* fala em hipóteses e suposições, cuja apreciação, no mundo do Direito, vê-se obstaculizada, uma vez que a

aplicação das normas jurídicas, quaisquer que sejam seu conteúdo e comando normativo, é realizada apenas na análise de um caso concreto, quando aquelas se adaptam à situação fática aflorada.

Note-se que os impetrantes pretenderam a "*soltura dos pacientes e de seus bens* caso no curso deste processo, *algum deles tenham sido constrito ilegalmente*", como também a expedição de "*ofício*, com ordem de prisão àquele que descumprir o ordenamento do presente *writ*" (grifos do voto).

Ou seja, não se constata nenhuma lesão, tampouco a sua ameaça, em desfavor dos pacientes, não se prestando o Direito, repita-se, a socorrer situações que sequer se constituíram e que, desta feita, não são passíveis de apreciação.

As bem-lançadas manifestações contidas no parecer ministerial do segundo grau de lavra adjetivada assim o confirmam:

"*Não se ignora a possibilidade de expedição de salvo-conduto em sede de* habeas corpus *preventivo*, desde que se demonstre a ocorrência de perigo iminente à liberdade de locomoção dos pacientes. Todavia, na espécie vertente, a impetração não trouxe à baila nada mais do que receio infundado, nada de real, mesmo, que pudesse configurar ameaça à liberdade de locomoção dos pacientes, cuidando-se, em verdade, de situação remota a ser implementada em futuro incerto" (grifos do voto).

Ademais, o teor das informações prestadas pelos doutos Juízos apontados coatores demonstra inexistir qualquer razão aos pacientes. Nenhuma irregularidade se constata na tramitação jurídico-processual dos processos em que eles se situam ora no pólo passivo, ora no pólo ativo, quando impetrantes em mandado de segurança, conforme se depreende da vasta documentação colacionada ao presente *writ*.

E, mesmo que porventura ocorrente a apontada ilegalidade, a sua reversão não poderia ser por ora apreciada - tal pretensão há de ser aduzida em recurso próprio, estando, assim, de acordo com a natureza jurídica das decisões impugnadas, a desafiar o competente agravo ou mesmo o recurso de apelação.

Não se presta, portanto, o remédio heróico a examinar questões fáticas que mereçam o exame acurado de provas, tampouco a reformar ou anular decisões judiciais, impugnáveis por outros tipos de recurso, já mencionados.

E, sendo o *habeas corpus* medida de cognoscibilidade restrita, posto que limitada à análise da liberdade de locomoção do cidadão, se as questões nele aduzidas se mostrarem diversas do seu cerne principal, o que se verificou no presente feito, elas não são suscetíveis de acolhimento.

Neste sentido:

"*Tem o* habeas corpus *o escopo específico de fazer cessar coação ile-*

gal atual ou bastante próxima à liberdade de locomoção" (TACRIM-SP - *HC* - Rel. Aquino Machado - *JUTACRIM-SP*, 20/711).

"*Salvo-conduto - Inexistência de ameaça ao direito de locomoção - Indeferimento. - O* habeas corpus *é instrumento destinado a proteger o direito de ir e vir contra ato ilegal ou praticado com abuso de poder.* De tal sorte, o salvo-conduto não pode ser concedido para alguém que deixe de cumprir decisão judicial, ainda que dita contra a lei, se para atacá-la há os instrumentos judiciais próprios, *já utilizados pelo recorrente. Demais disso, no ato inquinado, não existe a mais remota ameaça de prisão dos pacientes e sequer de que estariam sujeitos ao processo por crime de desobediência. O perigo de prisão, em casos tais, deve mostrar-se claro*" (STJ - R*HC* 2.818-1 - Rel. Costa Lima - *DJU* de 23.8.93, p. 16.587) (grifos do voto).

Pelo exposto, nenhuma razão assiste aos pacientes, a ensejar a concessão da ordem impetrada.

As decisões judiciais impugnadas no presente *mandamus* apresentam-se destituídas de quaisquer vícios autorizadores da pretendida anulação; não há qualquer restrição ao pleno direito de locomoção dos pacientes; tampouco se presta este remédio heróico a fazer desgravar qualquer constrição possivelmente efetivada em seus bens móveis, veículos automores, uma vez que tal inconformismo há de ser deduzido em outro instituto processual.

Ante os fundamentos ora esposados, finalizo o voto e denego a ordem impetrada.

É como voto.

Sem custas.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - CRIME HEDIONDO - CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRALMENTE EM REGIME FECHADO - BENEFÍCIO DO ART. 117 DA LEI Nº 7.210/84 - INADMISSIBILIDADE

- O crime de atentado violento ao pudor, na sua forma básica, que inclui o caso de violência presumida, constitui crime hediondo, devendo a ré cumprir sua pena integralmente em regime fechado, sendo inadmissível o abrandamento do regime prisional, pelo que não se pode conceder-lhe o benefício previsto no art. 117 da Lei nº 7.210/84.

HABEAS CORPUS Nº 316.141-1/00 - Comarca de Ouro Fino - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Atentado violento ao pudor - Condenação - Pena - Regime fechado - Condenada com filho menor - Alteração para regime aberto na modalidade de prisão albergue domiciliar - Falta de amparo legal - Pretensão inadmissível - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Câmara Especial de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM IMPETRADA.

Belo Horizonte, 16 de janeiro de 2003. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo ilustre advogado Antônio F. Fernandes Filho, em favor de Ariádna da Silveira, condenada, em sentença recorrível, pela prática do delito de atentado violento ao pudor, para que se lhe conceda, "*ainda que em caráter excepcional, o regime aberto, na modalidade de prisão albergue domiciliar*", vez que se encontra em fase de lactação.

Indeferiu-se a liminar pleiteada. Prestadas as informações de estilo, pela denegação da ordem impetrada opinou a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Edmar Augusto Gomes.

Em síntese, é o relatório.

De início, é de se refutar a alegação do ilustre impetrante, fundada em entendimento jurisprudencial já superado, de que o atentado violento ao pudor não é considerado crime hediondo, quando presumida for a violência:

"*Ementa: Penal - Atentado violento ao pudor. Crime hediondo. Lei 8.072/90, com a redação da Lei 8.930/94, art. 1º. Cód. Penal, art. 214 e 223,* caput *e parágrafo único.*

- I. O crime de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, Cód. Penal, art. 214, quanto na qualificada, Cód. Penal, art. 223, caput *e parág. único, é hediondo,* ex vi *do disposto na Lei 8.072/90, com a redação da Lei 8.930/94, art. 1º, V. Precedente do STF:* HC *81.288-SC, Velloso p/ acórdão. Plen., 18.12.2001.*

- II. No caso, o paciente foi condenado como incurso nas penas do art. 214, caput, *c/c art. 224,* a, *61, II, e 226, III, e 71, todos do Cód. Penal.*

- III. HC indeferido" (STF - *HC* nº 81.411-5/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, *in DJU* de 08.03.02, p. 53).

"*Ementa: Processual Penal.* Habeas corpus. *Atentado violento ao pudor. Violência ficta. Regime de execução.*

- Ressalvado entendimento do Relator e seguindo o novo entendimento do Pleno do Pretório Excelso (Informativo 255), o atentado violento ao pudor, na forma básica, o que inclui o caso de violência presumida, é crime hediondo, incidindo, então, a regra inserida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

- Writ *denegado*" (STJ - *HC* nº 19.221-PR, Rel. Min. Felix Fischer, *in DJU* de 04.03.02, p. 284).

Obviamente, em se tratando de crime hediondo, a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado, a teor do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, sendo inadmissível seu abrandamento para o regime aberto, tão-somente para se conceder à condenada com filho menor o benefício previsto no art. 117 da LEP.

A pretensão da paciente não encontra amparo legal.

Destarte, denego a ordem impetrada.

Custas, *nihil.*

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM IMPETRADA.

-:::-

PRISÃO PREVENTIVA - DECRETO - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - REQUISITOS JUSTIFICADORES DA PRISÃO - PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA - PRIMARIEDADE - BONS ANTECEDENTES - RESIDÊNCIA NO DISTRITO DA CULPA - IRRELEVÂNCIA

- O decreto de prisão preventiva que, embora sucinto, acha-se suficientemente fundamentado não pode ser acoimado de frágil. Indicando o juiz os fatos que comprovam a existência dos requisitos justificadores da prisão (art. 312 do CP), presentes a prova da materialidade do crime e os indícios suficientes da autoria, tal é bastante para o decreto da prisão preventiva, não se exigindo provas que assegurem a acusação. A decretação da prisão preventiva há de encerrar um juízo de risco, não de certeza, sob pena de incorrer a Justiça em evidente *contradictio in terminis*, laborando, a par disso, em perigoso prejulgamento da causa, se estivesse a fundamentar mais do que o razoável à necessidade ou conveniência da segregação cautelar.

- A primariedade, os bons antecedentes e a radicação do agente no distrito da culpa não obstam a prisão preventiva, desde que presentes os motivos que a justifiquem.

HABEAS CORPUS Nº 320.535-8/00 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Ementa oficial: *Habeas corpus* - Prisão preventiva - Fundamentação sucinta, mas suficiente - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a Câmara Especial de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM IMPETRADA.

Belo Horizonte, 23 de janeiro de 2003. - *Edelberto Santiago* - Relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelos pacientes, o Dr. Maurício de Oliveira Campos Júnior.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos ilustres advogados, Ariosvaldo de Campos Pires, Maurício de Oliveira Campos Júnior e Victor Hugo Machado da Silveira, em favor de Marcos Donizetti Cândido e Paulo Damião Oliveira, visando à desconstituição de decreto de prisão preventiva editado contra os pacientes, "face à fragilidade dos argumentos" nele alinhavados.

Exaltando a primariedade, os antecedentes e a radicação dos pacientes no distrito da culpa, alegam os impetrantes que "*é do consenso da doutrina e jurisprudência que o despacho que decreta a medida da prisão cautelar há que estar pleno de argumentos objetivos e concretos, posto que argumentações abstratas e subjetivas, como as contidas no despacho que ora se discute, não são capazes de justificar a rigorosa medida*" e que "*é, também, do consenso da doutrina e jurisprudência que a gravidade do delito, de per si, não pode ensejar a decretação da prisão preventiva, sem a demonstração da existência de elementos objetivos e concretos que embasem o decreto da odiosa medida...*".

Prestadas pela indigitada autoridade coatora as informações que lhe foram solicitadas, pela denegação da ordem impetrada opinou a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer da lavra do ilustrado Procurador Renato Martins Jacob.

Registre-se que os pacientes se acham denunciados como incursos no art. 121, § 2º, I e IV, por duas vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal.

Em síntese, é o relatório.

De início, é de se salientar que a primariedade, bons antecedentes e radicação dos pacientes no distrito da culpa não obstam a prisão preventiva, desde que presentes motivos que justifiquem a decretação.

In casu, foi a prisão preventiva dos pacientes decretada, *in verbis*:

"*Vistos, etc.*

Representa a autoridade policial pela prisão preventiva *de Marcos Donizetti Candido e Paulo Damião de Oliveira, suficientemente qualificados, tendo em vista que, comprovada a materialidade e os suficientes indícios de autoria de dois crimes de homicídio que vitimaram André Luiz Vieira Morais e Fernando José de Oliveira, a medida se faz necessária por conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública, argumentando que os representados têm se valido de artifícios para inutilizar e modificar provas, além de possuírem periculosidade elevada, tendo praticado crime hediondo com requintes de tortura.*

Instado a manifestar-se, o RMP, às fls. 310/311, manifestou-se favoravelmente ao pedido, tecendo considerações sobre a bem lançada representação, vez que necessária por garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal.

Decido.

Trata-se de investigação policial militar instaurada para apuração de dois crimes de homicídio, ao cabo da qual concluiu-se pela existência de fortes indícios de terem sido os representados executores do crime.

Pelo que consta, os representados são policiais militares lotados no 17º BPM e têm agido de forma a ocultar provas necessárias para a elucidação dos fatos, o que está a indicar a necessidade da medida por conveniência da instrução criminal.

Ademais, por serem os representados policiais militares, a custódia cautelar tem fundamento na garantia da ordem pública, vez que descumpriram com o seu dever funcional de proteção da ordem e paz pública, além da notícia de que cometeram diversas faltas disciplinares, salientando a periculosidade dos mesmos, que praticaram, em tese, delito hediondo, com requintes de tortura.

Isto posto, decreto a prisão preventiva de Marcos Donizetti Candido e Paulo Damião de Oliveira, qualificados, com fulcro nos arts. 312 e seguintes do CPP.

Expeça-se o competente mandado de prisão.

Uberlândia, 19 de novembro de 2002. - José Henrique Mallman - *Juiz de Direito em substituição legal*" (fls. 16).

É de se notar que, conquanto sucinto, acha-se o aludido decreto suficientemente fundamentado, não se

podendo falar em "*argumentações abstratas e subjetivas*", vez que, quanto à necessidade direcionada à conveniência da instrução criminal, constava dos elementos de investigação que "*os representados são policiais militares lotados no 17º BPM e têm agido de forma a ocultar provas necessárias para a elucidação dos fatos*", consoante registrado na representação formulada pela autoridade policial:

"*A autoridade apuradora dirimiu esforços no sentido de proceder ao exame de balística nas armas dos mesmos, encontrando imensa dificuldade, tendo em vista que* o Livro da Intendência foi rasurado justamente no local em que estava identificado o número do armamento entregue para os militares. *Importante considerar que após a data do homicídio constatou-se que o CB PM Donizetti estava lotado na Intendência da 148ª Cia. Inobstante isso, a autoridade remeteu o documento para perícia, logrando êxito em elucidar que o Sd. PM Damião encontrava-se armado com o Revólver Taurus de nº 131948. Este revólver era justamente uma das armas que apresentava irregularidades com possível troca de cano, o que poderia frustrar o exame de balística*" (fls. 48).

É certo que "*a gravidade genérica do delito, desprovida de* modus operandi *especial que indique a periculosidade concreta do paciente não justifica a manutenção da custódia cautelar*", conforme enunciado na ementa trazida à colação pelos ilustres impetrantes.

Contudo, *in casu*, a gravidade genérica dos crimes não se acha desprovida de *modus operandi* especial, visto ter o MM. Juiz monocrático observado "*que as fotografias acostadas aos autos retratam a situação em que os corpos das vítimas foram encontrados, cuja posição, conforme relatado na representação, é denunciadora de execução com imobilização das vítimas, ambas com o braço esquerdo para trás, e disparos na boca e cabeça (nuca)*" (fls. 45).

É evidente que, nas circunstâncias apuradas, a gravidade dos delitos estava a exigir a decretação da prisão preventiva dos pacientes como garantia da ordem pública, que "*não visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão*", sendo que "*a conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa*" (STF - *RTJ*, 124/1.033).

Em suas informações, salientou o MM. Juiz monocrático que, "*a par de responderem por crime hediondo, sendo os pacientes policiais militares, cumpre salientar, como o fez a autoridade representante, que o fato ganhou atenção na imprensa escrita local, sendo noticiada a execução sumária, o que desperta o sentimento social de repulsa e comoção*" (fls. 48).

Ante tais elementos, obviamente não se pode acoimar de frágil o

decreto de prisão preventiva, sendo certo, ainda, que, para tal, basta que haja "*prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria*" (CPP, art. 312), não se exigindo, como pretendem os ilustres impetrantes, a existência de provas que assegurem a acusação, vez que "*a decretação de prisão preventiva há de encerrar um juízo de risco, não de certeza, sob pena de incorrer a Justiça em evidente* contradictio in terminis, *laborando, a par disso, em perigoso prejulgamento da causa se estivesse a fundamentar mais do que o razoável à necessidade ou conveniência da segregação cautelar*" (*RT*, 602/340).

Mercê de tais considerações, e acolhendo o excelente parecer do ilustrado Procurador Renato Martins Jacob, denego a ordem impetrada.

Custas, *nihil*.

O Sr. Des. Odilon Ferreira - De acordo.

O Sr. Des. Zulman Galdino - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM IMPETRADA.

-:::-

Superior Tribunal de Justiça

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - TITULAR DE CARTÓRIO - APOSENTADORIA COMPULSÓRIA - ART. 40, II, DA CARTA MAGNA

- Os titulares de serventia de notas e registros são servidores públicos, aplicando-se-lhes o dispositivo constitucional relativo à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade (CF, art. 40, II). Precedentes.

- Recurso desprovido.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.344-MG- Relator: Ministro FELIX FISCHER

Recorrente: Josélia Mota Dutra. Advogado: Ari Álvares Pires Neto e outros. T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Juiz de Direito Diretor do Foro de Conselheiro Lafaiete-MG. Recorrido: Estado de Minas Gerais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 25 de fevereiro de 2003 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer - Josélia Mota Dutra, tabeliã do 3º Ofício de Notas da Comarca de Conselheiro Lafaiete, impetrou mandado de segurança preventivo contra o MM. Juiz de Direito Diretor do Foro da Comarca de Conselheiro Lafaiete, objetivando impedir a sua aposentadoria compulsória quando completasse setenta anos de idade.

A segurança foi denegada pelo Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado:

"*Mandado de segurança. Serventuário extrajudicial. Afastamento*

de notária de suas funções. Implemento de idade. Competência do Poder Judiciário para o ato. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada. - Sendo atribuição do Poder Judiciário fiscalizar a regularidade da prática dos atos dos notários e registradores, tem o Diretor do Foro da Comarca competência para declarar o afastamento do funcionário público lato sensu, *cuja delegação se extinguiu por implemento de idade. Sendo ocupante de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à cota da receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), e agora provido por concurso público, estão os serventuários sujeitos à aposentadoria compulsória por implemento de idade.*

-V.v.: - Serventia extrajudicial - Oficial de Cartório de Registo 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 a legislação vigente, os titulares das serventias extrajudiciais não estão sujeitos à aposentadoria compulsória, mas a ser admitida a possibilidade desta, à sombra da antiga redação do art. 40, inciso II, da Constituição Federal, a competência para tanto é do Poder Delegante" (fls. 149).

A recorrente alega que o v. acórdão hostilizado violou os arts. 5°, II, XIII, XXXVI, 40, § 1°, II (redação dada pela EC 20/98), 236 (regulamentado pela Lei 8.935/94), todos da CF/88, além das Leis n°s 8.212/91 e 8.213/91 e o Decreto n° 3.048/99, bem como o art. 206 da Carta Magna de 1967.

Sustenta que, com o advento da Constituição Federal de 1988, não cabe o afastamento daquele que exerce a atividade de oficial notarial, pois a mesma passou a ser exercida em caráter privado, visto que os "*oficiais de registro e notários não são mais servidores públicos,* stricto sensu" (fls. 177), não se sujeitando, portanto, à aposentadoria compulsória.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer - Trata o caso do direito do titular de cartório continuar exercendo a função notarial mesmo após ter completado setenta anos de idade.

A tese do recorrente, de que os oficiais de registro e os notários não exercem função pública, não os abrangendo o regime jurídico dos servidores públicos em geral, mais especificamente a aposentadoria compulsória aos setenta anos, não merece prosperar.

A matéria já é por demais conhecida nesta Corte e no Pretório Excelso, e a jurisprudência de ambos os Tribunais firmou-se contrariamente à pretensão do recorrente. Entende-se que os titulares de serventias de notas e registros se incluem entre os servidores públicos em sentido amplo, aplicando-se-lhes o art. 40, II, da Constituição Federal.

Assim sendo, os notários e registradores sujeitam-se à aposentadoria compulsória quando completados setenta anos.

Assim os julgados desta Corte:

"*Constitucional - Administrativo - Atividade notarial - Titular de cartório - Aposentadoria compulsória - EC 20/98 - Inovação - Pedido - Supressão - Instância.*

- 1. A aposentadoria compulsória é automática, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo.

- 2. Os titulares de cartório - notários e oficiais registradores - sujeitam-se à aposentadoria compulsória aos setenta (70) anos de idade.

- 3. É inviável a apreciação de matéria não agitada perante o Tribunal de origem, sob pena de supressão de instância.

- 4. Recurso ordinário" (ROMS 12.512/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 19.12.2002).

"*Administrativo - Recurso ordinário em mandado de segurança - Ato de aposentação - Legalidade - Atividade notarial - Titular de cartório - Aposentadoria compulsória - 70 (setenta) anos.*

- 1. Não se encontra eivado de nulidade o ato acoimado, estando, o mesmo, consubstanciado na legalidade. A exegese do art. 39, da Lei n° 8.935/94, é clara no sentido de que o instituto da aposentadoria determina, necessariamente, a extinção do vínculo, seja aquela facultativa ou compulsória. A Lei não tem o condão de invalidar o preceito constitucional, a cujo comando deve ajustar-se.

- 2. Ademais, consoante remansosa jurisprudência desta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional e do colendo Supremo Tribunal Federal, os oficiais de registro e notários são servidores públicos em sentido lato, sujeitando-se ao disposto no art. 40, II, da Constituição Federal, que prevê a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade.

- 3. Precedentes (STF, RE n°s 178.236/RJ (Pleno) e 189.736/SP e STJ, RMS n° 733/SP e AGREGMC n° 2.109/MG).

- 4. Recurso conhecido, porém, desprovido" (ROMS 12.724/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJU* de 28.10.2002).

"*Recurso especial - Administrativo - Atividade notarial - Titular de cartório - Serviço público - Aposentadoria compulsória - 70 (setenta) anos.*

- A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 'aos serventuários dos cartórios extrajudiciais aplica-se o artigo 40, II, CF, que determina a aposentadoria compulsória, vez que continuam na condição de servidores públicos' (REsp 8.195/SP, Rel. Min. Américo Luz).

- Recurso desprovido" (ROMS 14.613/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 02.09.2002).

"*Agravo regimental - Recurso ordinário - Mandado de segurança - Serviços notariais e de registro - Aposentadoria compulsória - Possibilidade.*

- 1. Aos tabeliães e oficiais de registro, na qualidade de servidores públicos, aplica-se a aposentadoria compulsória por implemento de idade, nos termos do artigo 40, inciso II, da Constituição da República.

- 2. Agravo regimental improvido" (AROMS 8.435/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* de 18.09.2000).

"*Constitucional e Administrativo - Servidor público - Titular de cartório - Aposentadoria compulsória - CF, art. 40, II.*

- Os titulares de serventia de notas e registros são servidores públicos, aplicando-se-lhes o dispositivo constitucional relativo à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade (CF, art. 40, II).

- Precedentes do STF e do STJ.

- Recurso desprovido" (ROMS 9.456/RJ, de minha relatoria, *DJU* de 19.10.1998).

"*Recurso em mandado de segurança - Administrativo - Serviço prestado junto a cartório não oficializado - Serviço público - Aposentadoria compulsória.*

- A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 'aos serventuários dos cartórios extrajudiciais aplica-se o art. 40, II, CF, que determina a aposentadoria compulsória, vez que continuam na condição de servidores públicos' (REsp 8.195/SP, Rel. Min. Américo Luz).

- Recurso improvido" (RMS 7.479/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 26.05.1997).

"*RMS - Serviço notarial e de registro - Natureza jurídica - Aposentadoria. - Os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Essa a dicção do art. 236 da CF/1988. Serviço delegado (Lei 8.935, 18/11/1994, art. 3º). Os serventuários, por isso, são servidores públicos. Submetidos, portanto, ao respectivo estatuto. Daí, aplicar-se a disciplina da aposentadoria. Precedente do STF: RE 178.236, RJ, Relator o Min. Octávio Gallotti*" (RMS 7.489/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 30.06.1997).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso".

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 25 de fevereiro de 2003. - *Livia Maria Santos Ribeiro* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 31.03.2003.)

-:::-

CRIMINAL - *HC* - ROUBO QUALIFICADO - LATROCÍNIO - CONTINUIDADE DELITIVA - IMPOSSIBILIDADE - DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS - CONCURSO MATERIAL - PRECEDENTES - ORDEM DENEGADA

- Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio, eis que, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução. Precedentes desta Corte e do STF.

- No delito de roubo, a objetividade jurídica do tipo penal é o patrimônio, ao passo que, no delito de latrocínio, por sua vez, busca-se proteger, além do patrimônio, a vida da vítima, incidindo a regra do concurso material.

- Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 23.619-SP - Relator: Ministro GILSON DIPP

Impetrante: Jomildo Ramos Barbosa. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Jomildo Ramos Barbosa (preso).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem". Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e

Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 21 de novembro de 2002 (data do julgamento). - *Ministro Gilson Dipp* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 177/182, *in verbis*:

"*1. Cuida-se de* habeas corpus *impetrado em favor de* Jomildo Ramos Barbosa, *condenado a uma pena privativa de liberdade de 26 (vinte e seis) anos de reclusão pela prática dos delitos previstos no artigo 157, § 2°, incisos I e II e § 3°, última figura, combinado com o artigo 69,* caput, *ambos do Código Penal, a ser cumprida em regime fechado.*

2. Irresignada, apelou a Defesa, tendo a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reduzido a pena do Paciente para 25 (vinte e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo, no mais, a condenação fixada pela sentença.

3. Interposto Recurso Especial, não foi o mesmo admitido por ausência de prequestionamento e vedação ao reexame de provas através da via escolhida.

4. Após o trânsito em julgado, a Defesa ajuizou Revisão Criminal, autuada sob o n° 284.488.3/0, pedido este que restou indeferido, tendo em vista que a própria Defensora nomeada para arrazoá-lo asseverou que se tratava de mero exame de prova. Tal manifestação foi acolhida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e a Revisão restou arquivada.

5. Comprovam, outrossim, os documentos acostados aos autos, que foi impetrado habeas corpus *perante esse Colendo Tribunal Superior, autuado sob o n° 17.519, onde pleiteava-se a nomeação de um Defensor Dativo, o que restou concedido, à unanimidade, para que o efeito de ser anulada a decisão que indeferiu o pedido revisional, determinando que o novo Defensor arrazoasse a supracitada revisão criminal.*

6. Esclarecem as informações de fls. 54/55 que '(...) os Procuradores indicados pela Procuradoria foram nomeados, porém ainda não apresentaram as razões à revisão criminal'.

7. Pretende-se através do presente writ, *seja reconhecida a continuidade delitiva quanto aos crimes de roubo qualificado e latrocínio praticados pelo Paciente e seus comparsas.*

Informações às fls. 54/55, acompanhadas de documentos (fls. 56/175)".

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 182).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto em favor de Jomildo Ramos Barbosa, apenas para reduzir a pena a ele imposta em 1° grau de jurisdição para 25 anos e 04 meses de reclusão, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 157, incisos I e II, e 157, § 3°, c/c os artigos 29 e 69, todos do Código Penal.

Em razões, pugna-se pelo reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de roubo qualificado e latrocínio.

Contudo, não merece prosperar a irresignação.

Esta Corte tem firmado o posicionamento no sentido da impossibilidade de ocorrência da continuidade delitiva entre os delitos de roubo e latrocínio, eis que, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução.

Com efeito. No delito de roubo, a objetividade jurídica do tipo penal é o patrimônio, ao passo que, no delito de latrocínio, por sua vez, busca-se proteger, além do patrimônio, a vida da vítima.

Destarte, ainda que praticados contra a mesma vítima, não há que se falar em continuidade delitiva e, sim, na regra do concurso material - art. 69 do Estatuto Punitivo.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:

"Habeas corpus - *Penal - Roubo e latrocínio - Continuidade delitiva - Impossibilidade.*

- Inexiste continuidade delitiva entre o crime de roubo e latrocínio, que, apesar da mesma natureza, divergem quanto à espécie. No primeiro ocorre a lesão somente ao patrimônio, no segundo, ocorre a lesão ao patrimônio e vida da vítima. Precedentes do STF.

- Ordem denegada" (*HC* 10.663-SP, *DJ* de 24.04.2000, Relator Min. Jorge Scartezzini).

"*Processual Penal e Penal* - Habeas corpus - *Roubo e latrocínio tentado - Continuidade delitiva - Unificação de penas.*

- Roubo e latrocínio são crimes do mesmo gênero mas não da mesma espécie, impossibilitando o reconhecimento da continuidade delitiva.

- Precedentes STJ e STF.

- Ordem denegada" (*HC* 12.182-SP, *DJ* de 18.09.2000, Relator Min. Felix Fischer).

Ainda, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

"*Crime continuado - Latrocínio e roubo. - Continuidade delitiva inexistente, por não se tratar de crimes da mesma espécie (art. 51, p. 2, do CP de 1940, hoje art. 71, c/a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.84). Recurso extraordinário, pela letra d, conhecido e provido para se afastar a continuidade delitiva. Precedentes*" (RE 104.525-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 13.03.87).

Por fim, adoto as conclusões do acórdão impugnado, que elucidaram de forma clara a controvérsia:

"*Evidente que ocorreu concurso material de delitos, isto porque embora roubo e latrocínio coabitem o mesmo capítulo e artigo do Código Penal não são da mesma espécie, isto porque enquanto no roubo ocorre subtração e o constrangimento ilegal, o latrocínio caracteriza-se pela subtração e, ainda, morte da vítima*" (fl. 23).

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem".

Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 21 de novembro de 2002. - *Lívia Maria Santos Ribeiro* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 03.02.2003.)

-:::-

CRIMINAL - *HC* - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - DEFICIÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA - RELAÇÕES DOMÉSTICAS DO RÉU COM A FAMÍLIA DA VÍTIMA CONSIDERADAS PARA MAJORAR A PENA-BASE E COMO AGRAVANTE GENÉRICA - *BIS IN IDEM* EVIDENCIADO - ORDEM CONCEDIDA

- Não se admite o *bis in idem* configurado na sentença condenatória, caracterizado pela dupla valoração, na dosimetria da pena, das relações domésticas do paciente com a família da vítima tanto para elevar a pena-base, quanto para majorar a reprimenda como circunstância agravante genérica.

- Caracterizada a dupla valoração de condenação anterior como maus antecedentes e reincidência, tem-se como insuficientemente justificada a exacerbação procedida na dosimetria da pena.

- É viável o exame da dosimetria da reprimenda por meio de *habeas corpus*, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

- Deve ser determinado que, sem prejuízo da condenação, outra decisão seja elaborada, excluindo-se a controvérsia a respeito da dupla valoração das relações domésticas do paciente com a família da vítima e fundamentando-se devidamente o aumento da pena-base.

- Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

HABEAS CORPUS Nº 23.713-MG - Relator: Ministro GILSON DIPP

Impetrante: José Orlando Ferreira. Advogado: Rogério Augusto Libanio Pereira. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: José Orlando Ferreira (preso).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, determinando que, sem prejuízo da condenação, outra decisão seja elaborada, excluindo-se a controvérsia a respeito da dupla valoração das relações domésticas do paciente com a família da vítima, fundamentando-se devidamente o aumento da pena-base". Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 21 de novembro de 2002 (data do julgamento). - *Ministro Gilson Dipp* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 80/81, *in verbis*:

"*Trata-se de* habeas corpus, *impetrado por Rogério A. Libanio Pereira em favor de José Orlando Ferreira, em face do v. acórdão de fls. 27/33, proferido pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento à apelação da defesa, confirmando a sentença monocrática.*

Aduz o impetrante que, sofre o paciente constrangimento ilegal, decorrente de condenação pelo tipo do art. 214, c/c art. 224, a *e art. 61, II,* f, *todos do CP, à pena de 09 anos e 04 meses de reclusão, pois a r. sentença restou confirmada em segunda instância sem qualquer motivação ou fundamentação a respeito da dosimetria da pena, sendo que um mesmo motivo foi considerado tanto para exasperar a pena-base para muito além do mínimo legal que é de 06 anos, no delito de atentado violento ao pudor, fixando-a em 07 anos, como também para majorá-la como causa de aumento prevista no art. 61, II,* f, *do CP, configurando* bis in idem. *Requer por fim, 'seja adequada à pena aos critérios estatuídos na Legislação Penal, observando-se que resta impossível e manifestamente ilegal a consideração dupla do mesmo motivo para majorar, duplamente, a pena'".*

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem (fl. 81).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento ao recurso de agravo interposto em favor de José Orlando Ferreira, visando à reforma da sentença monocrática no que se refere à dosimetria da pena a ele imposta.

O paciente foi condenado à pena de 09 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 214, c/c o art. 224, alínea *a*, e art. 61, inciso II, alínea *f*, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual se pretendia a absolvição do paciente. A Corte Estadual negou provimento ao apelo, mantendo a condenação do paciente (fls. 72/77).

Insatisfeito, ainda, o paciente impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*, sustentando a deficiência de fundamentação na dosimetria da pena, eis que o d. Julgador de 1° grau teria considerado o mesmo motivo - relações domésticas entre o paciente e a vítima - para exasperar a pena-base e, em seguida, para aumentar a reprimenda em 1/3, como agravante, o que configuraria *bis in idem*.

O e. Desembargador Relator não procedeu à análise da irresignação, entendendo que, com o julgamento do recurso de apelação, a Corte Estadual configuraria como autoridade coatora, motivo pelo qual a impetração deveria ser remetida a este Superior Tribunal de Justiça (fl. 36).

Contra a r. decisão a defesa do paciente interpôs recurso de agravo, o qual restou desprovido, sob o fundamento de que caberia ao STJ a análise da pretensão referente à reforma da sentença condenatória (fl. 53).

Daí a presente impetração, na qual se reitera o pleito antes aduzido, no sentido da ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena, pois o Magistrado teria considerado a circunstância do art. 61, inciso II, alínea *f*, do Código Penal, tanto para majorar a pena-base, quanto para aumentar a pena em razão de circunstância agravante.

Merece prosperar a irresignação.

O MM. Juiz monocrático procedeu à dosimetria da pena do paciente nos seguintes termos:

"(...) Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, considerando a culpabilidade do agente que por sua livre vontade não se dignou a refrear impulsos sexuais; a existência de antecedentes criminais, ante o certificado à fls. 32, em que pese sua condenação a pena pecuniária, à sua conduta social que, pelo apurado, era ilibada; às características de sua personalidade que demonstram desvio de conduta; aos motivos do crime que, inobstante (sic) sejam desconhecidos se fundam em ousadia; às circunstâncias do crime, ocorrido em sua residência e na de pessoas de sua convivência*; a conseqüência do crime, que marcará indelevelmente a mente da vítima e seu comportamento, que em nada contribuiu para a ocorrência do delito, fixo a pena base em* sete (7) anos de reclusão" (fl. 28 - g.n.).

No tocante à agravante do art. 61, inciso II, alínea *f*, do Código Penal, ainda houve a seguinte explicitação na sentença:

"Há circunstância agravante consistente no prevalecimento das relações domésticas, conforme disposto na letra f, *do inciso II, do art. 61 do Código Penal e, por esta razão elevo a pena base em* um terço (1/3), *fixando-a em* nove (9) anos e quatro (4) meses de reclusão" (fl. 23 - grifos do original).

Desta maneira, nota-se que, aparentemente, resta evidenciada a dupla valoração das relações domésticas do paciente com a família da vítima para efeito de *circunstâncias do crime* e circunstância agravante. É o que se entende da leitura do *decisum*, pois não foram apontados, pelo Magistrado de 1° grau, elementos diversos para a caracterização da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *f*, do Código Penal.

Destarte, não se admite o *bis in idem* configurado na sentença condenatória, eis que, como bem ressaltado pela d. Subprocuradoria-Geral da República, na fixação da pena-base, além de considerar as relações domésticas para elevar a pena-base, ainda utilizou o mesmo critério para majorar a reprimenda como circunstância agravante.

Assim, tem-se como viável o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus*, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu - hipótese dos autos.

Desta forma, deve ser determinado que, sem prejuízo da condenação, outra decisão seja elaborada, excluin-

do-se a controvérsia a respeito da dupla valoração das relações domésticas do paciente com a família da vítima, fundamentando-se devidamente o aumento da pena-base.

Diante do exposto, concedo a ordem, nos termos acima expostos.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, determinando que, sem prejuízo da condenação, outra decisão seja elaborada, excluindo-se a controvérsia a respeito da dupla valoração das relações domésticas do paciente com a família da vítima, fundamentando-se devidamente o aumento da pena-base".

Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 21 de novembro de 2002. - *Livia Maria Santos Ribeiro* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 03.02.2003.)

-:::-

ADMINISTRATIVO - DANO AMBIENTAL - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - IMPOSIÇÃO DE MULTA - EXECUÇÃO FISCAL

- 1. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

- 2. Destarte, é poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

- 3. O poluidor, por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - "*sem obstar a aplicação das penalidades administrativas*" **é obrigado,** "*independentemente da existência de culpa*", **a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros,** "*afetados por sua atividade*".

- 4. Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral, por isso que em demanda infensa à Administração, poderá, interpartes, discutir a culpa e o regresso pelo evento.

- 5. Considerando que a lei legitima o Ministério Público da União e dos Estados, terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente, é inequívoco que o Estado não pode inscrever *self-executing*, sem acesso à justiça, *quantum* indenizatório, posto ser imprescindível ação de cognição, mesmo para imposição de indenização, o que não se confunde com a multa, em obediência aos cânones do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

- 6. *In casu*, **discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ.**

- 7. Recurso improvido.

RECURSO ESPECIAL Nº 442.586-SP - Relator: Ministro LUIZ FUX

Recorrente: Rede Bandeirantes de Postos de Serviços Ltda. Advogados: Eduardo Saraiva Barbosa e outros. Recorrido: Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental-Cetesb. Advogados: Rosângela Vilela Chagas Ferreira e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 26 de novembro de 2002 (data do julgamento). - *Ministro Luiz Fux* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator) - A Rede Bandeirantes de Postos e Serviços interpõe recurso especial (fl. 88/92), com fulcro no artigo 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"*Multa ambiental - São Paulo - Ação anulatória de débito fiscal - Dano ambiental - Lançamento de óleo diesel em galeria de águas pluviais, causando a paralisação de estação de tratamento da Sabesp - LE nº 997/76, artigos 2º e 3º, V, aprovado pelo Decreto nº 8.468/76.*

- 1. Configurada a degradação ambiental, a responsabilidade do causador do vazamento é objetiva, sujeitando-se às conseqüências civis e administrativas cabíveis.

- 2. 'Poluidor', nos termos dos arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da LF nº 6.938/81, não é apenas quem deflagra o processo degradante (causa imediata), mas também quem mantém a atividade econômica ou social que lhe deu origem (causa mediata). Não é essencial definir exatamente quem ocasionou o vazamento do óleo diesel ou praticou o ato que deu origem à degradação.

- 3. É apenado (independentemente da responsabilidade civil ou penal) quem cometeu a infração, com ela concorreu ou dela se beneficiou (LE 997/76, art. 8º, redação dada pela LE nº 8.943/94). 'Concorre-se para a infração por dolo ou culpa. Demonstrado o nexo de causalidade entre a fonte poluidora e a poluição, cabe à empresa autuada comprovar não ter contribuído para a infração'.

- 4. Os autos descrevem dois eventos: um, a colisão do caminhão com a bomba de óleo diesel na galeria de águas pluviais. Não se sabem as circunstâncias em que ocorreram ambos os eventos, não estando afastada a contribuição dos prepostos da autora, por negligência, má sinalização, descuido, etc. tanto no momento da colisão como na demora em pedir ajuda ao órgão ambiental e minorar os efeitos do derramamento. Admite-se, ante a prova dos autos, que a autora contribuiu para a infração ambiental.

Multa corretamente aplicada. Recurso voluntário provido para julgar improcedente a ação, invertida a sucumbência" (fl. 80).

A recorrente sustenta, em síntese, que o acórdão hostilizado negou vigência ao artigos 3º, inciso IV, e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, sob o fundamento de que a legislação em tela especifica a responsabilidade relativa à indenização ou à reparação dos danos causados ao meio ambiente, sendo que a hipótese em comento diz respeito à anulação de auto de infração lavrado por suposto dano ao meio ambiente.

Por fim, sustenta que a Lei nº 6.938/81 não prevê a possibilidade de a responsabilidade objetiva ensejar a lavratura de auto de infração e conseqüente imposição de multa pecuniária.

O recorrido, em contra-razões, pugna pela manutenção da decisão hostilizada, colacionando precedentes jurisprudenciais.

O recurso foi admitido pelo Tribunal *a quo*, consoante despacho de fl. 108.

É o relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator) - Conheço do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional, uma vez que houve o prequestionamento do dispositivo legal tido por violado.

A Rede Bandeirantes de Postos de Serviços ajuizou ação anulatória de auto de infração, decorrente de multa pelo derramamento de óleo diesel em galeria de águas pluviais, decorrente da colisão de veículo de terceiros com bomba de combustível localizada em suas dependências.

Sob o ângulo da autoria e conseqüente responsabilidade, mister repisar o acórdão embargado quando assenta:

"*Multa ambiental - São Paulo - Ação anulatória de débito fiscal - Dano ambiental - Lançamento de óleo diesel em galeria de águas pluviais, causando a paralisação de estação de tratamento da Sabesp - LE nº 997/76, artigos 2º e 3º, V, aprovado pelo Decreto nº 8.468/76.*

- 1. Configurada a degradação ambiental, a responsabilidade do causador do vazamento é objetiva, sujeitando-se às conseqüências civis e administrativas cabíveis.

- 2. 'Poluidor', nos termos dos arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da LF nº 6.938/81, não é apenas quem deflagra o processo degradante (causa imediata), mas também quem mantém a atividade econômica ou social que lhe deu origem (causa mediata). Não é essencial definir exatamente quem ocasionou o vazamento do óleo diesel ou praticou o ato que deu origem à degradação.

- 3. É apenado (independentemente da responsabilidade civil ou

penal) quem cometeu a infração, com ela concorreu ou dela se beneficiou (LE 997/76, art. 8°, redação dada pela LE n° 8.943/94). 'Concorre-se para a infração por dolo ou culpa. Demonstrado o nexo de causalidade entre a fonte poluidora e a poluição, cabe à empresa autuada comprovar não ter contribuído para a infração'.

- 4. Os autos descrevem dois eventos: um, a colisão do caminhão com a bomba de óleo diesel na galeria de águas pluviais. Não se sabem as circunstâncias em que ocorreram ambos os eventos, não estando afastada a contribuição dos prepostos da autora, por negligência, má sinalização, descuido, etc. tanto no momento da colisão como na demora em pedir ajuda ao órgão ambiental e minorar os efeitos do derramamento. Admite-se, ante a prova dos autos, que a autora contribuiu para a infração ambiental.

Multa corretamente aplicada. Recurso voluntário provido para julgar improcedente a ação, invertida a sucumbência" (fl. 80).

A controvérsia cinge-se à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, tanto mais que é interditada ao STJ a análise de questões fáticas.

Sob a estrita ótica infraconstitucional, dispõem os artigos 3°, inciso IV, e 14, § 1°, da Lei n° 6.938/81:

"*Art. 3°. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...)*

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

O artigo 14, § 1°, da Lei n° 6.938/81, a seu turno, prevê:

"*Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:* (grifo nosso)

§ 1°. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".

A controvérsia cinge-se ao alcance dos dispositivos legais acima transcritos, no que tange à imposição de multa, decorrente de responsabilidade objetiva, em sede de degradação ambiental, consubstanciada no lançamento de óleo diesel em galeria de águas pluviais, que atingiu o curso d'água sem nome e em seguida o Ribeirão dos Cristais, causando a paralisação da Estação de Tratamento de Águas de Cajamar da Sabesp.

Com efeito, o artigo 14 da Lei n° 6.938/81, mantido pela Lei n° 7.804/89, permite a aplicação de multas pela autoridade estadual com base em legislação federal, vedando expressamente a sua cobrança pela União, se já tiver sido aplicada pelo Estado.

In casu, o Auto de Infração n° 54.873 (fl. 12) foi lavrado pela autoridade estadual, com base em convênio estabelecido entre a Secretaria de Meio Ambiente e a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental-Setesb.

No que pertine à responsabilidade objetiva, em sede de danos causados ao meio ambiente, leciona SERGIO CAVALIERI FILHO, *in Programa de Responsabilidade Civil*:

"*(...) o art. 14, § 1°, da Lei n° 6.938/81, que trata dos danos causados ao meio ambiente. O meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é direito de todos, protegido pela própria Constituição Federal, cujo art. 225 o considera 'bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida'. É o que os autores chamam de direito de terceira geração, que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano. Direito de primeira geração são os direitos civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas; esses direitos realçam o princípio da liberdade. Direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, que acentuam o princípio da igualdade. Direitos de terceira geração materializam poderes de titularidade coletiva, atribuídos genericamente a todas as formações sociais; tais direitos são fundados no princípio da solidariedade universal.*

Além das medidas protetivas e preservativas previstas no § 1°, incs. I-VII do art. 225 da Constituição Federal, em seu § 3°, ela trata da responsabilidade penal, administrativa e civil dos causadores de dano ao meio ambiente, ao dispor: 'As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados'. Neste ponto a Constituição recepcionou o já citado art. 14, § 1°, da Lei n° 6.938/81, que estabeleceu responsabilidade objetiva para os causadores de dano ao meio ambiente, nos seguintes termos: 'sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade'. *Extrai-se do texto constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) que essa responsabilidade é fundada no risco integral, conforme sustentado por Nélson Nery Júnior* (Justitia, *126/74). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos de poluição ambiental*" (p. 175/176).

Com efeito, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81) adotou a responsabilidade sem culpa ou objetiva, que continua plenamente em vigência no que concerne à responsabilidade civil por danos ao meio ambiente e a terceiros.

Destarte, o art. 4°, VII, da Lei n° 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa, consoante se infere do art. 14, § 1°, da citada lei.

Ademais, a aplicação de penalidade administrativa (art. 14, I a IV) não elide a indenização ou reparação que o Poder Judiciário possa determinar, como resta claro no art. 14, § 1°, *verbis*:

"*Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (grifo nosso)*

§ 1°. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".

A hipótese *sub examine* trata da imposição de multa administrativa que, segundo HELY LOPES MEIRELLES: "*é toda imposição pecuniária a que se sujeita o administrado a título de compensação do dano presumido da infração. Nesta categoria de atos punitivos entram, além da multas administrativas propriamente ditas, as multas fiscais, que são modalidades específicas do Direito Tributário*"; (*in Direito Administrativo Brasileiro*, p. 187).

A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental.

Por derradeiro, ressalte-se que a multa administrativa, no caso de dano ambiental, ao contrário do que sustenta a recorrente, tem previsão na Lei n° 6.938/81, além de ter natureza objetiva, o que a torna devida, independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator.

Neste sentido confiram-se, à guisa de exemplo, os julgados *in verbis*:

"*Administrativo - Dano ao meio ambiente - Indenização - Legitimação passiva do novo adquirente.*

- 1. A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio ambiente é objetiva, mas se exige nexo de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei 6.938/81).

- 2. Em se tratando de reserva florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la.

- 3. Responsabilidade que independe de culpa ou nexo causal, porque imposta por lei.

- 4. Recurso especial provido" (REsp n° 282.781/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, *DJ* de 27.05.2002)

"*Agravo no agravo de instrumento - Processual civil - Ação de indenização - Rito ordinário - Prequestionamento - Legitimidade passiva ad causam da petrobrás - Arts. 14, par. 1°, da Lei 8.938/81, 159 e 1521, inc. III, do CC.*

- I - O que se entende como prequestionamento não é a simples menção ao dispositivo, mas sim a manifestação expressa por parte do Tribunal a quo da tese jurídica trazida no recurso especial.

- II - O art. 14, par. 1°, da Lei n° 8.938/81, cuida da responsabilidade objetiva em decorrência de danos causados ao meio ambiente *(grifo nosso).*

- III - A presente demanda não envolve o dever de reparar danos ao meio ambiente, mas sim o dever de ressarcir os gastos tidos pela execução de serviços pela agravada. Ainda que o acórdão objurgado tenha se posicionado pela legitimidade passiva ad causam da agravante, tomando por base o art. 14, par. 1°, da Lei n° 8.938/81, persiste sua legitimidade ad causam em razão do disposto nos arts. 159 e 1.521, inc. III, do CC.

- Agravo no agravo de instrumento a que se nega provimento" AGA n° 179.321/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJ* de 25.09.2000).

"*Processual Civil - Poluição - Meio ambiente - Execução - Extinção - Legitimidade* ad causam.

- 1. Permitindo a Lei n° 6.938/81 a aplicação de multas por parte da autoridade estadual, com base em legislação federal, patente a legitimidade da Fazenda Paulistana para a causa" (REsp n° 48.753-6/SP, Relator Ministro Amércio Luz, *DJ* de 17.04.1995).

Deveras e por fim, a eventual exoneração do recorrente por culpa de terceiro, pode ser aferida em ação regressiva, inter partes; o dono da bomba de óleo diesel e o titular do automóvel, em demanda infensa à Administração, exorbitante por força

da responsabilidade pelo risco integral, como vem sendo aplicada, *v.g.*, nos derramamentos de óleo noticiados recentemente.

Ante o exposto, cumprindo a função uniformizadora desta Corte, nego provimento ao recurso especial interposto.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 26 de novembro de 2002. - *Maria do Socorro Melo* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 24.02.2003.)

-:::-

Supremo Tribunal Federal

RECLAMAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE CONVOCAÇÃO DE JUÍZES DE DIREITO NA HIPÓTESE DE IMPEDIMENTO/SUSPEIÇÃO DE DESEMBARGADORES - DESLOCAMENTO, PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA PARA JULGAR A CAUSA (CF, ART. 102, I, *N*) - MEDIDA QUE DEIXOU DE SER OBSERVADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA - RECLAMAÇÃO PROCEDENTE

- Se se registrar hipótese de inabilitação processual da maioria dos membros integrantes de Tribunal de Justiça, em decorrência do impedimento/suspeição de seus Desembargadores, não se revelará lícito convocar, para efeito de composição do *quorum* necessário ao julgamento de determinada causa, magistrados estaduais de primeira instância, pois não se admite esse procedimento de substituição de Desembargadores, quando utilizado para afastar a regra especial de competência inscrita no art. 102, I, *n*, da Constituição da República. Precedentes.

- Nada impedirá, contudo, para efeito de composição do *quorum*, que sejam convocados outros magistrados habilitados, desde que integrantes efetivos do próprio Tribunal, embora com assento em outros órgãos fracionários dessa mesma Corte (Turmas ou Câmaras, *v.g.*). Precedentes.

- A norma especial inscrita no art. 102, I, *n*, da Constituição da República - embora faça referência a "ação" - estende-se, por igual, aos recursos em geral, desde que ocorrentes, no Tribunal de origem, as hipóteses a que alude essa regra constitucional de competência. Precedente.

- A inexistência de maioria habilitada no Tribunal de origem impõe o deslocamento, para o Supremo Tribunal Federal, da competência originária para processar e julgar a causa em que registrada a situação de inabilitação processual, sob pena de delinear-se hipótese de usurpação das atribuições jurisdicionais da Suprema Corte, o que, em ocorrendo, justificará a utilização da via reclamatória.

RECLAMAÇÃO Nº 1.933-1/AM - Relator: Ministro CELSO DE MELLO

Reclamantes: Espólio de Luiz Barbosa de Lima e outro. Advogado: Oswaldo Barbosa Ferreira da Silva. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Interessado: Roberto de Godoy Neves.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente o pedido formulado na reclamação.

Brasília-DF, 16 de maio de 2002. - *Ilmar Galvão* - Presidente (RISTF, art. 37, inciso I). - *Celso de Mello* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Celso de Mello (Relator) - A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Flávio Giron - que foi aprovado pelo eminente Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro -, assim sumariou e apreciou a presente reclamação (fls. 52/55):

"Reclamação. Alegada usurpação de competência do STF prevista na alínea n *do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal. Impedimento ou suspeição declarados espontaneamente pela maioria dos membros do Tribunal de origem. Impossibilidade da convocação de juízes de direito. Não havendo maioria desimpedida ou insuspeita dos membros do Tribunal de Justiça para julgar os embargos infringentes, não é de se admitir a substituição dos suspeitos ou impedidos mediante convocação de juízes de direito de primeira entrância, mas, sim, de deslocar-se a competência para o Supremo Tribunal Federal, na forma da alínea* n *do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal. Parecer pela procedência da reclamação.*

Trata-se de reclamação proposta pelo Espólio de Luiz Barbosa de Lima e D. Isabel Barbosa de Lima, contra o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em face do julgamento dos embargos infringentes nº 299900795-2, opostos em desfavor dos reclamantes, pelo embargante, ora interessado, Roberto de Godoy Neves.

Sustentam os reclamantes que o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas seria incompetente para apreciar e julgar o recurso supracitado, haja vista que mais da metade dos Desembargadores que integram as Câmaras Reunidas, órgão fracionário competente para o julgamento dos embargos infringentes, declaram-se impedidos ou suspeitos, hipótese que atrairia a competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea n, *da Constituição Federal.*

Asseveram, ainda, que o Relator designado para os embargos infringentes, Desembargador Hosanah Florêncio de Menezes, além de encontrar-se impedido para o julgamento do recurso, seria parcial em seu exame, haja vista ter sido o julgador que proferiu o voto dissidente na respectiva apelação cível, em detrimento dos ora requerentes, e bem assim avocou o processo de ação cautelar incidental instaurado pelos reclamantes, oportunidade em que cassou a medida liminar anteriormente concedida pelo primeiro Relator do processo cautelar. Decisão jurisdicional que desafiou, por sua vez, a interposição de agravo regimental, igualmente desprovido pelo Desembargador apontado.

No envolvimento de suas razões, os reclamantes alegam o descabimento e desacerto da decisão colegiada, que assegurou o provimento aos embargos infringentes, postulando, ao final, pela sua revogação e a conseqüente condenação do embargante, e bem assim requerem seja oficiado o Ministério Público estadual, para apuração da prática de eventual delito cometido no curso do processo e atuação nas ulteriores fases processuais.

As informações prestadas às fls. 46/49 confirmam o impedimento ou suspeição manifestado por oito desembargadores, dentre os quatorze que integram o pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, outrossim declaram que 'os juízes que foram convocados para complementar o quorum *do julgamento dos referidos Embargos Infringentes são juízes de direito da Capital, logo de inferior instância, e estão relacionados em outra certidão anexa, de autoria da mesma Secretária das Câmaras Reunidas' (fls. 46).*

Após vieram os autos a esta Procuradoria-Geral da República para manifestação.

A reclamação proposta merece prosperar.

Conforme depreende-se da certidão (fls. 19) fornecida pelo cartório das Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e dos demais documentos colacionados acostados com a exordial, a maioria dos Desembargadores que compõem o Tribunal de Justiça se declarou espontaneamente por impedido ou suspeito para o julgamento do recurso.

Nessa esteira, reconheceram, ainda, as informações fornecidas pelo órgão jurisdicional reclamado, a impossibilidade de compor-se a maioria necessária para o julgamento dos embargos infringentes, mediante a convocação de titulares integrantes de outros órgãos do mesmo Tribunal, sendo que o quorum *somente fora satisfeito com a convocação de juízes de direito da Capital, pertencentes, portanto, à primeira entrância da judicatura amazonense.*

Solução, todavia, vedada por iterativa jurisprudência desta Excelsa Corte, que considera ilícita a convocação de juízes de direito não integrantes

do Tribunal de origem para substituir, em julgamento, desembargadores impedidos ou suspeitos - Reclamação 1.004/AM, hipótese em que a competência deve ser deslocada para a Corte Suprema.

Destarte, admitir a hipótese de convocação de magistrados estranhos à composição do Tribunal, a fim de galgar-se o quorum *exigido, incorre na usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal pela via transversa, conquanto permite e constitui negativa de vigência ao dispositivo constitucional inscrito no artigo 102, inciso I, alínea* n, *da Constituição Federal.*

No que concerne aos demais pedidos veiculados pelos reclamantes, esses se confundem com o mérito dos embargos infringentes, no que serão deslindados oportunamente com o seu competente julgamento no Supremo Tribunal Federal, vez que a via estreita da reclamação não comportaria a análise perseguida.

Isto exposto, opina *o Ministério Público Federal, por seu órgão,* pela procedência da reclamação" (grifei).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Celso de Mello (Relator) - Trata-se de reclamação na qual os ora reclamantes, alegando violação ao art. 102, I, *n,* da Constituição da República, e sustentando, por isso mesmo, a ocorrência de usurpação da competência desta Suprema Corte, por parte das Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, requerem ao Supremo Tribunal Federal a avocação dos Embargos Infringentes nº 29900795-2, já julgados por aquela egrégia Corte.

Cabe registrar que os embargos infringentes em questão, opostos pelo ora interessado (Roberto de Godoy Neves), foram providos, por votação unânime, em julgamento efetuado pelas Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça local (fls. 19).

A parte ora reclamante, para justificar a alegação da ocorrência, na espécie, de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, sustenta que, não obstante "*a arguição de suspeição, por foro íntimo, de 8 (oito) magistrados, e, ainda, dois desembargadores (...), notoriamente impedidos*" (fls. 04), foi realizada, pelas Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, "*a sessão de julgamento dos referidos embargos*" (fls. 04).

A parte ora reclamante postula, desse modo, na presente sede processual, que - considerada a situação de inabilitação processual, reconhecida, espontaneamente, por 8 (oito) Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas -, sejam os já mencionados embargos infringentes "processados e julgados" pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 13).

O órgão judiciário ora reclamado, ao prestar as informações que lhe foram solicitadas (fls. 38), esclareceu que, "*para complementar o* quorum *do julgamento dos referidos embargos infringentes*" (fls. 46), foram convocados 5 (cinco) "*juízes de direito da Capital*", eis que, "*dos 14 desembargadores que compõem o egrégio Tribunal de Justiça do Amazonas, oito manifestaram impedimento ou suspeição para atuar na causa objeto da reclamação...*" (fls. 47).

O quadro processual ora exposto torna plenamente admissível a utilização, na espécie, do instrumento constitucional da reclamação.

Com efeito, a reclamação, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua - ação (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (MOACYR AMARAL SANTOS, *RTJ*, 56/546-548; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (OROSIMBO NONATO, *apud* Cordeiro de Mello, *O Processo no Supremo Tribunal Federal*, vol. 1/280), incidente processual (MONIZ DE ARAGÃO, *A Correição Parcial*, p. 110, 1969), medida de direito processual constitucional (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 3º, 2ª parte, p. 199, item nº 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Ministro DJACI FALCÃO, *RTJ*, 112/518-522) - configura instrumento de extração constitucional, não obstante a origem pretoriana de sua criação (*RTJ*, 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *l*), consoante tem enfatizado a jurisprudência desta Corte Suprema (*RTJ*, 134/1.033, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

No caso presente, a discussão da matéria situa-se, precisamente, no plano da preservação da competência, efetivamente usurpada, do Supremo Tribunal Federal.

Impende observar que a via jurídico-processual da reclamação objetiva tutelar, em toda a sua globalidade, a competência constitucional deferida à Suprema Corte. Vale dizer, o instrumento da reclamação deve ser interpretado como meio de pronta e eficaz proteção da competência originária, da competência recursal ordinária e da competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal.

Daí a inteira procedência da observação feita pelo eminente Ministro MOREIRA ALVES, quando do julgamento do pedido de medida liminar, formulado na Rcl 337/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD, *verbis:*

"*A meu ver, quando a Constituição quer preservar a competência do Supremo,* quer fazê-lo de

modo integral. *Ora, desde o momento em que essa competência, hoje explicitada no* caput *do artigo como sendo, precipuamente, a de guardar a Constituição, pode ser invadida ou, pelo menos, impedida de ser exercitada na sua plenitude, cabe perfeitamente a reclamação a que alude a letra* l *do inciso I do art. 102*" (*RTJ*, 133/554 - grifei).

Na espécie ora em exame, o ato impugnado nesta sede reclamatória projeta-se, como já enfatizado, sobre a esfera da competência originária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe, nos termos da regra de competência fixada no art. 102, I, *n*, da Carta Política, processar e julgar as causas em cujo âmbito se registre, como no caso, hipótese configuradora de inabilitação para o exercício da função jurisdicional, que afete mais da metade dos Desembargadores que compõem o Tribunal de Justiça local.

É por essa razão que a parte ora reclamante postula o reconhecimento da competência desta Suprema Corte, "*para processar e julgar, originariamente, a presente demanda*" (fls. 03), eis que 8 (oito) dos 14 (quatorze) Desembargadores que compõem o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (fls. 47), reconheceram-se, espontaneamente, e por razões de foro íntimo (fls. 20 e 22/27), inabilitados para julgar os referidos Embargos Infringentes nº 29900795-2.

Daí a presente reclamação revelar-se inteiramente cabível na espécie, eis que - a despeito da mencionada situação de inabilitação processual - realizou-se, mesmo assim, "*a sessão de julgamento dos referidos embargos*" (fls. 04), com a convocação, para compor o *quorum*, de 5 (cinco) magistrados de primeira instância (fls. 46).

Esse particular aspecto da questão - convocação de magistrados de primeira instância, para compor o *quorum* necessário ao julgamento do mencionado recurso de embargos - foi expressamente reconhecido pelo próprio Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, cujas informações esclareceram que "*Os juízes que foram convocados para complementar o* quorum *do julgamento dos referidos embargos infringentes são juízes de direito da Capital, logo de inferior instância*" (fls. 46), eis que, "*dos 14 desembargadores que compõem o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, oito manifestaram impedimento ou suspeição para atuar na causa objeto da reclamação...*" (fls. 47).

Impende ressaltar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, a propósito da questão ora em exame, firmou entendimento no sentido de que, "Para aferir-se *a existência de maioria não impedida ou suspeita no Tribunal de origem - de modo a afastar a incidência do art. 102, I,* n, *CF* -, só se contam os juízes efetivos *do órgão competente para a causa...*" (AO 263-QO/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno - grifei).

Vê-se, pois, que a jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal não admite, para o efeito de afastar a incidência do art. 102, I, *n*, da Carta Política, a convocação de magistrados de primeira instância, para a substituição de Desembargadores suspeitos/impedidos (*RTJ*, 172/364, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - Rcl 546/SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

Constata-se, portanto, que, nas hipóteses em que não houver maioria habilitada no Tribunal naturalmente competente para o julgamento da causa, este deslocar-se-á, nos termos do art. 102, I, *n*, da Constituição da República, para a esfera de competência constitucionalmente outorgada a esta Suprema Corte, revelando-se ilegítima, em conseqüência, para efeito de composição do *quorum* necessário, a convocação de magistrados de primeira instância:

"*Reclamação. Alegada usurpação de competência do STF prevista na alínea* n *do inc. I do art. 102 da Constituição Federal. Impedimento da maioria dos membros do Tribunal de origem. Impossibilidade da convocação de juízes de direito.*

Não havendo maioria desimpedida *dos membros do tribunal de origem para julgar o mandado de segurança,* não é de se admitir a substituição *dos suspeitos ou impedidos* mediante convocação de juízes de direito *de segunda entrância, mas, sim, de deslocar-se a competência para o Supremo Tribunal Federal, na forma da alínea* n *do inc. I do art. 102 da Constituição Federal.*

Procedência da reclamação" (*RTJ*, 172/364-365, Rel. Min. Ilmar Galvão - grifei).

Na realidade, e tendo em consideração o que dispõe a norma inscrita no art. 102, I, *n*, da Constituição da República, nada impediria que, para compor o *quorum* necessário ao julgamento da causa, fossem convocados outros magistrados processualmente habilitados, desde que integrantes efetivos do próprio Tribunal, embora com assento em outros órgãos fracionários dessa mesma Corte (Turmas ou Câmaras, *v.g.*), consoante tem admitido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"Para afastar *a competência conferida, ao Supremo Tribunal, pelo art. 102, I,* n, *da Constituição,* basta a existência *de Desembargadores* efetivos *desimpedidos,* capazes *de formar a maioria da Câmara competente para o julgamento,* podendo ser, *para tanto, convocados* titulares *pertencentes a* outros *órgãos do* mesmo *Tribunal*" (AO 331-QO/PB, Rel. Min. Octavio Gallotti - grifei).

Nem se diga, finalmente, que, por tratar-se de recurso, não incidiria, na espécie, a regra de competência inscrita no art. 102, I, *n*, da Carta Política.

É que o Supremo Tribunal Federal, ao definir o alcance dessa cláusula constitucional, acentuou que a

expressão "causa", nela contida, abrange, por igual, os recursos:

"*(...) Embora o citado dispositivo constitucional se refira a julgamento de ação, pode também verificar-se o deslocamento, para o Supremo Tribunal Federal, da competência para o julgamento de recurso já tramitando em órgão colegiado, quando as hipóteses nele previstas ocorrerem nessa instância*" (*RTJ*, 131/949, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno).

Conclui-se, desse modo, que o e. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas - considerada a suspeição espontaneamente reconhecida por 8 (oito) dos 14 (quatorze) Desembargadores que o integram - não podia, para compor o *quorum* necessário ao julgamento do recurso, convocar, como o fez, juízes de direito de primeira instância, incidindo, com tal comportamento, em nítida usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, o que torna plenamente acolhível a postulação ora deduzida pelos autores da presente reclamação.

Daí a correta observação feita pela douta Procuradoria-Geral da República, ao manifestar-se, na presente causa, pela procedência desta reclamação (fls. 54):

"*A reclamação proposta* merece prosperar.

Conforme depreende-se da certidão (fls. 19) fornecida pelo cartório das Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e dos demais documentos colacionados acostados com a exordial, a maioria *dos Desembargadores* que compõem *o Tribunal de Justiça* se declarou espontaneamente por impedida ou suspeita *para o julgamento do recurso.*

Nessa esteira, reconheceram, *ainda, as informações fornecidas pelo órgão jurisdicional reclamado,* a impossibilidade de compor-se a maioria necessária *para* o julgamento dos embargos infringentes, *mediante a convocação de titulares integrantes de outros órgãos do* mesmo Tribunal, *sendo que o* quorum *somente fora satisfeito* com a convocação de juízes de direito da Capital, *pertencentes, portanto, à* primeira entrância *da judicatura amazonense.*

Solução, *todavia,* vedada *por iterativa jurisprudência dessa Excelsa Corte,* que considera ilícita a convocação de juízes de direito não integrantes do Tribunal de origem para substituir, *em julgamento, desembargadores impedidos ou suspeitos - Reclamação 1.004-0/AM, hipótese em que* a competência deve ser deslocada *para a Corte Suprema.*

Destarte, admitir a hipótese de convocação *de* magistrados estranhos *à composição do Tribunal, a fim de galgar-se o* quorum *exigido,* incorre na usurpação de competência *do Supremo Tribunal Federal pela via transversa, conquanto permite e constitui* negativa de vigência *ao dispositivo constitucional inscrito no* artigo 102, inciso I, alínea *n*, da Constituição Federal" (grifei).

Sendo assim, pelas razões expostas, e considerando, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, julgo procedente a presente reclamação, em ordem a declarar nulo o julgamento dos Embargos Infringentes nº 29900795-2, efetuado, em 09.08.2000, pelas egrégias Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (fls. 19), além de desconstituir, por igual, a decisão proferida, por esse mesmo órgão judiciário, quando do julgamento dos embargos declaratórios opostos ao acórdão resultante da apreciação dos já referidos embargos infringentes, requisitando-se, em conseqüência, ao e. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, os autos do processo em causa.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

Decisão: O Tribunal julgou procedente o pedido formulado na reclamação, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio, Presidente. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ilmar Galvão, Vice-Presidente. Plenário, 16.05.2002.

Presidência do Senhor Ministro Ilmar Galvão, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Luiz Tomimatsu - Coordenador.

(Publicado no *DJ* de 28.02.2003.)

-:::-

HABEAS CORPUS - PENAL - PROCESSO PENAL - ESTUPRO - AÇÃO PENAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PROVA DE MISERABILIDADE - DESCARACTERIZAÇÃO DO ESTUPRO COMO CRIME HEDIONDO - PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME

- 1. Nos crimes contra os costumes, o Ministério Público tem legitimidade para oferecer denúncia quando está comprovado o estado de miserabilidade da vítima. Para comprovação da referida miserabilidade, é suficiente a declaração de pobreza firmada pela própria ofendida. Essa prova pode ser apresentada em qualquer fase do processo até a sentença final. Precedentes. A declaração da vítima foi juntada tempestivamente.

- 2. A pretendida descaracterização do estupro como crime hediondo para assegurar a progressão do regime prisional é matéria que não foi suscitada

no STJ. Impossível o seu conhecimento neste Tribunal, por caracterizar supressão de instância.

- *Habeas* conhecido e, em parte, indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 81.343-7/MG - Relator Ministro NELSON JOBIM

Paciente: Bráulio Túlio Moraes Vital. Impetrante: Bráulio Túlio Moraes Vital. Advogados: Antonio Ayres e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM INDEFERIR O *HABEAS*.

Brasília-DF, 04 de junho de 2002. - *Carlos Velloso* - Presidente. - *Nelson Jobim* - Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Minstro Nelson Jobim (Relator) - Em 20 de dezembro de 1998, o paciente foi condenado por tentativa de estupro (CP, art. 213: "*Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão de três a oito anos.*" c/c art. 14, inciso II: "*CP: Art. 14 Diz-se o crime:* Tentativa *II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.* Pena da tentativa *Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com apena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços*" - fls. 106/109).

A pena foi de 04 (quatro) anos de reclusão (fls. 109).

O regime inicialmente fechado (fls. 109).

A sentença reconheceu-lhe o direito de recorrer em liberdade (fls. 109).

O paciente e o Ministério Público apelaram (fls. 110/121).

O TJMG negou provimento ao recurso do paciente (fls. 110).

Proveu a apelação do Ministério Público e alterou o regime de cumprimento da pena para integralmente fechado (fls. 110).

Está na ementa:

"*(...) Conquanto o laudo pericial não seja conclusivo quanto à consumação do ato sexual, é certo que as lesões corporais encontradas no corpo da vítima geram a certeza que o réu tentou manter conjunção carnal com aquela. Não há falar-se na providência referida no art. 384,* caput, *do CPP: 'Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas', quando se trata de mera desclassificação do crime consumado para sua modalidade tentada, o que não implica no reconhecimento de circunstância elementar. A Lei nº 9.455/97, que cuida, especificamente, do crime de tortura, não se aplica, em sede do art. 2º, § 1º: 'L. 8.072/90: Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado', da Lei nº 8.072/90, a outros crimes*" (fls. 110).

Contra essa decisão o paciente interpôs, simultaneamente, REsp e RE (fls. 11/20 e 27/34).

Esses recursos não foram admitidos (fls. 21 e 35).

A defesa interpôs agravos de instrumento, no STJ e STF, respectivamente (fls. 21/26 e 35/39).

O STJ negou provimento. "*Informação obtida no* site *do Superior Tribunal de Justiça, módulo consulta processual.*"

Neste Tribunal, o agravo está em andamento. "*Informação obtida no módulo de acompanhamento processual do STF.*"

Contra a decisão proferida na apelação, impetrou, ainda, *habeas* no STJ (fls. 78).

Sustentou a nulidade do processo por ter o Ministério Público instaurado a ação penal mediante denúncia (fls. 79).

Alegou:

a) a ação penal deveria ter início com queixa-crime (fls. 79);

b) o atestado de pobreza deveria ter sido juntado no prazo de 06 (seis) meses previsto para o oferecimento da representação (fls. 79).

O *habeas* foi indeferido (fls.78).

Está na ementa:

"*(...) A comprovação de miserabilidade jurídica da vítima não está condicionada ao prazo previsto no art. 38 do CPP: 'Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do Art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia', podendo sua prova ser produzida posteriormente...*" (fls. 78).

No presente *habeas*, inicialmente, deduz as mesmas alegações apresentadas no STJ (fls. 02/05).

Requer a nulidade do processo (fls. 05).

Alternativamente, a progressão do regime prisional (fls. 05).

A PGR opinou pelo indeferimento (fls. 93/94).

Em 04 de fevereiro de 2002, o paciente apresentou petição em que adita a inicial (fls. 96/98).

Alega que o crime de estupro do qual não resulta lesão de natureza grave ou morte não se caracteriza como hediondo (fls. 96).

Aduz que o regime, para cumprimento da pena, deve ser o inicialmente fechado (fls. 97).

A PGR ratificou a manifestação anterior quanto ao pedido incial (fls. 125).

Quanto ao aditamento, opinou pelo não-conhecimento (fls. 125).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Nelson Jobim (Relator) - 1. A incial.

O *habeas*, inicialmente, objetiva a nulidade do processo.

A alegação é de ilegitimidade do Ministério Público, por falta de apresentação, em tempo hábil, do comprovante de miserabilidade da vítima.

O caso em tudo se assemelha com o *HC* nº 81.368, no qual proferi a seguinte decisão:

"*(...) O* habeas *objetiva a anulação da ação penal por ilegimitimidade do Ministério Público.*

Alternativamente, o reconhecimento do direito à progressão do regime por entender que não se trata de crime hediondo.

Analiso.

1. A ilegitimidade do MP.

1.1 Ação penal pública condicionada. Representação.

Nos crimes contra os costumes a ação penal é privada.

Somente se procede mediante queixa (CP, art. 225: 'Ação penal. Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa').

Ou seja, a iniciativa para a ação penal é da parte ofendida ou de seu representante legal.

Entretanto, ela poderá passar ao Ministério Público, transformando-se em ação penal pública, quando o crime for cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (CP, art. 225, § 1º, II: 'CP: Ação penal. Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa. § 1º. Procede-se, entretanto, mediante ação pública: II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador').

Ou em pública condicionada quando a vítima ou seus pais não puderem prover as despesas do processo sem prejuízo da manutenção própria ou da família (CP, art. 225, § 2º: 'CP: Ação penal. Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa. § 2º. No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação').

Nessa hipótese, é necessária a representação.

Esse é o caso dos autos.

A representação foi oferecida pelo pai da ofendida em formulário da Polícia Civil, como título de Reclamação (fls. 17).

A jurisprudência do Tribunal é tranqüila no sentido de que a representação a que se refere o CP, art. 225, § 2º, não exige rigor formal.

Precedentes: HC *72.376, Sydney Sanches;* HC *67.625, Aldir Passarinho;* HC *72. 699 e* HC *73.226, Francisco Rezek;* HC *68.877, Ilmar Galvão;* HC *77.238, Maurício Corrêa;* HC *77.576, Nelson Jobim; e* HC *70. 184, Carlos Velloso.*

A chamada reclamação atende ao requisito da representação.

1.2 A prova da miserabilidade.

A prova da miserabilidade está na declaração de pobreza firmada pelo pai da ofendida (fls. 21).

É o suficiente.

Nesse sentido, leio no HC *73.476, Ministro Marco Aurélio:*

'(...) Ação penal pública condicionada - Pobreza - Demonstração. - Serve a atrair a pertinência do disposto no inciso I, § 1º do artigo 225 do Código Penal, até prova em contrário, declaração do pai da vítima revelando não poder arcar com as despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família'.

Outros precedentes: HC *68.794,* HC *69.049 e* HC *70.184, Carlos Velloso;* HC *73.476 e* HC *79.779, Marco Aurélio.*

A alegação de intempestividade dessa declaração não procede.

Ela pode ser feita em qualquer fase do processo até a sentença final.

Precedentes: HC *63.435, Francisco Rezek e* HC *60.806, Néri da Silveira.*

O Ministério Público, ao analisar o inquérito, percebeu que faltava essa prova.

Requereu diligência no sentido de que ela fosse produzida (fls. 20).

Só após a juntada da declaração, ofereceu a denúncia (fls. 14/15 e 21).

Para os efeitos de atender aos requisitos do CP, art. 225, § 1º, I, e § 2º, não importa que a declaração de pobreza tenha sido juntada por provocação do Ministério Público.

O que se considera é a oportunidade processual em que ela foi feita.

Que deve ser antes da sentença final.

No caso, ela foi feita antes do oferecimento da denúncia (fls. 17).

Tempestivamente, portanto. (...)".

No caso, a vítima apresentou declaração de pobreza em 29 de outubro de 1997 (fls. 09).

A sentença é de 20 de dezembro de 1998 (fls. 109).

A declaração da vítima, portanto, foi juntada tempestivamente.

2. O aditamento.

Após o parecer da PGR, o impetrante aditou a inicial (fls. 96/98).

Pretendeu a descaracterização do crime da natureza de hediondo e a obtenção da progressão de regime.

Esses temas não foram suscitados perante o STJ.

Por isso, não podem ser conhecidos por este Tribunal, sob pena de supressão de instância.

Precedentes: *HC* 80.862 e *HC* 81.658, Carlos Velloso; *HC* 80.885, Ellen Gracie; *HC* 80.921, Maurício Corrêa; *HC* 81.115, Ilmar Galvão; e *HC* 81.534, Nelson Jobim.

3. Decido.

Conheço do *habeas*, em parte, e nessa parte o indefiro.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou o *writ*. Ausente, justificadamente, nesse julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 04.06.2002.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Antonio Neto Brasil - Coordenador.

(Publicado no *DJ* de 21.02.2003.)

-:::-

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CORREÇÃO MONETÁRIA: ÍNDICES - PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE - CF: ART. 150, III, *A* E *B*

- I - Índices de correção monetária não se confundem com tributo, pelo que não se lhes aplicam os princípios da irretroatividade e da anterioridade: CF, art. 150, III, *a* e *b*.

- II - Agravo não provido.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 234.002-0/MG - Relator: Ministro CARLOS VELLOSO

Agravante: Trade Tradutores e Equipamentos Ltda. Advogados: Geraldo Luiz de Moura Tavares e outros. Agravado: Estado de Minas Gerais. Advogada: PGE-MG - Nardele Débora Carvalho Esquerdo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, NEGAR PROVIMENTO. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília-DF, 04 de fevereiro de 2003. - *Carlos Velloso* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Trata-se de agravo regimental, com pedido de reconsideração, interposto por Trade Tratores e Equipamentos Ltda., da decisão (fls. 170/171), que negou seguimento ao recurso extraordinário, ao entendimento de que a apreciação do RE demandaria o exame da matéria de fato, além de a questão constitucional não ter sido decidida pela instância *a quo*.

Sustenta a agravante, em síntese, o seguinte:

a) *insubsistência da decisão ora agravada*, porque a questão ora em exame não seria de fato ou de prova, mas puramente jurídica e de natureza conceitual;

b) *impossibilidade de a multa configurar expropriação do patrimônio do contribuinte*, ante sua *finalidade eminentemente pedagógica*, sendo certa, no caso em apreço, a manifesta natureza confiscatória da multa aplicada;

c) *ocorrência de desproporcionalidade da multa ora aplicada em relação ao ilícito pretensamente cometido*, na medida em que configura acréscimo abusivo ao principal, com o único escopo de aumentar a arrecadação estatal;

d) encontrar-se a competência constitucional outorgada ao Estado de Minas Gerais para dispor sobre a penalidade em questão (CF, art. 24, I) vinculada às limitações do poder de tributar, como o não-confisco;

e) *existência de jurisprudência favorável à agravante* (RREE 81.550/MG, 2ª Turma, Ministro Xavier de Albuquerque, *RTJ*, 74/319; e 91.707-MG, 2ª Turma, Ministro Moreira Alves, *RTJ*, 96/1.354);

f) *ocorrência de prequestionamento da matéria em questão na instância ordinária*, tendo o eminente Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do agravo de instrumento, dissipado as dúvidas quanto ao seu efetivo debate pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ademais, "*a simples falta de menção aos artigos constitucionais cuja contrariedade se argúi por meio do presente recurso extraordinário não se confunde com a falta de prequestionamento, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro consagra os milenares princípios* 'da mihi factum, dabo tibi jus' *e* 'jura novit curia'" (fl.203).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Veloso (Relator) - O acórdão recorrido decidiu a causa com base em normas infraconstitucionais. E, no tocante à questão constitucional do princípio da anterioridade, deixou expresso: "*Os argumentos referentes à inconstitucionalidade da UFIR são totalmente improcedentes pelo simples fato de que atualização monetária não é matéria que se sujeita ao princípio da anterioridade, invocado na inicial e nas razões do recurso*" (fl. 99).

Interpostos embargos de declaração, a fim de ser prequestionada a questão constitucional da irretroatividade, CF, art. 150, III, *a*, foram os embargos acolhidos.

Registro, pois, que as mencionadas questões constitucionais - CF, art. 150, III, *a* e *b* - foram devidamente prequestionadas. As demais questões constitucionais não foram ventiladas no acórdão.

Assim, apenas as questões constitucionais da irretroatividade e do princípio da anterioridade, CF, art. 150, III, *a* e *b*, poderão ser apreciadas.

Apreciando-as, verifico que o acórdão as decidiu com acerto. Na verdade, ambos os princípios, o da irretroatividade das leis tributárias e o da anterioridade, dizem respeito ao tributo. Com acerto decidiu o Tribunal:

"*Trata-se de embargos de declaração, tempestivamente interpostos por Trade Tratores e Equipamentos Ltda., buscando o pronunciamento deste e. Tribunal acerca de ventilada ofensa aos princípios da anterioridade e irretroatividade na aplicação da UFIR no exercício de 1992.*

A Constituição Federal/88 arrolou, no art. 150, limitações ao poder dos entes federativos de tributar, entre as quais as vedações de se cobrar tributos *em relação aos fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado e no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.*

Tributo, a teor do art. 3º, CTN, 'é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada'. A UFIR, por seu turno, é índice de correção monetária, que, como é cediço, destina-se a atualizar o poder aquisitivo da moeda, aviltada pelo processo inflacionário, não configurando um plus *ou qualquer forma de tributo.*

Não pode, assim, pretender a embargante a aplicação dos princípios jurídico-tributários mencionados, eis que dizem respeito, exclusivamente, à cobrança de tributos.

Assim sendo, acolho os embargos para esclarecer o ponto considerado omisso, nos termos acima expostos. (...)" (fls. 110/111).

Índices de correção monetária não se confundem com tributo, não se lhes aplicando os citados princípios.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Negou-se provimento, decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 04.02.2003.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República - Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Antonio Neto Brasil
Coordenador.

(Publicado no *DJ* de 21.02.2003.)

-:::-

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIME PREVISTO NO ART. 38 DA LEI 9.605/98 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM

- Esta Primeira Turma, em 20.11.2001, ao julgar o RE 300.244, em caso semelhante ao presente, decidiu que, não havendo em causa bem da União (a hipótese então em julgamento dizia respeito a desmatamento e depósito de madeira proveniente da Mata Atlântica que se entendeu não ser bem da União), nem interesse direto e específico da União (o interesse desta na proteção do meio ambiente só é genérico), nem decorrer a competência da Justiça Federal da circunstância de caber ao Ibama, que é órgão federal, a fiscalização da preservação do meio ambiente, a competência para julgar o crime que estava em causa (art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98, na modalidade de manter em depósito produtos de origem vegetal integrantes da flora nativa, sem licença para armazenamento) era da Justiça estadual comum.

- Nesse mesmo sentido, posteriormente, em 18.12.2001, voltou a manifestar-se, no RE 299.856, esta Primeira Turma, no que foi seguida, no RE 335.929, por decisão do eminente Ministro Carlos Velloso, da 2ª Turma, e no *HC* 81.916, 2ª Turma.

- A mesma orientação é de ser seguida no caso presente.

- Recurso extraordinário não conhecido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 349.184-9/TO - Relator: Ministro MOREIRA ALVES

Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Manoel Alves Santana.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, EM NÃO CONHECER DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Brasília-DF, 03 de dezembro de 2002. - *Moreira Alves* - Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves - (Relator) - É este o teor do acórdão que julgou o recurso criminal:

"A competência da Justiça Federal é definida exaustivamente no art. 109 da Constituição, estabelecendo em seu inciso IV que:

'Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, *excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e Justiça Eleitoral'* (grifei).

Nossa Lei Maior prevê ainda:

'Art. 23. É competência comum *da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (grifei)*

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora'.

Á míngua de previsão legal específica (o proposto parágrafo único do art. 26 da Lei nº 9.605/98, que previa a competência privativa da Justiça Federal, foi vetado e o veto mantido), aplica-se a regra geral da repartição de competência, em que a competência da Justiça Estadual é ampla e residual, reservados à Justiça Federal os crimes em que caracterizada lesão a, ou em detrimento de, bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (CF, art. 109, IV), especificamente pertinentes e objetivamente demonstrados.

Mesmo porque, a Lei nº 9.605/98, ao revogar a Lei nº 5.197/67, afastou do ordenamento jurídico a norma que definia como propriedade do Estado os animais silvestres (art. 1º da citada lei), não havendo, pois, interesse absoluto *da União em todas as questões que envolvem o meio ambiente.*

Nesse sentido, aliás, o firme entendimento do STJ:

- No julgamento do CC 31.759/MG, suscitante a Justiça Federal, '(...) consistente na pesca predatória de 50 kg de peixes, sendo 30 kg de curimatã e 20 kg de tilápia', assim decidiu:

' Conflito negativo de competência entre a Justiça Federal e Justiça Estadual. Crime ambiental. Lei nº 9.605/98, artigo 34. Lesão a bens, serviços ou interesse da União não demonstrada. Competência da Justiça Estadual.

- 1. A teor do disposto nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, é da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente, preservando a fauna, bem como legislar concorrentemente sobre essas matérias.

- 2. Após o advento da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre os crimes ambientais, mas não estabelece onde tramitarão as respectivas ações

penais, a definição da competência se dará com a verificação de existir, na prática tida como delituosa, lesão a bens, serviços ou interesse da União, com aplicação do contido no artigo 109, IV, da Constituição Federal, inocorrente na espécie.

- 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal de Patrocínio/MG' (STJ, CC 31.759/MG; Rel. Min. Paulo Gallotti, s3, ac. un., DJ *de 12.11.2001, p. 126). (...)*

- No julgamento do CC 27.591/RO, suscitante a Justiça Federal, referente à apreensão de '(...) 29.000 m³ de madeira tipo ipê', apreendidos pelo Ibama quando eram transportados sem autorização, assim decidiu:

'Conflito de competência. Juízos Estadual e Federal. Crime ambiental. Ausência de lesão a bens, serviços ou interesse da União. Justiça Estadual.

- 1. Não demonstrada a lesão a bens, serviços ou interesses da União, ainda que se trate de crime contra o meio ambiente, firma-se a competência da Justiça Estadual para o processo e julgamento do feito.

- 2. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Guajará-Mirim-RO, o suscitado' (STJ, CC 27.591/RO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, s3, ac. un., DJ *de 1º.08.2000, p. 00190).*

- No julgamento do CC 30.540/MG, suscitante a Justiça Federal, referente a '(...) comercialização irregular de carvão', assim decidiu:

'Processual Penal. Conflito de competência. Possível crime ambiental. Artigo 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98.

- Possível crime ambiental consistente, sem outros dados, na comercialização irregular de carvão não apresenta, em tese, violação a interesse, bens ou serviço da União.

- Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum Estadual' (STJ, CC 30.540/MG, Rel. Min. Felix Fischer, s3, ac. un., DJ de *18.12.2000, p. 00155). (...)*

- No julgamento do CC 27.848/SP, suscitante a Justiça Federal, referente à apreensão de um '(...) um canário da terra, mantido em cativeiro e que era vendido', assim decidiu:

'Conflito de competência. Crimes contra a fauna. Súmula 91/STJ. Inaplicabilidade após o advento da Lei 9.605/98. Inexistência de lesão a bens, serviços ou interesses da União. Competência da Justiça Comum Estadual.

- 1. Conflito de competência entre as Justiças Estadual e Federal, que se declaram incompetentes relativamente a inquérito policial instaurado

vamente a inquérito policial instaurado para a apuração do crime de comércio irregular de animais silvestres.

- 2. Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e, inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual.

- 3. Inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União (artigo 109 da CF), afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento de crimes cometidos contra o meio ambiente, aí compreendidos os delitos praticados contra a fauna e a flora.

- 4. Inaplicabilidade da Súmula nº 91/STJ, editada com base na Lei 5.197/67, após o advento da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998.

- 5. Conflito conhecido para que seja declarara a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional V - São Miguel Paulista - São Paulo/SP, o suscitado' (STJ, CC 27.848/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, s3, ac. un., DJ de *19.02.2001, p. 00135).*

Na mesma linha, os seguintes julgados deste TRF1: (RCCR 2001.43.00.001740-4/TO, T4, unânime, DJ de *18.01.2002; RCCR 2001.43.00.001750-6/TO, T4, unânime,* DJ de *18.01.2002; RCCR 2001.43.00.001745-8/TO, T4, unânime,* DJ de *18.01.2002; RCCR 2001.43.00.001759-0/TO, T4, unânime,* DJ de *18.01.2002; RCCR 2001.43.00.001776-6/TO, T4, unânime,* DJ de *18.01.2002).*

Por fim, o recentíssimo julgado do STF:

'Competência. Crime previsto no artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98. Depósito de madeira nativa proveniente da Mata Atlântica. Artigo 225, § 4º, da Constituição Federal.

- Não é a Mata Atlântica, que integra o patrimônio nacional a que alude o artigo 225, § 4º, da Constituição Federal, bem da União.

- Por outro lado, o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Carta Magna tem de ser direto e específico, e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União.

- Conseqüentemente, a competência, no caso, é da Justiça Comum Estadual.

- Recurso extraordinário não conhecido' (STF, RE 300.244-9/SC, Rel. Min. Moreira Alves, T1, ac. un., DJ de *(19.12.2001).*

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto" (fls. 114/115).

Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho:

"*1 - Trata-se de* recurso extraordinário *interposto com fundamento em permissivo constitucional e manifestado para revisão de acórdão deste Tribunal, que apreciara demanda referente aos arts. 38 e 41 da Lei nº 9.605/98 e julgara a Justiça Federal incompetente, por ausência de interesse da União.*

2 - Alega a recorrente, entre outros argumentos, violação a dispositivo constitucional.

3 - Não obstante os fundamentos do acórdão impugnado, o apelo extraordinário está especado em razões que autorizam sua tramitação no Excelso Pretório.

4 - Assim, o prequestionamento, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, está suficientemente satisfeito, pois a matéria invocada foi oportunamente suscitada, debatida e apreciada nas instâncias ordinárias.

5 - Não fora isso, aquela Corte sempre se encarregou de superar lacunas, omissões e imperfeições da norma fundamental, fazendo-o a partir dos princípios e do espírito da própria Constituição Federal. (RTJ, *102/11.)*

Pelo exposto, à míngua de precedente específico sobre o tema, admito *o recurso extraordinário em comento.*

Publique-se" (fls. 129).

Às fls. 135/139, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República em parecer do Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis:

"*Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea* a, *da Constituição Federal, em face do v. acórdão reproduzido às fls. 117, prolatado pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que houve por bem negar provimento a recurso criminal, para o efeito de declarar a competência da Justiça Estadual para processar e julgar os crimes ambientais descritos nos artigos 38 e 41 da Lei nº 9.605/98.*

O v. acórdão fustigado assentou-se, em síntese, nos fundamentos, verbis:

'Penal e Processual Penal - Crime contra o meio ambiente (Lei nº 9.605/98) - Desmatamento sem autorização e provocação de incêndio em floresta - Competência da Justiça Estadual.

- 1. A proteção e preservação do meio ambiente, para o presente e para o futuro, são responsabilidade e obrigação de todo ser humano, constituindo matéria de condomínio legislativo entre União, Estados e Municípios (CF, art. 23), não se justificando, desde aí, a exclusiva competência da Justiça Federal na repressão aos delitos ambientais.

- 2. À míngua de previsão legal específica (o proposto parágrafo único do art. 26 da Lei nº 9.605/98, que previa a competência privativa da Justiça Federal, foi vetado e o veto mantido), aplica-se a regra geral da repartição de competência, em que a competência da Justiça Estadual é ampla e residual, reservados à Justiça Federal os crimes em que caracterizada lesão a, ou em detrimento de, bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (CF, art. 109, IV, especificamente pertinentes e objetivamente demonstrados.

- 3. Se, desde a Lei nº 9.605/98, que revogou a Lei nº 5.197/67, os animais silvestres (art. 1º) não mais se consideram propriedade da União, opção legislativa mais coerente com a atual concepção da co-responsabilidade de todos pelo meio ambiente, a fauna e a flora não são reservas federais exclusivas, salvo quando respeitantes a relação direta e substancial com os entes federais, razão pela qual ilegais desmatamentos, transportes de madeira, de carvão etc. não se afetam à Justiça Federal pelo só fato de ausência de autorização do órgão federal, por isso que tais atividades se sujeitam à atividade estadual.

- 4 - 'Não é a Mata Atlântica, que integra o patrimônio nacional a que alude o artigo 255, § 4º, da Constituição Federal, bem da União.

- Por outro lado, o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Carta Magna tem de ser direto e específico, e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União.

- Conseqüentemente, a competência, no caso, é da Justiça Comum Estadual' (STF, RE 300.244-9/SC, Rel. Min. Moreira Alves, T1, ac. un., DJ de *29.12.2001).*

- 5 - Precedentes: do STJ (CC 31.759/MG; CC 27.591/RO; CC 30.540/MG; CC 27.848/SP) e do TRF1 (RCCR 2001.43.00.001740-4/TO; RCCR 2001.43.00.001750-6/TO; RCCR 2001.43.00.001745-8/TO; RCCR 2001.43.00.001759-0/TO; RCCR 2001.43.00.001776-6/TO).

- 6 - Recurso não provido' (fls. 117).

Irresignado com o decisum *objurgado, o Ministério Público Federal interpôs recurso extraordinário, em síntese, sob a alegação de contrariedade ao disposto nos artigos 23, incisos VI e VII, e 109, inciso IV, da Constituição Federal, na medida em que sustenta a competência da Justiça Federal '... para processar e julgar crimes contra o meio ambiente, na específica situação de desmatamento irregular de 02 tarefas de vegetação primária consideradas de preservação permanente, na Ilha de Formosa, Município de Lagoa da Confusão/TO' (fls. 123).*

Aduz o recorrente que o v. acórdão fustigado '... nega vigência aos artigos 23, VI e VII, e 109, IV, da Constituição Federal, justamente porque o desmatamento sem autorização do órgão competente que resultou na atuação de fiscalização por parte do Ibama - autarquia federal responsável por intervir na exploração florestal - é matéria de interesse da União e constitui, necessariamente, infração praticada em detrimento de serviços de entidade autárquica federal' (fls. 125).

O recurso extraordinário ultrapassou o juízo preliminar da admissibilidade, pelo r. despacho de fls. 124.

Eis a síntese da quaestio juris *trazida com a atividade processual.*

O apelo extraordinário não comporta provimento.

No caso sob comento, o ora recorrido está sendo investigado pela prática dos crimes contra o meio ambiente descritos nos artigos 38 e 41 da Lei 9.605/98, pelo fato de promover o desmatamento irregular de 02 tarefas de vegetação primária considerada de preservação permanente, na Ilha de Formosa, Município de Lagoa da Confusão/TO sem a autorização do Ibama.

A matéria já foi devidamente apreciada pela Suprema Corte, em hipótese assemelhada, em recente decisão da egrégia Segunda Turma, consoante se depreende do precedente, verbis:

'Ementa: 1) Habeas corpus. *Crime previsto no artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605, de 1998 (Lei de Crimes Ambientais). Competência da Justiça Comum.*

2) Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal com base em auto de infração expedido pelo Ibama.

3) A atividade de fiscalização ambiental exercida pelo Ibama, ainda que relativa ao cumprimento do art. 46 da Lei de Crimes Ambientais, configura interesse genérico, mediato ou indireto da União, para os fins do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

4) A presença de interesse direto específico da União, de suas entidades autárquicas e empresas públicas - o que não se verifica, no caso - constitui pressuposto para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Constituição.

5) Habeas corpus *conhecido e provido. (STF/2ª Turma,* HC *81.916/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes,* DJ *de 11.10.2002.)*

Isto posto, entendendo despiciendas outras considerações, opina o Ministério Público Federal, por seu signatário, pelo improvimento do recurso".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves - 1. Esta Primeira Turma, em 20.11.2001, ao julgar o RE 300.244, em caso semelhante ao presente, decidiu que, não havendo em causa bem da União (a hipótese então em julgamento dizia respeito a desmatamento e depósito de madeira proveniente da Mata Atlântica que se entendeu não ser bem da União), nem interesse direto e específico da União (o interesse desta na proteção do meio ambiente só é genérico), nem decorrer a competência da Justiça Federal da circunstância de caber ao Ibama, que é órgão federal, a fiscalização da preservação do meio ambiente, a competência para julgar o crime que estava em causa (artigo 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98, na modalidade de manter em depósito produtos de origem vegetal integrantes da flora nativa, sem licença para armazenamento) era da Justiça estadual comum.

Nesse mesmo sentido, posteriormente, em 18.12.2001, voltou a manifestar-se, no RE 299.856, esta Primeira Turma, no que foi seguida, no RE 335.929, por decisão do eminente Ministro Carlos Velloso, da 2ª Turma, e no *HC* 81.916, 2ª Turma.

- 2. Com base nesses precedentes, que se aplicam ao caso presente (crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98), porque o interesse da União em impedir a destruição ou a danificação de floresta considerada de preservação permanente não é direto e específico, mas genérico, nem se trata de bem seu (o desmatamento ocorreu em imóvel de propriedade particular), nem por caber a fiscalização dessa preservação ao Ibama configura detrimento a serviço da União, tenho como correto o acórdão recorrido que seguiu essa orientação.

- 3. Em face do exposto, não conheço do presente recurso extraordinário.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. 1ª Turma, 03.12.2002.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República - Dr. Wagner Natal Batista.

Ricardo Dias Duarte - Coordenador.

(Publicado no *DJ* de 07.03.2003.)

-:::-

Índice Numérico

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

NÚMERO	ESPÉCIE	COMARCA	RELATOR: DES.	PÁG.
111.937-9/00	PCCO	Belo Horizonte	Gudesteu Biber *	73
136.426-4/03	EmbInf	Águas Formosas	Aloysio Nogueira *	114
205.387-4/00	ApCível	Itajubá	Bady Curi	134
209.404-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	142
213.559-8/00	Diversos	Belo Horizonte	Bady Curi	170
225.049-6/00	ApCível	Estrela do Sul	Schalcher Ventura	174
226.779-7/00	ApCível	Juiz de Fora	Francisco L. Albuquerque	177
229.940-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Pinheiro Lago	180
229.978-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	188
231.243-7/00	ApCível	Juiz de Fora	Cláudio Costa	191
231.439-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	196
232.944-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Abreu Leite	200
236.413-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Schalcher Ventura	206
236.541-9/00	ApCível	Abre-Campo	Hyparco Immesi	210
236.735-7/00	ApCível	Juiz de Fora	Bady Curi	212
237.472-6/00	ApCível	Contagem	Kildare Carvalho	214
237.894-1/00	ApCível	Andradas	Aloysio Nogueira	217
239.000-3/00	ApCível	Gov. Valadares	Brandão Teixeira	221
239.108-4/00	ApCível	Belo Horizonte	José Domingues F. Esteves	223
239.991-3/00	ApCível	Uberlândia	Hyparco Immesi	227
240.973-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Aluízio Quintão	232
241.431-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	237
242.397-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Sérgio Lellis Santiago	242
242.416-6/00	ApCível	Ubá	Cláudio Costa	246
242.990-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	250
243.932-1/00	ApCível	Congonhas	José Domingues F. Esteves	253
243.992-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Célio César Paduani	258
244.287-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Aloysio Nogueira	266
244.655-7/00	ApCível	Medina	Jarbas Ladeira	270
246.188-7/00	ApCível	Inhapim	Roney Oliveira	274
247.940-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson	277
248.208-1/00	ApCível	Mirai	Garcia Leão	281

248.316-2/00	ApCível	Visc. Rio Branco	Nilson Reis	283
249.730-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Carreira Machado	286
249.891-3/00	PCCO	Espera Feliz	Herculano Rodrigues	627
250.343-1/00	ApCível	Jaboticatubas	Nilson Reis	290
250.604-6/00	ApCível	Piumhi	Abreu Leite	292
251.005-5/00	PCCO	Camanducaia	Odilon Ferreira	632
251.421-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Carreira Machado	298
252.231-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	300
253.139-0/00	ApCível	Sabará	Almeida Melo	302
253.948-4/00	ApCível	Ouro Fino	José Domingues F. Esteves	305
254.046-6/00	ApCrim	São J. da Ponte	Reynaldo X. Carneiro	638
254.102-7/00	ApCível	Contagem	Fernando Bráulio	308
254.266-0/00	ApCível	C. Mato Dentro	Abreu Leite	311
254.848-5/00	Agravo	Resplendor	Jarbas Ladeira	313
254.875-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson	315
255.253-7/00	ApCível	Passa-Quatro	Orlando Carvalho	318
255.402-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Almeida Melo	322
255.321-2/00	PCCO	Passos	Kelsen Carneiro	644
255.350-1/00	ApCrim	São Francisco	Gomes Lima	646
255.531-6/00	RecAg	S. J. Evangelista	Márcia Milanez	652
256.068-8/00	ApCível	Montes Claros	Sérgio Braga	326
256.558-8/00	ApCível	Ponte Nova	Wander Marotta	329
256.636-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Célio César Paduani	337
257.120-6/00	ApCível	Januária	Lúcio Urbano	342
257.422-6/00	PCCO	Gov. Valadares	Gomes Lima	657
257.930-8/00	ApCível	Juiz de Fora	Garcia Leão	345
258.746-7/00	ApCível	Divinópolis	Lúcio Urbano	348
259.058-6/00	ApCível	Poços de Caldas	Silas Vieira	350
260.691-1/00	ApCível	Muzambinho	Geraldo Augusto	358
262.037-5/00	ApCível	Ipatinga	Isalino Lisbôa	362
262.170-4/00	Agravo	S. Seb. Paraíso	Luiz Carlos Biasutti	660
262.471-6/00	Desaf	Guanhães	Reynaldo X. Carneiro	663
262.636-4/00	Agravo	Juiz de Fora	Nilson Reis	364
262.722-2/00	DúvComp	Campo Belo	Hugo Bengtsson *	81
263.342-8/00	ApCrim	Cabo Verde	José Antonino Baía Borges	668
263.624-9/00	ApCível	Uberlândia	Schalcher Ventura	366
263.945-8/00	ConfComp	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	370
264.048-0/00	ApCível	Betim	Edivaldo George	373
264.404-5/00	ApCível	Contagem	Kildare Carvalho	376
264.729-5/00	ApCrim	Tombos	Jane Silva	671
264.746-9/00	ApCível	Uberaba	Isalino Lisbôa	379
265.037-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	383
265.152-9/00	RevCrim	Ibirité	Tibagy Salles *	674
266.204-7/00	MandSeg	Belo Horizonte	Roney Oliveira *	83
267.057-8/00	Agravo	Pedra Azul	Isalino Lisbôa	388
267.660-9/00	MandSeg	João Monlevade	Orlando Carvalho	390
267.813-4/00	ApCível	Sete Lagoas	Maria Elza	394

268.293-8/00	ApCível	Brasília de Minas	Sérgio Lellis Santiago	399
268.363-9/00	ApCível	Águas Formosas	Sérgio Braga	402
268.386-0/00	ApCível	Novo Cruzeiro	Roney Oliveira	407
268.432-2/00	RevCrim	Pouso Alegre	Mercêdo Moreira *	687
268.999-0/00	ApCrim	Itamonte	Reynaldo X. Carneiro	695
269.005-5/00	ApCível	Belo Horizonte	Almeida Melo	409
269.185-5/00	AgReg	Belo Horizonte	Lúcio Urbano	88
269.579-9/00	ApCrim	Bicas	Gomes Lima	703
270.169-6/00	ApCível	Alfenas	José Francisco Bueno	414
270.976-4/00	ApCível	Poços de Caldas	Geraldo Augusto	418
271.559-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	425
272.139-7/00	ApCrim	Visc. Rio Branco	José Antonino Baía Borges	709
272.277-5/00	Agravo	Belo Horizonte	Cláudio Costa	428
272.504-2/00	DúvComp	Carmo Rio Claro	Hugo Bengtsson *	91
272.851-7/00	ApCrim	Belo Horizonte	Sérgio Resende	710
273.196-6/00	ApCível	Uberaba	Sérgio Lellis Santiago	430
273.429-1/00	MandSeg	Belo Horizonte	Wander Marotta *	434
273.444-0/00	ApCível	Leopoldina	Francisco Figueiredo	442
273.492-9/00	ApCrim	Belo Horizonte	Mercêdo Moreira	713
273.996-9/00	ApCível	S. Seb. Paraíso	Pinheiro Lago	446
274.000-9/00	ApCível	Araçuaí	Garcia Leão	449
274.271-6/00	ApCrim	Itaúna	Kelsen Carneiro	715
274.414-2/00	RecAg	Juiz de Fora	Mercêdo Moreira	718
274.086-8/00	ApCível	Resplendor	Lucas Sávio V. Gomes	450
274.500-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Aloysio Nogueira	455
275.278-0/00	DúvComp	Itajubá	Guido de Andrade *	93
276.664-0/00	Agravo	Belo Horizonte	Antônio Carlos Cruvinel	459
276.824-0/00	ApCrim	Divino	Luiz Carlos Biasutti	721
277.058-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Edivaldo George	464
277.236-6/00	ApCrim	Gov. Valadares	Jane Silva	725
278.003-9/00	ApCível	Mesquita	Maria Elza	471
278.384-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Pedro Henriques	474
278.471-8/00	ApCrim	Espinosa	Jane Silva	735
278.576-4/00	ApCível	Janaúba	Pedro Henriques	478
278.894-1/00	RSE	Belo Vale	Odilon Ferreira	738
279.101-0/00	ApCível	Mateus Leme	Lúcio Urbano	484
279.136-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Edivaldo George	487
279.279-4/00	ApCrim	Minas Novas	Herculano Rodrigues	746
279.414-7/00	ApCrim	Paraopeba	Luiz Carlos Biasutti	749
280.090-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Célio César Paduani	491
280.263-5/00	ApCível	Oliveira	Francisco L. Albuquerque	495
280.843-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	499
281.027-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Antônio Carlos Cruvinel	502
282.544-6/00	ApCível	Passa-Tempo	José Francisco Bueno	504
282.609-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Wander Marotta	507
282.856-4/00	Agravo	Belo Horizonte	Silas Vieira	515
283.626-0/00	Agravo	Juiz de Fora	Roney Oliveira	521

283.701-1/00	Agravo	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira	523
284.603-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Sérgio Braga	527
284.900-8/00	ApCível	Vespasiano	Pinheiro Lago	530
285.205-1/00	ApCível	Carmo R. Claro	Lucas Sávio V. Gomes	532
287.249-7/00	Agravo	Belo Horizonte	Jarbas Ladeira	535
287.438-6/00	CNC	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson	537
287.560-7/00	ApCrim	Lajinha	Tibagy Salles	752
287.738-9/00	ApCível	Montes Claros	Lucas Sávio V. Gomes	541
288.164-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	543
289.022-6/00	ApCrim	Brasília de Minas	Sérgio Resende	756
289.498-8/00	ApCível	Contagem	Wander Marotta	547
289.913-6/00	ApCível	Belo Horizonte	Orlando Carvalho	551
290.464-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Alvim Soares	553
291.956-1/00	Agravo	S. M. do Suaçuí	Antônio Carlos Cruvinel	556
292.574-1/00	ApCível	Belo Horizonte	Francisco L. Albuquerque	559
293.288-7/00	ApCível	Belo Horizonte	Maria Elza	564
293.573-2/00	ApCível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	568
294.055-9/00	ApCível	Juiz de Fora	Eduardo Andrade	573
294.686-1/00	MandSeg	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson *	96
294.709-1/00	DúvComp	Rio Pomba	Hugo Bengtsson *	103
294.865-1/00	ApCrim	S. Rita de Caldas	Márcia Milanez	760
295.086-3/00	*HC*	S. Rita Sapucaí	Kelsen Carneiro	767
295.783-5/00	ApCrim	Espera Feliz	Mercêdo Moreira	769
295.942-7/00	ApCrim	Guapé	José Antonino Baía Borges	772
297.140-6/00	ApCrim	Cambuquira	Edelberto Santiago	776
297.454-1/00	ApCível	Ibiraci	Carreira Machado	578
297.506-8/00	ApCível	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira	584
298.131-4/00	*HC*	Matias Barbosa	Odilon Ferreira	780
298.603-2/00	*HC*	Contagem	Sérgio Resende	786
299.029-9/00	RecAg	Belo Horizonte	Herculano Rodrigues	787
299.236-0/00	ApCível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	588
300.742-4/00	ApCível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	594
301.030-3/00	ApCível	Belo Horizonte	Pedro Henriques	601
303.173-9/00	ApCível	Matias Barbosa	José Francisco Bueno	609
306.526-5/00	ApCrim	Poços de Caldas	Márcia Milanez	791
307.187-5/00	ApCrim	Eugenópolis	Tibagy Salles	796
308.021-5/00	ApCível	Contagem	Silas Vieira	612
309.575-9/00	ApCível	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira	617
312.660-4/00	ApCível	Ouro Preto	Francisco Figueiredo	622
313.167-9/00	DúvComp	Andrelândia	Hugo Bengtsson *	105
313.803-9/00	*HC*	Belo Horizonte	Tibagy Salles	801
316.141-1/00	*HC*	Ouro Fino	Edelberto Santiago	806
319.712-6/00	DúvComp	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson *	107
320.147-2/00	DúvComp	Teófilo Otoni	Hugo Bengtsson *	108
320.535-8/00	*HC*	Uberlândia	Edelberto Santiago	808
325.710-2/00	DúvComp	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson *	110
326.966-9/00	DúvComp	Belo Horizonte	Hugo Bengtsson *	112

Obs.: Os acórdãos assinalados com asterisco são originários da Secretaria de Feitos Especiais - SEFES.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
15.344-MG	ROMS	Felix Fischer	813
23.619-SP	*Habeas Corpus*	Gilson Dipp	817
23.713-MG	*Habeas Corpus*	Gilson Dipp	820
442.586-SP	Recurso Especial	Luiz Fux	824

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MIN.	PÁG.
1.933-1/AM	Reclamação	Celso de Mello	833
81.343-7/MG	*Habeas Corpus*	Carlos Velloso	841
234.002-0/MG	AgRgRE	Carlos Velloso	847
349.184-9/TO	Recurso Extraordinário	Moreira Alves	850

-:::-

Índice Alfabético e Remissivo

- A -

ABSOLVIÇÃO - V. **Falsificação de documento** **791**

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - V. **Pronúncia** **738**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - V. **Competência recursal** **93**

- V. **Ônus da prova** **532**

AÇÃO DECLARATÓRIA - V. **ICMS** **383**

- Tratando-se de ação declaratória, os honorários de advogado devem ser fixados com base no art. 20, § 4°, do CPC, considerando-se os mesmos critérios previstos nas alíneas do § 3° do mesmo artigo e código. - Honorários de advogado **502**

AÇÃO INCIDENTAL - V. **Competência recursal** **110**

AÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA - V. **Prescrição** **409**

AÇÃO PRINCIPAL - V. **Competência recursal** **110**

AÇÃO RESCISÓRIA - Opera erro de fato o tribunal que, em ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, considera irmãos sociais, para desvalorizar o DNA, quando a questão não foi objeto da controvérsia e faz inovação, na segunda instância, e a prova documental devidamente coligida na primeira instância contraria essa conclusão. Nesta hipótese, é de se acolher a rescisória, rescindindo o acórdão, por incidência em erro de fato.

- V.v.: - O erro de fato que dá margem à rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova; não aquele decorrente do acerto ou desacerto do julgado, da boa ou má apreciação da prova e a conseqüente justiça ou injustiça da decisão. Há precedentes no sentido de se desprezar a prova técnica, quando esta não se harmoniza com os demais elementos probatórios dos autos e estes se afiguram seguros o bastante para se declarar a paternidade invocada na peça de ingresso. - Investigação de paternidade c/c petição de herança - DNA - Erro de fato **114**

ACIDENTE DE TRÂNSITO - V. **Responsabilidade civil do município** **227**

- V. **Indenização** **242**

- V. **Responsabilidade civil do Estado** **612**

ACIDENTE DE TRABALHO - Em caso de acidente de trabalho, constatada a culpa do empregador, mesmo que seja leve, é devida ao empregado a indenização do direito comum, conforme inteligência do art. 7°, XXVIII, da CF, bem como do art. 159 do CCB. Assim também quando o caso é de reparação de dano causado pela Administração enquanto empregadora. Quando se encontram provados o dano e o nexo causal, este e a omissão da municipalidade, ela não pode eximir-se da responsabilidade de indenizar, sob pena de infringência do art. 37, § 6°, da CF/88. - Indenização - Administração Pública - Responsabilidade objetiva **362**

ACÓRDÃO - V. **Erro material** **281**

ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS - V. **Vice-prefeito** **584**

ADICIONAL DE ATIVIDADE ESPECÍFICA - V. **Defensor público** **588**

ADITAMENTO - V. **Denúncia** **796**

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - V. **Acidente de trabalho** **362**

ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - O rompimento do lacre e a retirada da placa de identificação de veículo automotor não caracterizam o delito do art. 311 do Código Penal, mas sim aquele definido no art. 336 do aludido diploma. - Inutilização de sinal - Furto qualificado - *Emendatio libelli* - Dirigir veículo sem habilitação - Juízo de segundo grau **725**

ÁGUA - A água é um bem essencial e indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, pelo que a suspensão do seu fornecimento constitui ato ilegal, reprovável e desumano. É inadmissível que a prestação de um serviço tão essencial à vida e à integridade da pessoa humana seja suspenso somente porque o consumidor se encontra em atraso com o pagamento das tarifas. Tal suspensão, além de violar o art. 22 da Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que determina que os serviços essenciais sejam contínuos, macula o art. 42 da mesma lei, que proíbe a adoção de constrangimento ou ameaça ao consumidor na cobrança de débitos. Para receber seus créditos, tem o prestador do serviço meios legais próprios. Bens maiores, como a vida, a saúde e a dignidade do consumidor, não podem ser sacrificados em função do direito de crédito (um bem menor). - Mandado de segurança - Autoridade coatora - Legitimidade passiva - Serviço essencial **393**

ÁGUA E ESGOTO - A autarquia municipal, pessoa jurídica de direito público, responsável pela captação e distribuição de água potável, coleta e tratamento de esgotos sanitários, exerce atividade pública de caráter essencial. Criada legalmente para tal fim, não guarda compatibilidade com o conceito de atividade econômica. Assim, a remuneração por tais serviços é a taxa, sendo impróprio falar-se em preço ou tarifa. O preço é facultativo, já a taxa é a contribuição compulsória do gênero dos tributos, sendo notadamente contraprestacional.

- O fornecimento de água, a coleta e o tratamento de esgoto são serviços essenciais, não podendo a autarquia deixar de prestá-los, alegando falta de pagamento, restando-lhe a propositura de ação própria, sob pena de prejuízo. - Taxa - Execução fiscal - PTA **366**

ALIMENTOS - Nova revisional de alimentos só é possível diante de outra e nova *causa petendi*, diversa daquela anteriormente ajuizada e julgada. E a causa de pedir se sustenta na transformação ocorrida no estado de fato antecedente. O pedido haverá de ter fato novo. Se os fatos são os mesmos, impossível o ajuizamento de nova revisional. - Revisional - Causa de pedir **484**

ALVARÁ - Os Decretos n°s 10.243/00 e 10.282/00 do Município de Belo Horizonte regulamentaram a Lei Municipal n° 6.854/95, que versa sobre a expedição de alvará de funcionamento de quaisquer atividades, de todo tipo e natureza, no âmbito de Belo Horizonte. Estão, assim, em perfeita sintonia com a legislação que rege o assunto, não havendo falar em ilegalidade e inconstitucionalidade dos mesmos. - Fazenda Pública - Autorização - Prazo recursal - Intimação **223**

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL - Dr. Rafael Afonso de Andrade Leite - Doutrina **35**

ANTÔNIO ARNALDO DE OLIVEIRA, Des. - Memória do Judiciário - Júnia Diniz - Nota biográfica **3**

APELAÇÃO - V. **Mandado de segurança** **428**

APELAÇÃO CRIMINAL - Consoante o disposto na parte final do § 3° do art. 593 do CPC, não se admite segunda apelação pelo mérito, no tocante a tema de julgamento do Júri. - Medida de segurança - Juízo de segundo grau - Pena **769**

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA - Os titulares de serventia de notas e registros são servidores públicos, aplicando-se-lhes o dispositivo constitucional relativo à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade (CF, art. 40, II). Precedentes.

- Recurso desprovido. (STJ) **813**

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - Cabível a aposentadoria por invalidez de servidores contratados em regime temporário, desde que as patologias sejam devidamente atestadas por laudo pericial.

- Havendo lacuna legislativa acerca da aposentaria por invalidez de servidor temporário, devem-se aplicar ao mesmo os dispositivos legais relativos ao servidor ocupante de cargo efetivo. - Custeio de aposentadoria **464**

APROPRIAÇÃO DE VALORES DE ITBI - V. **Peculato** **703**

APROVEITAMENTO DE CRÉDITO - V. **ICMS** **177/246**

ARMA DE BRINQUEDO - V. **Roubo qualificado** **646**

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Não pode o juiz exigir que a parte apresente comprovante de rendimentos ou declaração de que o advogado está trabalhando sem cobrar honorários, porque a lei é bastante clara quanto à desnecessidade de tais comprovações, quando prevê a simples afirmação da parte (art. 4° da Lei n° 1.060/50). **521**

- A concessão de assistência judiciária à pessoa jurídica é admissível, em tese, mas, para fazer jus ao benefício, deve o requerente comprovar o seu estado de pobreza, sem o que o pedido deve ser indeferido. - Pessoa jurídica **535**

ATENTADO - Em ação cautelar de atentado, não cabe liminar.

- A ação cautelar de atentado é instrumento processual que tem o objetivo de fazer prevalecer o dever que compete à parte, de conservar inalterado o estado de coisas envolvidas no litígio até a solução final do processo, para não inutilizar seus eventuais efeitos. Ausentes os requisitos essenciais da ação incidental, inexistindo relação entre o seu objeto e o da ação principal, não havendo, ainda, configuração de inovação ilegal no estado de fato que atente contra a ação principal, escorreita é a sentença que indefere a petição inicial e julga extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, I e VI, c/c o art. 295, I, do CPC. - Liminar **430**

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - Em delitos de natureza sexual, especialmente atentado violento ao pudor, não se impõe a apuração de vestígios do ato libidinoso praticado, dada a sua típica clandestinidade. Acolhe-se, nessas circunstâncias, a palavra da vítima, quando apoiada em provas ou indícios colhidos nos autos.

- Demonstrada a ocorrência do crime de atentado violento ao pudor, não há motivo legal para acrescentar à condenação a tentativa de estupro - sustentada apenas na palavra da vítima - se não apurados sinais de ofensa vaginal.

- O crime de atentado violento ao pudor praticado contra menor de quatorze anos é considerado hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90, devendo o réu cumprir sua pena integralmente em regime fechado, sem direito à progressão do regime prisional. **776**

- O crime de atentado violento ao pudor, na sua forma básica, que inclui o caso de violência presumida, constitui crime hediondo, devendo a ré cumprir sua pena integralmente em regime fechado, sendo inadmissível o abrandamento do regime prisional, pelo que não se pode conceder-lhe o benefício previsto no art. 117 da Lei nº 7.210/84. - Prisão domiciliar **806**

- Não se admite o *bis in idem* configurado na sentença condenatória, caracterizado pela dupla valoração, na dosimetria da pena, das relações domésticas do paciente com a família da vítima, tanto para elevar a pena-base, quanto para majorar a reprimenda como circunstância agravante genérica.

- Caracterizada a dupla valoração de condenação anterior como maus antecedentes e reincidência, tem-se como insuficientemente justificada a exacerbação procedida na dosimetria da pena.

- É viável o exame da dosimetria da reprimenda por meio de *habeas corpus*, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

- Deve ser determinado que, sem prejuízo da condenação, outra decisão seja elaborada, excluindo-se a controvérsia a respeito da dupla valoração das relações domésticas do paciente com a família da vítima e fundamentando-se devidamente o aumento da pena-base.

- Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ) **820**

AUTO-ACUSAÇÃO FALSA - Para a consumação do delito do art. 341 do CP, basta que chegue ao conhecimento da autoridade a acusação falsa do cometimento de um ato em tese delituoso, que seja hábil a provocar a atividade policial ou judiciária.

- É irrelevante para a configuração do crime de auto-acusação falsa que o delito, de cuja prática o agente se acusa, tenha realmente existido. Tampouco importa que tal delito tenha sido, de fato, praticado por terceira pessoa, no caso em que o agente assume, falsamente, a responsabilidade pelo ato em tese delituoso.

- O simples fato de assumir alguém, falsamente, a responsabilidade por delito de trânsito basta para o reconhecimento do art. 341 do CP, nada importando, para a caracterização do delito, que o verdadeiro autor do ato delituoso seja penalmente irresponsável. - Delito de trânsito **668**

AUTORIDADE COATORA - V. **Mandado de segurança** **342/393**

AUTORIZAÇÃO - A autorização para se obter a licença para funcionamento de feiras é ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Deve adotar, como pressuposto, critérios definidos em norma regulamentar, atendo-se o Poder Público, ainda, ao interesse, à segurança e ao bem comum da coletividade, caso em que, não configurados tais elementos, inexistirá para a Administração a obrigação de fornecer o alvará. - Alvará - Fazenda Pública - Intimação - Prazo recursal **223**

AVERBAÇÃO - V. **Registro de imóveis** **418**

AVERBAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL - V. **Registro de imóveis** **578**

- B -

BASE DE CÁLCULO - V. **IPTU** **300**

BENS DE CONSUMO - V. **ICMS** **177**

BRIGA DE GALO - V. **Registro civil** **350**

BURACO EM VIA PÚBLICA - V. **Dano moral** **250**

BUSCA E APREENSÃO - V. **Competência recursal** **103**

- C -

CÂMARA MUNICIPAL - Conquanto seja despida de personalidade jurídica, não se nega que a câmara tenha capacidade processual. Mas a possibilidade de ser parte limita-se à defesa de suas prerrogativas institucionais. Por ser ente destituído de patrimônio próprio, não pode figurar na relação processual que objetiva indenização ou ressarcimento. É parte legítima, nesta hipótese, apenas o município. - Indenização - Capacidade processual - Ilegitimidade passiva *ad causam* **530**

CAPACIDADE PROCESSUAL - V. **Câmara municipal** **530**

CAPITULAÇÃO DO CRIME NA DENÚNCIA - V. ***Emendatio libelli*** **746**

CARGO PÚBLICO - V. **Servidor apostilado** **553**

CASAMENTO - Em ação de nulidade de regime de bens do casamento, se o proponente evidencia suas pretensões, mostrando a possibilidade de reflexos

patrimoniais e direitos em discussão, não há que falar em inépcia da exordial.

- O irmão do cônjuge é parte legítima para postular a nulidade do regime de bens do casamento deste, desde que haja a possibilidade de serem afetados interesses e direitos seus.

- Para validar-se a escolha do regime de comunhão universal de bens, quando se casa um menor, é indispensável que se celebre o pacto antenupcial, já que o regime de bens é elemento primordial, que trará conseqüências jurídicas. O dito pacto não tem caráter contratual, mas institucional, não procedendo a alegação de decadência em quatro anos.

- Em caso de casamento de menor tutelada, órfã de pai e mãe, é nulo de pleno direito o pacto antenupcial que prevê o regime da comunhão total de bens, ainda que tenha havido o consentimento do tutor. Atende-se, assim, ao preceito de ordem pública insculpido no art. 258, parágrafo único, III, do Código Civil, já que o consentimento do tutor se restringe à possibilidade de realização do casamento.

- O caráter protetivo do inciso III do parágrafo único do art. 258 do Código Civil não afronta o princípio da igualdade constitucional nem viola o preceito da isonomia entre menores tutelados e outros menores. O citado dispositivo busca proteger menores em situação artificial de proteção, qual seja, a tutela. - Menor tutelada - Regime de bens - Petição inicial - Legitimidade ativa - Pacto antenupcial 402

CAUSA DE PEDIR - V. **Alimentos** 484

CAUTELAR - V. **Depósito judicial** 318

CERCEAMENTO DE DEFESA - V. **Julgamento antecipado da lide** 478

- Inocorre cerceamento de defesa quando as peças processuais de defesa apresentam boa técnica nem quando não há repergunta das testemunhas. - Arma de brinquedo - Princípio da aparência - Roubo qualificado - Roubo - Princípio da insignificância - Furto - Desclassificação do crime - Crime continuado - Corrupção de menores - Denúncia 646

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - No direito tributário, há nítida inversão do ônus da prova, pelo que, embora a alegação seja feita pela Fazenda Pública, cabe ao contribuinte o dever de afastar a presunção de certeza e liquidez da dívida ativa regularmente inscrita. - Denúncia espontânea - Prova - Ônus da prova 474

- É inexeqüível, por afetar a liquidez e a certeza do título, a CDA que engloba IPTU e taxas, sem discriminar o valor de cada tributo e sem indicar, expressamente, quais as taxas que estão sendo cobradas, subtraindo o direito de defesa do executado, pois tal certidão não permite que se saiba exatamente o que se cobra, tornando nula a execução fiscal. - IPTU e taxas - Execução fiscal 547

- Presentes os requisitos constantes nos arts. 202, incisos I e III, seu parágrafo único, e 203 do CTN, válida é a certidão de dívida ativa. - IPTU 594

CESSÃO DE DIREITO DE PREFERÊNCIA DE PESQUISA E LAVRA DE MINAS E JAZIDAS FEITA EM 1957 - V. **Registro de imóveis** 418

CITAÇÃO DE HOMÔNIMO DE DEVEDOR - V. **Dano moral** 568

CLÁUSULA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE - V. **Júri** 638

CO-AUTORIA - V. **Júri** 710

CÓDIGO CIVIL, NOVO - V. **Doutrina** 33

CÓDIGO CIVIL
- Art. 159 362
- Art. 178, § 9º, III 442
- Art. 258, parágrafo único, III 402
- Art. 619 504
- Art. 1.062 308
- Art. 1.092 217
- Art. 1.139 471

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - V. **Ônus da prova** 499/532

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
- Art. 22 ..... 217/393
- Art. 42 ..... 217/393
- Art. 71 217

CÓDIGO DE MINERAÇÃO
- Art. 12 418

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
- Art. 4º 383
- Art. 10, § 2º 478
- Art. 20, § 3º 142/200/242/414/502
- Art. 20, § 3º, *a*, *b* e *c* 200
- Art. 20, § 4º 142/200/242/414/502
- Art. 21, parágrafo único 308
- Art. 100, I 348
- Art. 103 370
- Art. 185 142
- Art. 267, § 3º 450
- Art. 267, I 430
- Art. 267, V 450
- Art. 267, VI 430
- Art. 273 515
- Art. 295, I 430
- Art. 301, §§ 1º e 2º 450
- Art. 319 418
- Art. 320, I 266
- Art. 333 532
- Art. 333, II 258/450
- Art. 405, § 4º 242
- Art. 435 142
- Art. 460 142
- Art. 472 326
- Art. 475, § 2º 212/407
- Art. 475, I 515
- Art. 475, II 407/428
- Art. 509 266
- Art. 593, § 3º, parte final 769
- Art. 618, I 286
- Art. 620 459
- Art. 730 556
- Art. 730, I 556
- Art. 984 302
- Arts. 999 e seguintes 302
- Art. 1.049 110

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
- Art. 182 791
- Art. 366 674
- Art. 383 ..... 703/725/746
- Art. 384 703
- Art. 386, VI 674
- Art. 424 663
- Art. 617 725
- Art. 621, I 674
- Art. 621 e incisos 674

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
- Art. 302 746
- Art. 309 ..... 709/725

CÓDIGO FLORESTAL
- Art. 16, § 8º 578

CÓDIGO PENAL
- Art. 29 646

- Art. 44, I 746
- Art. 59, III 687
- Art. 71 646
- Art. 75, § 1º 787
- Art. 83, I 718
- Art. 83, II 718
- Art. 107 703
- Art. 136, § 1º 696
- Art. 136, § 3º 696
- Art. 157, § 2º, I 646
- Art. 157, § 2º, II 646
- Art. 218 715
- Art. 250, § 1º, II, *h* 749
- Art. 304 746
- Art. 311 725
- Art. 312 808
- Art. 327 703
- Art. 336 725
- Art. 339 671
- Art. 341 668

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
- Art. 97, II, §§ 1º e 2º 232
- Art. 97, IV 300
- Art. 138 ..... 474/499
- Art. 148 200
- Art. 151 388
- Art. 151, II 286
- Art. 161, § 1º 180
- Art. 164, III 253
- Art. 174 455
- Art. 202, I 594
- Art. 202, II 594
- Art. 202, III, parágrafo único 594
- Art. 202, V 366
- Art. 203 594
- Art. 204 474

COISA JULGADA - O instituto jurídico da coisa julgada não se apresenta, quando faltar no feito qualquer um dos tríplices elementos, na forma prevista no art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC. - Preclusão - Pensão - Prova - Ônus da prova **450**

COMPETÊNCIA - V. **Embargos de terceiro** **110**

- V. **ISSQN** **253**

- V. **Conexão** **370**

- A teor do art. 59 da Lei Complementar Estadual nº 59/01, compete ao Juiz da Vara de Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas que envolvem sociedades de economia mista integrantes da Administração Indireta, como é o caso da MGI-Minas Gerais Participações S.A., cujo acionista majoritário é o Estado de Minas Gerais. - Sociedade de economia mista **537**

- V. **Honorários de advogado** **551**

- V. **Execução penal** **652**

- V. **Convocação de juízes** (STF) **833**

- V. **Crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98** (STF) **850**

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - A competência originária a que alude o art. 106, I, *j*, da Constituição Estadual só existe em caso de demanda contendo fato político relevante, que se não divisa em mera execução fiscal. - Execução fiscal **88**

COMPETÊNCIA RECURSAL - Havendo omissão dolosa ou fraudulenta de bens, há que se proceder à sobrepartilha, procedimento cujo vínculo com a extinta relação conjugal é inegável. *In casu*, a competência para apreciar o recurso é deste Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 106, II, *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais. - Sobrepartilha **81**

- Seja pela natureza da matéria, seja pela qualidade das partes, não tem o Tribunal de Justiça competência recursal para julgamento de ações de contribuições movidas por entidades sindicais. A competência para julgar a ação de cobrança de contribuição sindical, de caráter não fiscal, entre particulares, é do Tribunal de Alçada do Estado - Contribuição sindical **91**

- Mesmo que o município não tenha ainda sido chamado para figurar no feito, é do Tribunal de Justiça, e não do Tribunal de Alçada, a competência para julgar recurso interposto em ação civil pública proposta com a finalidade de apurar irregularidades havidas em contrato firmado entre a municipalidade e empresa particular. Se a ação objetiva o ressarcimento de danos ao erário, por ato de improbidade administrativa, a competência se fixa em razão do interesse direto do município na apuração de lesão aos seus cofres, mais especificamente ao dinheiro público, do qual não pode aquele ente dispor, devendo-se aplicar ao caso o disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

- V.v.: - O município poderá contestar a ação ou deixar de fazê-lo. Poderá, também, ser assistente. Mas, enquanto não o é ou não contesta, a competência para o processo é do Tribunal de Alçada (art. 108, combinado com o art. 106, ambos da Constituição do Estado de Minas Gerais). - Município - Ação civil pública **93**

- É do Tribunal de Justiça a competência recursal para conhecer e julgar agravo de instrumento interposto em ação cautelar de busca e apreensão movida pelo Ministério Público contra delegado de polícia, por ter este apreendido máquina de diversão. Se os atos praticados pelo referido delegado o foram em nome do Estado, a quem dita autoridade policial representa, evidente se mostra o interesse público na ação, devendo-se aplicar o disposto no art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual - Busca e apreensão **103**

- Se o Estado de Minas Gerais foi excluído da relação processual, em ação de indenização, decisão não questionada na via recursal, a competência para conhecimento e julgamento da apelação é do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, por não incidir, no caso, a norma do art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual. - Indenização **105**

- Mostrando-se evidente o interesse público na ação, vez que os atos praticados o foram em nome do Estado de Minas Gerais, é do TJ a competência recursal para conhecer do mandado de segurança e julgá-lo. - Interesse público **107**

- Cuidando-se de dúvida de competência suscitada com o objetivo de determinar a competência recursal para conhecer da apelação interposta em ação de indenização movida contra espólio e julgá-la, é competente o Tribunal de Alçada. Isso porque o que se acha em jogo é matéria estranha ao direito sucessório, que deve ser dirimida nas vias ordinárias. Tal discussão não cabe no exíguo espaço do processo de inventário. - Espólio - Indenização **108**

- Estando evidente o interesse do município e tendo em vista o art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual, é do Tribunal de Justiça a competência para julgar agravo de instrumento aviado em embargos de terceiro processados incidentalmente na ação principal de reintegração de posse ajuizada contra o município, a qual tramita na Vara da Fazenda Pública municipal. O tribunal competente para recursos manejados e extraídos dos autos do processo referente à

ação principal também é o competente para recursos existentes contra decisões proferidas nos autos da ação incidental, com processamento perante o mesmo juiz. - Embargos de terceiro - Competência - Ação principal - Ação incidental **110**

- É do Tribunal de Alçada, e não do Tribunal de Justiça, a competência recursal para conhecer e julgar apelação interposta em ação de indenização movida contra oficial de cartório, por falha cometida em assentamento de registro civil, desde que o Estado não tenha participado da referida ação cível, na qualidade de autor, réu, assistente ou opoente, sendo inaplicável a norma prevista no art. 106, II, *a*, da Constituição Estadual. - Indenização contra oficial de cartório **112**

COMUTAÇÃO DE PENA - V. **Pena** **787**

CONCESSÃO - Não é válida a rescisão de contrato de concessão de serviço público, se o motivo de interesse público alegado não é eficazmente comprovado. - Princípio da hierarquia das leis - Lei revogada **290**

CONCUBINATO IMPURO - V. **Pensão** **495**

CONCURSO DE AGENTES - V. **Denúncia** **627**

CONCURSO DE CRIMES - V. **Livramento condicional** **718**

CONCURSO MATERIAL - Consumados os delitos de roubo e extorsão mediante seqüestro, não se verificando hipótese de absorção de crimes, aplica-se, no caso, o concurso material. - Roubo e extorsão - Reincidência - Pena - Revisão criminal - Crime hediondo - Regime prisional **687**

- Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio, eis que, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução. Precedentes desta Corte e do STF.

- No delito de roubo, a objetividade jurídica do tipo penal é o patrimônio, ao passo que, no delito de latrocínio, por sua vez, busca-se proteger, além do patrimônio, a vida da vítima, incidindo a regra do concurso material **687**

- Ordem denegada. (STJ) **817**

CONCURSO PÚBLICO - Tendo o candidato ao concurso público para ingresso nos serviços notariais e de registros públicos do Estado de Minas Gerais apresentado, em tempo hábil, laudo médico assinado por três médicos, sendo dois vinculados ao sistema oficial de saúde; considerando que o edital e a Lei nº 12.949/98 (art. 8º, VIII) exigem que a capacitação física e mental para o exercício da função se faça por intermédio de laudo firmado por junta médica da rede oficial, não exigindo que o referido laudo seja assinado pelos três médicos; e, ainda, não podendo a Comissão Examinadora exigir que o papel do atestado seja timbrado, é de se conceder a segurança impetrada pelo candidato contra ato do presidente daquela comissão que indeferiu a sua inscrição definitiva e dar pela existência do direito líquido e certo do impetrante de prosseguir no concurso.

- V.v.: - Apresentando o impetrante mero atestado de boas condições de saúde física, assinado por um único profissional, havendo pedido de reconsideração, ocasião em que juntou outro atestado médico assinado por três facultativos, ocorreu, nesta hipótese, desrespeito às normas do edital, não se vislumbrando direito líquido e certo, pelo que se denega a segurança.- Notário - Oficial de registro - Serviços notariais e de registro **83**

- Ter a comissão examinadora do concurso de serviços notariais e de registro público, no uso das prerrogativas que lhe foram conferidas pela lei do edital e com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, definido e conceituado como cargos de carreira jurídica, para fins de pontuação dos títulos referentes à aprovação do candidato em concurso público para cargo de carreira jurídica, os de magistrado, do Ministério Público, de defensor público, de advogado/procurador concursados e de delegado de polícia não fere direito líquido e certo de candidatos que possuem aprovação em concurso público para cargos de técnico judiciário, técnico processual e analista processual, cujo requisito exigido é a escolaridade de bacharel em direito. Tais cargos, a despeito da exigência dessa escolaridade, não se confundem com carreira jurídica. Não houve ofensa ao princípio da isonomia, nem alteração das regras do concurso, sendo de se denegar a segurança impetrada.

- V.v.: - Se depois de encerradas as inscrições, após realizadas as provas de conhecimento e divulgação dos resultados, a comissão examinadora do concurso público para notários e registradores restringe, para efeito de pontuação na aferição de títulos, o conceito de carreira jurídica, estabelecendo que somente serão considerados como cargos de carreira jurídica os de magistrado, do Ministério Público, de defensor público, de advogado/procurador concursados e de delegado de polícia, mostra-se evidente que os critérios estabelecidos no edital foram alterados após iniciada a primeira fase do certame, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, na medida em que o edital constitui lei interna do concurso, a cuja observância estão submetidos não só o candidato, como também a Administração Pública. - Notário - Oficial de Registro - Serviços Notariais e de Registro. **96**

- V. **Lei revogada** **342**

- Havendo lei específica (Lei Estadual nº 5.301/69) que estabelece condições para ingresso no cargo de praça da PMMG, prevendo exame psicotécnico para verificar se o candidato atende ao perfil psicológico exigido para o exercício do cargo, se o candidato não obtiver aprovação nesse exame previsto no edital do concurso público, não há que se falar em verossimilhança das alegações que justifique concessão da tutela antecipada para que se lhe assegure o direito de participar de outras fases do certame. - Tutela antecipada contra o Poder Público - Concurso público - Policial militar - Psicotécnico **515**

- A exigência editalícia de que o candidato tenha no máximo 32 anos de idade, para concorrer ao cargo de médico-legista, revela-se contrária à nova ordem constitucional, na medida em que tal restrição só ganha validade quando constituir requisito indispensável em razão da natureza e atribuições do cargo. Outrossim, a regra que exclui os atuais servidores estaduais de referido limite de idade, além de evidenciar que a juventude não é assim tão inerente ao cargo disputado, também configura flagrante desigualdade de tratamento, o que a

norma constitucional veda. - Limite de idade - Médico-legista 543

- V. **Mandado de segurança** 601

CONDENAÇÃO *IN PEJUS* - V. ***Emendatio libelli*** 703

CONDOMÍNIO - V. **Direitos hereditários** 471

CONEXÃO - A finalidade da conexão (art. 103 do CPC) é evitar decisões contraditórias. Não há conexão entre as ações de usucapião e de desapropriação, uma vez que o objeto e a causa de pedir de ambas as ações são diversos. Pode haver, sim, a prejudicialidade no que tange à prova de domínio, mas inexistirá contrariedade no julgamento das ações, pois a decisão prolatada na ação de usucapião só será levada a efeito para provar o domínio, determinando, assim, quem fará jus à indenização expropriatória. Dada a especialidade da matéria em litígio, mesmo que se trate do mesmo imóvel, a melhor técnica recomenda que a ação de usucapião prossiga na vara cível e a de desapropriação tramite no juízo da Fazenda Pública. - Competência - Usucapião - Desapropriação 370

CÔNJUGE - V. **Possessória** 478

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - V. **ISSQN** 253

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL
- Art. 106 93
- Art. 106, I, *j* 88
- Art. 106, II, *a* 93/103/105/110/112
- Art. 106, II, *c* 81
- Art. 108 93
- Art. 273 588

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- Art. 5º, XXXV 801
- Art. 5º, XXXVI 142/507
- Art. 5º, LV 174
- Art. 6º 573
- Art. 7º, XXVIII 362
- Art. 8º, VIII 214
- Art. 29, V 584
- Art. 31 305
- Art. 37, *caput* 407
- Art. 37, § 6º 362/612
- Art. 38, II 584
- Art. 40, II 813
- Art. 40, §§ 7º e 8º 451
- Art. 53, *caput* 73
- Art. 100 556
- Art. 102, I, *n* 833
- Art. 146, III, *a* 617
- Art. 150, III, *a* e *b* 847
- Art. 150, VI, *c* 206
- Art. 155, § 2º, VII, *b* 246
- Art. 155, II 617
- Art. 156, I, § 1º 232
- Art. 156, III 617
- Art. 173 455
- Art. 175 217
- Art. 182, § 4º, II 232
- Art. 196 573
- Art. 198, I 573
- Art. 205 270
- Art. 225 350
- Art. 20 - ADCT 451

CONSUMIDOR - V. **Energia elétrica** 217

CONTAS - V. **Ônus da prova** 532

CONTESTAÇÃO - Em casos de intempestividade de contestação, embora sendo apresentada fora do prazo legal, e desde que não influencie significativamente a sentença, a permanência da peça nos autos não prejudica a parte adversa. - Litisconsórcio necessário - Revelia - Demolitória - Laudo técnico 266

CONTRATAÇÃO DE CELETISTA - V. **Crime de responsabilidade** 632

CONTRATO ADMINISTRATIVO - V. **SUS** 622

CONTRAVENÇÃO PENAL - Constitui fato atípico o ato de dirigir veículo automotor, sem habilitação, desde que não gere perigo de dano.

- O art. 32 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41) foi revogado pelo art. 309 do novo Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que regulou a mesma conduta típica, emprestando-lhe novo tratamento. Assim, não cabe falar em condenação do réu como incurso nas sanções do referido art. 32 daquele diploma penal, porque o fato puro e simples de dirigir sem habilitação não constitui infração penal. - Dirigir veículo sem habilitação ... 709

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - V. **Crime de responsabilidade** 632

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL - V. **Competência recursal** 91

CONVÊNIO - A liberação de verbas depositadas pela União na Caixa Econômica Federal, em favor do município conveniado, pende do cumprimento das exigências contidas no art. 25 da Lei Complementar nº 101/00, devidamente comprovado por certidão de regularidade emitida pelo Tribunal de Contas do Estado, ou de sentença reconhecendo a regularidade, transitada em julgado. 390

- V. **Ressarcimento de danos** 399

- V. **Prestação de contas** 409

CONVÊNIO ICMS
- Nº 10, de 1989 609

CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO - V. **Divórcio indireto** 283

CONVOCAÇÃO DE JUÍZES - Se se registrar hipótese de inabilitação processual da maioria dos membros integrantes de Tribunal de Justiça, em decorrência do impedimento/suspeição de seus Desembargadores, não se revelará lícito convocar, para efeito de composição do *quorum* necessário ao julgamento de determinada causa, magistrados estaduais de primeira instância, pois não se admite esse procedimento de substituição de Desembargadores, quando utilizado para afastar a regra especial de competência inscrita no art. 102, I, *n*, da Constituição da República. Precedentes.

- Nada impedirá, contudo, para efeito de composição do *quorum*, que sejam convocados outros magistrados habilitados, desde que integrantes efetivos do próprio Tribunal, embora com assento em outros órgãos fracionários dessa mesma Corte (Turmas ou Câmaras, *v.g.*). Precedentes.

- A norma especial inscrita no art. 102, I, *n*, da Constituição da República - embora faça referência a "ação" - estende-se, por igual, aos recursos em geral, desde que ocorrentes, no Tribunal de origem, as hipóteses a que alude essa regra constitucional de competência. Precedente.

- A inexistência de maioria habilitada no Tribunal de origem impõe o deslocamento, para o Supremo Tribunal Federal, da competência originária para

processar e julgar a causa em que registrada a situação de inabilitação processual, sob pena de delinear-se hipótese de usurpação das atribuições jurisdicionais da Suprema Corte, o que, em ocorrendo, justificará a utilização da via reclamatória. (STF) **833**

CORREÇÃO MONETÁRIA - V. **Proventos** **507**

- I - Índices de correção monetária não se confundem com tributo, pelo que não se lhes aplicam os princípios da irretroatividade e da anterioridade: CF, art. 150, III, *a* e *b*.

- II - Agravo não provido. (STF) **847**

CORRUPÇÃO DE MENORES - Cuidando-se de corrupção de menores, sendo eles inimputáveis, é irrelevante a circunstância de já serem corrompidos ou não, já que a corrupção é gradativa, sendo a atividade aliciadora sujeita a sanção penal. - Cerceamento de defesa - Arma de brinquedo - Princípio da aparência - Princípio da insignificância - Furto - Desclassificação do crime - Crime continuado **646**

- O crime de corrupção de menores é de natureza essencialmente material, não bastando a prática do ato libidinoso para sua configuração. O delito só se verifica com o efetivo estado de corrupção da vítima. E corromper é perverter, depravar, comprometer a moral e os costumes do menor, submetendo-o à devassidão e à vida dissoluta. Não sendo este o caso, resta desconfigurado o delito. - Representação **715**

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - V. **Prescrição** **455**

CRIME CONEXO - V. **Pronúncia** **738**

CRIME CONTINUADO - Praticando o apelante uma ação contínua, deve-se reconhecer a continuidade delitiva presente no art. 71 do Código Penal. - Cerceamento de defesa - Arma de brinquedo - Princípio da aparência - Princípio da insignificância - Furto - Desclassificação do crime **646**

- Ocorre crime continuado quando o agente, mediante duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes, sendo que entre eles deve haver o nexo de causalidade delitiva, apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devendo-se observar o concreto, para que se possa determinar se foram os crimes subseqüentes uma continuação do primeiro ou crimes independentes.

- Se os crimes foram praticados em espaços distintos e distantes, não havendo uma correlação lógica entre eles, ainda que se trate de condutas criminosas idênticas, não há que se falar em crime continuado, mas em habitualidade criminosa. - Peculato - *Emendatio libelli* - Julgamento *ultra petita vel extra petita* - Condenação *in pejus* - Funcionário público - Tabelião - Apropriação de valores do ITBI - Habitualidade criminosa - Extinção da punibilidade **703**

- V. **Concurso material** (STJ) **817**

CRIME CONTRA A HONRA DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO - A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos.

- Se as ofensas verbais guardam estrita correlação com o exercício do mandato parlamentar, não há falar em ocorrência de crime, eis que o deputado tem garantia

constitucional de inviolabilidade de opiniões, palavras e votos (Constituição Federal, art. 53, *caput*). - Imunidade parlamentar **73**

CRIME CULPOSO - V **Pena** **746**

CRIME DE RESPONSABILIDADE - V. **Denúncia** **627**

- O crime previsto no inciso XIII do art. 1º do Dec.-lei nº 201/67 é formal, de mera conduta, e só é punido a título de dolo específico e desde que o réu tenha agido com o propósito ofensivo em relação à comunidade. A contratação de celetista não constitui o referido crime, que só se consuma se houver nomeação de funcionário sem concurso público. O crime não se configura quando o prefeito efetua contratações temporárias de elementos para suprir necessidades prementes do município, desde que não ocasionem lesão à Administração nem danos patrimoniais.

- A falta de repasse de contribuições previdenciárias não constitui crime que possa ser imputado ao prefeito, máxime se inexiste dolo e não há prova de que tenha ele se apropriado indevidamente do dinheiro arrecadado ou o tenha desviado. O recolhimento da contribuição previdenciária das prefeituras fica a cargo do departamento de contabilidade ou da tesouraria, não participando o prefeito da elaboração da folha nem da efetivação do pagamento.

- Havendo indícios suficientes de autoria e materialidade, os empréstimos concedidos sem autorização legislativa, a concessão de benefícios aos devedores de impostos com benefício próprio e a contratação de imóvel de familiar podem, em tese, constituir crimes praticados pelo prefeito, os quais devem ser apurados durante a instrução criminal, devendo-se receber a denúncia, quanto a esta parte, decotando-se apenas os fatos referentes à contratação de celetistas e à falta de recolhimento da contribuição previdenciária, que não constituem crime a punir. - Contratação de celetista - Contribuição previdenciária - Denúncia **632**

- O Executivo não pode reduzir, unilateralmente, o valor do repasse do duodécimo devido ao Legislativo municipal, sob a alegação de ser superior às despesas daquele órgão legislativo, nem alterar as datas do repasse. Todavia, tal conduta, para configurar o crime de responsabilidade previsto no art. 1º, XIV, 1ª parte, do Decreto-lei nº 201/67, há que se revestir de dolo, da vontade consciente e livre de desobedecer à ordem legal. Inexistindo dolo e não demonstrado qualquer prejuízo ao erário decorrente da conduta do prefeito, que, mediante acordo verbal previamente ajustado com o presidente da câmara municipal, repassa os duodécimos fora do prazo, parcelados e a menor, não se configura o referido crime, inscrevendo-se a conduta na órbita administrativa. - Prefeito - Duodécimo constitucional **721**

- Nos crimes previstos no Decreto-lei nº 201/67, o elemento subjetivo e condição indispensável para a punição do agente é o dolo. Tais delitos não são de mera conduta, mas de natureza formal, deles devendo decorrer um resultado de dano ou perigo para o erário.

- Estando o produto adquirido com o preço fixado dentro de patamares realizáveis no mercado, não se pode falar em cometimento de crime de enriquecimento de terceiros com base em superfaturamento de mercadorias pela

Administração Pública municipal. - Prefeito - Subfaturamento de mercadorias - Enriquecimento de terceiros 752

CRIME DOLOSO - V. **Pena** 746

CRIME HEDIONDO - V. **Regime prisional** 687

- V. **Livramento condicional** 718

- V. **Regime prisional** 760

CRIME IMPOSSÍVEL - V. **Tentativa** 735

CRIME LICITATÓRIO - V. **Prefeito** 657

CRIME PREVISTO NO ART. 38 DA LEI 9.605/98 - Esta Primeira Turma, em 20.11.2001, ao julgar o RE 300.244, em caso semelhante ao presente, decidiu que, não havendo em causa bem da União (a hipótese então em julgamento dizia respeito a desmatamento e depósito de madeira proveniente da Mata Atlântica que se entendeu não ser bem da União), nem interesse direto e específico da União (o interesse desta na proteção do meio ambiente só é genérico), nem decorrer a competência da Justiça Federal da circunstância de caber ao Ibama, que é órgão federal, a fiscalização da preservação do meio ambiente, a competência para julgar o crime que estava em causa (art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98, na modalidade de manter em depósito produtos de origem vegetal integrantes da flora nativa, sem licença para armazenamento) era da Justiça estadual comum.

- Nesse mesmo sentido, posteriormente, em 18.12.2001, voltou a manifestar-se, no RE 299.856, esta Primeira Turma, no que foi seguida, no RE 335.929, por decisão do eminente Ministro Carlos Velloso, da 2ª Turma, e no *HC* 81.916, 2ª Turma.

- A mesma orientação é de ser seguida no caso presente.

- Recurso extraordinário não conhecido. (STF) 850

CULPA DA VÍTIMA - A concorrência de culpa da vítima não se configura se o seu comportamento não viola norma preexistente. - Responsabilidade civil - Prova - Ônus da prova - Dano moral - Indenização 258

CUSTEIO DE APOSENTADORIA - Inadmissível a cobrança de contribuição para custeio de aposentadorias, sem que ao contribuinte seja facultado o alcance de tal benefício. - Aposentadoria 464

- D -

DANO AMBIENTAL - 1. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art. 3º, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

- 2. Destarte, é poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

- 3. O poluidor, por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - "*sem obstar a aplicação das penalidades administrativas*", é obrigado, "*independentemente da existência de culpa*", a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, "*afetados por sua atividade*".

- 4. Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral, por isso que em demanda infensa à Administração, poderá, interpartes, discutir a culpa e o regresso pelo evento.

- 5. Considerando que a lei legitima o Ministério Público da União e dos Estados, terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente, é inequívoco que o Estado não pode inscrever *self-executing*, sem acesso à justiça, *quantum* indenizatório, posto ser imprescindível ação de cognição, mesmo para imposição de indenização, o que não se confunde com a multa, em obediência aos cânones do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

- 6. *In casu*, discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ.

- 7. Recurso improvido. (STJ) 824

DANO MORAL - Os danos morais são passíveis de indenização, já que afetam as esferas íntima e valorativa do lesado. Caracterizam-se por lesões que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sensações e sentimentos negativos.

- Sofre dano moral quem cai em bueiro aberto, lá permanecendo por tempo razoável, enquanto aguarda resgate, estando exposto a líquidos contaminados, resultando daí prejuízos de ordem psicológica e moral.

- Demonstradas a exclusão de responsabilidade da Copasa e ausência de sinalização de buraco em via pública, é devida a indenização por danos morais decorrentes de acidente ocorrido no local não sinalizado, restando caracterizada a responsabilidade civil do município. - Responsabilidade civil do município - Buraco em via pública 250

- A indenização por danos morais haverá de se comportar de modo a não empobrecer quem paga, tampouco de enricar quem ganha. Há de ser justa porque seu objetivo é o de corrigir a arbitrariedade, o desmando; penalizar o infrator, de maneira a desestimulá-lo à repetição do ato abominado, e compensatória para o ofendido ver reparados os malefícios experimentados. - Responsabilidade civil - Culpa da vítima - Ônus da prova - Prova - Indenização 258

- Não se tratando a hipótese de ajuizamento de execução indevida ou de imputação

falsa de devedor tributário, nem de má-fé, mas de mero endereçamento da carta citatória contra homônimo do executado, não há que se falar em dano moral puro, mas em meros contratempos e natural indignação, que não foram causa de afetação à honra, à dignidade e à imagem, não tendo, portanto, base para indenização. - Citação de homônimo de devedor - Indenização 568

DECADÊNCIA - V. **Mandado de segurança** 601

DECRETO DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
- Nº 10.106, de 1999 - Art. 28 499
- Nº 10.243, de 2000 223
- Nº 10.282, de 2000 223

DECRETO ESTADUAL
- Nº 21.204, de 1981 491
- Nº 33.336, de 1992 - Art. 25 434
- Nº 41.218, de 2000 177

DECRETO FEDERAL
- Nº 22.626, de 1933 308
- Nº 22.626, de 1933 - Art. 9º 559
- Nº 3.226, de 1999 787
- Nº 3.667, de 2000 787

DECRETO-LEI FEDERAL
- Nº 3.365, de 1941 - Art. 15, *b* 414
- Nº 3.365, de 1941 - Art. 27, § 1º 414
- Nº 3.365, de 1941 - Art. 34 370
- Nº 3.365, de 1941 - Art. 35 370
- Nº 3.688, de 1941 - Art. 32 (Lei de Contravenções Penais) 709/725
- Nº 3.689, de 1941 - Art. 7º (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal) 739
- Nº 4.657, de 1942 - Art. 2º, § 3º (Lei de Introdução ao Código Civil) 342
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 23, parágrafo único, III (Lei de Falências) 180
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 26 180
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 82 298
- Nº 7.661, de 1945 - Art. 208, § 2º 180
- Nº 201, de 1967 752
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, I 627
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, XIII 632
- Nº 201, de 1967 - Art. 1º, XIV, 1ª parte 721
- Nº 406, de 1968 253
- Nº 406, de 1968 - Art. 8º 617

DEFESA EM PLENÁRIO - V. **Júri** 638

DEFENSOR PÚBLICO - O adicional de atividade específica, concedido pela Lei Estadual nº 11.711/94 aos procuradores do Estado, é extensivo aos ocupantes de cargo de defensor público, nos termos do art. 273 da Constituição Mineira, à época da vigência deste último dispositivo normativo.

- Pleiteando os autores, ora apelados, o pagamento do adicional de atividade específica referente a período anterior à publicação da Emenda nº 40/2000 da Constituição Mineira, que revogou o art. 273 da Constituição Estadual, afastada está a alegação de inconstitucionalidade decorrente da aplicação dos efeitos da referida emenda. - Adicional de atividade específica 588

DELITO DE TRÂNSITO - V. **Auto-acusação falsa** 668

DEMOLITÓRIA - Tendo o laudo técnico atestado a inexistência de risco de colapso iminente da construção, ainda mais que a sua regularização já se tenha iniciado, não se justifica a interdição da mesma.

- O fato de a construção ter sido realizada sem se observarem as normas municipais, por si só, não justifica o acolhimento do pedido inicial para deferir-se a demolição. Tal medida extrema apenas se admite quando presente o interesse público de benefício à coletividade. Havendo possibilidade de regularização, nada obsta a que assim se proceda, considerando-se esta como a melhor solução do ponto de vista jurídico, social e econômico. - Litisconsórcio necessário - Revelia - Contestação - Laudo técnico 266

DENÚNCIA - Se, antes do recebimento da denúncia, requer a Procuradoria de Justiça, titular da ação penal, a rejeição da inicial em relação a três dos denunciados, ante os termos da defesa preliminar por eles oferecida, impõe-se o acatamento do pedido pelo Tribunal.

- Não obstante admissível, em tese, o concurso de agentes no crime próprio previsto no art. 1º, I, do Dec.-lei nº 201/67, se a denúncia não está a descrever em que teria consistido a participação de alguns dos co-denunciados, sócios da empresa tida como beneficiária do desvio, na conduta do prefeito, afigurando-se, quanto a eles, imprecisa e inepta a inicial, há de ser ela rejeitada.

- Havendo prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do crime descrito na peça de acusação em relação ao prefeito e a um dos co-denunciados, deve ser recebida a denúncia, tendo os denunciados, no curso da instrução, oportunidade mais ampla de demonstrar a alegada inocência. - Concurso de agentes - Crime de responsabilidade - Peculato-desvio - Prefeito 627

- V. **Crime de responsabilidade** 632

- Não há falar em inépcia da denúncia, por não ter cumulado o crime de roubo com uso de arma simulada. Correto o denunciante, ao anotar o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e não mencionar o art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97, que cuida de crime autônomo, já que não poderia extrair do mesmo fato duas circunstâncias penais, distintas e cumulativas. - Cerceamento de defesa - Roubo qualificado - Arma de brinquedo - Princípio da aparência - Roubo - Princípio da insignificância - Furto - Desclassificação do crime - Crime continuado - Corrupção de menores 646

- O aditamento da denúncia com o escopo de incursar o acusado em delito mais grave, em razão da superveniência de fato novo, ocorrido durante a instrução, sem a concorrência do agente, não implica, necessariamente, maior reprovabilidade da conduta analisada ao tempo do fato, mas tão-somente adequação aos novos patamares de pena cominada ao delito punido de forma mais severa. - Pena - Semi-imputabilidade - Laudo pericial - Perícia - Aditamento 796

DENÚNCIA ESPONTÂNEA - A simples confissão da dívida, acompanhada do pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea. Esta pressupõe o pagamento do tributo devido, com juros de mora, devendo ser apresentada antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração cometida. - Certidão de dívida ativa - Prova - Ônus da prova 474

- Para efeito da obtenção do benefício previsto no art. 138 do Código Tributário Nacional, a denúncia espontânea não se caracteriza quando a iniciativa para pagamento do imposto só é tomada depois de já lançado o tributo pelo Fisco. - Ônus da prova - IPTU - Código de defesa do Consumidor 499

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA - O legislador exige, para a configuração do crime de denunciação caluniosa, o dolo direto em relação ao conhecimento da inocência da pessoa que acusou, ou seja, é imprescindível que o agente ativo saiba, sem qualquer dúvida, que a acusação que está fazendo é falsa. O erro ou a dúvida sobre a inocência dos acusados leva ao dolo eventual, e não ao dolo direto.

- O simples arquivamento das investigações policiais iniciadas contra as vítimas a que deu causa o ofendido não presume o elemento subjetivo exigido para a configuração da figura típica do art. 339 do Código Penal. **671**

DEPÓSITO JUDICIAL - Reconhecida a ilegitimidade passiva do depositante compulsório, em ação cautelar, tem ele direito ao levantamento total da quantia depositada, com os acréscimos remuneratórios ocorridos, cabendo a responsabilidade pelo ônus da condenação à parte passiva reconhecida legítima - Cautelar **318**

- A Lei nº 14.062/01, que dispõe sobre o levantamento antecipado dos depósitos judiciais, só gera efeitos para os depósitos efetuados após a data de sua entrada em vigor (29.12.01, conforme determina seu art. 33), não se aplicando a casos em que o depósito seja efetuado em data anterior.

- V.v.: - Sendo o dispositivo em que se baseia o Estado de Minas Gerais de natureza processual e, portanto, de aplicação imediata, é irrelevante a data da efetivação do depósito, não havendo que se falar em direito adquirido da parte. **523**

DESAFORAMENTO - O desaforamento é medida excepcional de derrogação da regra geral de que o julgamento do réu deve ser no lugar em que se consumou o crime. No caso de dúvida sobre a imparcialidade do Júri, o desaforamento só se justifica quando evidenciada a quebra dessa imparcialidade, com apoio em provas consistentes, não bastando meras alegações, desacompanhadas de comprovação idônea e eficaz.

- Na apreciação do pedido de desaforamento, a manifestação do juiz, em informações, é de fundamental importância, ante a idoneidade de que se reveste a sua opinião. Ausente seu relato pessoal a respeito do crime e do clima reinante na comarca, tendo sua conclusão se apoiado nas alegações do Ministério Público, as quais não se encontram respaldadas em elementos probatórios contidos nos autos, é de se indeferir o pedido. **663**

DESAPROPRIAÇÃO - V. **Desapropriação indireta** **134**

- O art. 34 do Decreto-lei nº 3.365/41 determina que apenas no momento de levantar o valor da indenização é que o interessado deverá fazer prova do domínio; o art. 35 do mesmo diploma legal estabelece que, se a indenização for paga a terceiro, que não o proprietário, não se invalidará a desapropriação. - Usucapião - Conexão - Competência **370**

DESAPROPRIÇÃO INDIRETA - Consumado o apossamento do bem e integrado este ao domínio público, torna-se insuscetível de reintegração ou reivindicação pelo autor, a quem resta somente haver a indenização correspondente do Poder Público expropriante.

- Para fins de indenização por desapropriação, há de se considerar o valor do bem à época em que se verificou o apossamento.

- Em sede de desapropriação, se o laudo apresentado pelo perito oficial é escorreito, não se conseguindo evidenciar erro nele existente, deve ser adotado pelo julgador, até por cautela, pois traz consigo a presunção de estar alheio aos interesses das partes em litígio. - Desapropriação - Indenização - Laudo oficial **134**

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - V. **Roubo qualificado** **646**

- A desclassificação do crime no juízo *ad quem* é admissível, desde que os fatos descritos na denúncia se amoldem à hipótese em relação à qual se procederá à desclassificação e desde que o tipo penal comine pena menos gravosa ao réu, por ser vedada a *reformatio in pejus*. - Tortura - Maus tratos - *Reformatio in pejus* - Juízo de segundo grau **695**

- V. **Pronúncia** **738**

DESVIO DE FINALIDADE - V. **Ressarcimento de danos** **399**

DIREITO ADQUIRIDO - Conforme reiteradamente afirmado pela doutrina mais autorizada e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a emenda constitucional não pode desrespeitar os direitos adquiridos. - Emenda Constitucional - Férias-prêmio - Proventos atrasados - Correção monetária - Juros moratórios **507**

- V. **Proventos** **507**

DIREITO DE PREFERÊNCIA - V. **Direitos hereditários** **471**

DIREITOS HEREDITÁRIOS - Embora seja aplicável o art. 1.139 do Código Civil quando se trata de cessão de direitos hereditários, sendo os cessionários condôminos, não há que se falar em direito de preferência, a não ser que seja demonstrada qualquer circunstância constante do parágrafo único do mesmo artigo. É que a finalidade do instituto não é outra senão evitar o ingresso de estranhos no condomínio, o que não ocorrerá quando um dos próprios condôminos figurar como cessionário. - Condomínio - Direito de preferência - Preempção **471**

DIRIGIR VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO - V. **Contravenção penal** **709**

- A condução de veículo automotor sem a devida habilitação legal, ausente prova do perigo efetivo de dano, não caracteriza o delito do art. 309 da Lei nº 9.503/97, e, ante a revogação do art. 32 do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), impõe-se a absolvição do agente. - Furto qualificado - *Emendatio libelli* - Inutilização de sinal - Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Juízo de segundo grau **725**

DIVÓRCIO INDIRETO - A inadimplência com relação ao avençado, quando da separação judicial, configura óbice à decretação do divórcio por conversão, não sendo razoável submeter a outra parte aos percalços de um posterior processo judicial para haver do inadimplente a parte que lhe cabe por força do acordo.

- Imprescindível, para a conversão da separação judicial em divórcio, a anterior e efetiva partilha dos bens. - Partilha - Conversão de Separação Judicial em Divórcio **283**

DNA - V. **Ação rescisória** **114**

- V. **Investigação de paternidade** **292/313/358**

DOCUMENTO FALSO - V. **Falsificação de documento** **713**

DOUTRINA - Justiça Eleitoral e improbidade administrativa - Dr. Rogério Medeiros Garcia de Lima **07**

- Simulação no novo Código Civil - Dr. José Martinho Nunes Coelho **33**

- Antecipação da tutela jurisdicional - Dr. Rafael Afonso de Andrade Leite **35**

DUODÉCIMO CONSTITUCIONAL - V. **Crime de responsabilidade** **721**

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - Não se sujeita ao reexame necessário a causa cujo valor não ultrapassa 60 (sessenta) salários mínimos, a teor do disposto no § 2º do art. 475 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001, publicada no *Diário Oficial da União* em 27 de dezembro de 2001. Tal norma, por ser de cunho processual, tem aplicação imediata desde a data em que entrou em vigor (27.03.2002, conforme art. 2º da referida lei). **212**

- É de se conhecer da remessa oficial, apesar do ínfimo valor da causa, em face da inexistência de condenação em valor certo, o que torna inaplicável, no caso, o disposto no art. 475, inciso II, do CPC, com o § 2º que lhe foi acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. - Servidor - Remoção **407**

- E -

EDUCAÇÃO - A teor do art. 205 da CF, a educação é direito de todos e dever do Estado. É inadmissível o indeferimento de matrícula de criança com menos de sete anos de idade na primeira série do ensino fundamental, ainda que fundamentado em resolução do Secretário de Estado da Educação, em razão de não estar previsto constitucionalmente o limite de idade.

V.v.: - Se o indeferimento da matrícula do aluno com menos de 7 (sete) anos de idade teve como escopo resolução do Secretário de Estado da Educação, não é razoável a invocação do artigo constitucional que diz ser dever do Estado a prestação de prover a educação. Não tendo o diretor da escola se negado à prestação da educação ao menor, mas apenas cumprido a exigência da idade mínima para sua matrícula, que foi determinada por resolução da Secretaria de Estado da Educação, o ato a ser impugnado não é o do diretor da escola, mas a resolução. - Ensino fundamental - Matrícula **270**

ELEIÇÃO DIRETA PARA O STF ?! - Dr. Ricardo A. Malheiros Fiúza - Notas e Comentários **63**

EMBARGOS DE TERCEIRO - A teor da norma contida no art. 1.049 do CPC, a competência para processar e julgar embargos de terceiro, em primeiro grau, é do juiz da causa principal, a quem os referidos embargos são distribuídos por dependência, embora também em autos distintos. - Competência recursal - Ação principal - Ação incidental **110**

- Em apreço à boa técnica processual, aquele que figura no pólo passivo na execução deve opor embargos à execução, e não embargos de terceiro (Súmula nº 184 do TFR). Não obstante, a jurisprudência iterativa do STJ vem mitigando aquele formalismo, admitindo que o sócio-cotista de sociedade de responsabilidade limitada, sem poder de gerência ou representação, possa interpor embargos de terceiro para desconstituir penhora sobre bem de sua propriedade particular. - Embargos à execução - Execução - Sócio-cotista **237**

EMBARGOS À EXECUÇÃO - V. **Embargos de terceiro** **237**

EMENDA CONSTITUCIONAL - V. **Direito adquirido** **507**

EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL
- Nº 38, de 1999 ..... **88**
- Nº 40, de 2000 (Revogou o Art. 273 da CE) **588**

EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL
- Nº 20, de 1998 ..... **507**

EMENDATIO LIBELLI - O acusado se defende da conduta cuja prática lhe é imputada, e não da do tipo penal indicado. A sentença pode enquadrar a conduta fática do condenado em tipo penal diverso daquele constante da denúncia, podendo o juiz aplicar pena mais grave, o que é expressamente previsto pelos arts. 383 e 384 do CPP, não gerando julgamento *ultra petita vel extra petita* nem condenação *in pejus*. - Julgamento *ultra petita vel extra petita* - Condenação *in pejus* - Peculato - Funcionário público - Tabelião - Apropriação de valores do ITBI - Crime continuado - Habitualidade criminosa - Extinção da punibilidade **703**

- É cabível a *emendatio libelli* no juízo de segundo grau, consoante se infere do disposto no art. 617 c/c o art. 383, ambos do Código de Processo Penal. - Furto qualificado - Inutilização de sinal - Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Dirigir veículo sem habilitação - Juízo de segundo grau **725**

- Em processo penal, a observância do princípio de correlação entre a sentença e a imputação deve ser aferida não em função da capitulação da denúncia, que é sempre provisória, mas da descrição do fato nela contida, tendo-se em vista ainda outro princípio informador: o da livre dicção do direito.

- Inocorre sentença *extra petita* quando o magistrado, procedendo à *emendatio libelli*, dá ao fato definição jurídica diversa da que consta na denúncia, ainda que, em conseqüência, aplique pena mais grave, nos termos do art. 383 do CPP. - Pena - Princípio da livre dicção do direito - Capitulação do crime na denúncia - Sentença *extra petita* - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Crime culposo - Crime doloso **746**

ENERGIA ELÉTRICA - V. **ICMS** **177**

- Da análise conjunta das disposições do art. 22 da Lei nº 8.078/90, do art. 175 da CF, do art. 17 da Lei nº 9.427/96, do art. 6º, §§ 1º e 3º, II, da Lei nº 8.987/95, e do art. 1.092 do Código Civil, ressai induvidoso que o corte de energia elétrica do consumidor inadimplente é legal e não configura descontinuidade na prestação do serviço, mesmo porque dito serviço continua à disposição do usuário, desde que ele implemente sua contraprestação, não constituindo a

medida infração penal por exposição do inadimplente a ridículo ou submissão a constrangimento ou ameaça (arts. 42 e 71 da Lei nº 8.078/90). - Consumidor 217

ENRIQUECIMENTO DE TERCEIROS - V. **Crime de responsabilidade** 752

ENSINO FUNDAMENTAL - V. **Educação** 270

ENSINO PÚBLICO - Revela-se absolutamente ilegal a exigência de pagamento de matrícula em estabelecimento público de ensino, ante expressa disposição constitucional que determina a gratuidade deste. - Matrícula 541

ENTIDADES FILANTRÓPICAS - V. **SUS** 622

ERRO DE FATO - V. **Ação rescisória** 114

ERRO MATERIAL - O erro material pode ser corrigido de ofício por quem de direito ou por provocação das partes. Se estiver na sentença, a competência para corrigi-lo é do juiz. Mas, estando localizado no acórdão, a legitimidade para proceder ao reparo necessário é do seu prolator (ou o substituto legal), e não do juiz de primeiro grau. - Acórdão - Sentença 281

ESPÓLIO - V. **Competência recursal** 107

ESTABILIDADE SINDICAL - V. **Servidor** 214

ESTATUTO DE SOCIEDADES - V. **Registro civil** 350

ESTELIONATO - Mero ato preparatório do crime de estelionato é ato não punível, sem qualquer tipicidade. - Uso de documento falso - Documento falso - Falsificação de documento - Talão de estacionamento rotativo da BHTrans 713

ESTUPRO - 1. Nos crimes contra os costumes, o Ministério Público tem legitimidade para oferecer denúncia quando está comprovado o estado de miserabilidade da vítima. Para comprovação da referida miserabilidade, é suficiente a declaração de pobreza firmada pela própria ofendida. Essa prova pode ser apresentada em qualquer fase do processo até a sentença final. Precedentes. A declaração da vítima foi juntada tempestivamente.

- 2. A pretendida descaracterização do estupro como crime hediondo para assegurar a progressão do regime prisional é matéria que não foi suscitada no STJ. Impossível o seu conhecimento neste Tribunal, por caracterizar supressão de instância.

- *Habeas* conhecido e, em parte, indeferido. (STF) 841

EVENTOS EM LOCAIS SEM APARATOS CONTRA POLUIÇÃO SONORA E COM RISCO DE INCÊNDIO - V. **Tutela antecipada contra o poder público** 388

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - V. **Execução fiscal** 286

EXECUÇÃO - V. **Embargos de terceiro** 237

EXECUÇÃO FISCAL - V. **Competência originária** 88

- Admite-se exceção de pré-executividade quando se verifica nulidade manifesta da execução (art. 618 do CPC), sem qualquer complexidade e sem necessidade de dilação probatória.

- Com o depósito do montante do crédito tributário, suspende- se sua exigibilidade, conforme entendimento do art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Logo, se o título não é exigível, torna-se viável a oposição de exceção de pré-executividade para obtenção da extinção da execução fiscal alicerçada nos autos de infração originários da falta de pagamento do tributo (art. 618, I, do CPC). - Exceção de pré-executividade 286

- A teor do art. 202, V, do CTN, não é obrigatória a menção do número do PTA no termo de inscrição da dívida ativa. Isso porque nem sequer há a necessidade de processo para apuração do crédito, como é o caso da taxa de água e esgoto, que não é derivada de infração. - Água e esgoto - Taxa - PTA 366

- O art. 620 do CPC determina a realização do processo de execução pelo modo menos gravoso para o devedor, o que ocorrerá não se procedendo à remoção, deixando os bens a serem penhorados em depósito com um dos sócios-gerentes-administradores da empresa agravante. - Responsabilidade tributária - Sucessão empresarial - Remoção de bens - Penhora 459

- V. **Certidão de dívida ativa** 547

- V. **Dano ambiental** (STJ) 824

EXECUÇÃO PENAL - Consoante o art. 1º da Resolução nº 297/96 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, compete ao juízo em cujo território o sentenciado cumpre pena administrar a execução e solucionar os incidentes, ainda que a sentença condenatória tenha sido proferida por outro juízo. Contudo, se o pedido de transferência foi decidido pelo juízo da condenação com a aquiescência, ainda que implícita, do juízo da execução, não há falar em nulidade por incompetência daquele. - Transferência de preso - Competência 652

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - V. **Peculato** 703

EXTINÇÃO DO PROCESSO - V. **Inventário** 302

- F -

FALÊNCIA - A multa de revalidação devida pelo não-recolhimento do tributo não pode ser cobrada da massa falida, pois tal multa insere-se no conceito de pena pecuniária por infração de lei administrativa a que se refere o art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências.

- O art. 26 da Lei de Falências não afasta os juros, apenas condiciona o seu pagamento à solução prévia do principal. Portanto, a cobrança dos juros de mora que incidirem sobre débitos fiscais a partir da decretação da falência deve ficar sobrestada, até que se apurem sobras suficientes do ativo para sua liquidação, após o pagamento do principal.

- A taxa Selic é perfeitamente aplicável nos créditos de natureza fiscal.

- Nos exatos termos do art. 208, § 2º, da Lei de Falências, a massa falida não pode ser obrigada ao pagamento de honorários de advogado a credores e falido.

- V.v.: - Inviável a utilização da taxa Selic como juros de mora para reajuste de

débitos de natureza fiscal, pois, além de inexistir lei que a tenha instituído para esse fim, a mesma não possui natureza moratória, e sim remuneratória. A lei complementar (Código Tributário Nacional) só autorizou juros diversos de 1%, se a lei estatuir em contrário. Para que a lei estabeleça taxa de juros diversa, esta taxa deverá ser criada por lei, o que não é o caso da taxa Selic. Portanto, somente seria possível sua aplicação, se seus juros correspondessem a exato 1%, conforme dispõe o § 1º do art. 161 do CTN. - Taxa Selic - Honorários de advogado **180**

- Se o sócio, sem poderes para representar a sociedade, contrai dívida em benefício próprio, utilizando-se de seu nome (dela, sociedade), sua atitude anômala não faz com que ela responda pela dívida, nem fique sujeita à falência por impontualidade no respectivo pagamento. - Sócio **210**

- Estando o pedido de habilitação de crédito, na falência, amparado em termo de confissão de dívida e em notas promissórias a ele vinculadas, assinado pelo falido em período anterior à quebra, é de se reconhecer estar comprovada a origem do crédito, nos termos do art. 82 da Lei de Falências (Dec.-lei nº 7.661/45), para fins de deferimento do pedido. - Habilitação de crédito **298**

- Em pedido de habilitação de crédito em falência, não havendo prova de que os juros tenham sido pactuados à taxa de 12% ao ano, limite permitido pelo Decreto nº 22.626/33, justifica-se o seu arbitramento à taxa de 6% ao ano, consoante disposição contida no art. 1.062 do Código Civil.

- Não obstante os honorários do síndico da massa falida sejam devidos quando a habilitação de crédito em falência tiver sido impugnada, assumindo a forma litigiosa, eles não o são, se o credor que pleiteou a habilitação tiver decaído de parte mínima de sua pretensão, de conformidade com o disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC, impondo-se, nesse caso, o provimento parcial da apelação da sentença pela qual eles foram arbitrados, com sua conseqüente exclusão. - Habilitação de crédito - Honorários de síndico **308**

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO - A atitude do réu, preenchendo, por cima do plástico de uma folha de talão da BHTrans relativa a estacionamento rotativo, os dados do veículo e a data correspondente, não caracteriza falsificação de documento, seja porque o plástico sobre o qual o agente escrevia não poderia ser considerado documento, seja porque não havia terminado de preencher os dados consignados no talão que se achava por baixo. Ainda que se quisesse admitir, porém, como tal, os escritos apostos ao plástico que envolvia o citado talão de estacionamento, não restaria caracterizado o crime de falso, por falta do requisito da *imitatio veri*.

- Se o autor, além de não completar os escritos que talvez estivesse pretendendo fazer no referido plástico, não chegou a utilizar o aludido "documento", não se pode falar em crime de uso de documento falso. - Documento falso - Uso de documento falso - Estelionato - Talão de estacionamento rotativo da BHTrans **713**

- É inadmissível prolação de decreto condenatório fundado em laudo documentoscópico duvidoso, porque, consoante o art. 182 do CPP, "*o juiz não está adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte*".

culpabilidade do réu, a melhor solução que se impõe é a sua absolvição dentro do princípio do *in dubio pro reo*. - Laudo documentoscópico - Absolvição **791**

FAZENDA PÚBLICA - V. **Honorários de advogado** **200/242**

- A Fazenda Pública, exceto nas ações de execução fiscal (art. 25 da Lei de Execução Fiscal), não tem o direito - como regra - de ser intimada pessoalmente das decisões, contando-se o prazo recursal, portanto, a partir de sua publicação no órgão oficial. - Intimação - Prazo recursal - Alvará - Autorização **223**

FÉRIAS COLETIVAS - V. **Licença-maternidade** **196**

FÉRIAS-PRÊMIO - V. **Proventos** **507**

FORO COMPETENTE - V. **Sociedade de fato** **348**

FUNÇÃO PÚBLICA - V. **Servidor** **214**

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - V. **Peculato** **703**

FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - O bloqueio e separação de dinheiro proveniente do Fundo de Participação dos Municípios para satisfação de crédito, mesmo que de natureza alimentícia, em processo de execução por quantia certa, é providência imprópria e ilegal, sendo impossível, portanto, consoante disposições contidas no art. 100 da CF e no art. 730 do CPC. **556**

FURTO - V. **Roubo qualificado** **646**

FURTO QUALIFICADO - Configura-se o furto qualificado pelo emprego de fraude, quando o agente, utilizando-se de embuste para burlar a vigilância da vítima, subtrai o bem sem o consentimento desta. - *Emendatio libelli* - Inutilização de sinal - Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Dirigir veículo sem habilitação - Juízo de segundo grau **725**

- G -

GILDO DOS SANTOS, Des. - A linguagem do juiz - Notas e comentários **67**

- H -

HABEAS CORPUS - Em sede de *habeas corpus*, não se admite exame aprofundado de provas.

- Não se vislumbrando qualquer constrangimento ilegal amparável por *habeas corpus*, é de se denegar a ordem impetrada. - Liberdade provisória - Inquérito policial - Prisão em flagrante - Prisão preventiva **780**

- Defesa prévia apresentada no prazo legal - Novo procurador constituído - Pedido de restauração de prazo para a defesa - Indeferimento - Alegação de nulidade improcedente - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Ordem denegada. **786**

- A indicação inadequada da autoridade coatora, malgrado possa ensejar o não-conhecimento de *habeas corpus*, não o obstaculiza, em face de preceito constitucional que determina a apreciação de toda e qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

- A inexistência da efetiva comprovação da alegada ameaça ao direito de locomoção, e que se traduz em meras dúvidas dos pacientes, obstaculiza a concessão de salvo-conduto pretendido em sede de *habeas corpus* preventivo. Exige o *habeas corpus* fatos concretos, e não meros temores de imaginada arbitrariedade.

- Não se presta o remédio heróico a investigar questões fáticas que mereçam o exame acurado de provas, tampouco a reformar ou anular decisões judiciais impugnáveis por outros tipos de recursos. O *HC* é medida de cognoscibilidade restrita, visto que se limita à análise da liberdade de locomoção do cidadão. Se as questões nele aduzidas se mostrarem diversas de seu cerne principal, elas não são suscetíveis de acolhimento.

- O *habeas corpus* não se presta para fazer desgravar qualquer constrição possivelmente efetivada em bens móveis do paciente, veículos automotores, uma vez que tal inconformismo há de ser deduzido em outro instituto processual. - *Habeas corpus preventivo* **801**

HABEAS CORPUS PREVENTIVO - V. ***Habeas corpus*** **801**

HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - V. **Falência** **298/308**

HABITUALIDADE CRIMINOSA - V. **Crime continuado** **703**

HOMICÍDIO PRATICADO POR FUGITIVO - V. **Responsabilidade civil do Estado** **487**

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - V. **Pronúncia** **738**

HOMICÍDIO TENTADO - V. **Tentativa** **735**

- V. **Pronúncia** **738**

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Nada há a ser reparado quanto à verba honorária sucumbencial arbitrada nos limites do art. 20, § 3º, do CPC e de acordo com os requisitos do § 4º do mesmo artigo.

- V.v.: - A verba honorária, na espécie, arbitrada no limite máximo de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC, deve ser reduzida, pois, tratando-se de causa em que restou vencida a pessoa jurídica de direito público, a regra do § 4º do mesmo art. 20 é que deve ser atendida, observando-se, em tal caso, a menor onerosidade para o ente público. - Preclusão - Quesitos complementares - Tombamento - Processo Administrativo - Julgamento *extra* e *ultra petita* **142**

- V. **Falência** **180**

- Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios a serem por ela suportados deverão ser fixados com aplicação do que determina o § 4º, e não o § 3º do art. 20 do CPC. Importa isso dizer que o juiz, ao fixá-los "*consoante apreciação eqüitativa*", sem deixar de levar em consideração as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do já referido art. 20, nada obsta que o faça utilizando-se de um percentual qualquer sobre o valor da causa, mesmo que em desacordo com os limites retromencionados. - Fazenda Pública - Sujeito passivo - ICMS **200**

- Vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado devem ser fixados na forma do art. 20, § 4º, do CPC. - Fazenda Pública - Indenização - Acidente de trânsito - Responsabilidade civil do Estado **242**

- V. **Servidão administrativa** **414**

- O advogado que não atuou no feito, mas que recebeu substabelecimento após o encerramento da ação, é parte legítima para postular a execução de honorários advocatícios. **449**

- V. **Ação declaratória** **502**

- A competência para execução de honorários de sucumbência cabe ao juízo da causa, visto que o título executivo é a própria sentença impositiva da sucumbência.

- Não obstante ter o advogado legitimidade ativa para a cobrança dos honorários arbitrados a seu favor, nada impede que a parte vencedora execute o principal e a verba da sucumbência, mesmo em se tratando da Fazenda Pública estadual. - Competência - Legitimidade ativa *ad causam* **551**

HONORÁRIOS DE SÍNDICO - V. **Falência** **308**

- I -

ICMS - O aproveitamento de crédito do ICMS relativo aos bens adquiridos para o ativo permanente da empresa, ou destinados ao seu consumo, a exemplo da energia elétrica e dos serviços de comunicação, não é direito constitucionalmente assegurado, mas simples benefício fiscal, que pode ser alterado, diminuído ou até suprimido por legislação do mesmo nível daquela que o instituiu.

- Nem a Lei Complementar nº 102/2000, de nível federal, nem o Decreto Estadual nº 41.218/2000 criaram imposto, aumentaram sua alíquota ou definiram fato gerador diverso do que já estava previsto. Assim, inexigível, no caso, a sua eficácia apenas para o exercício seguinte. Elas apenas regularam, de maneira diversa, um benefício já existente, deferido por questão de política fiscal, e que, de acordo com as conveniências dessa política, pode ser alterado. - Energia elétrica - Serviços de comunicação - Aproveitamento de crédito - Bens de consumo **177**

- Considera-se, no conceito de produtos comestíveis resultantes do abate de aves, em estado natural, o chester simplesmente temperado, congelado e acondicionado em embalagem de apresentação. Nesta hipótese, por não se tratar de produto industrializado, a alíquota do ICMS a ser aplicada, em operação interna, é de 12%, nos termos do art. 59, inciso I, letras *b* e *b.1*, do RICMS/84. - Sujeito passivo - Honorários de advogado - Fazenda pública **200**

- Se o apelante, além da revelação e ampliação de fotos, vende seus produtos a consumidores finais, não pode fugir à contribuição do ICMS, bem como de seu diferencial de alíquota, haja vista a aquisição de mercadorias de outro Estado para a utilização, vendendo-as com o serviço. Ainda que não fosse contribuinte do ICMS, deveria, baseado no art. 155, § 2º, inciso VII, *b*, da CF, recolher a alíquota interna, relativa ao Estado em que executa seus serviços.

- A Lei Complementar nº 87/96 regulamenta o aproveitamento de créditos do ICMS, inclusive quanto às condições temporais para seu exercício. - ISSQN e ICMS - Aproveitamento de crédito **246**

- A ação declaratória, cuja admissibilidade é restrita às hipóteses previstas no art. 4º do CPC, em que se pede a declaração

da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou a declaração da autenticidade ou falsidade de documento, não é admissível para se interpretar a lei relativamente ao direito em tese do contribuinte à restituição parcial ou total do ICMS recolhido em regime de substituição tributária.

- De acordo com a orientação dominante da jurisprudência majoritária dos nossos tribunais, é definitiva, em regra, a cobrança de ICMS estimado com base de cálculo consistente em tabela, fornecida pelo fabricante, no regime de substituição tributária, pelo que descabe restituição da diferença entre o recolhimento efetuado mediante a base de cálculo presumida e a real, só ocorrendo tal direito se o fato gerador presumido não se realizar. - Ação declaratória - Substituição tributária **383**

- Nas operações interestaduais realizadas com derivados de petróleo, é legal a exigência do recolhimento antecipado do ICMS pelo regime de substituição tributária, e não há nenhuma inconstitucionalidade na adoção do regime. **609**

ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - V. **Câmara municipal** **530**

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* - O fato gerador do imposto de transmissão *causa mortis* ocorre no momento do óbito do autor da herança. Mas o lançamento efetiva-se posteriormente, após a abertura do inventário e correspondente avaliação dos bens do espólio.

- O imposto de transmissão *causa mortis* só é exigível a partir da homologação do cálculo. Somente a partir de então é que, não satisfeito o débito, conta-se o prazo de decadência (cinco anos) para que a Fazenda Pública proceda ao lançamento. Após este, começa a fluir o prazo prescricional (também de cinco anos) para a cobrança do tributo **315**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - V. **Doutrina** **07**

IMUNIDADE PARLAMENTAR - V. **Crime contra a honra de funcionário público** **73**

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - Os bens da instituição sem fins lucrativos compõem sua reserva técnica, cujo objetivo é garantir suas próprias finalidades assistenciais, de forma a não descaracterizar a entidade assistencial.

- Se o imóvel é usado pelos religiosos diretamente para suas atividades de educação e assistência social, constituindo ele uma de suas unidades, enquadra-se perfeitamente no art. 150, VI, *c*, da CF/88. Assim, acobertado está pela imunidade constitucional invocada, relativamente aos impostos (IPTU). - Taxa de serviços urbanos - IPTU **206**

INCÊNDIO QUALIFICADO - O crime de incêndio reclama a existência de perigo comum e concreto, expondo a perigo tanto a vida como o patrimônio de outrem, exigindo, ainda, o dolo genérico. Comete o crime de incêndio qualificado previsto no art. 250, § 1º, inciso II, letra *h*, do CP aquele que, agindo com dolo, pelo menos eventual, uma vez que o resultado lhe era previsível, ateia fogo em local habitado, com trânsito de animais e pessoas, vindo este a se alastrar e queimar extensa área de pastagem, expondo a perigo a vida e o patrimônio alheio. **749**

INDENIZAÇÃO - V. **Competência recursal** **105/108**

- V. **Desapropriação indireta** **134**

- Em ação de indenização ajuizada por seguradora em face do Estado, objetivando o ressarcimento dos danos que teve de reparar ao particular segurado, em razão de acidente de trânsito provocado por agente público, ao dirigir veículo oficial, a inexistência de apólice para comprovar o direito de sub-rogação é irrelevante, se os autos revelam robusta dilação probatória acerca do contrato de seguro. Outrossim, a oitiva do segurado em audiência apenas como informante não encontra óbice legal, mas, ao contrário, está amparada pelo art. 405, § 4º, do CPC.

- Impossível a redução da condenação, se demonstrado por documentos colacionados aos autos que o seu valor se refere exatamente ao que foi pago pela seguradora ao segurado, para ressarcir o prejuízo por ele sofrido, em razão de danos causados em seu veículo. - Acidente de trânsito - Responsabilidade civil do Estado - Fazenda pública - Honorários de advogado **242**

- V. **Dano moral** **258/568**

- V. **Acidente de trabalho** **362**

- V. **Ressarcimento de danos** **399**

- V. **Responsabilidade civil do Estado** **425/487/612**

- V. **Câmara municipal** **530**

INDENIZAÇÃO CONTRA OFICIAL DE CARTÓRIO - V. **Competência recursal** **112**

INQUÉRITO POLICIAL - Incabível reclamar contraditório no inquérito policial. A garantia constitucional de defesa aos acusados em geral não significa contraditório em fase pré-processual. Isso porque, na fase investigatória, não há acusado, mas indiciado. Depois, porque a defesa facultada nesta fase não implica obrigatoriedade da presença do advogado aos termos do procedimento, mas apenas assistência do advogado. - Prisão em flagrante - Liberdade provisória - Prisão preventiva - *Habeas corpus* **780**

INTERESSE PÚBLICO - V. **Competência recursal** **107**

INTIMAÇÃO - V. **Fazenda Pública** **223**

INUTILIZAÇÃO DE SINAL - V. **Adulteração de sinal identificador de veículo automotor** **725**

INVENTÁRIO - É imprópria a extinção do processo, mediante indeferimento da petição inicial, quando, com base na documentação inicialmente apresentada, poderia prosseguir, na forma dos arts. 999 e seguintes do CPC, especialmente porque, não realizadas as citações previstas naquele dispositivo, mostra-se inviável à prestação jurisdicional requerida a antecipação do juiz a possíveis herdeiros ou interessados para, com excessivo rigor no exame das certidões que instruem o pedido, afirmar que a requerente do inventário não tem título hábil para qualificá-la como

herdeira. Recomendável o processamento do pedido e, se for o caso, a remessa dos interessados às vias ordinárias, para a prova de fatos não documentados (CPC, art. 984), que se reputar indispensável ao prosseguimento do feito, em obséquio da orientação de que o abrandamento do rigor formal é critério salutar quando se procura construir o direito. - Extinção do processo - Petição inicial indeferida **302**

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Em investigação de paternidade, a recusa do investigado a se submeter ao exame de DNA é forte indício de veracidade dos fatos alegados. Porém, não pode a paternidade ser declarada apenas com base nessa recusa, principalmente quando não há nos autos sequer indícios da existência de relacionamento amoroso entre a genitora do investigante e o investigado. - DNA **292**

- Inadmissível o pedido de condução coercitiva do réu para a materialização do exame de DNA, devendo ser indeferido, uma vez que ninguém é obrigado a submeter-se a tal exame, que só pode ser realizado com ampla concordância do investigado. A recusa ao exame, aliada às evidências dos autos, permite ao juiz tirar as conclusões apropriadas. - DNA **313**

- Reconhecido, atualmente, pela melhor doutrina médica e jurídica especializadas, bem como pela jurisprudência dominante, que o exame de DNA apresenta resultados de probabilidade acima de noventa e nove por cento ao afirmar a paternidade e de cem por cento ao negá-la; reconhecido, por conseqüência, como método científico de elevadíssima e extrema confiabilidade, suficiente para fundamentar decisão judicial sobre a afirmação ou exclusão da paternidade. Conforme informação técnico-científica, o exame realizado a partir de amostras de mucosa oral salivar (células epiteliais) é seguro e utilizado internacionalmente, uma vez que o processo de extração e purificação DNA tem como objetivo retirar as impurezas para evitar contaminações. Além disso, nenhum alimento vegetal ou animal pode contaminar o DNA, pois o material utilizado para estudo é específico para DNA humano. - DNA **358**

- Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa e considerando a ausência do exame pelo DNA, admite-se o ajuizamento de "ação investigatória", ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido, devendo a "coisa julgada", em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, ser interpretada *modus in rebus*, visando atender aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum. **379**

- Se, ao tempo em que completou a maioridade civil, o investigante não podia promover a ação de investigação de paternidade, tendo em vista o fato de ser seu pai investigado casado, o que a lei obstava e, em conseqüência, somente surgindo o seu direito após a entrada em vigor da Lei nº 8.560, de 29.12.92, com efeito que não se lhe pode aplicar a prescrição de quatro anos para propositura da ação de investigação de paternidade, prevista pela regra do art. 178, § 9º, III, do Código Civil, visto que, tendo a Lei nº 8.069, de 13.07.1990, ECA, antecedido aquela

Lei nº 8.560/92 e proclamado no seu art. 27 a imprescritibilidade da ação investigatória, por óbvio que o direito surgido de investigar o foi também sob a égide da imprescritibilidade.

- É de se cassar a sentença que desconhece a singularidade da hipótese da ação investigatória, em que o autor exerce um direito às graças das Leis nºs 8.069/90 e 8.560/92, aliado ao fato de que desde o advento de sua maioridade o seu pretenso pai ser casado e continuar a sê-lo, e aplica a prescrição, no caso inocorrente. **442**

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA - V. **Ação rescisória** **114**

IPSEMG - V. **Pensão** **564**

IPTU - V. **Taxa de serviços urbanos** **206**

- O IPTU é imposto de natureza real, em que não se leva em consideração a capacidade contributiva do sujeito passivo. A única hipótese de progressividade de alíquotas desse imposto, admitida pela Constituição Federal, é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (arts. 156, I, § 1º, e 182, § 4º, II, da CF). É inconstitucional a lei municipal que institui a progressividade do IPTU, segundo a localização e o valor do imóvel.

- O Poder Executivo municipal não pode, por mero decreto, majorar o valor venal do imóvel, com base em tabela para cálculo do IPTU, de modo a ultrapassar os índices da correção monetária, em face das disposições contidas no art. 97, inciso II, §§ 1º e 2º, do CTN. **232**

- Na dicção do preconizado pelo art. 97, IV, do CTN, somente a lei tem poderes para determinar a fixação da base de cálculo de um imposto; daí, deriva a impossibilidade de que o município, ao seu talante, eleja outra base ou mesmo modifique aquela existente, sem a aprovação do Legislativo.

- A aventada inconstitucionalidade do IPTU, pelo requerente, não tem como pontificar; a base de seu cálculo tem sustentação no art. 69 da Lei nº 5.641/89, com parâmetro no valor do imóvel, sabendo-se que não pode ser alterada tal base, senão através da lei. - Base de cálculo **300**

- Segundo a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, o aumento de tributos far-se-á mediante lei, sendo vedado ao Poder Executivo, a pretexto de rever os valores venais de imóveis, aumentar indiretamente o IPTU. **322**

- A planta genérica de valores define as formas para o cálculo do valor venal do imóvel, estabelecendo critérios objetivos para a apuração da base de cálculo do IPTU; são critérios pormenorizados em que já existe uma concretude maior da norma jurídica, mas ainda não há a identificação da base de cálculo, que somente virá com o ato administrativo do lançamento. O simples fato de a planta de valores do IPTU ser fixada por decreto não constitui irregularidade ou ofensa ao texto constitucional.

- A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos pode ser fracionada por unidade de aproveitamento. Esse serviço é suscetível de utilização pelos usuários, separadamente, o que leva ao reconhecimento da legalidade e constitucionalidade da Lei nº 8.147/00, do Município de Belo

Horizonte. - Mandado de segurança - Taxa de lixo 337

- Sendo a expropriante entidade da Administração indireta, sociedade de economia mista, que explora atividade econômica (transporte ferroviário), não faz jus ao benefício da isenção do IPTU previsto no art. 8º da Lei nº 5.839/90, do Município de Belo Horizonte, pois tal isenção é concedida apenas no caso de desapropriação pelo Município, Estado ou União. Sujeita-se aquela entidade ao regime jurídico próprio, inclusive quanto às obrigações tributárias, nos termos do art. 173 da CF/88. - Limpeza pública - Taxa - Prescrição - Crédito tributário 455

- A teor do art. 28 da Lei nº 10.106/99, do Município de Belo Horizonte, nos casos em que ocorra extravio, ou remessa da guia de recolhimento do IPTU para endereço incorreto, cabem ao contribuinte as providências para a expedição de outra via da citada guia. Não pode pleitear não-incidência de multa por atraso de pagamento do imposto quem alega não ter recebido a tal guia, deixando de tomar as providências que a lei determina. - Ônus da prova - Prova - Código de Defesa do Consumidor - Denúncia espontânea 499

- Não configura progressividade de imposto a adoção de alíquotas diferenciadas para imóveis não edificados, segundo o critério de melhoramentos públicos disponibilizados ao contribuinte, porquanto, na hipótese, não se leva em consideração a capacidade contributiva do contribuinte e/ou o valor do imóvel. - Certidão de dívida ativa 594

IPTU E TAXAS - V. **Certidão de dívida ativa** 547

ISSQN - A teor do art. 164, III, do CTN, quando duas ou mais pessoas jurídicas de direito público exigem de um contribuinte tributo idêntico sobre o mesmo fato gerador, é legítima a propositura da ação consignatória para verificar a qual ente político o contribuinte deverá recolher o tributo devido.

- Na ação consignatória em que se pretende discutir para quem se deve recolher o ISSQN exigido por dois municípios, não pode o juiz *a quo*, competente para dirimir a controvérsia, furtar-se ao exame da incidência do imposto sob sua apreciação e declinar de sua competência para a instância superior. A sentença que, diante da dúvida instalada no conflito entre os dois entes federativos, só impõe a extinção da obrigação, sem declarar o verdadeiro credor do imposto, é nula, porquanto deixa de enfrentar o mérito da consignatória.

- Carece de validade acordo ou convênio celebrado entre municípios, objetivando disciplinar o rateamento do ISSQN, no interesse de cada um, eis que a competência tributária, sendo inalterável e irrenunciável, disciplina-se pela incidência do imposto, segundo o Decreto-lei nº 406/68. - Consignação em pagamento - Competência 253

- Diante da análise conjunta dos arts. 155, II, 156, III, e 146, III, *a*, da CF, da Lei Complementar 87/96 e do art. 8º do Dec.-lei nº 406/68, verifica-se que não incide ISSQN sobre os serviços de acesso à Internet, pois não estão enquadrados na lista anexa ao Dec.-lei nº 406/68, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 56/87, que prevê o rol de atividades sujeitas à tributação, lista esta que possui caráter taxativo, sendo vedada a ampliação das hipóteses ali indicadas. - Provedor de Internet 617

ISSQN E ICMS - Os fatos geradores do ISSQN e do ICMS são distintos e devidamente previstos em suas respectivas legislações, não existindo vedação legal para que um mesmo contribuinte o seja para os dois impostos. - Aproveitamento de crédito 246

- J -

JOSÉ MARTINHO NUNES COELHO, Dr. - Simulação no novo Código Civil - Doutrina 33

JUÍZES ESTADUAIS - V. **Convocação de juízes** (STF) 833

JUÍZO DE SEGUNDO GRAU - V. **Desclassificação do crime** 695

- V. ***Emendatio libelli*** 725

- V. **Medida de segurança** 769

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - Sendo a prova documental suficiente para formar o livre convencimento do juiz, não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide. - Cerceamento de defesa - Possessória - Cônjuge - Reintegração de posse - Promessa de compra e venda 478

JULGAMENTO *EXTRA* E *ULTRA PETITA* - V. **Tombamento** 142

JULGAMENTO *ULTRA PETITA VEL EXTRA PETITA* - V. ***Emendatio libelli*** 703

JÚNIA DINIZ - Memória do Judiciário Mineiro - Desembargador Antônio Arnaldo de Oliveira - Nota biográfica 03

- A Origem do Supremo Tribunal Federal - Nota histórica 05

JÚRI - É obrigatória a formulação aos jurados das teses sustentadas pela defesa, mesmo quando invocada causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que, é cediço, não se encontra agasalhada, de forma expressa, no ordenamento jurídico vigente, sob pena de cerceamento de defesa.

- O reconhecimento de ter o agente agido com excesso doloso em sede de legítima defesa putativa traz como conseqüência automática responder o mesmo por crime doloso, tornando imprescindível, neste cenário, indagar-se ao Júri a respeito das qualificadoras descritas na denúncia, bem como sobre outras teses aventadas pela defesa em plenário. - Causa supralegal de exclusão da culpabilidade - Legítima defesa putativa - Defesa em plenário 638

- Policiais militares que, em troca de tiros, matam um bandido - Condenação de apenas um dos co-réus - Impossibilidade - Decisão popular injusta e arbitrária - Cassação - Submissão do réu a novo julgamento - Apelação criminal - Recurso provido. - Co-autoria 710

- Logo após o quesito relativo à ocorrência ou não de erro plenamente justificado pelas circunstâncias, deve-se indagar se, acaso existente a situação de fato imaginada pelo agente, seria lícita sua conduta, de acordo com a nova sistemática do erro sobre as causas justificantes adotada pela Reforma Penal de 1984.

- Mérito - Decisão popular manifestamente contrária à prova dos autos - Cassação - Impossibilidade - Veredicto plenamente

apoiado no arcabouço probatório - Aplicação da Súmula 28 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal - Apelação criminal - Recurso desprovido. - Quesito 756

JUROS MORATÓRIOS - V. **Proventos** 507

JUSTIÇA ELEITORAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Rogério Medeiros Garcia de Lima - Doutrina 07

- L -

LAUDO DOCUMENTOSCÓPICO - V. **Falsificação de documento** 791

LAUDO OFICIAL - V. **Desapropriação indireta** 134

LAUDO PERICIAL - Embora não esteja o magistrado adstrito, exclusivamente, à conclusão de laudo pericial, a decisão contrária a tal prova deve respaldar-se em robustos elementos de convicção, sendo a impressão pessoal acerca de eventual comportamento dissimulado do réu justificativa um tanto tênue para contrapor-se à conclusão de perícia médica oficial.

- Se os dois peritos oficiais elaboraram o laudo, com os quesitos formulados pela acusação e defesa, concluindo pela parcial incapacidade ou, na linguagem legal, semi-imputabilidade do réu, não se justifica, por ausência de elementos, uma decisão contrária à conclusão do exame clínico elaborado nos termos da legislação processual vigente, subscrito por profissionais gabaritados e realizado por determinação da própria juíza, o que demonstra, logo de início, a existência de dúvida acerca do estado mental do réu. - Semi-imputabilidade - Perícia - Aditamento - Denúncia - Pena 796

LAUDO TÉCNICO - V. **Demolitória** 266

LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - V. **Júri** 638

LEGITIMIDADE ATIVA - V. **Mandado de segurança** 342

- V. **Casamento** 402

- V. **Honorários de advogado** 551

LEGITIMIDADE PASSIVA - V. **Mandado de segurança** 393

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL
- Nº 37, de 1995 - Art. 26 170
- Nº 59, de 2001 - Art. 59 537
- Nº 62, de 2001 601

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL
- Nº 56, de 1987 617
- Nº 87, de 1996 ..... 246/617
- Nº 101, de 2000 - Art. 25 390
- Nº 102, de 2000 177
- Nº 104, de 2001 388

LEI DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
- Nº 4.034, de 1985 142
- Nº 5.641, de 1989 - Art. 69 300
- Nº 5.839, de 1990 - Art. 8º 455
- Nº 6.854, de 1995 223
- Nº 7.242, de 1996 594
- Nº 7.633, de 1998 594
- Nº 8.147, de 2000 337

LEI ESTADUAL
- Nº 5.301, de 1969 515
- Nº 11.050, de 1993 - Art. 99 491
- Nº 11.660, de 1994 - Art. 32 491
- Nº 11.711, de 1994 588
- Nº 12.949, de 1998 - Art. 8º, VIII 84

- Nº 14.062, de 2001 - Art. 33 523

LEI FEDERAL
- Nº 1.060, de 1950 - Art. 4º 521
- Nº 1.533, de 1951 - Art. 12 (Lei do Mandado de Segurança) 428
- Nº 4.595, de 1964 559
- Nº 4.729, de 1965 703
- Nº 6.015, de 1973 - Art. 113 (Lei de Registros Públicos) 329
- Nº 6.015, de 1973 - Art. 115 350
- Nº 6.015, de 1973 - Art. 213 326
- Nº 6.015, de 1973 - Art. 216 326
- Nº 6.368, de 1976 - Art. 18, III 760
- Nº 6.830, de 1980 - Art. 2º, § 3º (Lei de Execução Fiscal) 455
- Nº 6.830, de 1980 - Art. 3º 474
- Nº 6.830, de 1980 - Art. 25 223
- Nº 6.938, de 1981 - Art. 3º 824
- Nº 6.938, de 1981 - Art. 14 824
- Nº 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal) 760
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 117 ..... 767/806
- Nº 7.210, de 1984 - Art. 117, III 767
- Nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) 772
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 27 442
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 110 660
- Nº 8.069, de 1990 - Art. 111 660
- Nº 8.609, de 1990 - Art. 122, § 1º 660
- Nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos) 687/760/776
- Nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) 499/559
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 22 ..... 217/393
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 42 ..... 217/393
- Nº 8.078, de 1990 - Art. 71 217
- Nº 8.080, de 1990 573
- Nº 8.137, de 1990 703
- Nº 8.437, de 1992 515
- Nº 8.560, de 1992 442
- Nº 8.666, de 1993 - Art. 13, V (Lei de Licitações) 646
- Nº 8.666, de 1993 - Art. 25, II, § 1º 657
- Nº 8.987, de 1995 - Art. 6º, § 1º 217
- Nº 8.987, de 1995 - Art. 6º, § 3º, II 217
- Nº 9.034, de 1995 - Art. 7º 780
- Nº 9.249, de 1995 - Art. 34 703
- Nº 9.271, de 1996 (Alterou o Art. 366, do CPP) 674
- Nº 9.427, de 1996 - Art. 17 217
- Nº 9.437, de 1997 - Art. 10, § 1º, II 646
- Nº 9.455, de 1997 (Lei de Tortura) 695/760
- Nº 9.469, de 1997 428
- Nº 9.494, de 1997 515
- Nº 9.503, de 1997 - Art. 302 (Código de Trânsito Brasileiro) 746
- Nº 9.503, de 1997 - Art. 309 ..... 709/725
- Nº 9.605, de 1998 - Art. 38 850
- Nº 9.605, de 1998 - Art. 46, parágrafo único 850
- Nº 9.714, de 1998 703
- Nº 9.800, de 1999 - Art. 1º 527
- Nº 9.800, de 1999 - Art. 2º 527
- Nº 10.352, de 2001 (Vigência em 27.03.2002) 212/407
- Nº 10.352, de 2001 - Art. 2º 212

LEI REVOGADA - V. **Princípio da hierarquia das leis** 290

- A revogação das leis é um processo de sucessão ou de substituição. Salvo expressa disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a revogadora perdido a vigência; esse o entendimento do § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. O restabelecimento das condições que justificaram a elaboração de determinadas normas pode apenas servir ao legislador de indicativo da conduta para restaurar, ou não, a lei revogada. - Concurso público - Mandado de segurança - Autoridade coatora - Legitimidade ativa 342

LIBERDADE PROVISÓRIA - Presentes os requisitos da prisão preventiva, é de

se manter a prisão em flagrante do acusado, sendo impossível a concessão da liberdade provisória, se o réu não reside no distrito da culpa, não tem emprego definido e fixo e teve intensa e efetiva participação em bando criminoso. A manutenção da custódia cautelar se impõe, para garantir a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

- De acordo com o previsto no art. 7º da Lei nº 9.034/95, é vedado conceder o benefício da liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tiveram intensa e efetiva participação em organização criminosa.

- A primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa não bastam para a concessão da liberdade provisória, quando a preservação da prisão em flagrante se recomenda, pela presença dos motivos que autorizam a custódia preventiva. - Inquérito policial - Prisão preventiva - Prisão em flagrante - *Habeas corpus* **780**

LICENÇA-MATERNIDADE - Se o período de licença-maternidade concedido à professora coincide com o das férias coletivas do mês de julho, estas ficam abrangidas naquela (a licença). Trata-se de abrangência que decorre da simultaneidade dos dois referidos períodos, ou seja, o da licença e o das férias, porque o duplo benefício, no mesmo período, é vedado, ainda que decorrente de situações ou motivos diferentes (salvo no caso de acumulações permitidas, o que não é o caso). - Professora - Férias coletivas **196**

LIMINAR - V. **Tutela antecipada contra o Poder Público** **388**

- V. **Atentado** **430**

- V. **Sociedade de fato** **446**

LIMITE DE IDADE - V. **Concurso público** **543**

LIMPEZA PÚBLICA - O serviço de limpeza pública, por ter caráter genérico e indivisível ou específico, prestando-se a toda a coletividade, sem benefício direto para determinado imóvel ou contribuinte, não contém os requisitos da especificidade e da divisibilidade, pelo que não pode servir como fato gerador de taxa, sendo, portanto, ilegal e inconstitucional a sua cobrança como tal. - Taxa - IPTU - Crédito tributário - Prescrição **455**

LINGUAGEM DO JUIZ, A - Des. Gildo dos Santos - Notas e comentários **67**

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - Consoante disposição dos arts. 320, I, e 509, ambos do CPC, nas hipóteses de litisconsórcio necessário, havendo pluralidade de réus, se um deles contestar a ação, não se verificarão os efeitos da revelia. E, ainda, o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, quando se tratar dos mesmos interesses. - Revelia - Contestação - Demolitória - Laudo técnico **266**

LIVRAMENTO CONDICIONAL - Havendo condenação por concurso de infrações, o percentual de 2/3, para a obtenção do livramento condicional, deve incidir somente sobre a condenação referente ao delito hediondo, sob pena de se afligir ainda mais a situação do réu. Observado esse período, segue-se o critério estabelecido no art. 83, I e II, do CP, cumprindo-se 1/3 ou metade, conforme for o caso, da pena restante, atinente aos demais crimes. - Crime hediondo - Concurso de crimes **718**

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA - Inviável é a utilização do mandado de segurança para pretender o reconhecimento e a declaração de direitos. **188**

- Em sede de mandado de segurança, exige-se prova pré-constituída demonstrativa de ofensa a direito líquido e certo. - IPTU - Taxa de lixo **337**

- Tem legitimidade para interpor recurso contra decisão concessiva de segurança tanto a pessoa jurídica de direito público interno quanto a autoridade que a representa.

- Procurador constituído pode prestar as informações de parte da autoridade coatora, tal circunstância não as vicia; de resto, a falta de informações não redundaria na *ficta confessio*. - Autoridade coatora - Lei revogada - Concurso público - Legitimidade ativa **342**

- Em mandado de segurança, coator é o representante do ente público, sendo citado em juízo como tal, e não como parte. O legislador, ao referir-se a pedido de informações à autoridade coatora, apenas mudou a técnica a bem da brevidade processual. O ato do funcionário é o da entidade pública à qual ele se subordina, e, por lei, esta é que tem a capacidade para ser parte. - Autoridade coatora - Legitimidade passiva - Água - Serviço essencial **393**

- O efeito do recurso de apelação, no mandado de segurança, é sempre devolutivo, dado o caráter auto-executório da decisão nele proferida. Não se lhe aplicam o art. 475, II, do CPC nem a Lei nº 9.469/97, pois o mandado de segurança é regido por lei especial, a de nº 1.533/51, sendo aplicável, neste caso, o seu art. 12. Dessa forma, é de se manter a sentença que, na referida ação mandamental, recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo. - Apelação **428**

- O prazo decadencial para que seja impetrada a segurança se inicia com o ato a que se imputa ilegalidade ou arbitrariedade. Em se tratando de exclusão de candidatos a cargos da Polícia Militar, considerados "não indicados" em testes psicológicos, é de se decretar, de ofício, a decadência do direito, visto só terem os impetrantes se insurgido anos após terem sido excluídos do certame, em nada os socorrendo a edição da Lei Complementar Estadual nº 62/01, versando sobre requisito de escolaridade, sendo impossível novo prazo para impetração. - Decadência - Concurso público **601**

MATRÍCULA - V. **Educação** **270**

- V. **Ensino público** **541**

MAUS-TRATOS - V. **Tortura** **695**

MÉDICO-LEGISTA - V. **Concurso público** **543**

MEDIDA DE SEGURANÇA - Sendo o réu semi-imputável, apresentando efetiva periculosidade, e tendo os peritos recomendado acompanhamento e tratamento neurológico, nada obsta a substituição da pena privativa de liberdade por internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, o que pode ser feito na segunda instância, em recurso da própria defesa. - Apelação criminal - Juízo de segundo grau - Pena **769**

MEDIDA INCIDENTAL - Indefere-se, *in limine*, a medida incidental na segunda instância, se inepta e se prejudicada pela decisão no processo principal. - Militar - Pena disciplinar **191**

MEDIDA PROVISÓRIA
- Nº 2.183-56/01 (Alterou o Decreto-lei nº 3.365/41 - Lei de Desapropriação) **414**

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - Tratando-se de regressão de medida socioeducativa, é imprescindível a prévia oitiva do menor, em audiência de justificação, para assegurar-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal (arts. 110 e 111 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente). **660**

- V. **Remissão** **772**

MEIO AMBIENTE - V. **Dano ambiental** (STJ) **824**

- V. **Crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98** (STF) **850**

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO - Nota biográfica - Desembargador Antônio Arnaldo de Oliveira - Júnia Diniz **03**

MENOR TUTELADA - V. **Casamento** **402**

MINISTÉRIO PÚBLICO - Inexistindo o interesse público na demanda, mas apenas patrimonial, desnecessária é a intimação do Ministério Público. Assim se procede em ação de restabelecimento de pensão, movida contra instituto de previdência estadual, na qual não se deve confundir Fazenda Pública com interesse público. - Pensão - Ipsemg **564**

MORTE DE DETENTO - V. **Responsabilidade civil do Estado** **425**

MULTA - V. **Dano ambiental** (STJ) **824**

MUNICÍPIO - V. **Competência recursal** **93**

- Segundo o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 37/95, os municípios criados indenizarão os municípios de origem da quota-parte das dívidas vencíveis após sua criação, contraídas para execução de obras ou serviços que tenham beneficiado os territórios envolvidos. **170**

- V. **Nunciação de obra nova** **221**

MÚTUO - Aos contratos de mútuo, celebrados por grandes empresas comerciais com instituições financeiras, não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

- De acordo com a Súmula 596 do STF, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 às taxas de juros e outros encargos cobrados pelos bancos em contratos de mútuo.

- Os juros, em contratos bancários de mútuo, são pactuados livremente, segundo as leis do mercado e dentro dos limites fixados pelo órgão normativo e fiscalizador, nos termos da Lei nº 4.595/64.

- A cláusula penal, nos contratos bancários de mútuo, pode ir a até 10% do valor da dívida (art. 9º do Decreto nº 22.626/33). - Petição inicial - Pedido implícito **559**

- N -

NOTA BIOGRÁFICA - Desembargador Antônio Arnaldo de Oliveira - Memória do Judiciário - Júnia Diniz **3**

NOTA HISTÓRICA - A origem do Supremo Tribunal Federal - Júnia Diniz **5**

NOTÁRIO - V. **Concurso público** **83/96**

- V. **Proventos** **491**

- V. **Aposentadoria compulsória** (STJ) **813**

NOTAS E COMENTÁRIOS - Eleição direta para o STF?! - Dr. Ricardo A. Malheiros Fiúza **63**

- A linguagem do juiz - Des. Gildo dos Santos **67**

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - É vedado ao particular edificar muro em terreno pertencente à municipalidade, porque não há, no ordenamento jurídico pátrio, norma que autorize tal edificação em propriedade pública, mesmo que o particular alegue que a construção visava impedir futuras invasões. Nessa hipótese, possui o município legitimidade para a propositura da ação de nunciação de obra nova, tendo esta via processual o escopo de evitar que a obra em construção prejudique prédio já existente, bem como viole normas, regulamentos ou posturas municipais. - Município **221**

- Cabível é a ação de nunciação de obra nova se, ao ser ajuizada ação, a obra não havia sido terminada.

- As faixas de domínio *non aedificandi* destinam-se à segurança dos usuários das rodovias, e a construção, em seu leito, destrói essa proteção, exigida pelo interesse público. Se a obra se encontra dentro dessas faixas, cabível é a ação de nunciação de obra nova, sendo legítima a ordem para sua demolição.

- Nas ações de nunciação de obra nova, a prova pericial é fundamental, implicando sua falta cerceamento de defesa. Em tais casos, o juiz apóia-se, sempre que possível, no laudo do *expert*, a que, porém, não fica adstrito. **274**

- O -

OFICIAL DE REGISTRO - V. **Concurso público** **83/96**

- V. **Proventos** **491**

- V. **Aposentadoria compulsória** (STJ) **813**

ÔNUS DA PROVA - O ônus da prova incumbe ao réu, quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC. - Prova - Responsabilidade civil - Culpa da vítima - Dano moral - Indenização **258**

- Opondo o réu, na sua defesa, fato extintivo do direito reclamado, resta-lhe atraído o ônus de realizar tal prova, a teor do art. 333, II, do CPC. - Prova - Ônus da prova - Preclusão - Coisa julgada - Pensão **450**

- V. **Certidão de dívida ativa** **474**

- A inversão do ônus da prova, autorizada pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), não tem aplicação em casos nos quais incumba ao autor o ônus da prova de fato constitutivo do seu direito, apresentado como funda-

mento de sua pretensão. - Prova - Código de Defesa do Consumidor - IPTU - Denúncia espontânea **499**

- A inversão do ônus da prova é um instituto jurídico recente, adotado pelo denominado Código de Defesa do Consumidor, que subverte toda a sistemática relativa ao ônus da prova adotada pelo Código de Processo Civil, conforme estabelecido no seu art. 333. Assim, a sua incidência somente poderá ser dirigida àqueles casos específicos e definidos pela referenciada legislação para alcançar, tão-somente, as relações de consumo, não podendo ser estendida esta medida excepcional para quaisquer ações civis públicas que tratem de direitos difusos e coletivos. - Código de Defesa do Consumidor - Prova - Ação civil pública - Contas **532**

ORIGEM DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A - Nota histórica - Júnia Diniz **05**

- P -

PACTO ANTENUPCIAL - V. **Casamento** **402**

PARTILHA - V. **Divórcio indireto** **283**

PATERNIDADE - Sendo o reconhecimento de paternidade ato irrevogável e irretratável, sua desconstituição somente se opera quando provado que a perfilhação se deu em virtude de vício capaz de desconstituí-la. **376**

PECULATO - O exercício da função pública de tabelião enquadra-se no conceito do art. 327 do Código Penal.

- Comete crime de peculato o tabelião que faz constar, em escritura de transmissão de imóvel lavrada em seu ofício, o recolhimento do ITBI, de maneira fictícia, apropriando-se do valor correspondente que lhe fora pago pelo contribuinte.

- Restando configurado o dolo, elemento subjetivo do crime de peculato, impossível falar-se em absolvição.

- O ressarcimento aos cofres públicos de quantia indevidamente apropriada antes do recebimento da denúncia não constitui causa extintiva da punibilidade para o crime de peculato. As causas de extinção da punibilidade aplicáveis aos crimes tipificados pelo Código Penal estão expressamente previstas no seu art. 107, nele não havendo previsão acerca de tal fato.

- O pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia somente constitui causa de extinção da punibilidade nas hipóteses previstas pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95, ou seja, nos casos de crimes contra a ordem econômica e tributária e contra o Fisco, previstos nas Leis nºs 8.137/90 e 4.729/65, não se aplicando no caso de peculato praticado por tabelião que se apropria indevidamente dos valores do ITBI. - *Emendatio libelli* - Julgamento *ultra petita vel extra petita* - Condenação *in pejus* - Funcionário público -Tabelião - Apropriação de valores do ITBI - Crime continuado - Habitualidade criminosa - Extinção da punibilidade **703**

PECULATO-DESVIO - Comete o delito de peculato-desvio o funcionário - ou, no caso, o prefeito - que, conscientemente, efetua pagamentos pela Administração por serviço não efetuado, ou a maior, ainda que em benefício apenas do prestador, ou do pseudoprestador, do serviço. - Prefeito - Crime de responsabilidade - Peculato-desvio - Denúncia - Concurso de agentes **627**

PEDIDO IMPLÍCITO - O juiz não pode apreciar pedido que não foi explícita e objetivamente formulado na inicial. - Petição inicial - Mútuo **559**

PENA - Havendo erro técnico na aplicação da pena, esta poderá ser revista em sede de revisão criminal. - Concurso material - Roubo e extorsão - Reincidência - Revisão criminal - Crime hediondo - Regime prisional **687**

- Sendo cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao único crime doloso (art. 304 do CP), praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena foi estabelecida em dois anos de reclusão, o crime culposo praticado em concurso material (art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro - Lei nº 9.503/97) não há de ser considerado para impedir a concessão do benefício, pois em relação a ele não prevalece o referido critério de natureza objetiva.

- Nos crimes culposos, pela regra do art. 44, I, do Código Penal, seja qual for a pena aplicada, cabível será a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que atendidas as demais exigências legais de ordem subjetiva. - *Emendatio libelli* - Princípio da livre dicção do direito - Capitulação do crime na denúncia - Sentença *extra petita* - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Crime culposo - Crime doloso **746**

- V. **Medida de segurança** **769**

- Para efeito de aferição de benefícios prisionais, não se leva em conta o *quantum* da unificação das penas operada, mas sim o somatório global de todas as reprimendas aplicadas ao condenado. A unificação das penas, feita com base no art. 75, § 1º, do Código Penal, não produz qualquer outro efeito, senão o de impossibilitar que o condenado seja mantido em cárcere por mais de 30 (trinta) anos.

- Não tendo o condenado cumprido 1/4 (um quarto) das penas que lhe foram impostas, não satisfazendo o requisito objetivo previsto nos Decretos nºs 3.226/1999 e 3.667/2000, o indeferimento do pedido de comutação de pena é de rigor. - Comutação de pena **787**

- A pena imposta deve guardar proporção direta com as circunstâncias do crime e a personalidade do agente, sendo que a mera conseqüência grave, inerente ao próprio crime, não serve como supedâneo para a majoração da reprimenda básica em patamares acima do razoável. - Denúncia - Aditamento - Semi-imputabilidade - Laudo pericial - Perícia **796**

- V. **Atentado violento ao pudor** (STJ) **820**

PENA DISCIPLINAR - V. **Militar** **191**

PENHORA - V. **Execução fiscal** **459**

PENSÃO - Reconhecido ao pensionista pelo art. 40, §§ 7º e 8º, e pelo art. 20 do ADCT da Constituição Federal que a sua contraprestação pecuniária mensal tenha valores iguais aos proventos do servidor falecido, os quais, por sua vez, sejam equivalentes aos da remuneração dos servidores da ativa, cuja aplicação é imediata, não pode refugir o município a este comando, sob o infundado

argumento de que alterou a sua estrutura administrativa, extinguindo o cargo do falecido marido da autora. - Preclusão - Coisa julgada - Prova - Ônus da prova **450**

- A lei não contempla o concubinato adulterino, isto é, aquele mantido concomitantemente com o casamento. Nesse caso, a concubina não faz jus à pensão previdenciária pela morte do amásio. - Concubinato impuro **495**

- O instituto previdenciário estadual, que pretende suspender o pagamento de pensão, da qual depende e à qual faz jus a filha de servidor público falecido, deverá provar, de forma satisfatória, a existência de união estável, equiparada a casamento civil, da pensionista. Assim, poderá justificar a suspensão do benefício, sob pena de, não o fazendo, agir com ilegalidade. - Ipsemg - Ministério Público **564**

PERÍCIA - V. **Laudo pericial** **796**

PERMISSÃO - A permissão é ato negocial, por meio do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem. Tem caráter discricionário, unilateral e precário, tanto que se sujeita à revogação, e não à rescisão. Assim, é inaplicável à espécie o princípio da equivalência e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, já que não se trata de contrato propriamente dito. - Serviço público - Princípio da equivalência e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos **277**

PESSOA JURÍDICA - V. **Assistência judiciária** **535**

PETIÇÃO INICIAL - V. **Casamento** **402**

- A bem da dinamização do processo, reconhece-se o envio da petição inicial e de documentos via *fax*, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.800/99. Contudo, tais dispositivos exigem a juntada dos originais, no prazo hábil, sob pena de comprometimento da segurança jurídica e da autenticidade dos documentos. Assim, não se admite o proferimento de decisão condenatória tão-somente lastreada em documentação enviada por meio de *fax* e sem qualquer autenticação. **527**

- V. **Pedido implícito** **559**

PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA - V. **Inventário** **302**

POLICIAL MILITAR - A autoridade militar administrativa é competente para aplicar pena disciplinar de exclusão, cabendo à autoridade judiciária fazê-lo apenas nas hipóteses de crimes militares.

- É nulo o processo disciplinar militar no qual não se tenha observado o devido processo legal. - Medida incidental na segunda instância - Pena disciplinar **191**

- V. **Concurso público** **515**

POSSESSÓRIA - Embora as ações possessórias sejam consideradas de natureza real, a participação do cônjuge nessas ações é dispensável, salvo nos casos de composse ou de ato praticado por ambos, nos termos do § 2º do art. 10 do CPC. - Cônjuge - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Reintegração de posse - Promessa de compra e venda **478**

PRAZO RECURSAL - V. **Fazenda Pública** **223**

PRECLUSÃO - Tendo o município apresentado extemporaneamente os quesitos complementares, precluso restou o seu direito, uma vez ultrapassados os cinco dias subseqüentes à sua intimação da juntada do laudo pericial aos autos (art. 185 do CPC), não valendo a tardia invocação do art. 435 do CPC. Quesitos complementares - Tombamento - Processo administrativo - Julgamento *extra* e *ultra petita* - Honorários de advogado **142**

- A matéria contida no inciso V do art. 267 do CPC, por ser de ordem pública, não é alcançável pelos efeitos da preclusão, consoante se extrai do § 3º do retromencionado texto legal. - Coisa julgada - Pensão - Prova - Ônus da prova **450**

PREEMPÇÃO - V. **Direitos hereditários** **471**

PREFEITO - V. **Denúncia** **627**

- V. **Peculato-desvio** **627**

- A contratação, pelo prefeito, de profissional técnico de notória especialização, como é o caso de advogado com comprovada especialidade na área de direito público contratado para os serviços jurídicos da prefeitura, dispensa licitação, a teor dos arts. 13, V, e 25, II, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sendo atípica a conduta.

- O bem jurídico protegido nos processos-crimes contra prefeitos é o próprio mandato popular, o prestígio do cargo, inexistindo conduta ilícita na defesa do chefe do Executivo feita pelo procurador do município, de ofício. - Contratação de procurador municipal - Crime licitatório **657**

- V. **Crime de responsabilidade** **721/752**

PRESCRIÇÃO - A prescrição de ação pessoal, de que a Fazenda Pública seja autora, rege-se pela norma geral, porque a norma especial, se restritiva de direito, não pode ter interpretação expansiva. - Ação pessoal da Fazenda Pública - Prestação de contas - Convênio **409**

- Decorridos mais de 5 (cinco) anos entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e o ajuizamento da execução fiscal, correto o julgamento que reconheceu a prescrição, nos termos do art. 174 do CTN. Não procede a alegação da Fazenda Pública, no que se refere à ocorrência da suspensão do prazo prescricional, na forma do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, pois a matéria é regulada pelo Código Tributário Nacional, norma complementar, que não permite alteração por lei ordinária. - Crédito tributário - IPTU - Limpeza pública - Taxa **455**

PRESTAÇÃO DE CONTAS - Os sindicatos de servidores municipais não possuem legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação de prestação de contas em face da municipalidade, faltando-lhes legitimidade para pretender fiscalizar e controlar as contas e recursos geridos pelo município, porquanto tal atribuição é do Poder Legislativo local, com auxílio técnico do Tribunal de Contas, conforme determina o art. 31 da Constituição Federal. - Sindicato **305**

- V. **Ressarcimento de danos** **399**

- Cabe a ação de prestação de contas, decorrente de supostas irregularidades na execução do convênio, no qual ficou

consignado que a parte receberia do Poder Público uma determinada quantia para atender a assistência social e a promoção cultural. - Convênio - Ação pessoal da Fazenda Pública - Prescrição 409

PRINCÍPIO DA APARÊNCIA - V. **Roubo qualificado** 646

PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS - V. **Permisão** 277

PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS - O princípio da hierarquia das leis informa que uma lei se revoga por outra lei; assim, para a eficácia da revogação de uma norma jurídica, mister se faz que a norma revogadora seja de mesmo nível hierárquico da que está sendo revogada. - Concessão - Lei revogada 290

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - V. **Roubo** 646

PRINCÍPIO DA LIVRE DICÇÃO DO DIREITO - V. ***Emendatio libelli*** 746

PRISÃO DOMICILIAR - A inexistência de casa de albergado na comarca ou a ausência de vaga nesse estabelecimento não autoriza a concessão do benefício da prisão domiciliar, fora das hipóteses contempladas no art. 117 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), mormente quando as regras do regime aberto vêm sendo observadas.

- O filho menor a que se refere o art. 117, III, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) é aquele que necessita dos cuidados elementares da mãe. Não se enquadra nessa situação o adolescente que vive em companhia de parentes da condenada. O benefício é concedido mais em favor da criança ou do deficiente que necessitam do amparo maternal. 767

- V. **Atentado violento ao pudor** 806

PRISÃO EM FLAGRANTE - Não há que se falar em nulidade do auto de prisão em flagrante, se nele ficou registrado que o acusado, ao ser preso, foi informado das suas garantias constitucionais. - Inquérito policial - Liberdade provisória - Prisão preventiva - *Habeas corpus* 780

PRISÃO PREVENTIVA - V. **Liberdade provisória** 780

- O decreto de prisão preventiva que, embora sucinto, acha-se suficientemente fundamentado não pode ser acoimado de frágil. Indicando o juiz os fatos que comprovam a existência dos requisitos justificadores da prisão (art. 312 do CP), presentes a prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, tal é bastante para o decreto da prisão preventiva, não se exigindo provas que assegurem a acusação. A decretação da prisão preventiva há de encerrar um juízo de risco, não de certeza, sob pena de incorrer a Justiça em evidente *contradictio in terminis*, laborando, a par disso, em perigoso prejulgamento da causa, se estivesse a fundamentar mais do que o razoável à necessidade ou conveniência da segregação cautelar.

- A primariedade, os bons antecedentes e a radicação do agente no distrito da culpa não obstam a prisão preventiva, desde que presentes os motivos que a justifiquem. 880

PROCESSO ADMINISTRATIVO - V. **Tombamento** 142

PROCURAÇÃO - V. **Queixa-crime** 644

PROFESSORA - V. **Licença-maternidade** 196

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - V. **Reintegração de posse** 478

PRONÚNCIA - A absolvição liminar somente tem lugar quando a excludente de ilicitude se desponta nítida, clara, de modo irretorquível, da prova dos autos. Mínima que seja a hesitação da prova a respeito, havendo duas versões conflitantes, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida e a quem compete apreciar e sopesar o conjunto probatório.

- Existindo nos autos indícios de que o acusado praticou homicídio tentado, não se há falar, na fase de pronúncia, em desclassificação do delito para porte ilegal de arma, que é absorvido pela tentativa de homicídio, devendo a questão ser melhor analisada pelo juízo competente: o do Júri.

- Na fase da pronúncia, é impossível a desclassificação de tentativa de homicídio para homicídio privilegiado, pois, constituindo-se a circunstância privilegiadora causa especial de diminuição de pena, ao Júri compete decidir sobre essa desclassificação. É vedado ao juiz da pronúncia, ao desclassificar o crime, reconhecer a existência de causa de diminuição de pena por expressa disposição do art. 7º do Decreto-lei nº 4.657/42 (Introdução ao Código de Processo Penal).

- Estando o réu denunciado pela prática de crime conexo a delito de competência do Júri, somente o Tribunal do Júri pode dizer de sua inocência ou não, absolvê-lo ou não. - Absolvição sumária - Homicídio tentado - Desclassificação do crime - Homicídio privilegiado - Crime conexo 738

PROVA - V. **Ônus da prova** 258/450/499/532

- V. **Certidão de dívida ativa** 474

PROVA DA AUTORIA - A prova da autoria não se faz apenas de maneira direta, mas também por indícios e presunções, que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção. Os indícios, quando concludentes e exclusivos de qualquer hipótese favorável ao acusado, autorizam um juízo condenatório. - Tóxico - Regime prisional - Crime hediondo - Tortura 760

PROVEDOR DE INTERNET - V. **ISSQN** 617

PROVENTOS - O Decreto Estadual nº 21.204/81 cuida da contribuição previdenciária devida ao Ipsemg, a ser prestada pelos servidores não remunerados diretamente pelo Estado de Minas Gerais, não podendo servir de base para pedido de equiparação de proventos. Por seu turno, a Lei nº 11.660/94, em seu art. 32, não cuidou de estabelecer vínculo entre os proventos de aposentadoria adquiridos no Serviço de Registro Público Civil e os de escrivão judicial. Portanto, não há amparo legal para deferimento de equiparação dos respectivos proventos. - Servidor do foro extrajudicial - Notário - Oficial de registro 491

- A lei nova não modifica situação subjetiva constituída sob o império da lei anterior. Se à data da promulgação da EC nº 20/98, o autor detinha o direito de gozar ou contar em dobro o período de férias-prêmio e, se nessa mesma data, já havia requerido a aposentadoria, dispondo de tempo de serviço para aposentar-se com proventos integrais, a referida emenda constitucional não lhe pode suprimir tais direitos, porque entre os seus limites de eficácia, relativamente ao ordenamento jurídico precedente, incluem-se os direitos e garantias individuais, conforme previsão do art. 5º, XXXVI, que se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais inscritos no Título II da CF, no sentido de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. - Férias-prêmio - Direito adquirido - Emenda constitucional - Proventos atrasados - Correção monetária - Juros moratórios 507

PROVENTOS ATRASADOS - Nas prestações de natureza alimentar, como é o caso de pagamento de proventos em atraso, incidem os juros de mora, que devem ser contados a partir da citação válida, à razão de 0,5% ao mês; e a correção monetária, a partir da data em que cada provento deveria ser pago. - Férias-prêmio - Direito adquirido - Emenda constitucional - Proventos - Correção monetária - Juros moratórios 507

PROVIMENTO DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA - Nº 50 578

PSICOTÉCNICO - V. **Concurso público** 515

PTA - V. **Execução fiscal** 366

- Q -

QUEIXA-CRIME - Nula é a queixa-crime, por vício de representação, se a procuração outorgada para a sua propositura contém apenas os poderes *ad judicia*, para o foro em geral, sem qualquer menção ao suposto fato criminoso e ao nome do seu autor. - Procuração - Representação 644

QUESITO - V. **Júri** 756

QUESITOS COMPLEMENTARES - V. **Preclusão** 142

- R -

RAFAEL AFONSO DE ANDRADE LEITE, Dr - Antecipação da tutela jurisdicional - Doutrina 35

REFORMATIO IN PEJUS - V. **Desclassificação do crime** 695

REGIME DE BENS - V. **Casamento** 402

REGIME PRISIONAL - A pena privativa de liberdade por crime considerado hediondo deve ser cumprida integralmente em regime fechado.

- V.v. : - A progressão do regime prisional, mesmo nos crimes hediondos, é perfeitamente constitucional. Mas não o é a malsinada Lei nº 8.072/90, no que diz à impossibilidade daquela progressão, já que se distancia do princípio inserido na Constituição Federal que consagra a individualização da pena, compreendendo-a a individualização de regime, nos termos do art. 59, III, do CP. Agentes de um mesmo delito quase nunca devem receber a mesma pena e regime, mas os compatíveis com as circunstâncias subjetivas e objetivas devidamente analisadas em relação a cada um deles. Nem todos os autores de crimes hediondos devem ficar impedidos de obter a progressão de regime prisional, mas sim aqueles que, no cumprimento da pena, demonstrarem não possuir os requisitos necessários para obtê-la. - Concurso material - Roubo e extorsão - Reincidência - Pena - Revisão criminal - Crime hediondo 687

- A teor da Súmula nº 46 do TJMG, 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. Assim, deve o réu cumprir a pena integralmente em regime fechado, não tendo direito aos benefícios da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), salvo o livramento condicional, depois de ultrapassados dois terços da pena. - Tóxico - Prova da autoria - Crime hediondo - Tortura 760

REGISTRO CIVIL - As questões de filiação legítima ou ilegítima devem ser decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento, nos termos do art. 113 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). A modificação de filiação no registro civil, de caráter constitutivo, não pode ser feita na via do pedido de jurisdição voluntária, que circunscreve a atuação do juiz à mera homologação de atos praticados pelas partes, impossibilitando-o, inclusive, de nomear curador especial ao menor interessado, ou de ouvi-lo, sendo o caso. 329

- A realização ou promoção de briga de galos viola o art. 225 da CF e constitui contravenção de crueldade contra animais, independentemente de os mesmos serem ou não pertencentes à fauna brasileira.

- O art. 115 da Lei 6.015/73 veda o registro de atos constitutivos de sociedades, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem o destino ou atividades ilícitas, como é o caso de registro de estatuto de sociedade que objetiva a prática de "esporte" de briga de galos. - Estatuto de sociedades - Briga de galo 350

REGISTRO DE IMÓVEIS - Sendo eminentemente administrativo, não comportando contencioso e contraditório, o procedimento previsto nos arts. 213 a 216 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) não gera coisa julgada material (art. 472 do CPC), a ponto de impedir terceiros atingidos e lesados por decisões proferidas em feitos de retificação de área, nos quais não figuraram como partes, de buscar reparações devidas numa ação ordinária, de natureza contenciosa, objetivando dirimir dúvidas sobre o registro de imóvel que possuem, notadamente quando alegam a duplicidade de tal registro, o que contunde frontalmente com a sistemática de tais assentos ditada pela mesma Lei nº 6.015/73. 326

- O oficial do Cartório de Registro de Imóveis é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação em que se pretende o cancelamento de averbação por ele lavrada.

- O direito de preferência de pesquisa e lavra de minas e jazidas que a Carta de 1946 concedia ao proprietário do solo foi substituído pela sua participação nos eventuais resultados da lavra, em obediência à Constituição Federal de

1967. Assim, a cessão daquele antigo direito, em 1957, conferida pelo detentor do domínio do solo e não exercida naquela oportunidade, não mais pode ser objeto de averbação no registro imobiliário, dadas as disposições legais ulteriores e diante de um novo proprietário do solo, que desconhecia tal cessão.

- Conforme estatui o art. 12 do Código de Mineração, o direito do proprietário do solo, que não é dono do subsolo ou do direito de lavra, cinge-se à participação na exploração da lavra. Tal direito não pode ser objeto de transferência ou caução destacado do imóvel. Admite-se que o proprietário transfira ou caucione o direito ao recebimento de prestações futuras ou renuncie a ele; o que valerá contra terceiros apenas a partir da inscrição no Registro de Imóveis (parágrafo único do art. 12 do Código de Mineração). - Cessão de direito de preferência de pesquisa e lavra de minas e jazidas feita em 1957 - Averbação - Revelia **418**

- É descabida a exigência da averbação da reserva legal na matrícula do imóvel, como condição para o registro de imóvel rural que abrange áreas de cultivo, já sem a cobertura florística original. Obrigar que o proprietário de imóvel com essas características reserve 20% da área para reinserção da vegetação nativa se revela ofensivo ao direito de propriedade constitucionalmente garantido, não encontrando suporte na norma legal. O Provimento nº 50 da Corregedoria-Geral de Justiça regulamenta a averbação da área de reserva legal de forma genérica, nos termos do § 8º do art. 16 do Código Florestal, não se aplicando ao caso de propriedade rural constituída de terra de cultura, cerrado e campos, por não serem florestas ou vegetações nativas que tenham preservação amparada pelo citado código. - Averbação de área de reserva legal **578**

REINCIDÊNCIA - Inexistindo certidão judicial comprobatória dos antecedentes criminais do réu, não se pode considerar a agravante da reincidência. - Concurso material - Roubo e extorsão - Pena - Revisão criminal - Crime hediondo - Regime prisional **687**

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Comprovada a inadimplência como causa determinadora da rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, torna-se ilegítima toda e qualquer ocupação do mesmo imóvel, consolidando-se a titularidade possessória da credora, a legitimá-la para o exercício da reintegratória, em face do esbulho. - Promessa de compra e venda - Possessória - Reintegração de posse - Cônjuge - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa **478**

REMISSÃO - O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) contempla duas espécies de remissão: uma, de iniciativa do promotor de justiça, antes de iniciado o procedimento para apuração do ato infracional; outra, de iniciativa do juiz, quando já instaurado o processo. A primeira espécie constitui atribuição do Ministério Público, que, como titular da ação, pode entender que, no caso concreto, a instauração do procedimento não trará benefícios para o menor. A segunda é da competência do juiz e constitui verdadeira forma de suspensão ou extinção do processo.

- Sendo a remissão proposta pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento de apuração do ato infracional, não pode o juiz homologar o seu pedido, concedendo-a, e ainda aplicar ao menor medida socioeducativa. Para a concessão de remissão e para a aplicação de medida socioeducativa pelo juiz é necessário que antes seja realizada audiência de apresentação, com a oitiva do menor infrator e do Ministério Público.

- A remissão concedida pelo Ministério Público, antes de oferecida representação, não pode ser cumulada com medida socioeducativa. - Medida socioeducativa **772**

REMOÇÃO - V. **Servidor** **407**

REMOÇÃO DE BENS - V. **Execução fiscal** **459**

REMUNERAÇÃO - V. **Servidor apostilado** **553**

REPRESENTAÇÃO - V. **Queixa-crime** **644**

- Considera-se válida a representação, ainda que haja dúvida sobre a exata época do conhecimento dos fatos por parte de quem deveria oferecê-la, havendo motivos bastantes para se aceitar, em benefício da ofendida, a versão de ter sido cumprida a lei em tempo hábil. - Corrupção de menores **715**

RESOLUÇÃO DO TJMG

- Nº 297, de 1996 - Art. 1º **652**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - A responsabilidade civil do Estado é objetiva e não pode ser confundida com a responsabilidade de seus agentes, que é subjetiva. Tratando-se de ação de indenização proposta contra o Estado, a condenação deste independe da culpa de seu agente, bastando que se prove o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, bem como o seu montante. O Estado somente se livra do dever de indenizar, se demonstrar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força major. - Indenização - Acidente de trânsito - Honorários de advogado - Fazenda Pública **242**

- O Estado de Minas Gerais é co-responsável pelos atos praticados pelos notários e registradores, já que estes constituem a terceira classe dos agentes públicos, por delegação daquele. É, portanto, parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização por danos morais e materiais causados em decorrência de erros constantes na certidão de nascimento do autor.

- São requisitos configuradores da responsabilidade civil uma ação, um dano, o liame etiológico entre ambos e a culpa.

- Tratando-se de responsabilidade civil do Estado, compete a ele provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior. Fora daí, por força da citada teoria do risco administrativo, ao Estado cabe responder pelos danos decorrentes de seus agentes. - Culpa da vítima - Prova - Ônus da prova - Dano moral - Indenização **258**

- Sendo o Estado responsável por todos os atos praticados pelos detentos em uma de suas unidades, tem não só a obrigação de manter sua integridade física, mas, sobretudo, a vida dos detentos. A omissão dos agentes públicos caracteriza a culpa.

- Inexistindo prova do *quantum* recebido pela vítima, a indenização não poderá ser superior a um salário mínimo, com dedução de 1/3 correspondente às despesas com sua própria manutenção. Assim, a indenização deverá ser de 2/3 do salário mínimo mensalmente, até a data em que a vítima completaria vinte e cinco anos.'- Indenização - Morte de detento **425**

- A vigilância dos bandidos e a manutenção dos mesmos sob sua custódia, de modo a proteger a sociedade em geral, constitui-se em dever do Estado, pelo que, se um fugitivo de uma penitenciária pública assassina outrem, surge para os descendentes da vítima o direito à indenização por danos de ordem material e moral. - Sentença - Indenização - Homicídio praticado por fugitivo **487**

- O Estado é responsável pela reparação do prejuízo moral e material causado em acidente de trânsito, na hipótese de restar provado o liame entre a conduta do seu preposto e o dano sofrido pelo particular, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, a teor do art. 37, § 6°, da Constituição Federal.

- A responsabilidade objetiva, norteada pela teoria do risco administrativo, dispensa o terceiro da prova da culpa da Administração, cabendo a esta, com os meios probatórios legais, demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, para se eximir integral ou parcialmente da indenização. - Responsabilidade objetiva - Acidente de trânsito - Indenização **612**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - Se demonstrada *salienter tantum* a existência de nexo causal entre o acidente de trânsito e o não-funcionamento do semáforo no cruzamento onde ocorreu e que o Poder Público foi omisso, por não ter sequer colocado um agente controlador do tráfego no local até que o semáforo voltasse a funcionar, fica configurada sua manifesta negligência e, via de conseqüência, sua responsabilidade pelos danos materiais resultantes desse acidente. - Acidente de trânsito **227**

- V. **Dano moral** **250**

RESPONSABILIDADE OBJETIVA - V. **Acidente de trabalho** **362**

- V. **Responsabilidade civil do Estado** **612**

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - A sucessão empresarial não precisa sempre ser formalizada. Admite-se a sua presunção a partir de prova indiciária convincente.

- Encontrando-se a agravante no mesmo ramo da empresa executada, no mesmo local, em prédio alugado tanto por uma quanto pela outra empresa, tendo como sócio-gerente-administrador o filho do sócio coobrigado na execução fiscal, deve-se admitir a sucessão empresarial e conseqüente transferência da responsabilidade tributária. - Sucessão empresarial - Execução fiscal - Remoção de bens - Penhora **459**

RESSARCIMENTO DE DANOS - O desvio de finalidade, a rigor, não é sinônimo de prejuízo, e a obrigação de restituir aos cofres públicos pressupõe não somente a ilegalidade do ato, mas o seu poder de causar prejuízo, haja vista que o dano não se presume.

- Se a pretensão ressarcitória diz respeito a verba vinculada ao convênio celebrado entre o Município e o Estado, tendo este disponibilizado os recursos para a finalidade específica da construção de creche infantil e cuidando de quantia proveniente dos cofres do governo estadual, ao município não pertencia, sendo do Estado a competência para requisitar a prestação de contas ao ente municipal para que este possa munir-se de legitimidade necessária para buscar o ressarcimento do prejuízo que o ato do então administrador público tenha efetivamente causado ao erário municipal. - Indenização - Desvio de finalidade - Prestação de contas - Convênio **399**

RETROCESSÃO - Se o município deu destinação pública à área desapropriada, ainda que diversa daquela específica do objetivo inicial da desapropriação, permanecendo a característica de sua utilização a bem do interesse público, descabe falar em retrocessão. **311**

REVELIA - V. **Litisconsórcio necessário** **266**

- Em ação em que se discute matéria puramente de direito, considerando-se que os efeitos da revelia só atingem fatos (art. 319 do CPC) e que estes se encontram comprovados por documentos, torna-se inócuo o reconhecimento daqueles efeitos. - Registro de imóveis - Cessão de direito de preferência de pesquisa e lavra de minas e jazidas feita em 1957 - Averbação **418**

REVISÃO CRIMINAL - As hipóteses e limitações da ação revisional estão elencadas no art. 621 e seus incisos do CPP e nelas se esgotam. Não se aplica, em sede de revisão criminal, a rediscussão de questões já apreciadas e decididas em primeiro grau, sob o crivo do contraditório, por se tratar de ação própria de impugnação à coisa julgada, não possuindo a natureza jurídica de recurso.

- Não há violação de texto expresso de lei na hipótese de julgamento à revelia diante do não-comparecimento do acusado ao seu interrogatório, quando este foi realizado antes da vigência da Lei n° 9.271/96, que alterou o art. 366 do CPP.

- V.v.: - Só a prova colhida com obediência ao princípio do contraditório tem eficácia jurídica para legitimar uma decisão condenatória. Se o peticionário foi condenado com base apenas em provas colhidas na fase inquisitorial, sem que prova alguma tivesse sido produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, ferindo as garantias constitucionais que lhe foram outorgadas, deve-se admitir o pedido revisional, nos termos do art. 621, I, do CPP, e, nos termos dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, combinados com o art. 386, VI, do CPP, deferir a revisão criminal para absolver o réu da imputação que lhe foi feita. **674**

- V. **Pena** **687**

REVISIONAL - V. **Alimentos** **484**

RICARDO A. MALHEIROS FIÚZA, Dr.- Eleição direta para o STF?! - Notas e comentários **63**

RICMS/84
- Art. 59, I, *b* e *b.1* **200**

ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA, Dr. - Justiça Eleitoral e improbidade administrativa - Doutrina **07**

ROUBO - Impossível falar em fome, em bagatela, em insignificância, quando se

trata de crime de roubo. - Cerceamento de defesa - Arma de brinquedo - Princípio da aparência - Princípio da insignificância - Furto - Desclassificação do crime - Crime continuado - Corrupção de menores **646**

ROUBO E EXTORSÃO - V. **Concurso material** **687**

ROUBO E LATROCÍNIO - V. **Concurso material** (STJ) **817**

ROUBO QUALIFICADO - Se a arma de fogo usada no crime de roubo qualificado (art. 157, § 2º, I, do CP) é de brinquedo, mas com aparência de verdadeira, prestando-se para incutir medo real às vítimas e garantir o sucesso da empreitada criminosa, prevalece o princípio da aparência. A violência contra a pessoa é elemento caracterizador do crime de roubo, sendo impossível desclassificá-lo para furto, mormente se ao simulacro da arma se somam facas verdadeiras em gestos igualmente ameaçadores.

- Tratando-se de roubo qualificado pelo concurso de duas ou mais pessoas (art. 157, § 2º, II, do CP), ainda que nem todos os agentes estejam armados, aplica-se o princípio da responsabilidade solidária, o qual fundamenta a teoria monista presente no art. 29 do Código Penal, devendo subsistir as qualificadoras. - Cerceamento de defesa - Arma de brinquedo - Roubo - Princípio da aparência - Princípio da insignificância - Furto - Desclassificação do crime - Crime continuado - Corrupção de menores **646**

- S -

SAÚDE - Qualificando-se o direito à saúde como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir do Estado a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional, frauda aquele direito a negativa de internação hospitalar de quem, comprovadamente, dela necessita.

- Não respeita nem garante concretamente o direito à saúde garantido pela Constituição Federal, em seu art. 196, o município que, ciente da carência de vagas na rede hospitalar pública, omite-se escudado na alegação de decorrer ela da sistemática implementada em nível nacional com a criação do SUS. **345**

- Compete à Justiça comum processar e julgar ação movida em face do município cuja matéria diz respeito à saúde, uma vez que a União, ao implantar o Serviço Único de Saúde, descentralizou seus serviços, transferindo recursos para os Estados e Municípios, destinados à concessão de assistências médicas, hospitalares e congêneres, conforme dispõe o art. 198, I, da Constituição Federal.

- O secretário municipal que cuida da gestão dos recursos do SUS é parte legítima passiva para figurar como autoridade coatora na ação de mandado de segurança, em que se aprecia pedido de internação de paciente em hospital particular, devido à ausência de vaga em hospital conveniado com o SUS, não havendo que se falar, ainda, em litisconsórcio passivo necessário dos gestores estadual e federal do SUS, na figura do Secretário Estadual de Saúde e do Ministro da Saúde.

- Se o pedido deduzido pelo impetrante - medidas de proteção à sua saúde - encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, integrando o suporte fático hipotético de normas jurídicas de direito material e adjetivo, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

- Sendo a saúde um direito social (art. 6º da CF) e também direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF), sobrepondo-se a vida humana a todo e qualquer outro direito, e, ainda, tendo-se em vista o teor da Lei nº 8.080/1990, é de se manter a sentença que concedeu a segurança pleiteada, visando compelir o município a arcar com as despesas oriundas da internação médica de paciente que apresentava risco de vida, em hospital particular, diante da ausência de vaga em hospital conveniado com o SUS. - SUS **573**

SEMI-IMPUTABILIDADE - V. **Laudo pericial** **796**

SENTENÇA - V. **Sentença** **281**

- Os pequenos equívocos de nomes e outras imperfeições diminutas contidos na sentença não a nulificam, haja vista que constituem autênticos erros materiais não geradores de prejuízo. - Responsabilidade civil do Estado - Indenização - Homicídio praticado por fugitivo **487**

SENTENÇA *EXTRA PETITA* - V. ***Emendatio libelli*** **746**

SEPARAÇÃO DE CORPOS - Na ação cautelar de separação de corpos, prevalece a denominada jurisdição de aparência, que valoriza os elementos de prova oferecidos para o exame do pedido de liminar. Ainda que se trate de início de prova, que no curso da separação judicial será combatida, sua valoração se impõe, porque produzida com base nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos limites do procedimento instituído para a espécie. **364**

SERVIÇO ESSENCIAL - V. **Água** **393**

SERVIÇO PÚBLICO - V. **Permissão** **277**

SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO - V. **ICMS** **177**

SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO - V. **Concurso público** **83/96**

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - Em ação de desapropriação para constituição de servidão administrativa (Dec.-lei nº 3.365/41), os juros compensatórios destinam-se a compensar o proprietário do imóvel que sofre restrições ao uso e gozo da propriedade. Independentemente da rentabilidade do imóvel e da existência de benfeitorias, são devidos tão-só pela sua ocupação. Devem incidir a contar da imissão prévia na posse, calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização efetivamente paga, obedecido o limite de 6% ao ano (MP 2.183-56/01), vedado o cálculo de juros compostos.

- Nas indenizações decorrentes de servidão administrativa, havendo imissão na posse em virtude de urgência, os juros moratórios devem incidir a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, à razão de até 6%, na forma do art. 15-B, acrescido pela MP 2.183-56/01 ao Dec.-lei nº 3.365/41.

- Os honorários de advogado, no caso previsto no § 1º do art. 27 da Lei de Desapropriação (Dec.-lei nº 3.365/41),

introduzido pela MP 2.183-56/01, devidos pela expropriante, nas indenizações decorrentes de servidão administrativa, serão calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente (Súmula 141, STJ), em percentual entre 0,5 e 5%, observado o disposto no art. 20, § 4º, CPC. - Honorários de advogado **414**

SERVIDOR - O servidor concursado, aprovado e devidamente empossado, não pode ser demitido, sem o devido processo administrativo, ainda que sob a alegação de atendimento a interesse público ou enxugamento da máquina administrativa. Negando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, o ato administrativo é ilegal e, portanto, nulo de pleno direito, a teor do art. 5º, LV, da CF. Em tais casos, o servidor lesado faz jus à reintegração, sendo-lhe reconhecidos os direitos funcionais e financeiros, retroativos à data da demissão. Não existe, em nosso direito, a figura da demissão sumária de servidor público. **174**

- A precariedade da função pública mostra-se incompatível com a estabilidade sindical traçada pelo art. 8º, VIII, da CF, devendo ser afastada em prol dos princípios constitucionais que regem o tema, dentre os quais a discricionariedade administrativa. - Função pública - Estabilidade sindical **214**

- É inválido o ato administrativo de transferência de servidor concursado para local diverso daquele em que foi lotado, quando realizado com desobediência aos princípios da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF) e da motivação, bem como sem visar ao interesse público. - Remoção - Duplo grau de jurisdição **407**

- A Administração não pode, unilateralmente e sem garantir ao servidor o direito de ampla defesa, em processo administrativo, impor revisão de remuneração que implique redução de seus valores. - Vencimentos - Servidor apostilado - Cargo público - Remuneração **553**

SERVIDOR APOSTILADO - O titular do cargo não tem a propriedade do lugar que ocupa; o ordenamento jurídico pátrio faculta à Administração o direito de suprimir, transformar e alterar os cargos públicos. Todavia, os servidores apostilados possuem o direito de estabilidade financeira decorrente do exercício continuado do cargo, não podendo a Administração, com a extinção do cargo ou modificação de sua denominação, remunerá-los com valores inferiores. - Vencimentos - Cargo público - Remuneração **553**

SERVIDOR DO FORO EXTRAJUDICIAL - V. **Proventos** **491**

SIMULAÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL - Dr. José Martinho Nunes Coelho - Doutrina **33**

SINDICATO - V. **Prestação de contas** **305**

SOBREPARTILHA - V. **Competência recursal** **81**

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - V. **Competência** **537**

SOCIEDADE DE FATO - Desaparecido o antigo anátema que pesava sobre as chamadas uniões informais, ao ponto de se guardarem nos dogmas constitucionais, as questões derivadas dessas uniões devem-se incluir, necessariamente, nas hipóteses do inciso I do art. 100 do CPC. Assim e como por

fundação pretoriana, a essa norma se submetem as demandas que versam sobre modificação de cláusula disposta nas ações nela expressamente previstas, pela mesma razão nessa mesma disposição legal devem agasalhar-se as ações que visem à alteração de cláusulas atermadas nas ações derivadas de união estável. - Foro competente **348**

- Provando-se a existência da sociedade de fato e que a companheira contribuiu efetivamente para o acréscimo do patrimônio do companheiro, cabível é a sua dissolução judicial, com a partilha dos bens adquiridos com o esforço comum, a teor da Súmula nº 380 do STF.

- A prestação, pela mulher, de serviços domésticos normais e corriqueiros para uma dona de casa, durante o período de relação concubinária, não justifica o pagamento, pelo companheiro, de qualquer indenização. - Indenização **446**

SÓCIO - V. **Falência** **210**

SÓCIO-COTISTA - V. **Embargos de terceiro** **237**

SUBFATURAMENTO DE MERCADORIAS - V. **Crime de responsabilidade** **752**

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - V. **Pena** **746**

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - V. **ICMS** **383**

SUCESSÃO EMPRESARIAL - V. **Responsabilidade tributária** **459**

SUJEITO PASSIVO - A invocação do art. 148 do CTN só é cabível quando o sujeito passivo foi omisso, reticente ou mendaz em ralação ao valor ou preço de bens, direitos ou serviços. - ICMS - Honorários de advogado - Fazenda Pública **200**

SÚMULAS DO STF

- Nº 269 ..... **434**
- Nº 271 ..... **434**
- Nº 380 ..... **446**
- Nº 596 ..... **559**

SÚMULAS DO STJ

- Nº 07 ..... **824**
- Nº 141 ..... **414**
- Nº 265 ..... **660**

SÚMULAS DO TFR

- Nº 184 ..... **237**

SÚMULAS DO TJMG

- Nº 28 ..... **756**
- Nº 46 ..... **760**

SUS - V. **Saúde** **573**

- Não obstante as prerrogativas conferidas à Administração Pública na celebração de seus contratos, têm-se como válidas as cláusulas pactuadas pela municipalidade com entidade filantrópica, se estabelecidas com o escopo de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, permitida também a pactuação de cláusula que resguarde bens e interesses da entidade contratante na hipótese de rescisão contratual promovida pelo ente público.

- Recurso parcialmente provido. - Contrato administrativo - Entidades filantrópicas **622**

- T -

TABELIÃO - V. **Peculato** **703**

TALÃO DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO DA BHTRANS - V. **Falsificação de documento** **713**

TAXA - V. **Água e esgoto** **366**

- V. **Execução fiscal** **366**

- V. **Limpeza pública** **455**

TAXA DE LIXO - V. **IPTU** **337**

- V. **Limpeza pública** **455**

TAXA DE SERVIÇOS URBANOS - Entender que a taxa de serviços urbanos pode ter a mesma base de cálculo do IPTU é tornar letra morta a proibição constitucional, o que é inadmissível. - Imunidade tributária - IPTU **206**

TAXA SELIC - V. **Falência** **180**

TENTATIVA - Há tentativa punível quando o meio empregado para a consecução do crime é relativamente idôneo, afastando o reconhecimento do crime impossível. - Homicídio tentado - Crime impossível **735**

TOMBAMENTO - Não sendo os pedidos de nulidade do tombamento e de indenização incompatíveis entre si, eis que não conflitantes, mas sucessivamente complementares, não procede a argüição preliminar de irregularidade da petição inicial.

- O julgamento *extra* e *ultra petita* implica apenas a redução da sentença aos limites objetivos da postulação inicial, *ex vi* da regra do art. 460 do CPC.

- A omissão administrativa em concluir o processo de tombamento afeta o direito de propriedade e lesa o patrimônio individual, justificando, assim, sua anulação pelo Judiciário.

- Se o projeto de construção foi aprovado na conformidade da Lei 4.034/85, sendo inválido o ato de desconstituição da licença, permanece íntegro o direito dos autores aos parâmetros urbanísticos adquiridos no regime da lei antiga e não atingidos pela lei nova (CF, art. 5º, XXXVI).

- Não tem validade o ato de desconstituição da licença (alvará de construção), praticado com ofensa ao devido processo legal e baseado em tombamento nulo.

- O prejuízo ao proprietário não é obstáculo à efetivação de um tombamento, mas pode ser sua conseqüência e implica indenização. No caso concreto, o impedimento ao projeto de construção oposto pelo município, com ofensa ao direito adquirido, redundou em prejuízo aos autores, sendo necessária e viável a indenização. - Preclusão - Quesitos complementares - Processo Administrativo - Julgamento *extra* e *ultra petita* - Honorários de advogado **142**

TORTURA - O delito de tortura previsto na Lei nº 9.455/97 constitui crime próprio, que só pode ser cometido por funcionário público que esteja com a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade. segundo a interpretação que se faz de normas embutidas em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário, as quais possuem *status* de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno, traduzindo inconstitucionalidade manifesta a construção típica no sentido de que qualquer pessoa possa praticar o referido crime. Portanto, no caso de alguém infligir contra criança que esteja sob sua guarda ofensas físicas, com perigo de vida, impõe-se a desclassificação do delito de tortura para o crime de maus-tratos, na forma qualificada, previsto no art. 136, § 1º c/c § 3º, do Código Penal, à vista de ser possível a *emedatio libelli* em segundo grau de jurisdição. - Maus-tratos - Desclassificação do crime - *Reformatio in pejus* - Juízo de segundo grau **695**

- V. **Regime prisional** **760**

TÓXICO - A terceira causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76 encerra duas hipóteses inteiramente distintas. A primeira determina a majoração, quando qualquer dos crimes da lei decorre de associação; a segunda, quando a pessoa visada for menor de 21 anos. - Prova da autoria - Regime prisional - Crime hediondo - Tortura **760**

TRANSFERÊNCIA DE PRESO - V. **Execução penal** **652**

TRIBUTO - V. **Correção monetária** (STF) **847**

TUTELA ANTECIPADA - V. **Doutrina** **35**

- Para a concessão da tutela antecipada, é necessária a presença dos requisitos inseridos no art. 273 do CPC. Não basta mero *fumus boni iuris* exigido na ação cautelar. É imprescindível que as alegações trazidas na inicial sejam firmes no sentido de incutir no Magistrado um juízo de certeza acerca dos fundamentos de fato e de direito invocados pela parte. Se o pedido do autor se baseia em alegações altamente controvertidas, sobre as quais divergem doutrina e jurisprudência, não se pode tê-las como verossímeis, tampouco amparadas por prova inequívoca, razão pela qual se afigura inviável o deferimento da tutela antecipada. - Tutela antecipada contra o Poder Público - Concurso público - Policial militar - Psicotécnico **515**

TUTELA ANTECIPADA CONTRA O PODER PÚBLICO - A legislação em vigor posiciona-se, atualmente, pela possibilidade da concessão de liminar contra o Poder Público, eis que, com a recente edição da Lei Complementar nº 104/2001, veio o art. 151 do CTN a receber ampliação, pela qual inserida a concessão da tutela antecipada como hipótese autorizativa à suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

- É de se confirmar a decisão que defere liminar determinando que o município suspenda eventos em locais desprovidos de aparatos contra poluição sonora e que, ainda, oferecem risco de incêndio.

- A Administração, ao referir-se a prejuízos, deve considerar que o bem maior a ser protegido pelo Poder Público é primeiramente a integridade e o bem-estar do cidadão. - Liminar - Eventos em locais sem aparatos contra poluição sonora e com risco de incêndio **388**

- Os comandos do art. 475, I, do CPC e das Leis nºs 9.494/97 e 8.437/92 não afastam a possibilidade de concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, desde que haja evidente violação do direito do autor e que sejam atendidos os requisitos estabelecidos no art. 273 do CPC. - Tutela antecipada - Concurso público - Policial militar - Psicotécnico **515**

- U -

USO DE DOCUMENTO FALSO - V. **Falsificação de documento** **713**

USUCAPIÃO - V. **Conexão** **370**

USUCAPIÃO DE BEM MÓVEL - Provada a posse do bem móvel (veículo) há mais de cinco anos, o que é suficiente para usucapir, independentemente de justo título e boa-fé (art. 619 do Código Civil), e não havendo qualquer irregularidade administrativa no referido veículo, restando demonstrado que o carro furtado e que possui chassi regravado é outro, e não o do autor, é de se confirmar a sentença que julgou procedente a ação de usucapião de bem móvel (veículo automotor), para declarar o seu domínio em favor do demandante e determinar o licenciamento do mesmo na repartição de trânsito. - Veículo **504**

USUCAPIÃO ORDINÁRIO - O contrato de promessa de compra e venda constitui documento hábil para provar o justo título e ensejar a procedência do pedido de usucapião ordinário. **373**

- V -

VEÍCULO - V. **Usucapião de bem móvel** **504**

VENCIMENTOS - V. **Servidor apostilado** **553**

VICE-PREFEITO - É vedada a acumulação remuneratória de mandato eletivo de vice-prefeito com o cargo em comissão de secretário municipal, em face do comando normativo insculpido na norma de regência (arts. 29, V, e 38, II, da CF). - Acumulação remunerada de cargos **584**

IMPRENSA OFICIAL MINAS GERAIS

Av. Augusto de Lima, 270 - Centro - Fone: (31) 3237-3400
Internet: http://www.iof.mg.gov.br

Revisão: Responsabilidade do Encomendante